GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXX - BOGOTA, COLOMBIA. - JULIO Y AGOSTO DE 1951 - NUMEROS 2103 - 2104

SALA PLENA

SE ABSTIENE LA CORTE DE DECIDIR DE LA EXEQUIBILIDAD DEL ART. 60 DEL DECRETO 1265 DE 1941 Y DEL ART. 53 DEL DECRETO 1123 DE 1942

La Corte ha mantenido en forma constante la jurisprudencia de que no es el caso de decidir sobre exequibilidad o inexequibilidad de disposiciones acusadas que en el momento del fallo hayan cesado de regir, porque ha considerado que en tal evento no existe materia sobre la cual pueda producirse el fallo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, junio veintiseis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

El abogado doctor Policarpo Castillo Dávila, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 214 de la C. N., pide que se declaren inexequibles los artículos 60 del decreto 1265 de 1941 y 53 del decreto 1123 de 1942.

Disposiciones que son del tenor siguiente:

"Artículo 60.—La separación absoluta acarrea la pérdida del sueldo de retiro y el Oficial solamente tiene derecho a la devolución de las cuotas que haya consignado en la Caja respectiva.—**Parágrafo.**—Si la separación es temporal, el Oficial puede retirar sus cuotas para reintegrarlas al volver al servicio activo".

"Artículo 53.—La separación absoluta por sentencia de la justicia militar u ordinaria o por la causal fijada en la letra d) del artículo 50 de este decreto, acarrea la pérdida del sueldo de retiro, pensión o recompensa, y el Oficial solamente tiene derecho a la devolución de las cuotas, sin intereses, que haya consignado en la Caja respectiva.— **Parágrafo.**—Si la separación es únicamente temporal, el Oficial puede retirar sus cuotas de la Caja de Sueldos de Retiro, reintegrándolas al volver al servicio activo".

Esta demanda sufrió la tramitación establecida en las leyes sobre la materia y el señor Procurador General de la Nación, al conceptuar sobre la materia, expuso: "Como la H. Corte tiene establecido que no hay lugar a decidir sobre la inexequibilidad de disposiciones no vigentes, está fuera de lugar entrar a estudiar los fundamentos de la demanda".

Evidentemente, esta Corporación ha mantenido en forma constante, la jurisprudencia de que no es el caso de decidir sobre exequibilidad o inexequibilidad de disposiciones acusadas que en el momento del fallo hayan cesado de regir, porque

la Corte ha considerado que en tal evento no existe materia sobre la cual pueda producirse el fallo.

Ahora bien: en el caso en estudio, los decretos 1265 de 1941 y 1123 de 1942, de los cuales forman parte los artículos 60 y 53, respectivamente, fueron sustituídos como consecuencia de la reglamentación íntegra de la materia, por las leyes 2ª y 3ª de 1945, y esta última fue expresamente derogada por el decreto 1125 de 1950, dictado en uso de facultades extraordinarias. Además, la citada ley 3ª de 1945 derogó la 84 de 1931, en que se apoya el demandante.

Es indudable, en consecuencia, que las disposiciones acusadas no tienen vigencia y corresponde aplicar la tesis jurisprudencial invariable, que la Corte ha seguido sobre el particular.

De acuerdo con lo expresado y en un todo conforme con el concepto del señor Procurador General de la Nación, la Corte Suprema, en Sala Plena, y en uso de la atribución que le confiere el artículo 214 de la C. N., se abstiene, por sustracción de materia, de decidir sobre la inexequibilidad de los artículos 60 y 53 de los decretos 1265 de 1941 y 1123 de 1942, respectivamente, y a los cuales se ha hecho referencia.

Pásese copia de esta decisión al señor Ministro de Guerra.

Cópiese notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Miguel Arteaga H. — Gerardo Arias Mejía—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda—Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez—Alberto Holguín Lloreda — Rafael Leiva Charry—Pablo Emilio Manotas—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas — Angel Martín Vásquez. Pedro León Rincón., Secretario.

SE ENCARECE QUE HAYA ORDEN Y PULCRITUD EN LOS EXPEDIENTES

RESOLUCION APROBADA EN CORTE PLENA EL DIA 23 DE AGOSTO DE 1951

"LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...reunida en pleno y... CONSIDERANDO: ...Que en los muchos negocios remitidos a la Corte por apelación, consulta o casación, se advierte un gran descuido en la formación de los respectivos expedientes, ya que aparecen cuadernos desprovistos de carátulas, otros con carátulas pero sin especificar su contenido, muchos con hojas sueltas o en mal estado, por no estar bien cosidos o legajados, algunos con foliatura equivocada o sin foliar, documentos en tantos cuadernos cuantas pruebas han sido practicadas sin formar uno solo, conforme lo ordena el artículo 602 del C. Judicial; y, en general, toda una serie de irregularidades que requieren pronto y eficaz correctivo... Que es deber de los Secretarios y demás empleados de los Tribunales y Juzgados velar por que la formación de los expedientes se adelante con el orden y buena presentación que requiere su consulta por parte de los Jueces y Magistrados y de los litigantes mismos,... RESUELVE... Pedir encarecidamente a los señores Presidentes de los Tribunales del país su intervención en el sentido de hacer cumplir estrictamente los respectivos Reglamentos de tales Corporaciones y de los Juzgados en general, por lo que respecta a la pulcra y ordenada formación de los expedientes; y... Recomendarles que, para lo futuro, y con miras a la fácil consulta de los expedientes, se exija a las respectivas Secretarías la formación de un índice, en papel común, del contenido de cada cuaderno... Transcríbase a los Tribunales y publíquese en la GACETA JUDICIAL".

Hernando Lizarralde

Secretario.

SE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL DR. JORGE HOLGUIN LLOREDA. PROPOSICION APROBADA EL DIA 29 DE AGOSTO DE 1951

"La Corte Suprema de Justicia en **Sala Plena,** lamenta el fallecimiento del doctor **Jorge Holguín** Lloreda, y presenta al doctor Alberto **Holguín** Lloreda, Magistrado de la Corporación, **hermano** del extinto, su más sentido pésame y expresiones de condolencia.... Transcríbase en nota de estilo a la familia y publíquese en la GACETA JUDICIAL".

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE DECLARACION DE QUE UNA MINA ES UN BIEN VACANTE — LA TRADICION DEL DOMINIO POR MEDIO DEL REGISTRO — TECNICA DE CASACION

1—Es obvio que antes de la vigencia del Código Civil Nacional de 1873, que asignó al registro el importante papel de transferir los derechos reales inmuebles, la inscripción no perseguía directamente la transferencia; pero como ésta era uno de los efectos legales que el título debía producir, ello no se realizaba si no se hacía la inscripción, ya que según el artículo 22 de la Ley 1556 de 1º de junio de 1844, sobre registro de instrumentos públicos y anotación de hipotecas, "ningún documento o acto público de los expresados en el artículo 4º de esta ley tendrá efecto legal, ni hará fe en juicio, ni ante ninguna autoridad o funcionario público, si no ha sido previamente registrado con las formalidades establecidas en la presente ley".

2—El principio de la retroactividad del registro es inoponible a terceros, respecto de quienes ningún título sujeto a él surte efecto legal, sino a partir de la fecha de su inscripción.

3—La Corte ha sostenido que la falta de registro de un título minero, o su registro irregular, lo afecta de nulidad, teniendo en cuenta el numeral 2º del artículo 94 del Código de Minas, pero de acuerdo con el artículo 98, es una nulidad que puede sanearse haciendo el registro, lo cual es permitido aún durante el curso del juicio en el cual se haga valer el título, según lo prescrito en el artículo 100 del C. de M. (GACETA JUDICIAL, n. 1984, pág. 533).

Mas ello no sería posible cuando en el interregno surgen derechos de terceros sobre los mismos minerales, o cuando la tradición del dominio no pueda tampoco operar porque en el mismo lapso se hubieren expedido disposiciones legales que imposibiliten la tradición.

4—Repetidamente ha dicho la Corte que la violación de ley erigida como motivo de casación, ha de ser de ley sustantiva; que la violación de preceptos meramente adjetivos o de procedimiento no dá lugar a tal recurso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

Previa la celebración de un contrato a cuota litis sobre prestación de sus servicios profesionales como abogado, con el Municipio de Valdivia, el cual fue debidamente legalizado, el doctor Jorge López Sanín, vecino de Medellín, demandó en su propio nombre y en representación de la entidad municipal mencionada, ante el Juez del Circuito de Yarumal, para que mediante la tramitación señalada en los artículos 836 a 846 del Código Judicial, se adjudique la mina de aluvión denominada "Icobo", por encontrarse vacante, al Municipio en referencia y al demandante, por su situación y linderos, que allí se señalan.

Funda su pedimento en los artículos 706, 707, 708 y 709 del Código Civil y artículo 82, ley 153 de 1887.

Los hechos en que se apoya el pedimento, pueden resumirse así:

Que en el designado Municipio de Valdivia, antes llamado Cáceres, jurisdicción del Circuito de Yarumal, Departamento de Antioquia, existe una mina de oro de aluvión denominada "Icobo", que

tiene una extensión de setenta y cinco kilómetros, circunscrita por los linderos allí señalados, la cual se adjudicó con el nombre de "Neresito", según título número 8182 de enero de 1870; que esta propiedad minera, fue amparada a perpetuidad el 13 de diciembre de 1898, saliendo en consecuencia, definitivamente del dominio del Estado; que la mina en cuestión carece en la actualidad de dueño conocido, pero que la ocupa el señor Francisco Calle M.; a quien representa su recomendado Néstor Castro, residente en Candebá; que hace esta designación de su tenedor para los efectos del artículo 838 del Código Judicial y que la competencia del Juez a quien se dirige, se desprende del artículo 152, numeral 11 del mismo Código.

El designado tenedor, no dió respuesta a la demanda, en cambio se apersonó en el juicio como opositor a que se hiciera la declaración de vacancia impetrada, por medio de apoderado, el señor Vicente Villegas, quien manifiesta que con fecha anterior a la demanda formulada por el doctor López Sanín, Villegas presentó ante el Alcalde de Valdivia el "aviso de una mina de oro corrido" de antiguo descubrimiento, la cual en tiempos anteriores se había denominado "Icobo", cuya extensión corresponde a la del fundo minero del mismo nombre denunciado como vacante. Que su aviso ha venido sufriendo la tramitación de rigor; que con fecha nueve de junio del año de mil novecientos treinta y ocho, la propia Alcaldía del referido Municipio de Valdivia, por comisión del señor Gobernador del Departamento, le confirió la posesión sin oposición de ninguna naturaleza. Que en la fecha en que se formalizó el pedimento de vacancia, el expediente aún cursaba en el despacho de la Gobernación, donde se continúa el trámite para la obtención de la entrega del título pertinente. Que de todo lo dicho se desprende, que el oponente Villegas tiene un derecho adquirido a la referida propiedad minera, conforme a las gestiones administrativas que viene adelantando ante las autoridades administrativas para su titulación, no siendo, pues, vacante el denunciado bien.

Sentencia de primera instancia

Agotada la tramitación de primer grado, el Juzgado del conocimiento decidió el juicio con fecha veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, desatando la querella con la decisión de no ser el caso de decretar ninguna de las peticiones presentadas.

La sentencia recurrida

En desacuerdo con este proveído, los demandantes se alzaron para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, donde al final de la actuación debida, se decidió el negocio con la confirmación del fallo apelado.

Observa el Tribunal, que durante el término de prueba de la segunda instancia, se hicieron venir a los autos copias de los siguientes títulos: número 1310 de 1915, relativo a la mina San Mateo; número 1293 de 1915, de la mina "Icobo"; número 1311, de la mina "El Clavelito"; número 1261,, de la mina "La Llana", y 1307, de la mina "El Pescado", estos tres últimos también expedidos en el año de 1915 y todos legalmente registrados.

Se acompañaron también —dice— las escrituras números 280 y 286, de 12 y 14 de abril de 1916, respectivamente, otorgadas en la Notaría de Yarumal; certificado del Registrador de Instrumentos Públicos sobre la suficiencia de estos títulos, y en los términos de prueba respectivos se identificaron los minerales allí designados con los conocidos con el nombre de "Icobo" o "Neresito", adjudicados a Felipe Vega en 1870.

Expresa la sentencia, que conforme a los títulos citados y a la escritura número 280 indicada, el mineral denunciado como vacante pertenece a Clemence J. London, quien lo ha venido sosteniendo mediante el pago de los derechos correspondientes.

Referente al registro del título primitivo otorgado en 1870 a Felipe Vega, observa que no se demostró que en su oportunidad se hubiese inscrito, y aun cuando en instrumentos públicos posteriores se hace referencia a registros anteriores, tal formalidad no es presumible, y que para la fecha de la expedición del título, año de 1870, ya regía en el país la ley que dispuso el registro como formalidad indispensable para la validez de los títulos de trasmisión de la propiedad de inmuebles. Que la inscripción que dentro del presente juicio se realizó del título primitivo de la mina en mención, aun cuando lo autoriza el artículo 100 del Código de Minas, la inscripción posterior, si bien lo legaliza, ello no puede perjudicar derechos de terceros y sólo surte efectos contra éstos a partir de la fecha de la inscripción, de

conformidad con el artículo 2674 del Código Civil.

Manifiesta que para que la copia presentada en el juicio, pudiera tomarse como título de la mina, sería necesario, al tenor del artículo 77 del Código sobre la materia, que existiera constancia de que el primitivo título hubiera sido expedido y registrado, lo que no sucede en el caso en estudio.

Que aun cuando el actor en el pleito alega que el anuncio de la mina dado por Vicente Villegas, opositor, fué posterior a la demanda sobre declaratoria de vacancia, tal hecho no es cierto, porque ésta tiene fecha veintiocho de enero de mil novecientos treinta y ocho, y el denuncio minero está datado el veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y siete.

Que no se cumplen, en cuanto al bién demandado, las condiciones requeridas para tenerlo por vacante, al tenor del artículo 706 del Código Civil, pues no se probó que antes de los actuales poseedores de la mina, ya ésta hubiera tenido dueño, ya que no se demostró que el título de 1870 hubiera sido inscrito y tampoco se llenó la condición de que en la actualidad aquellos minerales carecieran de dueño aparente o conocido, requisito indispensable, conforme al artículo 706 del C. C., para que un bién raíz pueda tenerse en la condición de vacante.

Que siguiendo la doctrina constante de la Corte Suprema de Justicia, tres factores son necesarios para que una finca raíz pueda figurar como vacante: inmueble que tuvo dueño, abandono de él por parte de quien se presentaba como tal, y que a la fecha del denuncio, el bién aparezca sin dueño aparente o conocido.

Observa el Tribunal, lo mismo que el Juez de instancia, que no estando registrado el título primitivo de adjudicación de la mina, no pudiéndose presumir esa formalidad para la adquisición de la posesión contra el Estado, y no habiéndose probado que se hubiera dejado de cumplir tal requisito por culpa de éste, es forzoso concluír —dice— que la mina indicada, no ha salido del patrimonio de la Nación para pasar al del primer adjudicatario señor Vega, faltando, por consiguiente, para que el bién pueda ser vacante, las condiciones de haber tenido dueño y de haberlo éste abandonado.

Afirma también, que "no habiendo adquirido Felipe Vega, el dominio y propiedad de la mina de que se trata, por falta de registro del título respectivo, la venta que hizo su heredera universal y las que verificaron los posteriores adquirentes, pueden considerarse como ventas de cosa ajena, válidas sin perjuicio de los derechos del verdadero propietario de la cosa, que en este caso lo es el Estado; y por consiguiente, éste pudo legalmente transferir el dominio de tal mineral a otras personas, como en efecto lo transfirió, según se ha visto".

Que en derecho minero, a diferencia con el derecho común, el abandono material de un bién no da lugar, ni a que se adquiera su dominio por la prescripción por un tercero, ni menos que pueda considerarse el bién como vacante, pues al tenor del decreto 223 de 1932, el abandono material de una mina puede traer como consecuencia la extinción del derecho a élla, que se reincorpora al patrimonio del Estado; que entre particulares, ese evento no tiene la misma secuela. Si el dueño de una mina la abandona, o pierde su posesión material, la ocupación por un tercero con ánimo de dueño, no le confiere ninguna expectativa a la adquisición de la propiedad. En su caso, ni se extingue, ni se adquiere el derecho de dominio.

Dice que no habiéndose acreditado que la mina de que se trata haya estado bajo el dominio privado de un particular, se impone la confirmación de la sentencia apelada, lo cual permite —agrega— no entrar en el estudio de la oposición formulada por Vicente Villegas.

Todo lo cual, lo llevó a confirmar el fallo de primera instancia.

En desacuerdo con este proveído, el demandante o denunciante de la vacancia de la mina, recurrió en casación. Ante la Corte, el juicio ha tenido la tramitación legal, en oportunidad se fundó el recurso y el opositor hizo uso de su derecho, y siendo el caso de fallar, la Sala Civil de la Corporación procede a hacerlo, teniendo en consideración lo siguiente:

Las causales de casación

El señor apoderado de los demandantes, ante la Corte, doctor López Sanín y Municipio de Valdivia, con fundamento en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., aduce contra la sentencia recurrida varios cargos, que a continuación se enumeran y que se estudian en su orden.

CARGO PRIMERO.—Acusa en este aparte de su demanda la sentencia, por violación de los artículos 756, 739, 2637, 2641, 2652, 2653, 2657 y 2673

del Código Civil, mencionados en la providencia de primera instancia —dice— pero no citados por el Tribunal de Antioquia en su fallo, no obstante que acepta la tesis del Juzgado, de que la tradición de la mina no se verificó, en atención a que élla no salió del dominio del Estado por falta de registro del título primitivo.

Sostiene que, al establecerse por primera vez en la República el registro de los instrumentos públicos e hipotecas y reglamentarse la materia por medio de la ley de primero de junio de 1844, que lleva el número 1556, se dijo que "el objeto del registro de los actos e instrumentos públicos, es darles mayor autenticidad para que valgan en juicio y fuera de él". Que fué en el Código Civil de la Unión, sancionado el 26 de mayo de 1873, donde se reglamentó el registro o inscripción en la forma rígida que hoy tiene, ordenándose llevar libros especiales para la anotación de determinados actos, y se consignó lo siguiente en el artículo 756: "Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos".

Conforme lo anterior —agrega— "se tiene que desde 1844, para que los títulos hagan prueba en juicio, se requiere que estén registrados y sólo desde el año de 1873 es el registro formalidad indispensable para la tradición del dominio de los bienes raíces".

Que la mina "Icobo" se adjudicó a Vega en 1870, es decir tres años antes de que empezara a regir el Código Civil de la República, y que para que se tuviera como prueba su título, Vega lo pudo hacer registrar, pero no para que se efectuara la tradición a su favor del bién raiz, que sólo desde 1873, repite, "la inscripción del título en la Oficina de Registro era el medio de adquirir por tradición y no antes". Que ya en 1876, cuando la heredera de Vega vendió la mina, la escritura correspondiente se inscribió en el Registro Público, y así en las sucesivas tradiciones del dominio, hasta llegar a la inscripción a favor de la sociedad "Cauca, Valle Limited", en 1904. Que la ley de 1844 permitía el registro posterior del instrumento, pagando el doble del derecho sobre la materia. Que al tenor del artículo 98 del C. de M., existe un medio de sanear la omisión, registrando con posterioridad el título, como hubiera de procederse cuando se dejó de hacerlo en tiempo, con respecto a una escritura pública.

Se considera:

La ley número 1556 de 1º de junio de 1844, sobre registro de instrumentos públicos y anotación de hipotecas, no atribuyó al registro la función de transferir los derechos reales inmuebles, como lo vino a prescribir luego el artículo 756 del C. C.; mas el resultado es absolutamente el mismo, ya que según el artículo 4º de la propia ley, debían registrarse los títulos de minas, y de acuerdo con el artículo 22, "ningún documento o pacto público de los expresados en el artículo 4º de esta ley tendrá efecto legal, ni hará fe en juicio, ni ante ninguna autoridad o funcionario público, si no ha sido previamente registrado con las formalidades establecidas en la presente ley".

Así pues, un título de minas que no fue registrado, **no producía efecto legal**; y siendo así que el traspaso del dominio de la mina es uno de los efectos de tal naturaleza que el título está llamado a producir, luego el no registrado no podía lograr dicho efecto. A esta conclusión se llega sin atribuir a la formalidad de la inscripción organizada por la ley de 1844, el papel de transferir la propiedad inmueble. Siendo el traspaso del dominio uno de los efectos legales de los actos jurídicos, cuando éstos precisamente persiguen la adquisición de la propiedad, tal efecto no podía llenarse si no se registraba el título, ya que el artículo 22 de la ley preceptuaba que sin la inscripción en la Oficina de Registro, no se alcanzaba efecto legal alguno. Es obvio que antes de la vigencia del Código Civil Nacional de 1873, que asignó al registro el importante papel de transferir los derechos reales inmuebles, la inscripción no perseguía directamente la transferencia; pero como ésta era uno de los efectos legales que el título debía producir, ello no se realizaba si no se hacía la inscripción.

Sobre el particular, conviene citar lo expuesto por el Profesor J. J. Gómez en su Cátedra de Derecho Civil:

"Luego vino la ley de 1º de junio de 1844 sobre registro de instrumentos públicos y anotación de hipotecas, a organizar la incipiente institución. Creó en cada cantón una oficina de registro, atendida por un registrador que podía desempeñar funciones públicas, a juicio del órgano ejecutivo, y dedicó el capítulo 2º al registro de los instrumentos públicos, y el 4º a la anotación de hipotecas. Según el artículo 12 de la anotación de hipotecas especiales es hacer constar para los

fines legales los censos y gravámenes que por convención de los contrayentes se constituyan sobre fincas raíces. Así no habrá hipoteca especial y expresa si no es constituída por escritura pública, anotada y registrada conforme a la ley; de acuerdo con el artículo 3º el objeto del registro de los actos e instrumentos públicos es darles mayor autenticidad para que valgan en juicio y fuera de él y de conformidad con el artículo 22 ningún documento o acto público de los expresados en el artículo 4º de esta ley, tendrá efecto legal, ni hará fé en juicio, ni ante ninguna autoridad o funcionario público, si no ha sido previamente registrado con las formalidades establecidas en la presente ley. Tampoco podrá perseguirse un finca raiz con acción hipotecaria, si no hubiere sido constituída o anotada la hipoteca conforme a esta ley; pero quedará a salvo en su caso la acción personal si el documento hubiere sido registrado en la oficina respectiva.

"Fueron sometidos a la inscripción, además de las escrituras de hipoteca: las sentencias en asuntos civiles, las decisiones de los árbitros de derecho y de amigables componedores, transacciones escrituradas, los poderes, los testamentos, las patentes de navegación, las de corso, los privilegios, **los títulos de minas,** las cancelaciones de toda obligación escrituraria, los títulos y despachos de empleados, las diligencias de remate y las escrituras públicas de compra, venta, cambio y permuta, arrendamiento y alquiler, de mutuo o préstamo, de imposiciones, de traspasos y subrogaciones de censos, y en general de toda especie de contrato.

"De conformidad con esta ley, el registro tenía por objeto dar a los actos o instrumentos públicos, mayor autenticidad, para que tuvieran valor en juicio y fuera de él, y de acuerdo con el artículo 22 del mismo texto, ningún acto de los que debían inscribirse producía efecto alguno legal ni hacía fe en juicio si no se registraba. De donde se sigue:

"a) Que el registro era solemnidad esencial para la validez de los actos que debían anotarse.

"b) Apenas si es consecuencia de tal disposición, el que acto que no fuera inscrito, no podía producir efectos ni entre las partes, ni respecto de tercero, ya que no podía tener efecto alguno legal. En consecuencia, no podía oponerse a terceros, o lo que es lo mismo, para éstos no existía, de igual modo que no existía entre las partes.

"c) Los actos jurídicos sobre mutaciones de la propiedad que no se registraran, no llegaban siquiera a crear obligaciones; mucho menos a transferir el derecho real, ya que no podían producir efecto alguno, ni aún entre las partes.

"d) Cuando de la formalidad del registro depende la validez del acto, esa formalidad no sólo desempeña el papel de publicar el acto, sino también el de perfeccionarlo, por la sencilla razón de que sin ella no vale ni respecto de las partes. Cuando esa formalidad sirve únicamente de medio de publicidad y falta el acto vale entre las partes, pero no en relación con tercero. En las leyes españolas, según se deduce de las citadas arriba, los contratos valían entre los contratantes, pero no en cuanto a los terceros, porque se perfeccionaban sin necesidad del registro, pero no producían efectos, en cuanto a aquéllos, sino en virtud de la inscripción". (Conferencias de Derecho Civil).

Es, pues, necesario concluír, que si el título expedido en 1870 a favor del Señor Vega no se inscribió, conforme a la legislación nacional general sobre registro (ley de 1º de junio de 1844), el título correspondiente de la mina "Icobo", a que se refiere el expediente sorbe su adjudicación del año de 1870 no produjo el efecto de introducir en el patrimonio del adjudicatario señor Vega, el derecho de dominio sobre ese mineral porque no se cumplió con la formalidad de registrarlo, como lo ordenaban los artículos 4º y 22 de la citada ley.

Por lo tanto, por carencia de la inscripción del título de la mina "Icobo", el denunciante de ella en 1870 no adquirió su propiedad; ésta no salió del patrimonio nacional, razón suficiente para no configurarse la noción jurídica de bién vacante, requerida en el momento de la denuncia de la mina como tal.

Es, pues, improcedente el cargo de violación de los preceptos acusados y señalados por el Tribunal como fundamento de su sentencia.

CARGO SEGUNDO—Se acusa el fallo por error de hecho en la apreciación de las pruebas, señalándose como mal apreciados el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Yarumal y la diligencia de inspección ocular practicada el 22 de mayo de 1942. Que tal error de hecho en la apreciación de dichos elementos de convicción, llevó al juzgador a aplicar indebidamente los citados artículos 756, 759, 2637, 2641, 2652, 2653, 2657 y 2673 del Código Civil.

Transcribe, para sustentar su reparo, un aparte de lo expresado por el Registrador de Instrumentos Públicos en su certificación de 23 de noviembre de 1939, cuando dice: "Hay constancia de que el finado Felipe Vega obtuvo el título de la mina en el año de 1870, pero buscando el registro correspondiente a este título no fue hallado porque el archivo de esta Oficina de Registro se inició en el año de 1872".

Considera el recurrente, que la explicación de tal atestación se encuentra en la diligencia de inspección ocular practicada en la Oficina de Registro de Yarumal, donde se dejó constancia de las irregularidades existentes en aquella oficina, siendo imposible dar con el registro, "por la extremada vaguedad e involucración de actos que comprendían tales libros, los que tampoco se hallaron completos", etc.

Observa igualmente, que desde 1872 para acá, aparece que la mina en cuestión fué objeto de innumerables transacciones, hasta quedar en 1904 en cabeza de la sociedad minera "Cauca, Valle Consolidated Mines Company", y que su inscripción no ha sido cancelada.

Dice que el registro es un medio de prueba, y que no es justo, ni equitativo, ni jurídico que la desorganización y mala administración de las oficinas del Estado recaigan sobre los particulares, especialmente en el caso presente, en que se pagaron todos los impuestos, "lo que indica que el registro del título se verificó oportunamente".

Se considera:

No hay base jurídica para deducir de la forma irregular como se lleva o se llevaba la Oficina de Registro de Yarumal, ni de la certificación del Registrador, ni de la inspección ocular practicada, que por el desorden allí existente, ha de presumirse que la inscripción del título de la mina, en su tiempo, fué debidamente hecha.

Interesa sobre el particular, transcribir la parte pertinente del fallo acusado, de la cual se desprende que no hay error en la apreciación, de donde claramente se deduce que el regisrto no se efectuó; que no consta la inscripción del título discutido; que en Yarumal se creó la Oficina de Registro con anterioridad a 1870; que constan allí debidamente inscritos otros actos o instrumentos, y que carece de todo valor la parte del certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos, en que asevera que "Hay constancia de que el finado Felipe Vega obtuvo el título de la mina en 1870", pues no se designa el libro o documento de donde se desprenda tal hecho, y es notorio que los Registradores no pueden certificar sino con vista de los libros de su oficina y de acuerdo con lo que de ellos aparezca (art. 2640, inciso 4º, del C. C.).

El aparte de la sentencia del Tribunal, dice sobre el particular:

"Pero además de que tal tesis es inaceptable, ya que un acto solemne y formal como el del registro no es susceptible de presunción; y a pesar de que el Registrador de Yarumal certificó en el año de 1939 que el archivo de la oficina a su cargo sólo se iniciaba en 1872, el Juez Municipal de dicha ciudad, al practicar una inspección ocular, a la referida Oficina, por comisión del Tribunal, sí pudo examinar los libros primeros de registro correspondientes a los años de 1864, 1868 a 1870, 1871, 1872, 1873, 1874 y 1875; y los libros segundos referentes a 1865 a 1867, 1868 a 1870, y 1871 a 1875, y no obstante tal examen no se halló constancia de la inscripción del título tantas veces mencionado. Lo que prueba que, a pesar de existir esa Oficina de Registro en Yarumal en el año citado, la inscripción de que se viene hablando no se verificó".

No se ve, pues, cuál es la interpretación errónea de las pruebas, que llevara al juzgador a violar indirectamente las disposiciones mencionadas.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

CARGO TERCERO—En este aparte de la demanda de casación, se ataca la sentencia recurrida por aplicación indebida de los artículos 2673, 2674 del Código Civil y 100 del Código de Minas.

Dice que el título primitivo de propiedad de la mina se registró el cinco de junio de mil novecientos cuarenta. Que de acuerdo con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, "la inscripción o registro de un título es formalidad posterior al otorgamiento de la escritura, que puede llenarse en cualquier tiempo, mientras no se realiza suspende la fe que debe darse al instrumento y nada más".

Y que en derecho minero se establece una excepción que permite registrar el título aún durante el curso del juicio en que se haga valer. Lo cual se explica, al opinar de algunos, dentro del Código de la materia, porque aquí la propiedad

se adquiere desde la expedición del título, y el registro es en cierto modo una formalidad secundaria. Que en tratándose de minas, no deben aplicarse las disposiciones generales sobre tradición de bienes raíces, porque aquí el único tradente es el Estado y por eso la inscripción en la Oficina de Registro no es de rigurosa necesidad, pues no hay lugar a que se presenten las dificultades que pudieran ocurrir si se tratara de trasmisiones de la propiedad entre simples particulares. Es decir, que en tratándose de minas, la adjudicación por el Estado es el título, y el registro es el modo de hacer la trasmisión de la propiedad como todo bién raiz. (Derecho Minero Colombiano de Caicedo, Martínez Casas y Sarria, pág. 85).

Que no puede decirse que el título expedido a Vega es nulo, ya que tal nulidad no ha sido declarada judicialmente, no se ha pedido siquiera, y por el contrario, todos están acordes en afirmar que la mina de "Icobo" fué adjudicada en 1970 al mencionado señor Vega.

Se considera:

El Tribunal llegó a la conclusión de que las copias que se presentaron, tomadas del expediente sobre adjudicación de la mina de Felipe Vega en 1870, no pueden surtir los efectos de un verdadero título, porque para éllo sería necesario, al tenor del artículo 77 del Código de Minas, que existiera constancia de que el primitivo título había sido **expedido y registrado,** lo que no se estableció; que aun cuando los demandantes afirman que el opositor en el pleito, o sea quien sostiene que la mina "Icobo" no es un bién vacante, dio el aviso de la mina después de iniciado el juicio de vacancia; tal afirmación está reñida con la realidad de los hechos, "porque la demanda sobre vacancia de la mina, tiene fecha 28 de enero de 1938 y el aviso lo hizo Villegas ante el Alcalde de Valdivia el 28 de septiembre de 1937".

Y al referirse en concreto al artículo 100 del Código de Minas, señalado como aplicado indebidamente, dice: "El registro que dentro de este juicio se hizo del título primitivo de la mina en mención, aunque lo autoriza el artículo 100 del C. de M., no puede perjudicar derechos de terceros y sólo surte efectos contra éstos a partir de la fecha en que se hizo, de conformidad con el artículo 2674 del Código Civil".

Es decir, el Tribunal no desconoce el alcance del artículo 100 del C. de M., en cuanto permite que aún durante el juicio se puede registrar el título minero que no lo fué en su oportunidad; pero lo que sí rechaza, es que los alcances de esa inscripción puedan llegar hasta perjudicar derechos de terceros, adquiridos durante el interregno. Y tal lo sucedido en el presente asunto, en que el señor Vicente Villegas denunció en la fecha señalada, ante el señor Alcalde de Valdivia, "una mina de oro en aluvión, de antiguo descubrimiento y abandonada, cuyo nombre antiguo era Icobo y cuyos últimos poseedores se ignoran".

Pero hay algo más: en la segunda instancia, dice el Tribunal, se hicieron venir a los autos copias de los siguientes títulos:

a) Título Nº 1293 de 1915, mina "Icobo"
b) Título Nº 1310 de 1915, mina "San Mateo".
c) Título Nº 1311 de 1915, mina "El Clavelito"
d) Título Nº 1261 de 1915, mina de "La Llana".
e) Título Nº 1307 de 1915, mina de "El Pescado".

Todos éllos debidamente registrados.

Se acompañan también, agrega el juzgador, las escrituras números 280 y 286 de 12 y 14 de abril de 1916, otorgadas en la Notaría de Yarumal; certificado del Registrador de Instrumentos Públicos sobre la suficiencia de tales títulos y se identificaron los minerales de que tratan éstos con los conocidos con los nombres de "Icobo" o "Neresito", adjudicados a Felipe Vega en 1870. Concluye luego afirmando que, conforme a los títulos citados y a la escritura número 280 indicada, la mina denunciada como vacante pertenece a Clemence J. London, quien la ha venido sosteniendo mediante el pago de los derechos correspondientes, y que por lo tanto, el mineral en cuestión no es un bién vacante, conforme a las exigencias del artículo 706 del C. C.

De donde se desprende que la base principal de la sentencia no fue simplemente el que el título de 1870 no se pudiera registrar con posterioridad y aún durante la secuela del juicio, como lo prescribe el artículo 100 del C. de M., sino que tal registro posterior "no puede perjudicar derechos de terceros y sólo surte efectos contra éstos a partir de la fecha en que se hizo, de conformidad con el artículo 2674 del Código Civil". El principio de la retroactividad del registro es inoponible a terceros, respecto de quienes ningún título sujeto a él surte efecto legal, sino a partir de la fecha de su inscripción. (Casación, Tomo 60. pág. 488).

La Corte ha sostenido que la falta de registro de un título minero, o su registro irregular, lo afecta de nulidad, teniendo en cuenta el numeral 2º del artículo 94 del Código de Minas, pero de

acuerdo con el artículo 98, es una nulidad que puede sanearse haciendo el registro, lo cual es permitido aún durante el curso del juicio en el cual se haga valer el título, según lo prescrito en el artículo 100 del C. de M. (GACETA JUDICIAL Nº 1984, pág. 533).

Mas ello no sería posible cuando en el interregno surgen derechos de terceros sobre los mismos minerales, o cuando la tradición del dominio no pueda tampoco operar porque en el mismo lapso se hubieren expedido disposiciones legales que imposibiliten la tradición.

Así, en sentencia de veintiseis de junio de mil novecientos treinta, dijo la Sala de Negocios Generales de esta Corte:

"De conformidad con el ordinal 2º del artículo 94 del Código de Minas, los títulos de minas son nulos "cuando no hayan sido debidamente registrados", disposición que en sus efectos ha de prevalecer sobre toda interpretación fundada en los mandatos del Código Civil, ora por la armonía que guarda con éstos, bien por ser expresa y referirse a la materia especial que es objeto de la controversia. Y como la forma debida en que el registro produce efectos no es otra que la señalada por la ley, esto es, la inscripción hecha en el libro primero (1º), no se satisface este mandato realizando el registro en libro distinto".

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 110 de 1912 (C. F. N.), el registro hecho con posterioridad a la reserva legal ya establecida sobre las minas situadas en los lechos de los ríos navegables, no operó la tradición del dominio de la mina. El ánimo del tradente ya no existía y el solo intento del adquirente no era capaz de modificar el nuevo estado jurídico que estableció la legislación respecto de esta clase de minas, por virtud de su situación especial". (Corte, N. G. Sentencia de 26 de junio de 1930. Mina de "El Salto").

En el caso en estudio, hay también un nuevo estado jurídico creado por las nuevas adjudicaciones y avisos constitutivos de derechos durante el tiempo en que por falta de registro del título, no podía considerarse la mina de "Icobo" salida del patrimonio nacional.

Uno de los aspectos más interesantes de la institución del registro es la publicidad de los actos relativos a la trasmisión de la propiedad de inmuebles, o sus gravámenes y mutaciones, de tal manera que es allí donde el individuo precavido va a examinar la situación de los bienes raíces sobre los cuales pretende adquirir algún derecho. (GACETA JUDICIAL Tomo 43, pág. 957).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

CARGO CUARTO—Infracción directa de los artículos 1740, 1741; 15 de la ley 85 de 1890 y 1743 del C. Civil, artículo 2º ley 50, artículo 1936 del Código de Minas.

Sostiene que en las sentencias de primera y segunda instancia, se estimó de oficio la nulidad del título de 1870, por no haber sido registrado. Que el artículo 94 del C. de M. indica la nulidad en derecho minero y las personas que pueden alegarla. Que en el presente juicio se declaró oficiosamente, no obstante haberse subsanado la omisión, la nulidad del título de 1870, por la falta de registro. Que no hay que olvidar que para la fecha de la adjudicación de la mina, el registro era un medio de publicidad de los actos y contratos y de mayor autenticidad de todo título.

Se considera:

El reparo es ineficaz por improcedente. En ninguna parte del fallo se habla de la nulidad de tal título minero de 1870, por la falta de inscripción, ni se mencionan los artículos citados, sobre nulidad de actos o contratos.

La sentencia se basa simplemente en que el registro posterior del título de 1870, realizado en 1940, no puede perjudicar derechos de terceros, adquiridos cuando por falta de formalidades legales, no podía considerarse la mina de "Icobo" o "Neresito" como salida del patrimonio del Estado.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

CARGO QUINTO—Se querella también el recurrente, por no aplicación e infracción directa de los artículos 706 del Código Civil y 82 de la ley 153 de 1887, en atención a que los fallos de primera y segunda instancia aplicaron indebidamente el precepto primeramente señalado y dejaron de hacerlo con los anteriormente citados, en atención a que, dizque la mina "Icobo" no salió del patrimonio nacional por falta de inscripción del título primitivo.

Expresa que sobre la falta de registro, reproduce lo dicho anteriormente, y agrega que si la Nación se ha estimado dueña de los minerales, ha debido acudir a hacerse parte en el pleito.

Afirma que el título de adjudicación de Vega, fué otorgado y registrado y que su inscripción no ha sido declarada nula, ni se ha incoado juicio al

respecto, y que mientras élla subsista, surte todos los efectos legales contra toda clase de personas, así sea el Estado o los particulares. Que no debe olvidarse toda la serie de tradiciones inscritas y regulares, desde la adjudicación a Vega, hasta llegar a los actuales poseedores inscritos, que son los dueños aparentes y conocidos, mientras todas esas inscripciones no se hayan declarado nulas.

Se considera:

El cargo está mal formulado, pues ha debido acusarse por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba o pruebas, que a juicio del recurrente hubieran producido el fenómeno jurídico de la titulación a favor de un particular, que por diversas tradiciones ha venido a radicarse en los para él considerados poseedores inscritos de la referida mina, que en definitiva son, a su juicio, los dueños aparentes o conocidos del bién denunciado como vacante.

El Tribunal llegó, después de un detenido análisis, a la conclusión de que el mineral en litigio no había salido del patrimonio nacional, y por consiguiente, mal se podía declarar vacante por carecer de dueño distinto del Estado, que lo hubiera dejado abandonado.

Al efecto, dice la sentencia: "No obstante haberse practicado todas las diligencias conducentes a la adjudicación de dicha mina a favor de Felipe Vega, élla no salió del patrimonio del Estado para pasar al del adjudicatario Vega, por no haberse registrado el título respectivo dentro del término señalado por la ley". Más adelante agrega: "Y no habiendo adquiridó Felipe Vega el dominio y propiedad de la mina de que se trata, por la falta de registro del título respectivo, la venta que hizo su heredera universal y las que verificaron los posteriores adquirentes, ya relacionados, pueden considerarse como ventas de cosa ajena, válidas sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño de la cosa vendida, que en este caso es el Estado; y por consiguiente, éste pudo legalmente transferir el dominio del mineral a otras personas", etc.

Si el Tribunal, pues, considera que la mina no salió del patrimonio del Estado, por no haberse expedido el título y registrado dentro del término señalado por la ley, la acusación ha debido ser por error en la apreciación del documento o documentos que se suponen suficientes para demostrar el fundamento de su aseveración.

Ha debido, por lo tanto, señalarse la prueba o pruebas mal apreciadas y el concepto en que lo fueron, con cita del precepto sustantivo violado, que hubiera dado base legal a la declaración de vacancia impetrada.

El juzgador no consideró vacante la mina, al tenor del artículo 706 del C. Civil, y por lo mismo, decidió que no era el caso de adjudicarla, de acuerdo con el precepto contenido en el artículo 82 de la ley 153 de 1887, al Municipio de Valdivia y al abogado que contrató con éste la tramitación legal del denuncio, porque llegó a la conclusión de que por carencia de ciertos requisitos indispensables para que la adjudicación de la mina pueda tener todos los efectos legales, la demandada como vacante no había salido del patrimonio del Estado, no estaba abandonada.

Pero hay algo más: declaró el juzgador, que al tenor del decreto legislativo número 223 de 1932, el abandono material puede traer como consecuencia la extinción del derecho de dominio de un mineral, el cual se reincorpora al patrimonio del Estado. Esto es, pues, también un soporte de la sentencia, no acusado por el recurrente en casación.

Por lo expuesto, se declara sin fundamento el cargo.

CARGO SEXTO—Se acusa por último el fallo por violación directa de los arts. 842 y 843 del C. Judicial, preceptos meramente procedimentales.

Se considera:

El artículo 842 citado, dice que vencido el término del emplazamiento, si se ha presentado oposición, se abre el juicio a prueba, como el ordinario y como tal sigue sustanciándose. El 843 allí detalla el procedimiento que ha de seguirse cuando no se haga oposición, hasta llegar a la adjudicación del bién denunciado al Municipio demandante y a quien particularmente, en representación de aquél, sigue el juicio.

Afirma el recurrente, que si la Nación se considera dueña de los minerales del "Icobo" ha debido presentarse a sostener la correspondiente oposición. Lo que es un error y un olvido del objeto del juicio de declaración de vacancia, que se logra sólo en el caso de que el bién inmueble denunciado como tal, se halle sin dueño aparente o conocido. Así pues, si la mina no salió del patrimonio del Estado, por no haber culminado las di-

ligencias necesarias para su adjudicación, el bién no puede tenerse como vacante, pues tiene un dueño conocido, el Estado, que bien pudo luego adjudicarlo a otras personas, como en realidad sucedió.

Por lo demás, repetidamente ha dicho esta Sala que la violación de ley erigida como motivo de Casación, ha de ser de ley sustantiva. Que la violación de preceptos meramente adjetivos o de procedimiento, como las que se señalan como acusadas, no da lugar a tal recurso.

Por lo expuesto, se declara improcedente la acusación.

Sentencia:

Por las razones que se dejan consignadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha dos de julio de mil novecientos treinta y cinco.

Se condena en costas en la mitad de las causadas al demandante doctor Jorge López Sanín, y no al Municipio por gozar de tal privilegio.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Silva Rebolledo—Miguel Arteaga H.—**Pedro Castillo Pineda**—**Alberto Holguín Lloreda**—**Pablo Emilio Manotas** — Manuel José Vargas—**Pedro León Rincón**, Secretario.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — LA VIOLACION DE LAS NORMAS LEGALES SOBRE INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS NO PUEDE DAR BASE A LA CASACION DE UNA SENTENCIA CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL 1ª DE CASACION — PARA QUE LA CORTE PUEDA VARIAR LA INTERPRETACION DEL TRIBUNAL, DEBE EXISTIR ERROR MANIFIESTO DE HECHO

1—Contiene el Libro IV del C. C., en su Título 13º, un conjunto de reglas sobre la interpretación de los contratos, que se distinguen por su unidad y sabiduría. Son reglas de lógica jurídica encaminadas a dirigir la mente del juez en la mejor apreciación de los acuerdos que expresan la voluntad de las partes, que la ley ordena emplear como criterio inquisitivo de la autenticidad de aquella voluntad en la apreciación de los pactos.

No confieren esas disposiciones legales ningún derecho preciso, en forma que su violación pudiera llegar a ser la base de cargo en casación, con fundamento en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del C. J., como en varias decisiones lo tiene repetido la Corte.

2—La interpretación de un contrato es una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probablemente establecidos en el juicio, de tal manera que no es posible desestimarla por la Corte, sino al través de la alegación demostrada de un evidente error de hecho, que ponga de manifiesto incuestionablemente, una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

El señor Isaías Saavedra, mayor de edad y vecino de Moniquirá, en el Departamento de Boyacá, presentó demanda civil ordinaria ante el Juez del Circuito de allí mismo, contra la señora María Pinzón v. de Franco y el señor Bautista Rodríguez Olarte, para que previos los trámites correspondientes, se declare resuelto el contrato de compraventa que se legalizó por medio de la escritura debidamente registrada, número 335 de 5 de octubre de 1936, otorgada en la Notaría Primera de la población nombrada, y de la cual aparece que la demandada Pinzón de Franco compró al demandante una casa de habitación ubicada en el mismo lugar, que luégo vino a poder del señor Bautista Rodríguez, quien la adquirió en remate público.

Dice la demanda que la resolución de la compraventa se decrete por el incumplimiento de la siguiente cláusula consignada en el memorado instrumento:

"Aclaran los otorgantes lo siguiente: Que entre ellos dos hay un pacto que consta por documento privado por medio del cual la señora Pinzón v. de Franco, se obliga a cubrir al señor Bernardo Cárdenas el crédito hipotecario constituído por el otorgante Saavedra, a favor de éste por la cantidad de tres mil pesos del principal y los intereses correspondientes, según este pacto la señora Pinzón ha hecho ya algunos pagos a Cárdenas percibiendo de éste los correspondientes recibos y que como todavía le adeuda la cantidad de dos mil ochocientos pesos ($ 2.800) sólo existe aún la obligación que ella tiene de hacer ese pago, para que la hipoteca que el otorgante Saavedra constituyó con relación a una casa de su propiedad, situada en la acera norte de la plaza principal de esta población, sea cancelada, quedando la finca libre de ese gravamen cuya cancelación hará la señora Pinzón v. de Franco lo más pronto posible, tal como está estipulado".

Como consecuencia del incumplimiento de lo expresado en tal cláusula, o sea del pago de los dos mil ochocientos pesos ($ 2.800), que el actor

considera como parte integrante del precio del inmueble vendido a la señora de Franco, solicita en su demanda la resolución de tal compraventa y la consiguiente restitución del inmueble materia del contrato indicado, más el pago de perjuicios materiales y morales avaluados dentro del juicio, o en otro distinto.

Aclara el demandante, que en cuanto al señor César Bautista Rodríguez, acababa de adquirir la finca para la fecha de la demanda y que él simplemente "debe responder de las consecuencias civiles desde que adquirió la casa o la recibe".

En subsidio, demanda a la señora en cuestión a pagarle perjuicios materiales y morales, más las sumas que ella se comprometió a cubrir a Bernardo Cárdenas y que no pagó.

Como fundamento de hecho, indica el contrato de compraventa citado, que allí se estipuló una condición resolutoria, que atrás se inserta, que por no haber satisfecho la demandada a Cárdenas el compromiso que se le impuso, la Corte Suprema condenó al demandante Saavedra a cubrirle su obligación; que el demandado, señor César Bautista Rodríguez, adquirió la finca cuya restitución se exige y es su actual poseedor; que la señora Pinzón de Franco hubo la casa materia de la demanda, con una cláusula que por incumplimiento da lugar a la resolución del contrato, condición que afecta al nuevo adquirente señor Bautista Rodríguez, por constar aquélla de una manera expresa en la escritura de venta.

En derecho, se funda la acción en los artículos 1546, 1616, 1930 y 1921 del C. C.

La demandada, señora de Franco, no dio respuesta a la demanda. El señor Bautista Rodríguez la contestó negando lòs hechos y el derecho alegado. Expresa que el pacto privado acordado entre los primeros contratantes respecto del inmueble que se le demanda, no lo puede afectar; que la casa la adquirió en remate público, con el lleno de las formalidades de rigor. Propuso las excepciones de carencia de acción, inepta demanda, por haberse dirigido ésta contra persona distinta de la obligada, etc., y por último, la de prescripción de la acción resolutoria impetrada.

Sentencia de primera instancia

Por providencia del diez de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, se puso fin a la primera instancia del litigio, negándose la resolución de la venta y absolviéndose a los demandados de los cargos contra ellos aducidos. Se condenó a la señora de Franco a cubrir al demandante las sumas que se comprometió a pagar a Bernardo Cárdenas, según la escritura número 335 de 1936, más los intereses legales desde que la obligación se hizo exigible, y al pago de los perjuicios causados.

De esta providencia, apelaron el demandante y únicamente el demandado señor Bautista Rodríguez.

La sentencia recurrida

En el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, a donde fueron remitidos los autos a virtud del recurso interpuesto, al negocio se le dio la tramitación requerida y se puso término a la instancia por fallo del veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, en que se confirmó el recurrido. Sin costas.

Hace el sentenciador un estudio sobre la interpretación de los contratos, sobre la condición resolutoria tácita que existe en todo contrato bilateral, al tenor del artículo 1546 del C. C., en que va envuelta la condición resolutoria, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Entra luégo a estudiar las cláusulas del convenio Saavedra-Pinzón de Franco, investigando la voluntad real de los contratantes y la intención que los guió, resultante de sus diversas estipulaciones.

Expresa que, si se analiza el contrato de compraventa que recogió la escritura número 335, se ve "que la compradora cumplió con su obligación de pagar el precio", pues no otra cosa significa la siguiente cláusula que contiene la escritura de compraventa: "El vendedor declara: que no ha vendido, enajenado, ni empeñado a otra persona la expresada casa y solar, que se la vende con todas sus anexidades, usos, costumbres y servidumbres por la suma de quince mil pesos ($ 15.000) moneda legal **que tiene recibidos a satisfacción**".

Luégo agrega el Tribunal: "Si la compradora pagó el precio de la finca adquirida, pues así lo manifiesta el vendedor, entonces no dejó de cumplir con su obligación y desaparece también la causa invocada por el demandante para pedir la resolución del contrato de venta". Que si el precio no se hubiera satisfecho, no existiría razón

para la declaración terminante de haberse pagado.

Que el pacto o compromiso separado, independiente de la venta de la casa, por el cual la compradora se obligó a pagar a un señor Cárdenas, dos mil ochocientos pesos ($ 2.800), no tiene conexión jurídica con la venta de la finca, como se desprende de las siguientes circunstancias: que la obligación de la señora de Franco con Saavedra sobre el pago de aquella deuda, tuvo origen con anterioridad a la venta de la casa; que en tal negocio independiente, que constaba en documento privado que no se presentó, la señora viuda de Franco se comprometió a pagar tres mil pesos ($ 3.000) al acreedor de Saavedra; que para la fecha del negocio de la finca, le adeudaba tan sólo dos mil ochocientos pesos ($ 2.800), que dispuso se cubrieran por su deudora al señor Cárdenas, con quien tenía a su vez una deuda hipotecaria que la señora debía satisfacer; es decir, se le diputó por Saavedra para hacer tal pago, o mejor, para cancelar su compromiso con Cárdenas, que garantizaba una hipoteca constituída sobre otro bien de Saavedra.

Para el Tribunal, lo mismo que para el Juez de instancia, el compromiso entre Saavedra y la señora de Franco, de satisfacer cierta suma que ésta venía cubriendo de tiempo atrás, "no hace parte del contrato de compraventa, ni lo puede afectar. Ella es escasamente —dice— una alusión al convenio que por medio de un documento privado contrajo la compradora Pinzón de Franco con Saavedra...".

Que tal cláusula o compromiso de pago, "no dice relación, ni a las condiciones genéricas, ni a las condiciones especificadas del contrato de compraventa propiamente dicho".

Observa también, que el demandante no trajo al juicio el aludido documento privado de la acreencia de dos mil ochocientos pesos ($ 2.800), o de tres mil pesos ($ 3.000) a cargo de su demandada, que hubiera servido para la interpretación de la cláusula al respecto del contrato de venta. Advirte, por último, que en la forma en que se propuso la acción, no cabía a la vez, según el artículo 1546 del C. C., la resolución de contrato y el pago de perjuicios. Todo lo cual lo condujo a la confirmación de la sentencia apelada.

El recurso de casación

En desacuerdo con la providencia del Tribunal, el demandante interpuso a su vez, recurso de casación. En la Corte, el proceso ha sufrido la tramitación necesaria y siendo la oportunidad legal, la Sala pasa a fallar.

Con fundamento en la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J., se acusa la providencia en cuestión por violación de ley sustantiva, por infracción directa, interpretación errónea y aplicación indebida y como consecuencia, de apreciación errónea de las pruebas.

Afirma que equivocadamente, el Tribunal sostiene en su sentencia, que no está acreditado uno de los extremos de la acción propuesta sobre resolución de la compraventa por incumplimiento, ya que éste no puede achacarse a una de las partes, la compradora, por el solo motivo de la inejecución de la cláusula relativa a la obligación de pagar a un tercero la cantidad de tres mil pesos que se le adeudaban por el vendedor Saavedra, porque tal compromiso de la adquirente no podía considerarse como parte integrante de su obligación de pagar el precio de la venta cuya resolución se demanda.

Dice que el sentenciador se funda en el contenido de ella, en cuanto se refiere a una obligación anterior a la misma compraventa, y en el hecho de haberse consignado en el mismo instrumento "que el vendedor daba por recibido totalmente el precio de su comprador". Igualmente, en haberse iniciado el pago de ese compromiso por la señora viuda de Franco, con anterioridad a la fecha en que se legalizó la venta cuya resolución se exige y en el concepto de la H. Corte al decidir el juicio entre Saavedra y su acreedor Cárdenas sobre los efectos jurídicos de la sustitución del deudor en virtud del convenio sobre el particular y que se hizo constar en documento privado, y en la cláusula ahora materia de la controversia.

El Tribunal, al tomar dicha cláusula como totalmente ajena al contrato de compraventa, donde ella aparece consignada, viola directamente los artículos 1618 a 1624 del C. C., que determinan la manera como han de interpretarse los contratos, pues solamente por su absoluto desconocimiento, puede explicarse la valorización jurídica acordada para ella, con desconocimiento de su total contenido y de sus efectos jurídicos frente al contrato que la contiene, para los fines de la resolución demandada.

Que en primer término se observa su desconocimiento intrínseco, pues si tal obligación se im-

puso en el contrato de compraventa demandado, fue porque el valor del pago encomendado allí formaba parte del precio de lo vendido, pues de lo contrario, tal compromiso se desnaturaliza, se hace inoperante.

Que no puede desligarse tal cláusula de la subsiguiente, en que se declara recibido el precio. Que si a la compradora se impuso la obligación de pagar al tercero acreedor del vendedor, y luégo, a continuación, se da por recibido el precio de la compraventa, es porque tal estipulación es necesario antecedente de la otra, ya que existe esta última constancia en mérito de la precedente, que es la causa o el hecho que le da nacimiento. Que en la interpretación del contrato ha debido tenerse en cuenta el contenido de todas sus cláusulas y relacionarlas unas con otras. Que separando dicha cláusula y "no relievándola como parte del precio como fue la intención real de los contratantes, queda como algo inoperante y sin relación alguna con el mismo contrato donde aparece haber sido escrita y redactada".

Que el Tribunal, al negar lo allí consignado, la esencia de su contenido frente a las demás estipulaciones, dejó de aplicar los textos ya señalados y los artículos 1544, 1546, 1547, 1548, 1933, 1934 y 1759 del C. C. Que en cuanto al artículo 1546 citado, hubo "interpretación errónea y aplicación indebida".

Que el sentenciador, al interpretar la cláusula en cuestión, lo hizo "con elementos ajenos a ella", sin tener en cuenta la voluntad de las partes.

Que le da a la declaración que se comenta, un alcance y significación que no tiene, como es el de suponerla constituyendo un contrato aparte y separado, y que aun cuando reconoce que fue incumplida, no le hace producir a este hecho todo su alcance en presencia del artículo 1546 del C. C.

Que violó también el sentenciador el artículo 1502 del C. C., en cuanto allí se señalan los elementos constitutivos de todo contrato; los artículos 1494 y 1495 que determinan las fuentes de las obligaciones y el concepto sobre contrato y convención. Igualmente señala como violado el artículo 1849 del C. C., relativo a la compraventa. Que todas esas violaciones de las múltiples disposiciones citadas, se originan en no haberse hecho producir a la estipulación en mientes, las consecuencias jurídicas que le son propias.

Que el Tribunal "realiza un vicio de valoración probatoria que lo conduce a la violación de los textos citados". Que al darle el significado que le da "a las pruebas relativas al documento anterior a la compraventa, así como a las resultantes de las copias tomadas del juicio por razón de la sustitución del deudor Saavedra por el deudor María Pinzón v. de Franco, hace un juicio de hecho contrario esencialmente al contenido de dichas pruebas". Error que se origina al suponer que por convenirse la causa de un contrato de antemano, se cambia la naturaleza jurídica de la respectiva convención, como si ella no pudiera establecerse con anterioridad para una prestación futura con carácter obligatorio para las partes contratantes.

"En conclusión —dice— el sentenciador ha incurrido en error al no darle a la cláusula mencionada su significación y valoración jurídica y la cual constituía elemento esencial necesario para resolver de conformidad la demanda". Por lo cual, a su entender, debe casarse el fallo recurrido.

Se considera:

Se trata en el presente negocio, reduciendo el problema a sus justas proporciones, de la interpretación hecha por el juzgador de segunda instancia de las cláusulas contenidas en la escritura número 335 de 5 de agosto de 1936, de la Notaría de Moniquirá, por la cual Isaías Saavedra dijo vender a María Pinzón v. de Franco una casa de habitación situada en el mismo lugar, instrumento en el cual se consignaron las siguientes declaraciones, que son el origen del litigio:

"Aclaran los otorgantes lo siguiente: que entre los dos hay un pacto que consta por instrumento privado por medio del cual la señora Pinzón v. de Franco se obliga a cubrir al doctor Bernardo Cárdenas el crédito hipotecario constituído por el otorgante Saavedra, a favor de éste, por la cantidad de tres mil pesos de principal y los intereses correspondientes; según este pacto la señora Pinzón le ha hecho ya algunos pagos a Cárdenas percibiendo de éste los correspondientes recibos y que como todavía le adeuda la cantidad de dos mil ochocientos pesos ($ 2.800), sólo existe aún la obligación que ella tiene de hacer ese pago, para que la hipoteca que el otorgante Saavedra constituyó con relación a una casa de su propiedad, situada en la acera norte de la plaza principal de esta población, sea cancelada, quedando la finca libre de ese gravamen, cuya cancelación hará la señora Pinzón v. de Franco, lo más pronto posible, tal como está estipulado".

Más adelante, en la misma escritura, se con-

signó lo siguiente en cuanto al precio del inmueble, que aparece allí traspasando Saavedra a la señora Pinzón.

"El vendedor declara: que no ha vendido, enajenado, ni empeñado a otra persona la expresada casa y solar; que se la vende con todas sus anexidades, usos y servidumbres, por la suma de quince mil pesos moneda legal, que tiene recibidos a satisfacción; que desde esta fecha y con las acciones consiguientes le hace formal entrega de lo vendido, comprometiéndose a la evicción y saneamiento conforme a la ley".

El inmueble materia de este contrato fue, a su vez, transferido por la señora de Franco y a su comprador le fue rematado para el pago de una deuda, siendo su rematador el señor Bautista Rodríguez, a quien se demandó como su poseedor actual, para que sea condenado a restituírlo.

El señor Saavedra pide la resolución del contrato por falta de pago del precio y el Tribunal sentenció, mediante el estudio de las cláusulas del contrato, que éste había sido declarado cubierto, negando en consecuencia lo pedido.

Contiene el Libro IV del C. C., en su Título 13, un conjunto de reglas sobre la interpretación de los contratos, que se distinguen por su unidad y sabiduría. Son reglas de lógica jurídica encaminadas a dirigir la mente del juez en la mejor apreciación de los acuerdos que expresan la voluntad de las partes, que la ley ordena emplear como criterio inquisitivo de la autenticidad de aquella voluntad en la apreciación de los pactos.

No confieren esas disposiciones legales ningún derecho preciso, en forma que su violación pudiera llegar a ser la base de cargo en casación, con fundamento en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del C. J., como en varias decisiones lo tiene repetido la Corte. (GACETA JUDICIAL, Tomo 55, pág. 297).

La interpretación de un contrato es, por lo demás, una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probablemente establecidos en el juicio, de tal manera que no es posible desestimarla por la Corte, sino al través de la alegación demostrada de un evidente error de hecho, que ponga de manifiesto incuestionablemente, una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes. (Casación, Tomo 55, pág. 299).

Se ha acusado en el presente negocio por errónea interpretación del contrato y de algunas pruebas, que a juicio del recurrente pudieron servir de elementos de juicio al Tribunal en su fallo, como las copias tomadas del juicio por razón de la sustitución del deudor Saavedra por el deudor María Pinzón v. de Franco, en su compromiso con el señor Cárdenas; mas la Corte no encuentra ese error evidente de hecho en la aplicación del contrato contenido en la escritura número 335 y de las cláusulas allí consignadas, lo mismo que del estudio de los demás elementos de convicción aportados al proceso.

En efecto, se observa que en el mencionado instrumento público se dijo que el señor Saavedra daba en venta a la señora María Pinzón v. de Franco, una casa de habitación y su correspondiente solar, ubicada en la población de Moniquirá; que el vendedor hizo entrega a la compradora. En cuanto a su precio se hizo constar que "el vendedor declara que no ha vendido, enajenado, ni empeñado a otra persona la expresada casa y solar; que se la vende por la suma de quince mil pesos ($ 15.000) moneda legal que tiene recibidos a satisfacción".

Tal cláusula sobre pago del precio, no expresa en forma alguna subordinación o relación al compromiso que en el mismo instrumento se señala, o mejor dicho, a la referencia que allí se hace con respecto a cierta estipulación anterior de la señora Pinzón de Franco, cuando en forma de aclaración hacen constar en la escritura en estudio, que entre las mismas partes hay un pacto que consta por documento privado, por el cual la señora Pinzón v. de Franco se había comprometido a pagar a un tercero (Cárdenas), un crédito hipotecario a cargo del vendedor, por la suma de tres mil pesos ($ 3.000), de los cuales, la señora ya había cubierto doscientos pesos y donde élla se obliga a continuar abonándolo hasta obtener la cancelación del gravamen hipotecario que pesaba, sobre otro bién del mismo vendedor.

Para el Tribunal, como lo fué también para el Juez de instancia, la cláusula que se deja expresada "no hace parte del contrato de compraventa, ni lo puede afectar". Ella es una alusión al compromiso que por medio de un documento o pacto privado contrajeron la compradora Pinzón v. de Franco y el señor Saavedra".

No se relaciona ese pacto anterior con las estipulaciones de la compraventa, ni se dijo que el pago de esa suma se consideraba como parte integrante del precio, o que la venta se condicionaba en cuanto a la satisfacción del precio, al cumplimiento de aquel compromiso, en que se dipu-

tó a la señora Pinzón v. de Franco para hacer un pago, según los términos de un documento privado, que no se conoce.

Se vé ciertamente, que en cuanto al precio de la compraventa, las partes quisieron de una manera expresa, hacer la declaración expresa y terminante de que su valor fué satisfecho, y ante esta explícita manifestación, no cabe pensar que era parte integrante de él, pagar la deuda pendiente de Saavedra para con un tercero.

De ahí que el juzgador de segunda instancia interpretara que fueron cumplidas las estipulaciones del pacto bilateral surgido entre los contratantes, originado en la enajenación de una casa, de que da cuenta la escritura pública número 335, en cuanto hace a la obligación del comprador de pagar el precio, que se declaró satisfecho, lo que hace imposible la resolución del contrato de compraventa y la consiguiente restitución de la cosa vendida por su actual poseedor, señor Bautista Rodríguez Olarte.

Para el Tribunal, la cláusula en cuestión de pago de una cantidad a una tercera persona incluída en la escritura pública, por medio de la cual se legalizó la venta de la casa cuya resolución se demanda, sólo significa el propósito de darle autenticidad a un acuerdo privado, mas no de formalizarlo como dependiente del objeto principal del negocio que allí se legalizó, o integrante del precio de lo vendido, pues ya se vió que éste se dió por recibido.

No se ve, pues, que en la interpretación del contrato, el Tribunal hubiera cometido un error evidente de hecho, que permitiera a la Corte casar la sentencia por violación de alguno de los preceptos indicados, para hacer lo que hubiera de corresponder. No es posible, pues, desestimar la apreciación del contrato hecha por el Tribunal, ni de las otras pruebas, porque no se demostró un evidente error de hecho que pusiera de manifiesto incuestionablemente una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Sentencia:

Con apoyo en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, que ha sido materia del presente recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Silva Rebolledo—Miguel Arteaga H.—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas — Manuel José Vargas— El Secretario: Pedro León Rincón.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — NOCION DE TERMINO O PLAZO

1—Uno de los principales aspectos o aplicación de la voluntad, es la libertad contractual, que consiste en la libertad de que gozan los particulares para celebrar los contratos que les plazcan y determinar su contenido, efectos y duración.

En general, en materia contractual la ley reglamenta las relaciones jurídicas, como lo habrían hecho las mismas partes. Por consiguiente, las normas legales sólo se aplican en el silencio de éstas, que pueden sujetarse a ellas y sustituírlas por otras reglas de su elección, con el único límite de respetar el orden público y las buenas costumbres.

Dentro del Derecho, el consentimiento se define como el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico. Intégrase por dos actos sucesivos y siempre copulativos: la oferta y la aceptación.

2—Se designa por término un acontecimiento futuro, pero cierto, al cual está subordinada la exigibilidad o extinción de un derecho. En otras palabras, el plazo está constituído por un acontecimiento no realizado aún, pero que según las previsiones humanas, fatalmente ha de realizarse. El establecimiento de un plazo en un contrato, y por consiguiente en las obligaciones que de él se derivan, rige la exigibilidad o extinción de dichas obligaciones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

Ante el Juez del Circuito de Barranquilla, domicilio del demandado, la sociedad de comercio avecindada en Manizales "Luis Restrepo Isaza & Compañía Limitada", demandó por medio de apoderado al señor José Cozza, para que con su audiencia y mediante los trámites del juicio ordinario, se declare resuelto por incumplimiento del vendedor, el contrato de compraventa de un lote de cincuenta toneladas de **hierro corrugado en varillas para construcciones,** y que en consecuencia, se condene al demandado a pagar a los actores la suma de seis mil ciento veinticinco pesos ($ 6.125.-00), a título de perjuicios por falta de cumplimiento del contrato en referencia, pago que hará el obligado tan pronto se ejecutorie la sentencia que se dicte, y en subsidio, pide se le condene a cubrir la suma que por perjuicios señalen peritos y por las costas del juicio.

Funda su acción en que, luego de algunas ofertas por escrito del demandado y contraofertas en igual forma, de su parte, se celebró el contrato en cuestión en el mes de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en virtud del cual, Cozza se comprometió a entregar en la plaza de Barranquilla en el mes de junio de aquel año, la referida cantidad de hierro para construcciones, a razón de doscientos diez pesos ($ 210) moneda colombiana cada tonelada, cuyo monto sería cubierto en giros a la vista. Que posteriormente y también por correspondencia, se convino en que la mercancía, que era para la venta en Manizales, sería entregada a determinados comisionistas de transportes, quienes siempre estuvieron listos a llenar su cometido, que ya en el mes de junio, Cozza escribió a los compradores una carta, en la cual les expresa que había recibido noticias de sus agentes despachadores en el exterior y que debido a medidas tomadas sobre prioridades allí, no les sería posible a sus proveedores embarcarle la mercancía en la fecha señalada del veintitrés de junio. Observa el demandante, que mientras tanto, el hierro había subido considerablemente de precio; de ahí que Cozza expresara en la misma carta que no podía precisar francamente la fecha del embarque, que conceptuaba que sólo sería para el mes de julio siguiente.

Esta carta de Cozza fué contestada por la sociedad compradora en la de junio veintisiete del mismo año, en la cual, "Luis Restrepo Izasa & Compañía Limitada" dicen a aquél lo siguiente:

"Sentimos que la casa de Nueva York no haya podido embarcar el hierro el 23 de presente mes como Ud. nos lo había comunicado. Como tenemos compromisos con este artículo, confiados en sus comunicaciones habíamos prometido a los clientes hacerles la entrega en los primeros días de julio próximo.

"Como de todos modos tenemos que entregar el artículo, esperamos hasta que Ud. lo reciba confiados en que no pasará del próximo mes de julio".

Que el siete de julio del mismo año llegó a Barranquilla el vapor Bonna y trajo para Cozza material del negociado, en cantidad de cien mil cuatrocientas setenta libras; que pocos días después, los compradores solicitaron informes sobre el particular, en despacho telegráfico, en que dicen a su vendedor: "Urge tener noticias sobre el particular", a este telegrama contesta Cozza, diez días después de tener en su poder el material traído por el vapor Bonna, y sin embargo, les dice que le apena no poder dar un "dato preciso o siquiera aproximado para la entrega del hierro que he negociado con Uds, y agrega que se ha dirigido a sus despachadores reclamándoles.

En carta del diez y nueve de julio siguiente, los mismos Luis Restrepo Isaza & Compañía Limitada se dirigen a su cocontratante y le reclaman de nuevo el despacho de la mercancía, y le significan que habían visto en las relaciones de vapores llegados, la presencia del Bonna con hierro para Cozza, en la cantidad suficiente para llenar su compromiso; y que a tal reclamo contestó el aludido en despacho donde declara, que era evidente que había recibido una cantidad del referido producto, pero no de las dimensiones negociadas y eso en pequeña cantidad, no obstante que, según lo demostrado, recibió cien mil cuatrocientas sesenta libras.

Observan también los demandantes, que más tarde el mismo Cozza confesó en posiciones, que por error, había escrito que se trataba de varillas de una pulgada lo percibido, cuando en realidad fué hierro de tres cuartos de pulgada, que sí correspondía al material negociado. Que en el mes de agosto, atracaron en el muelle de Barranquilla los vapores San Mateo, Táchira y Falcón, los cuales condujeron para Cozza hierro de diversos calibres, en cantidad de cien mil quinientas sesenta libras, de varillas de hierro de tres cuartos de pulgada, y ciento sesenta y siete mil novecientos veinte en varillas de cinco octavos de pulgada, según aparece de la información obtenida del Cónsul General de Colombia en Nueva York, y lo confesó en posiciones el mismo demandado.

Que para el doce de agosto del mencionado año, Cozza de nuevo escribe a sus clientes para expresarles que no podrá hacer el despacho de lo vendido, si no obtienen los compradores un certificado o documento de prioridad, mas con todo, guarda silencio con respecto a las remesas ya en su poder.

Para el diez de noviembre, en vista del silencio de su despachador, los demandantes le reclaman una vez más el cumplimiento de su compromiso y le advierten que no se explican lo que ocurre, dada la cantidad del producto negociado que había recibido por los vapores atrás nombrados.

A esto responde el aludido, que hace mucho que no recibe hierro y que "en cuanto al negocio que celebré con Uds. por cierta cantidad del mentado material, francamente puede considerarse anulado".

Para el catorce del propio mes, nueva carta de Manizales, en que se le envía a Cozza la relación del hierro por él recibido, según la lista de vapores llegados, y respuesta del mismo, en que expresa que el llegado no es de las dimensiones convenidas. En vista de ésto, los demandantes propusieron someter su reclamo a la Cámara de Comercio de Medellín, mas tampoco el demandado se avino a ello.

Que la mercancía vendida por Cozza alcanzó en la plaza de Manizales y en todas las del país, magníficos precios, que permitían a los compradores obtener una buena utilidad, que según los cálculos de pesa y medida, la estiman en seis mil ciento veinticinco pesos ($ 6.125).

Notificada la demanda, el señor Cozza la contestó, aceptando los hechos relacionados con las cartas y documentos invocados. Explica que, en realidad, en el vapor Bonna no llegó sino una pequeña cantidad de hierro del negociado y rechaza la sugerencia hecha en el libelo, de haber querido ocultar tal circunstancia, ya que la mercancía que circula por las aduanas —dice— es de conocimiento público.

Alega, que por obra de fuerza mayor y no por culpa de su parte, con lo cual él mismo recibió perjuicios, el negocio Cozza-Luis Restrepo Isaza & Compañía Limitada no pudo culminar en la forma convenida.

Por último, manifiesta que propone toda excepción que resulte comprobada.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento puso fin a la instancia, por providencia de once de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, en la cual declara resuelto el contrato de compraventa de las cincuenta toneladas de hierro en varillas, de acuerdo con las especificaciones de la demanda, y condena, en consecuencia, al demandado Cozza a pagar por idemnización, la suma de cinco mil ochocientos treinta y siete pesos y cincuenta centavos ($ 5.837.50).

La sentencia recurrida

En desacuerdo con la decisión anterior, el señor Cozza apeló para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, donde al final de la actuación del caso, se falló el negocio con fecha trece de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, confirmándose el apelado. Con costas.

Considera el Tribunal que, del abundante material de pruebas allegadas a los autos, puede inferirse que efectivamente, entre la sociedad demandante y José Cozza, se celebró un contrato de compraventa de material de hierro para construcciones, como se desprende de las cartas cruzadas entre los dos comerciantes y de las posiciones absueltas por el demandado; que de todo ello se configuran las bases del contrato oneroso y conmutativo, que culminó con el acuerdo de voluntades de ambas partes.

Que el contrato, como ley entre quienes lo celebraron, ha debido ser cumplido, verificándose la tradición de la mercadería, por parte de Cozza, a "Luis Restrepo Isaza & Compañía Limitada", "no obstante la prórroga del convenio en relación con la fecha de entrega de las varillas, otorgada a los últimos. "A la obligación de conservar la cosa y entregarla no se ajustó Cozza, alegando para ello que en el desarrollo del contrato, la fuerza mayor se había opuesto al movimiento volitivo que prevaleció en su ánimo de cumplir, por la falta de la mercancía negociada, en la ciudad de Barranquilla". "Mas para que ello fuera factible —continúa el Tribunal— se hacía indispensable que el demandado Cozza hubiese establecido ante la justicia tal extremo, pruebas que no aportó a los autos, que era a Cozza a quien incumbía probar que a pesar de su diligencia y cuidado se consumó la fuerza mayor". Que no aparece demostrado tal hecho y que, por el contrario, de los elementos de convicción que arroja el expediente, "se deduce la mora de que se hizo culpable el vendedor, por no cumplir la obligación dentro de los términos estipulados, ni en momento alguno, por lo que es de justicia declarar la resolución del contrato y la condenación del demandado Cozza al pago de la indemnización por los perjuicios probados".

Examina la excusa del vendedor para dejar de cumplir lo pactado, consistente en que no se le suministró por el demandante "el certificado de prioridad", exigido por las autoridades norteamericanas para permitir el despacho de la mercancía, y encuentra que tal condición surgió por exigencia de Cozza, con posterioridad a lo pactado, y que por diversas pruebas, queda desvirtuada tal necesidad, principalmente por la confesión del mismo obligado. Que consta, que si bien el vendedor tuvo algunas dificultades para obtener aquella mercancía de los países productores, también está establecido que recibió una cantidad de varillas de metal muy superior a la contratada con la sociedad en cuestión, y que no es admisible la prueba de contratos privados con terceros sobre compromisos anteriores, porque tales documentos, en cuanto a su fecha, no hacen fé contra los demandantes, sino a partir de su exhibición en el juicio, al tenor del artículo 1762 del Código Civil.

Todo lo cual, dió fundamento al Tribunal para confirmar la sentencia apelada.

El recurso de casación

No satisfecho con tal decisión, el demandado ocurrió en casación. El negocio está debidamente sustanciado y siendo el caso de fallar, la Sala Civil de la Corte procede a éllo mediante las siguientes consideraciones:

Con apoyo en el artículo 520 del Código Judicial y dentro de la causal 1ª, se propone contra la sentencia un solo cargo, a saber:

Sostiene el distinguido abogado ante la Corte, que su cliente es comerciante respetabilísimo, que siempre ha cumplido con sus compromisos y que según lo ha comprobado él mismo con su correspondencia, el hierro para los señores comerciantes de Manizales, actores en el pleito, no le fué

embarcado, por el estado de guerra y no haber logrado prioridad para su despacho. Que el poco material recibido fué insuficiente para cumplir compromisos anteriores.

Acusa simplemente por error de hecho en la apreciación de la carta dirigida por los señores "Luis Restrepo Isaza & Compañía Limitada" al señor Cozza, del veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y uno, presentada con la demanda y cuya autenticidad está aceptada por ambas partes, y que reza:

"Estimado Sr. y amigo:

"En nuestro poder su aple. del 24 y a élla nos referimos.

"Sentimos que la casa de New York no haya podido embarcar el hierro el 23 del presente mes como Ud. nos los había comunicado. Como tenemos compromisos con este artículo, confiados en sus comunicaciones habíamos prometido a los clientes hacerles la entrega en los primeros días de julio próximo".

"Como de todos modos tenemos que entregar el artículo, esperamos hasta que Ud. lo reciba confiados en que no pasará del próximo mes de julio".

Dice, que con arreglo al tercer párrafo de esta carta, en efecto, los compradores otorgaron al vendedor "plazo indefinido para la entrega del hierro vendido y pedido por éste a los Estados Unidos"; "esperamos hasta que Ud. lo reciba", se manifiesta alllí. La expresión "confiados en que no pasará del próximo mes de julio", que en dicho documento se lee, no es indicativa de plazo.

Que el Tribunal desconoce en su fallo el hecho en referencia, cual es el de haberse concedido por los acreedores "plazo indefinido para la entrega". Que se equivoca palmariamente el juzgador en la apreciación del propio documento, y a consecuencia de tal error, quebranta el inciso primero del artículo 1608 del C. C., aplicado indebidamente, y el ordinal 3º del mismo precepto, que ha debido aplicarse y no lo fue. La violación de esos textos —dice— entraña infracción de los artículos 1546 y 1882 del C. C. y del artículo 248 del Código de Comercio, que no venían al caso.

Se considera:

Uno de los principales aspectos o aplicación de la voluntad, es la libertad contractual, que consiste en la libertad de que gozan los particulares para celebrar los contratos que les plazcan y determinar su contenido, efectos y duración.

En general, en materia contractual, la ley reglamenta las relaciones jurídicas, como lo habrían hecho las mismas partes. Por consiguiente, las normas legales sólo se aplican en el silencio de éstas, que pueden sujetarse a éllas y sustituírlas por otras reglas de su elección, con el único límite de respetar el orden público y las buenas costumbres.

Dentro del Derecho, el consentimiento se define como el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico. Intégrase por dos actos sucesivos y siempre copulativos: la oferta y la aceptación.

En el presente negocio, el contrato de venta de determinada cantidad de material de construcción, fué acordado entre ambas partes, a virtud de las cartas de oferta del señor Cozza y de las de aceptación de los compradores, para ser entregado en la ciudad de Barranquilla, en el curso del mes de junio de mil novecientos cuarenta y uno, como se desprende de la correspondencia exhibida del vendedor y comprador, de fechas mayo 2 de 1941 y mayo 14 del mismo año.

Es de notar, que con fecha diez de junio, el señor Cozza, como excusa de su incumplimiento, escribe a sus clientes en Manizales para indicarles las razones que a su entender justifican la demora en los embarques, que según lo señala, se debe a sus despachadores, por razón del estado de guerra. Dice así: "El lote de hierro que se había comprometido formalmente a despacharme para los primeros días del presente mes (junio), no será embarcado sino el veintitrés de los corrientes por el vapor Bonna".

En misiva del veinticuatro de junio, Cozza escribe nuevamente a sus compradores, expresándoles que no sabe con precisión cuándo se podrá efectuar el embarque de la mercancía en los Estados Unidos; que se ha presentado otro caso, pues, de fuerza mayor para poder dar cumplimiento a su compromiso y cree que pudiera verificarse la entrega para el mes de julio siguiente. A tal manifestación, responden los compradores, diciendo a Cozza que tienen compromisos para julio, y agregan: **"como de todos modos tenemos que entregar el artículo, esperamos hasta que Ud. lo reciba confiados en que no pasará del próximo mes de julio".**

Esta carta de los compradores, que estaban urgidos de recibir lo comprado, concede claramente un plazo hasta el mes de julio, pero si se hubiera de interpretar en los términos en que lo ha-

ce el recurrente, de haberse concedido un plazo indefinido, es necesario agregarle que, indefinido sí, pero sujeto a la condición del arribo de la mercancía. Los compradores se sometieron, pues, a esperar hasta cuando Cozza recibiera mercancía de la vendida, que lo pusiera en situación de cumplir lo pactado: "esperamos hasta que Ud. la reciba", es decir, la espera. dadas las dificultades de los embarques, se prolongaría hasta la fecha del recibo del material, y este recibo, el arribo a Barranquilla de barcos que conducían material de hierro para el vendedor, lo consideraron suficientemente demostrado, tanto el Juez como el Tribunal.

"Ciertamente —dice el Tribunal— de los documentos presentados en esta instancia por el demandante, se infiere que el señor Cozza sí tuvo inconvenientes para recibir mercaderías del país productor; pero no es menos evidente que de esos mismos documentos consta que recibió una cantidad de varillas de hierro muy superior a la contratada con los señores Luis Restrepo Isaza & Co. Ltd.". Además rechaza el Tribunal ciertos documentos privados que el demandado trajo a los autos para acreditar que el hierro recibido por él, en esa misma época, estaba destinado a otros compromisos adquiridos con anterioridad, por considerar que su fecha no podía tenerse por cierta sino a partir de su exhibición en juicio.

Ahora bien: se designa por término un acontecimiento futuro pero cierto, al cual está subordinada la exigibilidad o extinción de un derecho. En otras palabras, el plazo está constituído por un acontecimiento no realizado aún, pero que según las previsiones humanas, fatalmente ha de realizarse. El establecimiento de un plazo en un contrato, y por consiguiente en las obligaciones que de él se derivan, rige la exigibilidad o extinción de dichas obligaciones.

En el caso en estudio, con posterioridad al contrato celebrado entre las partes sobre venta de una cantidad de material de hierro, por precio convenido y que debía ser entregado en el mes de junio de mil novecientos cuarenta y uno, a virtud de dificultades presentadas al vendedor, el comprador le otorgó un plazo indefinido, sujeto al recibo de la mercancía.

Pero ya en el juicio, los demandantes demostraron que en el vapor Bonna, que arribó a Barranquilla el nueve de junio de mil novecientos cuarenta y uno, en el San Mateo, llegado allí el nueve de agosto siguiente, en el Táchira, que atracó el trece del mismo mes; en el Falcón el Plátano y el Esparta, llegados con posterioridad, el señor Cozza recibió de los Estados Unidos, hierro en varillas de diversas dimensiones, por un total de cuatrocientas treinta y ocho mil quinientas libras, lo cual dió lugar a que el Tribunal considerara a Cozza en mora de cumplir lo pactado, declarando por ello resuelto el contrato y condenándolo al resarcimiento de perjuicios.

El fallador, pues, apreció en forma debida la carta en que se dió plazo indefinido a Cozza para cumplir lo pactado, pero encontró que el término estaba condicionado al recibo de la mercancía y ésta, como se vió, fué despachada y llegó a poder del vendedor, poniéndolo en situación de satisfacer sus compromisos.

El juzgador, pues, no sólo se apoyó para decidir en la carta en referencia, sino en otras pruebas, como son las posiciones en que Cozza declara que los vapores enumerados, le portaron el material que atrás se dejó detallado, la certificación del Cónsul colombiano en Nueva York, lo mismo que otras pruebas, todas las cuales sirvieron para fundamentar el fallo, que tiene, pues, diversos soportes no acusados por el recurrente, como era necesario en casación.

Por lo expuesto, se declara que no han sido violados los preceptos que se dejan señalados.

Sentencia:

Por las razones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha diez y ocho 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.

Arturo Silva Rebolledo — Miguel Arteaga E. Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas — Manuel José Vargas. El Secretario Pedro León Rincón.

ACCIONES DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO Y SUBSIDIARIA DE REFORMA DEL MISMO — NO PUEDEN APRECIARSE EN LA SENTENCIA PRUEBAS AGREGADAS DESPUES DE PROFERIDO EN SEGUNDA INSTANCIA EL AUTO DE CITACION PARA SENTENCIA — LA CASACION NO TIENE UNA FINALIDAD MERAMENTE ACADEMICA

Conforme a lo estatuído por el artículo 597, numeral 3º, del Código Judicial, para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiere tal formalidad, y de no, antes de proferirse la sentencia. De acuerdo con esta disposición el referido auto de citación para sentencia cierra o cancela definitivamente la posibilidad de practicar válida o eficazmente pruebas en el juicio ordinario, con la sola salvedad de que las que se evacuan o agregan inoportunamente en la primera instancia, sirven para ser consideradas por el Superior cuando llega a conocer del negocio por apelación o consulta, por ordenarlo así en tal caso el artículo 598 ibídem. Pero esta norma de excepción a la regla general contenida en la disposición antes citada, no puede extenderse, como es obvio, al evento de las pruebas pedidas ante el Superior y allegadas al proceso fuera de la oportunidad legal, o sea después de haberse citado a las partes para sentencia, pues esta situación está regulada por el precepto del numeral 3º del artículo 597.

Como lo ha dicho la Corte, "el imperio de las normas de procedimiento es de orden público. En su observancia reposa la garantía de los derechos que tienen los litigantes a lo largo del proceso, de manera que si el juzgador deja de lado en favor de alguna de las partes la aplicación de los principios que consagran las normas procedimentales incurre en violación de los derechos amparados por esas normas y por consiguiente falta a sus deberes de rectitud e imparcialidad. El artículo 597 antes citado encierra el principio procesal de la eventualidad en materia probatoria, conforme al cual, pasada la oportunidad de aducir las pruebas, las que se presenten no pueden ser estimadas por el Juez en la decisión de la controversia jurídica. Los medios de defensa que llevan las partes al proceso deben reunir las formalidades legales para que surtan el efecto que las leyes les señalan. Vencido el período de prueba que para el juicio ordinario de mayor cuantía otorga el artículo 758 del C. J., durante la segunda instancia, precluye, o lo que es lo mismo, se cierran las posibilidades de pedir las pruebas, en cuanto hace a los litigantes, y en relación con el Juez la de decretar la práctica de ellas. Las que se aduzcan sin pasar por estos trámites son inadmisibles por ser legalmente ineficaces para obrar en el juicio (artículo 596 del C. J.)" (Sentencia de 26 de julio de 1945, Sala de Negocios Generales. G. J., Tomo LIX, pág. 1082).

2—"Si bien es cierto que la finalidad propia del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, mediante la exposición doctrinaria, no por eso la función de la Sala de Casación Civil es académica en el sentido de que tenga libertad para ocuparse de todos los temas que se le propongan, aún de los que carezcan de influencia sobre la parte dispositiva de los fallos.

"El recurso está limitado por su finalidad secundaria de reparar el agravio que se haya cometido contra una de las partes por una interpretación equivocada de la ley. De ahí que el recurso sea de casación, es decir, de anulación de lo resuelto por el Tribunal.

"Por eso la Corte ha reiterado varias veces la doctrina de que el recurso de casación está vinculado a la parte resolutiva de la sentencia y en manera alguna a la motiva. Pues la función doctrinaria de la Corte

se ejerce sobre la violación de la ley que haya conducido al Tribunal a resolver el pleito en pro o en contra de la demanda". (Casación de octubre 10 de 1945. G. J., n. 2021, pág. 707).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio cuatro de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

María Antonia García viuda de Fierro, en su carácter de cónyuge supérstite de Domingo Fierro, y José Domingo, Simón y Susana Fierro, en su condición de hijos legítimos de los dos primeramente nombrados, propusieron por medio de apoderado ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva, juicio ordinario contra Francisco Alberto y Ana Julia Sánchez o Fierro, en su condición de herederos y legatarios del testamento cerrado que otorgó Domingo Fierro, para que en sentencia definitiva se declare que es nulo dicho testamento, y subsidiariamente, que se decrete en favor de los demandantes su reforma, por cuanto las asignaciones hechas por el testador en favor de los demandados, afectaron tanto las legítimas rigurosas como la cuarta de mejoras y la porción conyugal que a los primeros corresponde.

Tramitado el juicio con oposición de parte de los demandados, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de siete de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, por medio de la cual los absolvió de los cargos que se les formularon, sin costas.

Apelado ese fallo por los demandantes, el Tribunal Superior de Neiva, que conoció del recurso, lo confirmó en sentencia de veinte y ocho de julio de mil novecientos cuarenta y ocho.

En esta providencia se estudiaron tanto la acción principal como la subsidiaria; pero como el recurso de casación que en su contra interpuso el apoderado de los demandantes, no se endereza contra las razones que sustentan la decisión absolutoria recaída sobre la primera, sólo se procede a sintetizar las que sirven de apoyo a la segunda.

A este respecto sostiene en resumen el Tribunal que como al proceso no se trajeron en la oportunidad legal correspondiente las pruebas demostrativas de los hechos en que se funda la acción subsidiaria de la reforma del testamento, se hace imposible saber si realmente se menoscabaron las legítimas y la cuarta de mejoras y si la cónyuge sobreviviente tenía derecho a porción conyugal, en razón de carecer de bienes para su congrua sustentación. Sobre este particular dice el sentenciador:

"Pero ocurre que la prueba correspondiente no puede legalmente tenerse en cuenta. Esto es, que las piezas atañaderas a esa liquidación, en íntima relación ellas con la diligencia de inventarios y avalúos llevada a cabo en el juicio de sucesión del causante Domingo Fierro, fallecido cuando aún se tramitaba aquel juicio, no han venido en debida forma al negocio, desde luego que se practicaron y trajeron inoportunamente al juicio, o sea cuando ya se había citado a las partes para sentencia (artículo 597, ord. 3º, C. J.)".

"En efecto, el auto de citación para sentencia, en el presente negocio, es de fecha 13 de noviembre de 1947. Mas la sentencia aprobatoria del trabajo de partición hecha en el juicio de liquidación provisional de la sociedad conyugal Fierro-García, sólo vino a proferirse con fecha 19 del propio mes de noviembre en cita, es decir, con posterioridad a la fecha del auto aludido de citación para sentencia (cuaderno número 5, fl. 42 y v.), y, por tanto, necesariamente las diligencias sobre publicación y notificación de esa providencia son todavía más recientes. A esto añadida la circunstancia de que la respectiva notificación no aparece legalmente hecha a todas las partes, sino sólo, en forma personal, al abogado doctor López H. Lo anterior, de una parte. De otra, al juicio no vino a ser agregada esa prueba, sino con fecha dos de diciembre siguiente, según la constancia secretarial que obra al final del folio 42 vuelto del citado cuaderno número 5".

De allí concluyó que debía confirmar la sentencia apelada.

A los demandantes se les concedió el recurso de casación, que sustentado y tramitado debidamente, se procede a decidir.

Con apoyo en las causales primera y séptima del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente propone contra la sentencia los cargos que en seguida se resumen y consideran:

Cargo primero.—Aquí se afirma que la sentencia es violatoria de los artículos 1226, 1230, 1239 y 1274 del Código Civil, "por infracción directa, infracción que provino ya de error de derecho que determinó la falta de consideración de algu-

nas pruebas, ya de mala interpretación de las citadas disposiciones".

En la fundamentación del cargo dice, en resumen, el recurrente que en el proceso obran debidamente autenticadas las copias de las diligencias de liquidación provisional de la sociedad conyugal Fierro-García y de los inventarios y avalúos hechos en el juicio sucesorio de Domingo Fierro; que esas pruebas fueron pedidas en tiempo y decretadas oportunamente por el Tribunal; que el Juzgado al cual se solicitaron las expidió después de aprobada la liquidación provisional referida y que sólo fueron agregadas al juicio después de dictado el auto de citación para sentencia; "pero que, en primer lugar, ello obedeció a circunstancias que estaban fuéra del control de la parte, y que el Tribunal sí hubiera podido evitar, requiriendo al inferior para que devolviera diligenciado el despacho antes de citar para sentencia, y en segundo lugar, la disposición aplicable no es el inciso 3º del artículo 597, sino el artículo 598 del C. J." que es especial para el caso y posterior en el orden del Código; que por tal motivo el juzgador incurrió en error de derecho que lo condujo a violar las disposiciones en cita, porque si tales pruebas se consideraran "en relación al texto del testamento y las demás probanzas de los autos" debió decretarse la reforma solicitada en lugar de la absolución pronunciada.

Afirma además el recurrente, que los citados artículos fueron violados por interpretación errónea que de ellos hizo el sentenciador; que los artículos 1274 y 1278 del C. C. consagran a favor de los legitimarios y del cónyuge sobreviviente la acción de reforma, cualesquiera que sean los términos de la disposición testamentaria que lesione sus derechos, dado que las asignaciones forzosas son imperativos de la ley; que "en tales condiciones el Juez o Tribunal que conoce de una acción de reforma de un testamento, tiene la obligación de hacer aquellas declaraciones que se le pidan que tienden a evitar que la interpretación o la aplicación de una disposición testamentaria, por confusa o por habilidosa en su redacción, pueda tener el efecto de menoscabar las legítimas o la porción conyugal, cuando llegue el evento de hacer la verificación cuantitativa. En otros términos: ha de dar una pauta clara al partidor o albacea, según el caso, de hasta dónde ha de ceñirse al testamento o cómo debe limitarse el alcance de sus cláusulas, según las reglas de la sucesión intestada, porque la aplicación de la ley, y su prevalencia sobre la voluntad del testador, no están confiadas al partidor ni al ejecutor testamentario, sino al órgano judicial del poder"; que "resulta claro que vista la redacción del testamento de Domingo Fierro (fs. 8 del primer cuaderno) y teniendo en cuenta la relación de bienes tenida en el mismo, hay la posibilidad, mejor dicho, la probabilidad, de que los legados excedan la cuarta de libre disposición, y ello basta para la procedencia de la acción de reforma tal como se concreta en las peticiones subsidiarias de la demanda, pues las declaraciones que allí se solicitan, tienen por único objeto evitar que la forma en que fueron concebidas las disposiciones del **de cujus**, conduzca a la violación de las legítimas y mejoras y de la porción conyugal".

Se considera:

Como lo observa el Tribunal, lo acepta el recurrente y consta evidentemente en autos, la prueba a que el último se refiere fue pedida y decretada en tiempo oportuno, pero sólo vino al proceso el dos de diciembre de 1947, cuando ya desde hacía más de un mes no sólo se había dictado sino que estaba ejecutoriado el auto de citación para sentencia (c. número 4, f. 20) de la segunda instancia de este juicio ordinario.

En esas condiciones es claro que el sentenciador estuvo acertado cuando afirmó que la aludida prueba no puede legalmente ser tomada en cuenta para la decisión del presente litigio, desde luego que conforme a lo estatuído en el numeral 3º del artículo 597 del Código Judicial, para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiere tal formalidad, y de no, antes de proferirse la sentencia. De acuerdo con esa disposición el referido auto de citación para sentencia cierra o cancela definitivamente la posibilidad de practicar válida o eficazmente pruebas en el juicio ordinario, con lo sola salvedad de que las que se evacuan o agregan inoportunamente en la primera instancia, sirven para ser consideradas por el Superior cuando llega a conocer del negocio por apelación o consulta, por ordenarlo así en tal caso el artículo 598 ibídem. Pero esta norma de excepción a la regla general contenida en la disposición antes citada, no puede extenderse, como es obvio al evento de las pruebas pedidas ante el Superior y allegadas al proceso fuéra de la oportunidad legal, o sea después de haberse citado a

las partes para sentencia, pues esta situación está regulada por el precepto del numeral 3º del artículo 597.

Como lo ha dicho la Corte "el imperio de las normas de procedimiento es de orden público. En su observancia reposa la garantía de los derechos que tienen los litigantes a lo largo del proceso, de manera que si el juzgador deja de lado en favor de alguna de las partes la aplicación de los principios que consagran las normas procedimentales incurre en violación de los derechos amparados por esas normas y por consiguiente falta a sus deberes de rectitud e imparcialidad. El artículo 597 antes citado encierra el principio procesal de la eventualidad en materia probatoria, conforme al cual, pasada la oportunidad de aducir las pruebas, las que se presenten no pueden ser estimadas por el Juez en la decisión de la controversia jurídica. Los medios de defensa que llevan las partes al proceso deben reunir las formalidades legales para que surtan el efecto que las leyes les señalan. Vencido el período de prueba que para el juicio ordinario de mayor cuantía otorga el artículo 758 del C. J., durante la segunda instancia, precluye, o lo que es lo mismo, se cierran las posibilidades de pedir las pruebas, en cuanto hace a los litigantes, y en relación con el Juez la de decretar la práctica de ellas. Las que se aduzcan sin pasar por estos trámites son inadmisibles por ser legalmente ineficaces para obrar en el juicio (artículo 596 del C. J.)". (Sentencia de 26 de julio de 1945, Sala de Negocios Generales. Tomo LIX, pág. 1082).

En el mismo sentido arriba dicho puede citarse, entre otras, la sentencia de casación de 29 de julio de 1938, G. J. número 1940, pág. 43.

En relación con el otro aspecto en que el cargo se propone, se observa:

Por medio de las cláusulas sexta y séptima de su testamento Domingo Fierro dispone de la cuarta parte de sus bienes — según allí lo expresa — para hacer legados a los demandados. Esa disposición testamentaria es en sí misma plenamente válida, pues teniendo hijos legítimos, el testador podía disponer libremente de la cuarta parte de sus bienes, como lo permite el artículo 23 de la ley 45 de 1936, que sustituyó al artículo 1242 del Código Civil. Y como de su mero texto no resulta que la disposición de bienes en concreto que allí se hace no quepa dentro de la cuarta de libre disposición y se lesione lo que por ley corresponde a los legitimarios, o la cónyuge supérstite en razón de porción conyugal, para la prosperidad de la acción de reforma era indispensable que los demandantes dieran la plena prueba de ese hecho. (Artículo 593 del C. J.). A ese fin, no basta la sola posibilidad de que esa lesión se produjera o no. Estuvo, por tanto, acertado el sentenciador cuando estimó que sin esa prueba no era del caso proferir las declaraciones solicitadas.

No se admite el cargo.

Cargo segundo.—Sostiene el recurrente que el Tribunal quebrantó, por aplicación indebida y violación indirecta los artículos 1375, 1387, 1391, 1394, 1327 y 1347 del Código Civil, por las siguientes razones:

"a) Porque absolvió a los demandados de las peticiones subsidiarias (acción de reforma del testamento), considerando que la cuestión de si la disposición testamentaria afecta o no los derechos de los legitimarios y la porción conyugal, es de pronunciamiento del partidor, contra la disposición expresa del artículo 1387, que ordena sea objeto de previa decisión por la justicia.

"b) Porque al absolver a los demandados de las peticiones subsidiarias, negándose a expresar que los legados sólo tendrán efecto en cuanto no afecten las asignaciones forzosas y deja el punto al arbitrio del "partidor", olvida que las reglas de la partición se refieren a la división de la masa partible entre los coasignatarios, y no al pago de los legados, que fueron hechos en un cuerpo cierto y en un hipotético remanente, pues el pago de los legados, no es función del partidor, sino de los ejecutores testamentarios (artículo 1347) cuando no han sido impuestos a determinado heredero".

Considera la Sala:

Los artículos del Código Civil que el recurrente señala como quebrantados establecen que el albacea es la persona a quien el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones (1327); que a aquél, al igual que los herederos, incumbe el deber de pagar los legados (1347); que si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella, en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno (1375); que antes de proceder a la partición deben decidirse por la justicia ordinaria las controversias

sobre derechos a la sucesión **ab intestato**, etc. (1387); que el partidor se conformará en la adjudicación de los bienes a las reglas del Título X del Libro III, salvo que los coasignatarios acuerden legítima y unánimemente otra cosa (1391), y que el partidor liquidará lo que a cada uno de los coasignatarios se deba y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presentes las reglas que se consagran en el 1394.

Y si la decisión absolutoria de la sentencia se fundó exclusivamente en que el actor no dio oportunamente la prueba de los hechos que pudieran determinar la viabilidad de la acción de reforma incoada, se ve que ninguno de dichos textos legales ha podido ser quebrantado directamente o por aplicación indebida, como así lo sostiene el recurrente.

Ahora, el concepto que expresó el Tribunal de que por las aludidas deficiencias probatorias no podía decretarse la reforma del testamento y que, como lo sugiere el Juez, y "por el solo ministerio de la ley, vistos los artículos 1016, 1254 y 1433 del C. Civil, quede de cargo del partidor, en su oportunidad legal, considerar las reclamacciones que entraña la citada acción de reforma del acto testamentario referido", es una consideración incidental de la sentencia que, por un lado, no ha influído en manera alguna en la decisión absolutoria del litigio, y que, por otro, es favorable a la parte recurrente la que por tanto carece de interés jurídico para atacarla en casación.

"Si bien es cierto que la finalidad propia del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, mediante la exposición doctrinaria, no por eso la función de la Sala de Casación Civil es académica en el sentido de que tenga libertad para ocuparse de todos los temas que se le propongan, aún de los que carezcan de influencia sobre la parte dispositiva de los fallos".

"El recurso está limitado por su finalidad secundaria de reparar el agravio que se haya cometido contra una de las partes por una interpretación equivocada de la ley. De ahí que el recurso sea de casación, es decir, de anulación de lo resuelto por el Tribunal".

"Por eso la Corte ha reiterado varias veces la doctrina de que el recurso de casación está vinculado a la parte resolutiva de la sentencia y en manera alguna a la motiva. Pues la función doctrinaria de la Corte se ejerce sobre la violación de la ley que haya conducido al Tribunal a resolver el pleito en pro o en contra de la demanda". (Casación, octubre 10 de 1945, G. J. número 2021, pág. 707).

No prospera el cargo

Segundo cargo.—Aquí se invoca contra el fallo la causal 7ª del artículo 520 del Código Judicial, y para sustentarla expresa el recurrente que aquél es violatorio de los artículos 1387 del C. C. y 142, 143 y 144 del C. J. conforme a las cuales las partes tenían derecho "a que esta controversia fuera decidida por la jurisdicción nacional y por el juez competente" y que "los falladores de instancia se abstuvieron de resolver sobre la reforma del testamento, y en su lugar absolvieron a la parte demandada, por considerar que el objeto del juicio, en cuanto a las peticiones subsidiarias, era materia del trabajo del partidor".

En esta acusación se refiere el recurrente al pasaje de la sentencia que quedó copiado en la parte final del cargo precedente.

Se considera:

Establece el artículo 520 del Código Judicial que el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

.....

"7º Haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarádolo así en el fallo".

La alegación de esa causal, que —como lo ha dicho la Corte— corresponde a la necesidad de orden público de evitar que los jueces incurran en denegación de justicia absteniéndose de estudiar y decidir negocios que les están atribuídos jurisdiccionalmente, es notoriamente improcedente en el presente caso, en que no ha habido abstención de fallar y menos declaración en ese sentido, pues el Tribunal —como se ha visto— ha considerado que este asunto es de su competencia y lo ha decidido absolviendo a los demandados de los cargos que en su contra se han propuesto en la demanda.

Es infundado 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 veinte y ocho de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, proferida en el presente negocio por el Tribunal Superior de Neiva.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente en su oportunidad a la oficina de procedencia.

Arturo Silva Rebolledo—Miguel Arteaga H. — **Pedro Castillo Pineda**—**Alberto Holguín Lloreda. Pablo Emilio Manotas**—**Manuel José Vargas**—**Pedro León Rincón**, Srio. en ppdad.

EL HABERSE OMITIDO ANOTAR EN EL EXPEDIENTE LA FECHA EN QUE FUE FIJADO EL EDICTO, NO ANULA LA NOTIFICACION HECHA POR ESE MEDIO, SI POR OTRA PARTE ESA CONSTANCIA APARECE EN EL EDICTO MISMO. — TAMPOCO ES NECESARIO ANOTAR CUAL FUE LA HORA EN QUE ESE EDICTO FUE DESFIJADO. — DESDE QUE MOMENTO COMIENZA A CORRER LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PARA EL PAGO DE UNAS SUMAS ADEUDADAS POR CONCEPTO DE HONORARIOS PROFESIONALES. — NOCION DE EMPRESA. MORA DEL DEUDOR

1. — El haberse omitido en el expediente la certificación de haberse fijado el edicto, no es omisión que anule la notificación, si en el edicto mismo consta que fue fijado y la hora en que se hizo la fijación, que es lo esencial, según lo tiene previsto ya la Corte. De donde se infiere que, si la omisión de la certificación de la fijación del edicto en el expediente no invalida la notificación, jurídicamente sucede lo mismo cuando la certificación de la desfijación, que es el otro extremo señalado en el artículo 309 del C. J., se hace sin la anotación de la hora, pero sí expresa del día de la desfijación en el edicto mismo, por cuanto no actúa en este caso el concepto hora, sino el de día, de acuerdo con la disposición citada, en relación con el artículo 59 del C. de R. P. y M. Aquí lo esencial es también la certificación del secretario de haber permanecido fijado el edicto cinco días hábiles, es decir, por el término legal.

2.—El término empresa encierra pluralidad de conceptos: generalmente indica "una actividad profesional y organizada en la producción de bienes o servicios para el mercado. De aquí la subdivisión de las distintas empresas según sus distintos objetos. También se recurre al concepto de empresa como equivalente de establecimiento, para indicar un conjunto de bienes organizados para un determinado fin económico; o para indicar el de una actividad sistemática condicionada a través de una organizalción compleja y de notables proporciones".

En todo caso, el concepto de empresa se configuró con el resurgimiento de la actividad industrial en el mundo, aun cuando ya había aparecido discretamente en la actividad agrícola en masa, anterior históricamente a la industrial y comercial. Pero fue en aquel resurgimiento cuando el concepto de empresa, y como afirmación del derecho comercial, tomó el sentido o uso doctrinario y el legislativo de implicar: "toda actividad sistemáticamente dirigida a la conclusión de determinados contratos, sea respecto del consumidor de productos y servicios, sea respecto del trabajador, sea respecto a intereses públicos generales". De aquí que la jurisprudencia universal, así como las legislaciones, entre ellas la colombiana, hayan adoptado como concepto de empresa el de "toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas conexas o complementarias".

3.—Es claro que la prestación de servicios por un ingeniero comprende actividades propias de su oficio o profesión, y por tanto funciona una presunción en el sentido de que fueron de esa clase las actividades que se desarrollaron y no otras, pero en todo caso no siempre que se establezca la existencia del simple convenio, se puede afirmar que se está en presencia de un contrato de la naturaleza del de arrendamiento de obra, o del de empresa, o del de prestación de servicios profesionales, porque de la simple existencia del pacto, no se sabe si reúne o no las condiciones o características que configuran uno u otro contrato. Para poder calificarlo, es preciso demostrar en alguna forma que llena las condiciones indispensables que individualizan un acuerdo, y si no resultan acreditados los elementos que lo

constituyen, mal puede darse por establecido determinado contrato.

4.—La prescripción liberatoria de las acciones y derechos ajenos se consuma en plazos muy variables, reglamentados en los capítulos 3º y 4º del Título XLI del C. C., que empiezan a contarse a partir del día en que la obligación se haya hecho exigible, según los precisos términos del artículo 2535 de la obra citada, y no se principia a realizar antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición. De aquí que cuando se trate de prestaciones sucesivas, como en el caso de los que ejercen cualquier profesión liberal, médicos, ingenieros, agrimensores, etc., haya de estimarse que el crédito por concepto de honorarios comprende todos los servicios profesionales prestados en desarrollo de una misma actividad y con miras a la consecución de un determinado objetivo: curación de una enfermedad, ejecución de una determinada obra, etc.

5. — La mora es el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación. En tal virtud, lo que constituye la mora no es el simple retardo, sino el retardo culpable. El artículo 1608 del C. C. indica cuándo el deudor está culpablemente en mora.

La mora produce el efecto legal de hacer al deudor responsable de los daños que cause al acreedor en el cumplimietno de la obligación. De aquí que el artículo 1595 del C. C. siente el principio, y lo reafirme en el 1615, de que no se debe indemnización de perjuicios sino desde que el deudor se ha constituído en mora, si la obligación es positiva; o, si es negativa, desde el momento de la contravención, esto es, desde que se ejecute el hecho objeto de la obligación de abstención del deudor. Este principio general tiene como excepción la consagrada en el artículo 1617 del mismo código, si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, caso en el cual el acreedor no tiene necesidad de acreditar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio doce de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Ante el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá, Humberto Albornoz demandó por la vía ordinaria a Julia Guzmán, como heredera única de Uldarico Villa, para que se le condene a pagar varias sumas de dinero que Albornoz cobra como precio de la construcción de un edificio, de la reconstrucción o transformación de otro en varias casas y un apartamento, de reparaciones en un inmueble y del suministro de unos materiales, trabajos efectuados en fincas pertenecientes a Villa y por convenio o contrato con éste sin que de antemano se hubiera pactado el precio.

El Juzgado del conocimiento, sentenció con fecha 14 de diciembre de 1943 en el sentido de declarar probada la excepción de prescripción que alegó la parte demandada.

Por apelación que interpuso el demandante llegó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que en sentencia de fecha 19 de diciembre de 1944 revocó el fallo de primer grado y en su lugar condenó a Julia Guzmán, como heredera de Uldarico Villa, a pagar a Humberto Albornoz el precio de la construcción de un edificio y de las transformaciones o reformas de una casa antigua, precio cuyo monto dispuso el Tribunal que se fije según el trámite establecido en el artículo 553 del C. J. La misma sentencia de segunda instancia negó el resto de las súplicas hechas en la demanda, declaró expresamente no probada la excepción de prescripción y sin costas en ninguna de las instancias.

Como cuestión previa, estudió el Tribunal el punto relacionado con la carencia de jurisdicción para conocer de la alzada y en lo que se refiere a tal tópico dijo:

"Dispone el artículo 309 del C. J.: "Las sentencias que no se hayan notificado personalmente dentro de diez días de publicadas, se hacen saber por medio de un edicto que contiene...; "dicho edicto debe fijarse en un lugar público de la secretaría, por cinco días; y al pie de él se anota por el secretario la fecha y la hora de su fijación y su desfijación; y al pie o al margen de la providencia notificada, el dato de haberse fijado el edicto".

"Desde el día en que se desfije o haya debido desfijarse el edicto, se tiene por surtida la notificación".

"La Corte interpretó así el texto anterior. Debiendo fijarse el edicto en un lugar público de la secretaría, por cinco días, como lo prescribe el artículo 309 del C. J., y no definiendo este có-

digo lo que se entiende por día, ha de estarse a la definición contenida en el artículo 59 del C. P. y M.: "el espacio de veinticuatro horas", lo cual se confirma con el deber que el artículo 309 le asigna al secretario, de anotar la hora de su fijación y desfijación. (Casación, XLVI, número 1935, diciembre 10 de 1937).

"La fijación y la desfijación tienen por objeto facilitar el cómputo de los cinco espacios consecutivos de veinticuatro horas cada uno, o sea el término legal de cinco días hábiles durante el cual debe permanecer fijado el edicto. La constancia secretarial de la desfijación desempeña, pues, un papel importante: es uno de los elementos formales de la notificación por edicto, cuya ausencia determina la ineficacia de la notificación; sin la cual la susodicha notificación no se surte.

"Y como en el edicto que obra al folio 29 del cuaderno principal, no aparece el testimonio secretarial de la hora en que lo desfijó, sino la anotación del día de tal ocurrencia, forzoso es concluir que la notificación no se surtió entonces".

"Y si es ineficaz, el término para apelar de la sentencia no empezó a correr, porque según el artículo 493 del C. J. las sentencias de primera instancia son apelables dentro de los tres días siguientes al de la notificación; y siendo apelable no pudo ejecutoriarse, porque no se dejó pasar aquel término sin interponer el recurso de alzada".

El Tribunal concluye así: "Observa que la argumentación anterior —se refiere a las observaciones del demandado —involucra el término durante el cual debe permanecer fijado el edicto, para que la notificación de la sentencia se cumpla legalmente; con el término para apelar, que es dentro de los tres días siguientes al subsiguiente en que queda surtida la notificación; el edicto debe permanecer fijado durante cinco días completos, entendiendo por día el espacio de veinticuatro horas, según la definición del artículo 59 del C. P. y M., so pena de que la notificación sea ineficaz. El término para apelar empieza a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que lo concede (artículo 366). De ahí que el último inciso del artículo 309 indique desde cuándo, o por mejor decir, desde qué día se tiene por surtida la notificación, con el objeto de evitar confusiones en el cómputo de días, o sea el espacio completo de veinticuatro horas. Más claro: el penúltimo inciso del artículo 309 manda que el edicto se fije por cinco días y que se anote la hora de su fijación y de su desfijación. Como día es el espacio de veinticuatro horas, el término anterior vence en una hora determinada: la de desfijación del edicto. Y como esta hora puede ser una cualquiera del día solar y no la última del despacho, entonces surgen dificultades acerca del término a partir del cual debe contarse el que se tiene para apelar. Esto engendra dificultades de cómputo y de cuenta. Para evitarlo el legislador promulgó el último inciso del artículo comentado, señalando una regla general: desde el día en que se desfije o haya debido desfijarse el edicto, se tiene por surtida la notificación, y no desde la hora en que se desfije o haya debido desfijarse tal edicto". (C. 1º, fl. 46).

"Ahora bien: Si la sentencia no se ejecutorió por la referida causa, y si el recurso se interpuso oportunamente, el Tribunal es competente para conocer de la alzada y por consiguiente el proceso no está afectado de nulidad".

Bajo el Título: "Cuestión de Derecho", estudia el Tribunal el contrato de arrendamiento en general y a través del artículo 1973 del C. C. lo define y divide en tres grandes categorías: de cosas, de obra y de servicios. Considera los dos últimos tipos para diferenciarlos, consignando en la sentencia los siguientes conceptos que constituyen sus fundamentos principales:... "Arrendamiento de obra, o contrato para la confección de una obra material, es aquel por el cual una persona llamada artífice se obliga para con otra, sin entrar bajo la dependencia y subordinación de éste, a ejecutar una obra material, mediante cierto precio, cuyo monto se fija en razón de la naturaleza e importancia de la obra. Lo que caracteriza este tipo de contrato es que se haga obra nueva a virtud de la transformación de una substancia por el trabajo del hombre; y que el precio se pague, no en razón del tiempo, sino en consideración a la naturaleza e importancia de la obra....". "Cuando el arrendamiento tiene por objeto un servicio, que una de las partes se compromete a prestar a la otra, el arrendamiento es de servicios. Y según predomine la inteligencia sobre la mano de obra, o viceversa, es de servicio inmaterial o material: en el primero prevalece el esfuerzo intelectual sobre el físico; en el segundo, éste sobre aquél" ... "El arrendamiento de servicios inmateriales puede revestir tres formas distintas: de obra aislada; el que consiste en

una serie de actos; y finalmente el prestado por profesionales". ... "Este último se parece al mandato, pero difiere de él en razón de los actos ejecutados. Si éstos son actos jurídicos, se da el mandato; en caso contrario, se está en presencia del arrendamiento".

"Dentro de las disposiciones que tratan de los contratos para la confección de una obra material, figura el artículo 2060 que reglamenta el llamado de empresa, definido por Alesandri y Somarriva como "aquel por el cual una persona llamada empresario, toma a su cargo la construcción de un edificio, por un precio prefijado".

"A estos expositores parece razonable extender aquel artículo a todos los contratos similares". Conviene recordar que en el arrendamiento de obra, si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo, a juicio de peritos, por ordenarlo así el artículo 2054 del C. C."

"Del cotejo de los dos preceptos legales premencionados, aparece que la construcción de un edificio puede ser contratada de dos maneras: estipulando un precio único prefijado por toda la obra; o guardando silencio al respecto, caso en el cual lo suple el artículo 2054 ya citado".

"De suerte que probando que un arquitecto construyó un edificio por encargo del dueño del terreno, éste le debe a aquél el precio estipulado expresamente, o en su defecto, el que ordinariamente se pague por la misma especie de obra; y a falta de éste, el que justiprecien peritos, teniendo en cuenta la naturaleza e importancia de la construcción".

"Para terminar, recuérdese que lo que caracteriza el contrato de arrendamiento de obra, es que surja una obra nueva, pues si el trabajo se ejecuta sobre una ya existente, se está en frente de un arrendamiento de servicios materiales: tal el servicio prestado por un obrero. Pero hay más: la calidad de empresario no se deduce, de que la obra se contrate por precio único, o por precios parciales por cada una de las diversas etapas de la construcción, sino que tal calidad es una profesión comercial, que depende del género habitual del trabajo a que se dedique públicamente. De ahí que la calidad de empresario, suponga la ocupación de trabajos en grande escala, con conocimiento del público, lo que excluye los trabajos menudos; e implique que los haga ejecutar por un personal a sus órdenes, para lo cual se requieren conocimientos técnicos".

Relaciona y estudia el Tribunal, los diversos elementos probatorios allegados al proceso por las partes, para concluir:

"El acervo probatorio acabado de relacionar demuestra plenamente, en concepto de la Sala, el contrato efectuado entre Uldarico Villa y Humberto Albornoz sobre la construcción del edificio aludido y la transformación de la casa mencionada. Este contrato debe calificarse de empresa, dada la entidad de las obras, los conocimientos técnicos requeridos para planeamiento, la proyección, cálculo, presupuesto, dirección y ejecución de las mismas".

"Siendo consensual se perfecciona por el acuerdo de las partes. Los planos aprobados por Villa, y la autorización de éste a Albornoz de que se ha hecho mérito, constituyen un principio de prueba por escrito, que completado con las declaraciones referidas, tienen la categoría de plena prueba, según los artículos 91 a 93 de la ley 153 de 1887".

"Como el precio del arrendamiento de obra no se estipuló expresamente, ni se estableció el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, debe atenerse al justiprecio de peritos".

"El Tribunal absuelve por concepto de reparaciones en la casa vecina al edificio, por considerar este trabajo parte integrante de la edificación y asimismo en cuanto se reclama el pago de un peritaje, porque no se demostró la prestación de tal servicio".

Estima el Tribunal como no fundamentado debidamente el dictamen pericial, "porque los expertos avalúan separadamente el planeamiento, la mensura, los presupuestos, el cálculo y diseño de la estructura y la dirección y administración de la obra, trabajos que en concepto del Tribunal constituyen una unidad". Y termina: "Cuando es una misma persona quien elabora el plano y lo ejecuta, no hay lugar a las distinciones hechas por los peritos avaluadores, por ir contra la naturaleza del contrato de empresa (art. 721 del C. J.). Se impone, pues, hacer la condena en abstracto a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia".

En cuanto a la excepción de prescripción alegada por el demandado, el Tribunal se pronuncia así:

"El apoderado del demandado alega la prescripción de corto tiempo, con fundamento en el

art. 2542 y ss. del C. C. mas esta defensa no puede prosperar por los siguientes motivos:

"a) Porque dicha disposición no es aplicable al precio del arrendamiento de obra;

b) Porque, aún en el supuesto contrario el requerimiento hecho a la demandada, la interrumpe a términos del numeral 2º del art. 2544 ibidem; y

c) Porque no se ha demostrado la fecha en que la obligación se hizo exigible, y por consiguiente se ignora desde cuándo comienza a contarse el lapso de la prescripción toda vez que se dejó de establecer la fecha de la terminación de las obras.

Es verdad que la cuenta que obra a folios 13 del cuaderno principal discrimina los trabajos como prestados en los años de 1937, 1938, 1939 y 1940, mas por constituir una unidad de obra no es dable hacer una separación en el tiempo".

El recurso

Demandado y demandante interpusieron recurso de casación ante la Corte por razón de lo desfavorable a cada uno de ellos, recurso que se estudia empezando por el del demandado, por invocar la causal sexta en primer término, fundándose en nulidades adjetivas del procedimiento judicial, y ser el estudio de dicha causal previo, respecto de las que plantean cuestiones de fondo y suponen la plena validez del juicio.

RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA.—Tres causales invoca el recurrente demandado en su orden: la sexta, la primera y la segunda del art. 520 del C. J.

CAUSAL SEXTA.—La acusación con fundamento en esta causal puede resumirse así:

Que la actuación del Tribunal relativa a la segunda instancia, es nula por haber incurrido en incompetencia de jurisdicción al conocer y decidir el litigio, porque la sentencia definitiva dictada por el Juzgado del conocimiento se ejecutorió, por cuanto el recurso de apelación interpuesto contra ella lo fue extemporáneamente, como así lo estimó el mismo Juzgado. Que el demandante pidió reposición del auto que declaró la ejecutoria de aquel fallo y subsidiariamente recurrió en apelación, y que el primer recurso fue negado y el segundo fue concedido, circunstancia ésta que no subsana el vicio de nulidad, pues la sentencia no se ejecutoría propiamente por el auto que así lo declara, sino por el transcurso del tiempo que en este caso se cumplió estrictamente.

El recurrente se extiende para sustentar su acusación en consideraciones sobre la forma como deben computarse los términos de horas y de días, que en este caso debe tenerse en cuenta el concepto día —espacio de 24 horas— y no el de hora que en consecuencia debió aplicarse el art. 309 del C. J. en relación con el 59 del C. de R. P. y M., para concluír manifestando que "si el edicto por medio del cual se notificó la sentencia de primer grado, permaneció fijado por cinco días hábiles completos y se desfijó al día siguiente de aquel en que vencieron los cinco días de su fijación, el Tribunal erró evidentemente de hecho al hacer el cómputo del tiempo y erró de derecho porque violó los arts. 59 del código Político y Municipal y 309 y 366 del C. J.

Se considera:

El motivo de nulidad alegado consiste en concreto como se deja expuesto en el resumen de la acusación, en que el Tribunal incurrió en incompetencia de jurisdicción, al conocer y decidir en segunda instancia este litigio, porque la sentencia de primer grado estaba ejecutoriada, ya que la apelación interpuesta contra ella lo fue extemporáneamente, y ya que ésta no se ejecutoría legalmente por el auto que así lo declara, sino por el transcurso del tiempo o término expresamente señalado por la ley para tal fin.

Las partes y el Tribunal acogen la doctrina de esta Sala en la que se afirma:

"Debiendo fijarse el edicto en lugar público de la secretaría por cinco días, como lo prescribe el art. 309 del C. J., y no definiendo este código lo que se entiende por día, ha de estarse a la definición contenida en el art. 59 del C. de R. P. y M.: "El espacio de veinticuatro horas". Lo cual se confirma con el deber que el art. 309 del C. J. le asigna al secretario, de anotar la hora de su fijación y desfijación. No ocurre lo mismo cuando se trata de notificar autos interlocutorios y de sustanciación, pues entonces, según el art. 310, la notificación se hace por medio de Estado que se fija en la secretaría "todos los días y permanecen allí durante las horas de trabajo". En este caso se prescinde del concepto de día, o sea del espacio de veinticuatro horas, y se cambia por el de tiempo de despacho público, o sea por siete horas diarias al menos, según el art. 180. (G. J. Tomo XLVI, Nº 1935, dic. de 1935).

Discrepan los interesados en cuanto a los efectos de la constancia que debe poner la secretaría sobre la hora de la desfijación del edicto. El demandado sostiene la ninguna importancia de la omisión de esa nota; en cambio, el demandante alega la calidad de elemento sustancial de la notificación de la respectiva constancia de la hora de la desfijación del edicto. Pero la Corte tiene previsto que: "el haberse omitido en el expediente la certificación de haberse fijado el edicto, no es omisión que anule la notificación, si en el edicto mismo consta que fue fijado y la hora en que se hizo la fijación que es lo esencial". De donde se infiere que, si la omisión de la certificación de la fijación del edicto en el expediente no invalida la notificación, jurídicamente sucede lo mismo cuando la certificación de la desfijación, que es el otro extremo señalado en el art. 309 del C. J., se hace sin la anotación de la hora, pero si expresa el día de la desfijación en el edicto mismo, por cuanto no actúa en este caso, el concepto hora, sino el de día de acuerdo con el texto de la disposición citada en relación con el del art. 59 del C. de R. P. y M. Aquí lo esencial es también la certificación del secretario de haber permanecido fijado el edicto cinco días hábiles, es decir, por el término legal.

También tiene previsto la jurisprudencia que sólo funcionan en casación las causales de nulidad determinadas en el numeral sexto del art. 520 del C. J. en relación con el 448 y 449 de la misma obra. Es decir: la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio. Es obvio que la presencia de una cualquiera de las tres nulidades anotadas, impone la infirmación del fallo, porque como lo dijo la comisión que preparó y estudió el Código Judicial, "subsanar faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte podían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada".

Formalmente, en el caso de autos, parece fundado el motivo de nulidad alegado por el recurrente demandado, la incompetencia de jurisdicción del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para admitir y decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva de primer grado. Pero estudiando el fondo de la cuestión, con vista del conjunto de los elementos que componen el proceso, se anota la existencia del acto procesal señalado en el artículo 449, numeral segundo (2º) del Código Judicial, sobre la cuestión que ha sido planteada como motivo de casación, con apoyo en la causal sexta del artículo 520 del estatuto citado.

Hay constancia en los autos de que el edicto para notificar la sentencia definitiva de primer grado, fue fijado el día 9 de febrero de 1944, que así permaneció hasta el diez y siete del mismo mes, que fue desfijado sin señalar la hora de esa desfijación, pero sí con la constancia expresa de la Secretaría del Juzgado de haber durado fijado cinco días hábiles, así: de la media noche del día nueve a la media noche del día diez y seis, siete días, menos dos días inhábiles, cinco días completos, espacio de veinticuatro horas.

El demandante presentó reclamación sobre nulidad de la notificación del fallo, reposición y apelación subsidiaria del auto que declaró su ejecutoria, y el juzgado resolvió cada una de estas peticiones en providencias separadas, pero que están íntimamente vinculadas a una misma situación procesal: La nulidad o validez de la notificación del fallo.

El Tribunal avocó el conocimiento de la actuación como consecuencia del recurso de apelación concedido contra el auto que declaró la ejecutoria de la decisión definitiva y en su revisión entró a estudiar la cuestión directo motivo del recurso —validez o nulidad de la notificación— y después de oír a las partes sobre el planteamiento del problema, optó por revocar el auto recurrido. No, sin tratar en el fondo, en su pronunciamiento principal y en el que decidió su reposición, el problema traído a la Corte como motivo de casación, con apoyo en la causal sexta del artículo quinientos veinte del Código Judicial, pronunciamiento del Tribunal de Bogotá que quedó legalmente ejecutoriado.

Así las cosas, el planteamiento del cargo, contiene el mismo problema que ya había sido resuelto por el Tribunal en declaración que se halla legalmente ejecuotriada: el de la validez o nulidad de la notificación del fallo de primera instancia, actuación que se surtió con intervención de las partes con motivo del recurso de apelación de que antes se ha hablado.

En consecuencia, no puede alegarse aquella nulidad por incompetencia de jurisdicción como motivo de casación, por no permitirlo así, el numeral segundo del artículo cuatrocientos cuarenta

y nueve del código judicial. No es, pues, pertinente el cargo y por consiguiente se rechaza.

Causal primera

Con fundamento en esta causal se formulan a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá múltiples reparos, conexos todos entre sí. La acusación comprende los siguientes cargos: violación de la ley sustantiva por indebida aplicación del art. 2053 del C. C. y consecuencialmente de los arts. 2063, 2069, 2144 y 2142 del mismo código, ya por no haberlos aplicado, ya por su errónea aplicación, puesto que "si el doctor Albornoz prestó a Villa los servicios inmateriales de su profesión de ingeniero, el contrato que ellos celebraron no fue de obra material, sino el de arrendamiento de servicios inmateriales profesionales". Apreciación errónea de las pruebas, que es la causa de aquella violación por error de hecho manifiesto, porque el demandante en ninguna parte de su libelo, ni en ninguna forma manifestó ni alegó que el demandante fuera empresario ni que obró como tal; y en segundo lugar incurrió en error de derecho, porque el contrato de construcción de edificios, es un contrato de tipo distinto, conforme al art. 2060 del C. C. de los otros contratos de arrendamiento; errores de hecho y de derecho en la apreciación de la cuenta de cobro suscrita por el Dr. Albornoz, porque tal cuenta habla expresamente de servicios profesionales inmateriales y en la sentencia se aprecian como servicios de obra material y porque de acuerdo con los arts. 643 y 604 del C. J. no se le dio a esta prueba su verdadero valor probatorio, violándose así el art. 2060 del C. C. en cuanto se aplicó al caso del pleito, como contrato de empresa, caso que no es el planteado en la demanda. Error de hecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular practicada en las oficinas de la Dirección de Obras Públicas de Bogotá y en el Banco Francés e Italiano, que llevó al Tribunal a la violación de los arts. 91 a 93 de la ley 153 de 1887, por indebida aplicación al caso del pleito, al darles valor de principios de pruebas por escrito a unas constancias sin relación con el hecho litigioso. Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testifical, con quebrantamiento de los arts. 688 y 697 del C. J. y consecuencialmente los arts. citados de la ley 153 de 1887.

PRESCRIPCION.—El demandado alegó la excepción de prescripción de la acción con fundamento en el art. 2342 del C. C. El Juzgador de primera instancia encontró probada la excepción alegada, pero el Tribunal de Bogotá negó su prosperidad y por este aspecto se ataca a la sentencia por el recurrente demandado. Este reparo se fundamenta en la consideración de que el contrato celebrado implica: la ejecución de un trabajo material o intelectual de ingeniería donde predomina la inteligencia sobre la mano de obra —art. 2363 del C. C. —disposición que regula lo relativo a los servicios profesionales que suponen largos estudios o carreras, como la ingeniería porque precisamente el art. 2069 perteneciente al capítulo 9º —del arrendamiento de servicios inmateriales— pregona que los arts. precedentes del tal capítulo, se aplican a los servicios de que habla el art. 2144 del C. C., el cual se refiere a los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios. Que en tal virtud, "la sentencia que rechazó la prescripción y que omitió la apreciación de la cuenta de cobro suscrita por el Dr. Albornoz, violó los arts. 2069 en cuanto no lo aplicó a los servicios inmateriales prestados por el Dr. Albornoz; 2144 en cuanto esta disposición define los profesiones como carreras que suponen largos estudios; y siendo el Dr. Albornoz Ingeniero, no lo aplicó. Y violó directamente por no haberlo aplicado, el 2542, que dispone que los honorarios de los ingenieros y en general de los que ejercen cualquiera profesión liberal, prescriben en tres años. Por indebida aplicación, violó el art. 2536 del C. C. debido al error de derecho consistente en apreciar los servicios de Albornoz como de contrato de arredamiento de empresa y estimar por ello que la prescripción correspondiente era la ordinaria".

Que el Tribunal incurrió en errores de derecho y de hecho, al apreciar que la prescripción se interrumpió con el requerimiento de autos. El primero "consiste en apreciar como interrumpida la prescripción antes de consumarse; cuando es la verdad que a la fecha del requerimiento la prescripción se hallaba consumada y lo consumado no se interrumpe. Este error de derecho del Tribunal, lo llevó a quebrantar el art. 2542 del C. C. Que el error de hecho evidente consiste en que el Tribunal computó por menos de tres años el tiempo transcurrido de 1937 a 1942; y en la mala apreciación de la cuenta de cobro citada que, conteniendo ello una discriminación de servicios independientes unos de otros, prestados en épo-

cas distintas, en lugares distintos y en predios distintos, el Tribunal los aprecia como una unidad. El Tribunal al dejar de aplicar los arts. 645 y 604 del C. J. incurrió en error de hecho por violación del art. 2542 del C. C.

Consideraciones de la Corte.

La circunstancia de la conexidad de los reparos que se formulan a la sentencia recurrida con apoyo en la causal primera del art. 520 del C. J., permite a la Sala su estudio en conjunto. Todos estos reparos como se deduce de su síntesis transcrita, se desarrollan teniendo como fundamento principal y punto de reparo común, la calificación que en el fallo se dio al contrato convenido originaria y verbalmente entre Uldarico Villa y el Dr. Humberto Albornoz. Desatar, previamente, la naturaleza de este acto jurídico, es solucionar todo el problema debatido, ya que la controversia se reduce, tal como viene planteada, a determinar si la naturaleza de aquel contrato, como lo interpreta el demandante, corresponde a la del arrendamiento para la confección de una obra material —"locatio operis faciendi"—; o si participa de la del arrendamiento de servicios inmateriales profesionales, como lo entiende el demandado; o si se trata del contrato de empresa, tipificado en el art. 2060 del C. C., tal como lo calificó el Tribunal de Bogotá.

La existencia del convenio no admite dudas en el proceso, así como tampoco para las partes. La divergencia surge en lo relacionado con la naturaleza del contrato celebrado verbalmente entre Villa y Albornoz, originariamente, y en cuanto a los efectos jurídicos consecuenciales de su calificación o interpretación, singularmente, los que le hace producir el fallo recurrido: los de contrato de arrendamiento de empresa.

El término empresa encierra pluralidad de conceptos: generalmente indica "una actividad profesional y organizada en la producción de bienes o servicios para el mercado —de aquí la subsidivisión de las distintas empresas según sus distintos objetos—. También se recurre al concepto de empresa como equivalente de establecimiento, para indicar un conjunto de bienes organizados para un determinado fin económico; o para indicar el de una actividad sistemática condicionada a través de una organización compleja y de notables proporciones".

En todo caso, el concepto de empresa se configuró con el resurgimiento de la actividad industrial en el mundo, auncuando ya había aparecido discretamente en la actividad agrícola en masa, anterior históricamente a la industrial y comercial. Pero fue en aquel resurgimiento cuando el concepto de empresa, y como afirmación del derecho comercial, tomó el sentido o uso doctrinario y el legislativo de implicar: "toda actividad sistemáticamente dirigida a la conclusión de determinados contratos, sea respecto del consumidor de productos y servicios, sea respecto del trabajador, sea respecto a intereses públicos generales". De aquí que la jurisprudencia universal así como las legislaciones, entre ellas la colombiana, hayan adoptado como concepto de empresa el de "toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas conexas o complementarias".

El Tribunal de Bogotá acogió para calificar el convenio, los conceptos generales sobre empresa transcritos, que corresponden al consignado en el art. 2060 del C. C. y en las legislaciones comercial y laboral. Así en la sentencia dijo: "La calidad de empresario no se deduce, de que la obra se contrate por precio único, o por precios parciales por cada una de las diversas etapas de la construcción, sino que tal calidad es una profesión comercial, que depende del género habitual del trabajo a que se dedique publicamente. De ahí que la calidad de empresario, suponga la ocupación de trabajos en grande escala, con conocimiento del público lo que excluye los trabajos menudos; e implique que los haga ejecutar por un personal a sus órdenes, para lo cual se requieren conocimientos técnicos". Y con prescindencia de la legalidad procesal, aplicó el citado art. 2060 del C. C., haciéndole producir al convenio todos los efectos jurídicos que tal calificación y disposición conllevan, sin que por otra parte, aparezcan acreditadas esas afirmaciones de las pruebas en que se apoyan, ni de las modalidades de la controversia, como pasa a demostrarse:

De las actas de las inspecciones oculares practicadas en las oficinas de la Secretaría de OOPP y Municipales de Bogotá y en el Banco Francés e Italiano, no puede deducirse la celebración de un contrato de empresa de construcción de edificios entre el ingeniero Albornoz y el demandado Villa. De sus respectivos contenidos no aparece más que el ingeniero Albornoz, autorizó algunos planos para la construcción de unos edificios y la reparación de otros, con el fin de conseguir de la

autoridad correspondiente, el permiso para la ejecución de esas obras, por una parte, y que el mismo Albornoz fue facultado por Villa, por otra, para girar cheques a cargo de la cuenta corriente de éste en la entidad bancaria mencionada y cancelar los girados a su favor. Pero en manera alguna de esas constancias se desprende la forma de prestación de los servicios del Dr. Albornoz, ni qué compromisos adquiría el ingeniero para con el dueño de las construcciones, ni qué derechos correspondían a Villa frente al profesional.

Es claro, que la prestación de servicios por un ingeniero comprende actividades propias de su oficio o profesión, y por tanto funciona una presunción en el sentido de que fueron de esa clase de actividades las que se desarrollan y no otras, pero en todo caso no siempre que se establezca la existencia del simple convenio, se puede afirmar que se está en presencia de un contrato de la naturaleza del de arrendamiento de obra, o del de empresa, o del de prestación de servicios profesionales, porque de la simple existencia del pacto, no se sabe si reúne o no las condiciones o características que configuran uno u otro contrato. Para poder calificarlo es preciso demostrar en alguna forma que llena las condiciones indispensables que individualizan un acuerdo, y si no resultan acreditados los elementos que lo constituyen, mal puede darse establecido determinado contrato. De las citadas actas no puede concluírse otra cosa sino la existencia de un principio de prueba por escrito del convenio, pero en ningún caso la presencia de un contrato de arrendamiento de empresa de la naturaleza del señalado por el art. 2060 del C. C.

De las exposiciones testimoniales tampoco puede deducirse la condición de empresario del ingeniero Albornoz. La simple afirmación de que éste es contratista en nada influye en la calificación del contrato convenido con Villa, puesto que tal denominación asignada por los testigos, no corresponde a su preciso significado legislativo o doctrinario, ni a las actividades que se afirman ejecutadas por el Dr. Albornoz en cumplimiento del contrato.

De la controversia tampoco resulta evidente que ésta se origine en la celebración de un contrato de empresa: ni en la demanda, ni en las pruebas, ni en los alegatos ha sido planteada la cuestión como si el ingeniero Albornoz hubiese ejecutado las obras en ejercicio de una actividad profesional organizada comercialmente de construcción de edificios y en tal virtud, en su condición de empresario. En esta situación procesal, mal podía deducirse, como lo dedujo el Tribunal de Bogotá, que entre el demandante y el demandado se formaron las relaciones jurídicas correspondientes a la celebración del contrato de empresa de que da cuenta el art. 2060 del C. C., ya que el demandante no era, legalmente, un empresario, ni ha impetrado tal calidad en la demanda, y consecuencialmente, condenar al demandado, al cumplimiento de prestaciones que corresponden a la ejecución de obligaciones de distinta naturaleza.

En cambio en el folio 13 del C. Nº 1, figura la cuenta de cobro en la cual el actor reclama expresamente, el pago de honorarios por razón de un contrato que se explica en estos términos: "ULDARICO VILLA G. a HUMBERTO ALBORNOZ, Ingeniero Civil matriculado bajo el Nº 62 en los Registros del Consejo Nacional de Ingeniería. DEBE. Honorarios por servicios profesionales prestados en los años de 1937, 1938, 1939 y 1940". Documento en el cual se detallan las sumas debidas y el concepto del crédito, consistente en trabajos de levantamiento de planos, mensuras, planos y perfiles, dirección y administración de las obras, de donde se desprende el desarrollo de una labor o prestación de servicios simplemente profesionales, es decir, que se da cuenta de la existencia de un contrato de esa clase entre Uldarico Villa G. y el Ingeniero Humberto Albornoz. Documento en el cual se expresan las características esenciales que configuran el contrato de servicios inmateriales de que tratan los arts. 2063, 2069 en relación con el 2144, todos del código civil; características que aparecen fehacientemente demostradas con la confesión del actor contenidas en tal documento al cobrar honorarios profesionales por servicios de tal calidad.

Por consiguiente, está fundado también el cargo de apreciación errónea de las pruebas, pues, con base en ellas el Tribunal de Bogotá dedujo la existencia de un contrato que en ningún momento ha demandado el actor, error de hecho manifiesto, que consiste en dar por demostrados los hechos que configuran un contrato de empresa, sin que en realidad estuviesen acreditados tales hechos. Error que lo llevó a violar los arts. 2060, 2063, 2069 y 2144 del C. C., señalados por el recurrente en su acusación.

Probados estos cargos deberá casarse la sentencia recurrida por esos motivos, con prescindencia del estudio de los demás cargos, inclusive

de la acusación del demandante-recurrente, tal como lo autoriza el art. 531 del C. C.

Sentencia de instancia

La Sala profiere en consecuencia, la sentencia que reemplace a la que va a ser casada.

No hay en los autos prueba alguna que acredite la existencia de un contrato de arrendamiento de obra de la naturaleza del señalado en el art. 2060 del código civil.

Las pruebas tienden, por el contrario, a demostrar la de un convenio de prestación de servicios profesionales entre Uldarico Villa G. y el ingeniero Humberto Albornoz. Así lo confiesa el propio demandante, en la cuenta de cobro pasada al demandado con fecha ocho de junio de mil novecientos cuarenta y dos que figura en el folio trece (13) del cuaderno principal del expediente. Confesión ésta complementada con las exposiciones testimoniales traídas a los autos por las partes dentro del respectivo término probatorio, y en las cuales los testigos están acordes en cuanto a la relación de los hechos principales: la clase de actividades desarrolladas por el ingeniero Humberto Albornoz en cumplimiento del convenio, que corresponden a las señaladas en la cuenta de cobro, levantamiento de planos, cálculos, presupuestos, dirección y administración de las obras; actividades que dan cuenta de la ejecución de un contrato de prestación de servicios profesionales inmateriales.

Pruebas aquellas que acreditan suficientemente todas y cada una de las características que tipifican el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales profesionales, porque como viene dicho, la confesión pura y simple del demandante, en el sentido de afirmar haber prestado tales servicios y requerir el pago de los honorarios correspondientes a tal prestación, debe recibirse en esa clara y nítida significación, por cuanto la ley le reconoce efectos probatorios plenos a la hecha en estas circunstancias y á los testimonios acordes en cuanto al tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron las actividades del ingeniero Albornoz.

Reconocida la naturaleza del contrato por el demandante como de prestación de servicios profesionales, corroborado con la prueba testifical, por una parte, y no existiendo por otra, prueba alguna que desvirtúe ese reconocimiento expreso y operando la presunción de que un ingeniero desarrolla actividades propias a las de su oficio o profesión, debe estarse a esa calificación del convenio y hacerle producir todos los efectos jurídicos que ella implica, los indicados en los artículos 2063, 2069 del C. C. en relación con el 2144 y 2542 ibidem.

Prescripción

En lo tocante a la excepción de prescripción alegada por el demandado, cabe observar: que la prescripción liberatoria de las acciones y derechos ajenos, extingue las obligaciones a consecuencia de la inactividad del acreedor, bajo ciertas condiciones y durante un lapso de tiempo fijado por la ley; que ella tiende a estabilizar la situación actual del deudor en cuanto el acreedor con su inactividad no lo inquieta; a crear una presunción a su favor de cumplimiento de la obligación y que esta prescripción se consuma en plazos muy variables, reglamentados en los capítulos 3º y 4º del Título XII del C. C., que empiezan a contarse a partir del día en que la obligación se haya hecho exigible, según los precisos términos del artículo 2535 de la obra citada, y no se principia a realizar antes del vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición. De aquí, que cuando se trata de prestaciones sucesivas, como en el caso de los que ejercen cualquiera profesión liberal, médicos, ingenieros, agrimensores, etc., haya de estimarse que el crédito por concepto de honorarios, comprende todos los servicios profesionales prestados en desarrollo de una misma actividad y con miras a la consecución de un determinado objetivo; curación de una enfermedad, ejecución de una determinada obra, etc.

En el caso **sub judice**, tratándose de la prestación de servicios profesionales de un ingeniero en la ejecución de varias obras de distintas naturalezas, no de un contrato de empresa, como erradamente lo calificó el Tribunal, lo lógico y jurídico, es estimar cada prestación de servicios, independientemente de los otros, y en relación con la ejecución de cada obra, como que cada uno de ellos, constituye una sola actividad desarrollada en forma de prestaciones sucesivas. Entonces, no cabe considerar, como una unidad, al conjunto de las obras que se dicen realizadas y terminadas por el ingeniero Albornoz, como lo estimó el Tribunal, sino al conjunto de servicios prestados en la ejecución de cada una de ellas, partiendo des-

de luego desde los correspondientes trabajos preparatorios o previos, a cada obra, hasta su completa terminación.

El criterio de unidad aplicado al conjunto de obras, no opera sino en el caso del contrato de empresa, donde se estipula o fija previamente, un precio único por la integridad de la ejecución de las obras, para ser consecuente con los términos del artículo 2060 del C. C., donde se habla de "los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado". Pero, como ya se ha demostrado, que la calificación del contrato celebrado verbalmente entre Villa y Albornoz, no corresponde a la realidad jurídica ni mucho menos, a la procesal, la excepción de prescripción alegada, debe estudiarse teniendo en cuenta los principios anteriormente expuestos. Es decir, en relación a la deuda por concepto de honorarios profesionales correspondientes a aquellas obras cuyas fechas de realización y terminación aparezcan determinadas en los autos; vale decir, a aquellas en que esté establecida la fecha cierta en que se hizo exigible la respectiva acreencia, para lo cual se tendrán en cuenta las pruebas existentes en el proceso en relación con cada obra.

Edificio de la calle 17, marcado con los números 4-82 y 4-84.—En el acta de inspección ocular practicada en el archivo de la secretaría de Obras Públicas Municipales de Bogotá consta:

La existencia de tres planos —proyectos— para la edificación del señor Uldarico Villa G. en la calle 17 número 4-82-84, suscritos por Roberto Pachón & Cía. los primeros, y el último por Humberto Albornoz. Aprobados con fechas 17 de agosto de 1936 y 23 de enero de 1938, con la constancia en el último de que modifica planos aprobados el 13 de agosto de 1937. Folios 10 v. a 12, C. número 3, Pruebas.

Los testigos Eduardo Solano, Luis E. Albornoz, Pantaleón González Mejía, Carlos Velándia, Jeremías Erazo Delgado, en sus declaraciones están acordes en afirmar que el doctor Albornoz construyó por cuenta de Uldarico Villa en un lote situado en la calle 17 número 4-82-84 una edificación desde el levantamiento, mensura, acondicionamiento del lote, etc., hasta su completa terminación, bajo la dirección y administración personal del mismo Dr. Albornoz. Y los testigos Fernando Contreras y Jesús Alfonso Betancourt deponen: el primero que fue empleado del señor Uldarico Villa G. en el tiempo comprendido entre los años de 1935 a 1940, que en esa época Villa estuvo edificando el edificio de tres pisos que hoy está distinguido con los números 4-82-84 de la calle 17 de esta ciudad, y el segundo, que fue empleado del mismo Villa durante el tiempo comprendido entre los meses de febrero del año de 1940 hasta agosto o septiembre del mismo año y que en la semana siguiente a su ingreso a la oficina del señor Villa, vio que estaba trabajando en la construcción del edificio de la calle 17 número 4-82-84, entre carreras cuarta y quinta.

Pruebas de las cuales se deduce que el doctor Albornoz comenzó los trabajos previos o preparatorios de la construcción del edificio de la calle 17, distinguido con los números 4-82-84 en el año de 1937, según los planos presentados para su aprobación en la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Bogotá y que todavía en el mes de febrero de 1940 estaba en plena construcción, lo que confirma la afirmación contenida en la cuenta de cobro pasada por el mismo doctor Albornoz a Uldarico Villa, donde éste dice: "1938—1939—Dirección y administración de la construcción del edificio situado en la calle 17 de esta ciudad y distinguido con los números 4-82-84 de esta ciudad de la nomenclatura urbana...", entendiendo por administración, el pedido y pago de materiales, la consecución de obreros y pago de ellos, contratos parciales de obras dentro de la construcción y vigilancia general del arribo de materiales, trabajo de obreros, etc., y en tal virtud no haber transcurrido el lapso de tiempo indicado en el artículo 2542 del C. C. para la realización de la prescripción de esta acreencia por concepto de honorarios profesionales.

Transformación de la casa número 17-14 de la calle 12 y 12-27 de la carrera 17 de esta ciudad. En la diligencia de inspección ocular practicada en el archivo de la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá hay las siguientes constancias: "..... Igualmente se constató la existencia en el archivo del siguiente plano relacionado con la casa Nº 17-14 de la calle 12 y 12-27 de la carrera 17 de esta ciudad: proyecto de partición y reformas interiores para la casa número 17-14 de la calle 12 y número 12-27 de la carrera 17. Propiedad del señor Uldarico Villa.... Humberto Albornoz.... demolición construcción nueva.—Aprobado: **Uldarico Villa** (firma autógrafa)... 28 de abril de 1938". "Secretaría de Obras Públicas Municipales.—Abril 26 de 1938.—Se concede licencia al se-

ñor Uldarico Villa, para llevar a cabo unas reformas en la casa número 17-14 de la calle 12, incluyendo la carrera 17 número 12-27 de acuerdo con los planos que se aprueban".

Asimismo, los testimonios de los señores Eduardo Solano, Luis E. Albornoz, Pantaleón González Mejía, Carlos Velandia, Jeremías Erazo Delgado, están de acuerdo al afirmar que por cuenta de Uldarico Villa el ingeniero Humberto Albornoz realizó trabajos de transformación en la casa situada en la calle 12 número 17-14, incluyendo la carrera 17 número 12-27, incluyendo planos, estudios preliminares, presupuesto, proyecto definitivo y dirección y administración. Y los testigos Fernando Contreras y Jesús Alfonso Betancourt, afirman: el primero, que por ser empleado del señor Uldarico Villa G. durante los años de 1935 a 1940, en esa época Villa estuvo edificando y transformando la casa situada en la calle 12 número 17-14 y carrera 17 número 12-27, y el segundo que también fue empleado de Villa durante el tiempo comprendido entre los meses de febrero del año de 1940 hasta agosto o septiembre del mismo año, vio que Villa estaba trabajando en la transformación de la casa situada en la calle 12 número 17-14 y carrera 17 número 12-27 de esta ciudad. Pruebas éstas que demuestran plenamente que el doctor Albornoz inició los trabajos de transformación de la casa situada en la calle 12 número 17-14 y carrera 17 número 12-27, y que todavía en el mes de febrero de 1940, estaba trabajando en dicha transformación, tal como lo afirma en la cuenta de cobro pasada por él a Uldarico Villa, donde se lee: "1939—1940. — Dirección y supervigilancia de la transformación de la casa antigua situada en la calle 12 con carrera 17, esquina noroeste...", y por tal razón no haber transcurrido el tiempo necesario para la prescripción de esta acreencia.

En la misma situación probatoria se encuentra la deuda proveniente de la prestación de servicios profesionales del doctor Albornoz en la reparación de la casa situada en esta ciudad, en la calle 17 número 4-78, afectada con la construcción del edificio de la calle 17, distinguido con los números 17-82-84, por cuanto ya se vio en qué fecha se produjo esta construcción.

En lo que hace relación a la súplica 4ª del libelo de demanda no existe prueba ninguna del suministro de los elementos que allí se mencionan.

En cuanto a la súplica contenida en el numeral 5º de la demanda principal se observa: que la mora es el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación. En tal virtud lo que constituye la mora no es el simple retardo, sino el retardo culpable. El artículo 1608 del C. C. indica cuándo el deudor está culpablemente en mora y en su numeral 3º se expresa así: "en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor", como en el caso de autos.

La mora produce el efecto legal de hacer al deudor responsable de los daños que cause al acreedor en el cumplimiento de la obligación. De aquí que el artículo 1595 del C. C. siente el principio, y lo reafirme en el 1615, de que no se debe indemnización de perjuicios sino desde que el deudor se ha constituído en mora, si la obligación es positiva; o, si es negativa, desde el momento de la contravención, esto es, desde que se ejecute el hecho objeto de la obligación de abstención del deudor. Este principio general, tiene como excepción la consagrada en el artículo 1617 del mismo código, si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, caso en el cual el acreedor no tiene necesidad de acreditar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo. Este es el sentido de la doctrina de la Sala de Casación Civil contenida en la sentencia inserta en la GACETA JUDICIAL número 1936, página 521. Todo lo anterior, para justificar la prosperidad de la súplica 5ª de la demanda, o sea la condena al demandado al pago de los intereses a partir del requerimiento judicial.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 19 de diciembre de 1944 y en su lugar falla así:

FALLO:

1º Declárase no probada la excepción de prescripción alegada por el demandado;

2º Condénase a la señora Julia Guzmán, en su calidad de heredera de Uldarico Villa a pagar a Humberto Albornoz el valor de los servicios inmateriales profesionales prestados por el demandante al demandado en la construcción del edificio situado en esta ciudad y marcado con los números 4-82-84 de la calle 17; y los prestados

en la construcción de tres casas, un departamento y un local, en que quedó transformada la casa antigua ubicada en el cruzamiento de la calle 12 con la carrera 17 de esta ciudad, esquina noroeste; y los prestados en la obra de reparación, relleno de grietas, consolidación de muros y refacción de enlucidos y decorados de la casa situada en la calle 17 número 4-78 de esta ciudad, afectada con los trabajos de construcción del edificio primeramente nombrado;

3º Condénase a la señora Julia Guzmán en su calidad de heredera de Uldarico Villa a pagar a Humberto Albornoz, los intereses legales de las sumas a que ha sido condenada en los numerales anteriores, a partir del 19 de diciembre de 1942, hasta el día en que aquel pago se verifique.

4º El monto de las condenas anteriores se fijará en el incidente de ejecución de la sentencia y de acuerdo con los trámites previstos en el artículo 553 del C. J.

5º Niégase la súplica 5ª de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Arturo Silva Rebolledo — Miguel Arteaga H.— Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda. Pablo Emilio Manotas—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE INEFICACIA DE UNAS CLAUSULAS DE UN TESTAMENTO.—TECNICA DE CASACION.—ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS

1.—Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos.

2.— Como lo establece el inciso 2º de la causal primera de casación, de los señalados por el artículo 520 del C. J., en materia de pruebas y desde el punto de vista del recurso de tal índole, el error puede ser de hecho o de derecho.

La Corte ha definido el error de hecho, diciendo que consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido un hecho, cuando no es así, o al contrario, de que no ha ocurrido, siendo que está plenamente acreditado en el proceso.

3.— La alegación por error, en casación, no puede consistir simplemente en la disparidad del juicio del Tribunal con el recurrente, sino en la discrepancia con la realidad evidente, en el caso del error de hecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio trece de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El historial de este negocio es, en síntesis, el siguiente:

Ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, María Barriga Samper demandó a Nelson Rodríguez Acosta, Virginia, Cecilia y Teresa Barriga Samper y a Angel María Rodríguez Barriga, este último, al decir de la demandante, "persona incierta o inexistente", para que en juicio ordinario se hagan estas declaraciones: a) que la señora Elena Barriga Samper de Rodríguez no tuvo descendencia durante su matrimonio con el señor Nelson Rodríguez Acosta; b) que Angel María Rodríguez Barriga no existe, ni ha existido nunca; c) que la cláusula segunda del testamento otorgado por Elena Barriga Samper de Rodríguez contiene una declaración inexacta y falsa y por lo tanto no tiene validez, ni consecuencia alguna, y d) que la cláusula tercera del mismo testamento no tiene tampoco validez ni efecto, debiéndose considerar como no escrita.

Los hechos en los cuales se apoyan estas peticiones son:

1.—La señora Elena Barriga Samper contrajo matrimonio con el señor Nelson Rodríguez Acosta el 7 de agosto de 1942, a la edad de 57 años.

2.—La referida señora otorgó testamento el día 30 de septiembre de 1945 y falleció el 5 de octubre siguiente.

3.—En el testamento de que se ha hecho mérito, declaró la testadora que en su matrimonio con Nelson Rodríguez procrearon un hijo llamado Angel María Rodríguez Barriga (cláusula segunda), e instituyó al supuesto hijo como su heredero universal.

4.—Que la demandante es hermana legítima de la testadora.

Las demandadas Virginia, Cecilia y Teresa Barriga Samper contestaron la demanda aceptando los hechos y el derecho.

El demandado Nelson Rodríguez Acosta, cónyuge sobreviviente de la señora Elena B. de Rodríguez, aceptó el derecho que asiste a la demandante, "en cuanto a la impugnación de la maternidad", pero no "en cuanto a la nulidad de la institución de heredero universal en la persona del mencionado menor Angel María", por cuanto —dice— que no teniendo legitimarios, bien pudo instituir al referido menor como heredero; y también los hechos fundamentales de la acción propuesta, con la aclaración de que "El suscrito — dice— llevó a su hogar formado con Elena Barriga Samper de Rodríguez un niño hijo único, a quien le dimos el nombre de Angel María", el cual lo crió su esposa tratándolo como su propio

hijo. Agrega que, por tanto, no se instituyó heredero por la testadora a una "persona incierta", sino a un ser real que existía en el momento de testar y existe aún.

Como se expresara en la demanda, que el supuesto hijo del matrimonio Barriga Samper y Rodríguez Acosta, es persona incierta, se le citó como tal por medio de carteles y con las formalidades de ley, hecho lo cual se le designó como curador **ad litem** al doctor Luis Emilio Martínez, quien a su turno contestó la demanda significando **no constarle ninguno de los hechos** en que se apoya.

El Juzgado de primera instancia accedió a todas las peticiones de la demanda y ese fallo, por apelación del curador **ad litem** del demandado Angel María Rodríguez Barriga, fue sometido al estudio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que desató el litigio confirmando la sentencia recurrida. Con costas a cargo del apelante.

La sentencia recurrida

Sostiene el juzgador de segundo grado, que en la demanda propuesta se ejercitan dos acciones: la de "impugnación de la maternidad" y la de "invalidez de una cláusula testamentaria", acciones que son correlativas, porque la prosperidad de la segunda depende del éxito de la primera.

Dice que en "Las acciones llamadas de estado, que son los medios establecidos por la ley para proteger o dar garantías al estado civil de las personas, admiten esta clasificación: acciones de reclamación, y acciones de impugnación. Por las primeras se pretende afirmar un estado distinto del que en apariencia le pertenece, para obtener las ventajas que corresponden a ese estado. Por las segundas a la inversa, se pretende establecer un estado civil distinto del que aparentemente posee cierta persona, para privarla de las ventajas anejas al mismo.

"Las acciones de reclamación pueden referirse a la demanda de reconocimiento de la filiación legítima o natural, y las acciones de impugnación, a desconocer o impugnar, la filiación, o la legitimidad de esa filiación.

"Ambos grupos de acciones tienen como elemento común el de dirigirse "a establecer un hecho independiente de la voluntad del individuo cuyo estado se discute", pero se fundamentan en presupuestos distintos.

Entre las acciones de impugnación, que son las que interesan en el presente caso figuran, por una parte, la que se intenta para establecer que no hubo parto y que, por consiguiente, la persona cuyo estado se discute no nació de la mujer que se señala como su madre. Por otra parte, la que se intenta para establecer la suplantación del pretendido hijo al verdadero, sin discutir el hecho del parto. "La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo —dice el artículo 335 del C. C.— podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero".

Que la acción de impugnación correspondiente se puede entablar por el marido, o el padre o madre, en su caso, y por los perjudicados en sus derechos sucesorales, dentro de los términos señalados en los artículos 336 y 337 del C. C.

Que la viabilidad de la acción impugnatoria depende: de las pruebas de que la pretendida madre no ha tenido ningún hijo, o que no lo tuvo en la época de que se trata, o que si lo tuvo, no es quien pretende pasar por tal; la prueba del interés jurídico para actuar, derivado de la existencia del vínculo familiar, si la acción se ejerce por los padres, o del interés patrimonial, si se propone por otros interesados; y que la acción se ejercite dentro de los términos que señala la ley.

Que la acción de nulidad puede intentarse, como lo tiene resuelto ya la jurisprudencia, por los herederos a quienes perjudique el testamento, aun cuando no sean herederos forzosos o legitimarios. (GACETA JUDICIAL, Tomo XX, página 257).

Que de acuerdo con el artículo 21 de la ley 45 de 1936, si el difunto no ha dejado descendientes, ni ascendientes legítimos, ni hijos naturales, le suceden su cónyuge sobreviviente y sus hermanos.

Que como en el caso de autos está acreditado por medio de las correspondientes partidas de estado civil, que la demandante María Barriga Samper es hermana legítima de la supuesta madre, la señora Elena Barriga Samper, y que sus padres fallecieron antes que ésta, es claro que al prosperar la acción de impugnación, vendría doña María a participar en la sucesión de la testadora, de acuerdo con el precepto citado, de donde se desprende su interés en la acción.

El Tribunal halló propuesta la acción en tiempo y demostrado suficientemente el falso parto. En cuanto a la nulidad de la institución de here-

dero en el supuesto Rodríguez Barriga, encontró que tal sujeto, a quien la señora declaró su heredero universal en su condición de hijo legítimo, no existe como tal, por haberse demostrado que la testadora no tuvo descendencia en su matrimonio, "ni aún como persona natural, porque su existencia, al tiempo de abrirse la sucesión, no se comprobó en forma alguna", lo que da motivo para declarar la nulidad de la institución de heredero, demandada, ya que al tenor del artículo 1113 del C. Civil, "todo asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento". Que de otra manera, la asignación se tendrá por no escrita.

Textualmente, dice el Tribunal:

"Alega la demandante contra la anterior conclusión que, de conformidad con el artículo 1116 del C. C., "el error en el nombre o calidad de asignatarios no vicia la disposición"; y que habiéndose dado en el testamento el nombre de la persona del asignatario, y habiéndosele determinado en forma que no admite duda, tal cláusula testamentaria sí es válida. Pero a esta consideración basta contestar que en el caso de autos la invalidez de la cláusula no está en la falta de determinación de la persona del asignatario, **sino en la falta de prueba de su existencia natural al tiempo de abrirse la sucesión de que se trata,** que es uno de los factores que, de conformidad con los principios anteriormente expuestos, afectan el valor de la institución testamentaria".

El recurso de casación

La parte vencida en las dos instancias, ocurrió ante la Corte en casación, acusando la sentencia por la causal primera del artículo 520 del C. J., violación de la ley sustantiva por infracción directa.

Basa su reparo en que el Tribunal incurrió en error de hecho, manifiesto en los autos, al considerar probado el interés jurídico de la actora, siendo así que, según su opinión, no está demostrado en el expediente que la demandante fuese hermana de la testadora, señora Elena Barriga Samper de Rodríguez, y señaló como normas legales violadas los siguientes artículos: 20 de la ley 50 de 1936, artículo 337 del C. C. y artículo 21 de la ley 45 de 1936.

Se considera:

Procede el recurso de casación, al tenor del artículo 520 del Código Judicial, numeral primero, por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos.

En general, el error consiste en la falta de adecuación entre lo que se piensa de una cosa o de un hecho, y lo que es en realidad el hecho o la cosa.

Como lo establece, pues, el inciso 2º de la causal primera de casación, de los señalados por el citado artículo 520 del C. J., en materia de pruebas y desde el punto de vista del recurso de tal índole, el error puede ser de hecho o de derecho.

La Corte ha definido el error de hecho, diciendo que consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido un hecho, cuando no es así, o al contrario, de que no ha ocurrido, siendo que está plenamente acreditado en el proceso.

La alegación por error, ha dicho esta Sala, no puede consistir simplemente en la disparidad del juicio del Tribunal con el recurrente, sino la discrepancia con la realidad evidente, en el caso del error de hecho. (G. J. Tomo 62).

El error de hecho es, en definitiva, la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno (G. J., Tomo 65), o sea, cuando se constata un hecho que no existió, o se desconoce uno que existía.

El error de derecho consiste en un vicio de valoración probatoria; porque: de lo que en síntesis se trata, es de apreciar si el Tribunal a quo, puesto frente al material de conocimiento que el proceso le brindaba, hizo de él aquel uso que debiera; es claro que en los supuestos de esa apreciación hubiere de ajustarse a una norma preestablecida.

Así, pues, existe error de derecho en la apreciación de una prueba, cuando el Tribunal le da fuerza probatoria que no le asigna la ley, le niega la que sí le atribuye, o la estima sin estar legalmente producida. Es decir, cuando la estimación de la prueba respectiva está viciada de error jurídico.

El error de derecho tiene, al decir del profesor

Zuleta Angel, las siguientes etapas: 1º violación de las reglas sobre prueba. Esto conduce a: 2º violación de ley sustantiva.

Esto sentado, se tiene que el curador del demandado, como persona incierta o desconocida, actor en el recurso, al examinar la sentencia del Tribunal, encuentra que éste dio por establecido el interés jurídico de la demandante para ejercitar la acción propuesta, por estar demostrado, a su juicio, que la proponente es hermana de la testadora, doña Elena Barriga Samper de Rodríguez y de ese supuesto deriva el interés jurídico de la misma para incoar la acción.

"Pero es lo cierto —dice— que en ninguna de las instancias del juicio se trajo a los autos la prueba legal de que la demandante, señorita María Barriga Samper, fuera hermana legítima de la causante, doña Elena Barriga Samper de Rodríguez, como en la sentencia de que me quejo se afirma, carácter del cual aquélla ha pretendido derivar su interés para demandar, como demandó, la nulidad de las cláusulas testamentarias de que se trata, porque aun cuando es cierto que al folio 24 del cuaderno tercero obra la partida de nacimiento de la causante, señora Barriga Samper de Rodríguez, también lo es que por ninguna parte aparece la partida de nacimiento de la actora para acreditar el parentesco que las unía".

Agrega que, al dar por probado el H. Tribunal un punto fundamental en el debate, que no lo está, incurrió en error de hecho, manifiesto en los autos, por no haber parado mientes en la falta de prueba del interés jurídico de la demandante. Dice, que sin el error apuntado, el fallador no hubiera hallado demostrado ese interés, y entonces, indefectiblemente habría tenido que absolver a la parte demandada.

Como se ve, no se querella el recurrente de una errada apreciación o valoración de la partida de estado civil que acredite el carácter de hermana legítima de la testadora, sino que da por establecido el juzgador un hecho que no lo está, ya que sostiene que "en ninguna parte aparece la partida de nacimiento de la actora"; es, en consecuencia, un típico caso de error de hecho, o sea, cuando se constata un hecho que no existió, o se desconoce uno que existía. Aquí, al decir del recurrente, el Tribunal ha constatado la existencia de la partida de nacimiento de doña María y para él, tal prueba no se allegó al expediente.

Mas, es evidente que tal documento que acredita el nacimiento de la señora María, existe al folio 24 del cuaderno número tres; consta que es hija de don Alejandro Barriga y de la señora Amelia Samper de Barriga, como también la partida de nacimiento de doña Elena y el matrimonio de los padres de una y otra, documentos que determinan el carácter de hermanas legítimas entre sí, de doña María y doña Elena, según se comprobó con las copias expedidas por las Notarías Segunda y Tercera de Bogotá, de las actas de matrimonio de los padres, celebrado el 21 de abril de 1878 y nacimiento de María Elena el 18 de agosto de 1883, y de Julia Elena el 22 de mayo de 1885, acaecidos en la ciudad de París (folios 23, 24 y 27 del cuaderno número 3).

Por lo expuesto, se declara que no hay error de hecho en la apreciación de la prueba del estado civil que determina el interés jurídico de la demandante para actuar como tal en el presente asunto, y por consiguiente, no se han violado las disposiciones citadas.

SENTENCIA

En vista 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha quince de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, que ha sido objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Silva Rebolledo—Miguel Arteaga H. — Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda. Pablo Emilio Manotas—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION ES IMPROCEDENTE CUANDO LA SENTENCIA ES TOTALMENTE ABSOLUTORIA. — MIENTRAS NO SE REALICE LA PARTICION NO PUEDE HABLARSE CON VERDAD DE DERECHO DE DOMINIO DE LOS HEREDEROS SOBRE LOS BIENES RELICTOS.—DISTINTO DE ESTE DERECHO ES EL DE HERENCIA, QUE ES EL QUE REALMENTE TIENEN LOS HEREDEROS DURANTE LA INDIVISION

1.—La jurisprudencia de la Corte ha sido constante y definida al sentar que es impertinente el recurso extraordinario por la causal segunda cuando la sentencia acusada es totalmente absolutoria; y lo ha sido también al establecer que la incongruencia entre la demanda y el fallo ha de buscarse, no en la motivación de éste, sino en su parte resolutiva.

2. — La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, según el artículo 673 del C. C. De ahí que en el momento de morir la persona, su patrimonio —noción que comprende todos sus bienes y obligaciones valorables económicamente— se transmite a sus herederos, quienes adquieren por tanto, en la medida que la ley o el testamento les asignen, el derecho de suceder al causante en la universalidad jurídica patrimonial. Bien puede decirse que sucesión, en sentido estricto, es la prolongación de la persona del difunto en sus herederos, con todas sus vinculaciones jurídicas transmisibles, es decir, como sujeto activo y pasivo de derecho privado. El patrimonio pasa, pues, por el fenómeno de la sucesión, de muerto a vivos, pero desde el momento en que el derecho de éstos dice relación o está vinculado a la universalidad herencial, no puede recaer sobre bienes determinados, como tampoco ser ellos, en principio, responsables de determinadas obligaciones del causante. Será necesaria la concurrencia del título para que el modo de adquisición del dominio se singularice respecto de cada heredero y respecto de especies o derechos determinados, pues el título traslaticio es el que viene a complementar la eficacia de los modos de adquirir, hasta el punto de que, mientras la sucesión está ilíquida, no puede hablarse con verdad de derecho de dominio de los herederos en los bienes relictos, desde luego que la propiedad supone cosa corporal (artículo 669 del C. C.). Y la universalidad patrimonial es un simple ente jurídico, que escapa a la percepción de los sentidos (artículos 653 ibídem).

Por eso, en el sistema de nuestro código, ninguno de los herederos puede disponer de inmuebles de la sucesión, sin cumplir previamente ciertas formalidades (artículo 757). Y si lo hace, se considerará que la enajenación versó sobre cosa ajena, si ésta se adjudica en la partición a persona distinta del vendedor (artículo 1401). Lo cual se explica también por el aspecto de la posesión, que, durante la iliquidez, es simplemente de ficción legal y recae sobre la herencia (artículos 757 y 783), y sólo se convierte en regular mediante la partición, para versar entonces sobre las especies o derechos singulares asignados en ella a cada copartícipe.

Distinta cosa es el derecho de herencia, que es el que realmente tienen los herederos durante la indivisión herencial; enajenable por ellos libremente en todo o en parte, no vinculado a determinados bienes, por lo cual su enajenación —contrato aleatorio— no afecta, como la de cosas singulares, el interés de los demás causahabientes, como quiera que el enajenante sólo responde de su calidad de heredero.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá trece de agosto de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

En diciembre de 1943 y por medio de apoderado Sofía Delgado viuda de Pérez, vecina de Pasto, demandó por la vía ordinaria a la sociedad conyugal existente entre Plutarco Rueda Olaya y Berta Pérez de Rueda, vecina de Bogotá, para que se hicieran las siguientes declaraciones que se resumen:

Primera. Que dicha sociedad entregue a la demandante el valor líquido de los frutos de la tercera parte de la casa Nº 20-35 de la avenida Santander, barrio de San Sebastián, de la ciudad de Pasto, cuyos linderos se expresan, computados tales frutos a partir del 15 de octubre de 1931 y hasta la fecha en que se verifique la entrega de la tercera parte de esa finca; o que se condene a la sociedad a pagar el valor líquido de tales frutos civiles durante el mismo lapso, a justa tasación de peritos.

Segunda. Que se condene a la sociedad a entregar a la demandante la tercera parte de la misma casa, para que siga gozando del usufructo a que tiene derecho, de acuerdo con la escritura 420 de 15 de octubre de 1931, de la notaría 1ª de Pasto.

Tercera. Que se dispense a la demandante de constituir la fianza y el inventario solemne que exige la ley, por cuanto ella vendió la tercera parte de la casa con la reserva en su favor del usufructo; pero que ofrece llenar tales formalidades, en el plazo equitativo que se señale por el juez, si no se le dispensa de ello.

Cuarta. En subsidio de las peticiones anteriores, que se condene a la sociedad demandada al pago de los daños y perjuicios que ha sufrido la demandante por la violación de la cláusula cuarta del contrato contenido en la citada escritura, ya que la señora Pérez de Rueda le arrebató el usufructo y la administración de la tercera parte de la casa, a raiz de celebrado el mismo contrato, daños y perjuicios que se fijarán en cantidad líquida, o que en su defecto se condene a pagarlos en forma ilíquida, para liquidarlos en la ejecución del fallo.

Quinta. Que se condene a la sociedad en las costas del juicio, si se opone temerariamente.

Como fundamento de tales acciones invocóse por la actora el contrato de compraventa, con reserva de usufructo vitalicio, que consta en la escritura 420 de 1931, usufructo que, según aquélla, fue desconocido por la señora Pérez de Rueda, quien usurpó la administración de la tercera parte de la finca, dándola en arrendamiento en su propio provecho, sin entregarle a la demandante los valores correspondientes, y violando de ese modo lo estipulado en la cláusula cuarta de la escritura referida. Invocó además el hecho de que la casa en cuestión fue adjudicada a la señora Pérez de Rueda en remate judicial decretado para el pago de unos créditos, y que ese remate se hizo sin la reserva del usufructo de la demandante.

Cita la demanda, en su apoyo, disposiciones sobre el derecho de usufructo y también las de los artículos 1613, 1615 y 1616, todas del código civil.

La demanda fue corregida en escrito de 15 de mayo de 1944, en el sentido de dirigirla también contra el señor Antonio José Meneses, a quien la señora Pérez de Rueda vendió la casa mencionada, según la escritura 553 de 4 de los mismos, de la notaría 2ª de Pasto.

Opusiéronse los demandados a las peticiones de la actora, negaron los hechos sustanciales y propusieron, como perentorias, las excepciones de carencia de acción, demanda improcedente y extinción del derecho de la demandante.

Fallo de primera instancia. Lo dictó el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto con fecha 24 de octubre de 1946, condenando a los demandados en los términos de las súplicas primera y segunda, salvo en cuanto a la fecha desde la cual deben liquidarse los frutos, y quedando la actora obligada a constituir caución prendaria o hipotecaria, previo inventario solemne.

Sentencia recurrida. Mediante apelación concedida a los demandados, el Tribunal Superior de Pasto revocó dicho fallo en el suyo de 3 de septiembre de 1947, absolviendo a aquéllos de todos los cargos, sin costas.

En la Corte se ha sustanciado legalmente el recurso de casación, concedido a la parte actora, por lo cual va a decidirse de su mérito.

El recurso. Por dos motivos ataca el recurrente la sentencia del Tribunal: violación de ley sustantiva, por aplicación indebida e infracción directa, e inconsonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Por razón de método, se estudia el segundo cargo en primer término.

Inconsonancia. La encuentra el recurrente por tres aspectos: 1º Porque, en su sentir, el Tribunal no estudió, ni resolvió la primera súplica de la demanda, que se refiere al pago del valor de los frutos civiles de la tercera parte de la casa, ya que entre la fecha de la constitución del usu-

fructo y el día en que se verificó el remate de toda la finca mediaron más de doce años, tiempo durante el cual no se presentó reclamo alguno del verdadero dueño, en el supuesto de que aquel derecho se hubiera constituído sobre cosa ajena, como la sentencia lo sostiene.... 2º Porque "tampoco entró el Tribunal al fondo jurídico del problema debatido en materia del mismo usufructo; se limitó a estudiar la cosa ajena en sus características enajenables, para aplicarla malamente al usufructo; y luego al estudio superficial de la simulación también para aplicarla al caso debatido pero sin que tal cuestión se hallase subjudice".... 3º Porque el Tribunal no consideró la cuarta petición de la demanda, sobre pago de perjuicios, formulada como subsidiaria, y por lo mismo incurrió en una omisión, que se traduce en incongruencia del fallo.

Considera la Corte: La sentencia acusada, como ya se ha dicho, revoca la de primer grado, niega las peticiones de la demanda y absuelve a los demandados de los cargos en ella formulados. Es decir, decide todo lo que fue materia de la relación jurídico-procesal, y lo decide en la forma simple de absolución, que no admite más ni menos, que hace imposible el hecho de que se haya fallado sobre algo no pedido o más allá de lo pedido, o que se haya dejado de fallar sobre alguna de las acciones o excepciones que debían ser resueltas, únicos casos que pueden implicar la falta de consonancia que la ley de procedimiento ha constituído en motivo de casación.

Por eso la jurisprudencia de la Corte ha sido constante y definida al sentar que es impertinente el recurso extraordinario, por la causal segunda, cuando la sentencia acusada es totalmente absolutoria; y lo ha sido también al establecer que la incongruencia entre la demanda y el fallo ha de buscarse, no en la motivación de éste, sino en su parte resolutiva.

Es cierto que el Tribunal, para reforzar sus razones, trata lo relativo a la simulación de la compraventa contenida en la escritura 420 de 1931, y consecuencialmente del usufructo, fundándose en la confesión de ambas partes, para deducir que "si el contrato que da origen al usufructo, resulta inexistente o inoperante, ninguna consecuencia favorable se podría pretender deducir de un acto, que por su naturaleza no podría engendrar obligaciones"; pero no es menos cierto que la sentencia no hace, en su parte resolutiva, declaración alguna acerca de la simulación, de modo que no es posible impugnarla fundadamente de haber decidido algo que no estaba **sub judice**, ni tampoco de haberse abstenido de considerar y estudiar la petición subsidiaria de la demanda, desde luego que al rechazo de ella conducían lógicamente las tesis sentadas por el juzgador. Nada obsta, por otra parte, a que si éste encuentra en el proceso una plena prueba de simulación del acto litigioso, saque de allí las deducciones jurídicas a que haya lugar, si ello es conducente para resolver las peticiones de la demanda.

No prospera, pues, el cargo de inconsonancia.

Violación de ley sustantiva. No emana claridad, ni revela técnica de casación la impugnación de la sentencia en este cargo. El recurrente cita las disposiciones que estima violadas, pero es difuso, impreciso en los razonamientos sobre el concepto de la violación, lo que naturalmente dificulta la labor de la Sala.

Para poder precisar los argumentos del Tribunal y las acusaciones del recurrente, hácese necesario exponer ciertos antecedentes del proceso, a saber:

1º La casa a que éste juicio se refiere pertenecía a doña Adelaida Martínez viuda de Delgado, quien, en testamento protocolizado en la notaría 1ª de Pasto por la escritura 344 de 29 de julio de 1921, instituyó como sus herederos universales a sus tres hijos Sofía (la actora), Samuel, Jorge y Antonio, Ismael Delgado Martínez y a su nieta Fredesulinda Polo Delgado.

Con imputación a la cuarta de libre disposición, la testadora dejó varios legados; y en codicilo, que está protocolizado por la misma escritura, mejoró a su hijo Ismael en la cuarta correspondiente y dispuso que los legados "se paguen con el valor de la casa que dejo situada en el barrio de San Sebastián, sea que mis herederos la vendan o prefieran satisfacer dichas acreencias en dinero a prorrata de sus cuotas hereditarias".

2º Por la escritura 420 de 15 de octubre de 1931, de la notaría 1ª de Pasto, la heredera Sofía Delgado viuda de Pérez, actual demandante, vendió a su hija Berta Pérez de Rueda, quien obró autorizada por su marido, "una acción y derecho o cuota equivalente a una tercera parte, radicada" en la misma casa de que se viene hablando.

Declaró la vendedora, en dicho instrumento, que esa tercera parte la había adquirido por compra al doctor Samuel Jorge Delgado, según la escritura 1036 de 31 de octubre de 1925, otorga-

da en Cali, título éste que no figura en autos.

Doña Sofía reservose expresamente el usufructo vitalicio y la administración de lo vendido, de manera que, en realidad, lo que vendió a su hija fue la nuda propiedad de la cuota o derecho expresado.

3º Estando aún ilíquida la sucesión de la señora Martínez viuda de Delgado, la legataria Umbelina Delgado pidió y obtuvo el requerimiento de los herederos Ismael y Sofía para el pago inmediato de su legado, con advertencia de que, si no pagaban, se procedería a la venta en pública subasta de toda la casa, como así se hizo por el Juez del conocimiento, sacándose varias veces a licitación el inmueble, sin que hubiera postor, hasta que en la fecha 12 de mayo de 1943 presentóse como tal la señora Berta Pérez de Rueda, a quien le fue adjudicada la finca en pleno dominio. El remate fue debidamente aprobado y registrado; a la rematadora se le hizo entrega judicial de la casa el 25 de junio del mismo año, y, una vez pagados los legados con el precio de la subasta, el sobrante se partió entre los herederos que habían conservado sus derechos herenciales, uno de los cuales fue la propia actora en el presente juicio.

Ahora bien: Sostiene el Tribunal, en primer término, que la señora Martínez de Delgado sujetó la casa a dos condiciones, una de ellas potestativa para los herederos. "esto es, que si desean adquirir su dominio debían pagar los legados... o que si esto no hicieran la vendan y con su precio paguen los legados. Esto nos lleva a concluír que la casa "Rosada" quedó como un bien sucesional y que sólo pasaría a los herederos si se cumplía la condición; mas resulta que ésta no se cumplió, y fue por esto que se la vendió en subasta pública a petición de uno de los legatarios".

Anota en seguida el sentenciador que no aparece demostrado que la demandante hubiera comprado a su hermano Samuel Jorge el derecho de tercera parte que ella vendió a su hija Berta, y de todo lo dicho concluye "que la venta con reservas de usufructo, se efectuó sobre una cosa ajena y así será considerada, pues que ella (la actora) enajenaba lo que afirma haber comprado, sin hacer relación a su título de heredera de doña Adelaida".

Y, en relación con el usufructo, el Tribunal encuentra que se constituyó por venta y sobre cosa ajena, "pues que el raiz del cual se desmembró no pertenecía a la vendedora, recalcándose que no se ha demostrado que los herederos que se pretenden dueños, hayan cumplido la condición de pagar los legados con sus propios dineros; tan es así que por falta de este pago vino el remate judicial del bien destinado a cubrir la acreencia dejada por la testadora, cuya voluntad debía cumplirse".

Insiste el Tribunal en considerar que el derecho de usufructo surgió de la venta de una cosa ajena, que es válida, sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, y que se ha demostrado que la casa no salió, ni salir podía del patrimonio herencial, mientras los herederos no pagaran los legados, de modo que fue el remate —cuyo precio sirvió para dicho pago— el que operó el traspaso del dominio de la finca de la causante —dueño verdadero— a la rematadora, y de ésta al demandado Meneses, actual poseedor, de donde concluye que "si estos adquirentes sucesivos que representan al verdadero dueño, desconocen los efectos de un usufructo de cosa ajena, lógicamente se concluye, que esa constitución aparente de usufructo, en nada perjudica a los titulares del verdadero derecho de dominio, y por lo tanto, para éstos no les crea ninguna vinculación jurídica, de la cual emanen obligaciones que deban cumplir".

El recurrente ataca las conclusiones de la sentencia, y empieza por sostener que erró el Tribunal al considerar que la disposición testamentaria sobre la forma en que debían cubrirse los legados era una asignación condicional, suspensiva y potestativa, lo que lo llevó a aplicar la norma sustantiva relativa a las asignaciones de esa clase, con lo cual infringió el artículo 1128, en concordancia con el 1534 del C. C., "por cuanto tal institución de heredero y tal asignación testamentaria carecen del carácter condicional que les asignó...". Y el recurrente amplía su concepto afirmando que, según el testamento, la institución de herederos fue general y sin condición, y que la asignación relativa a la casa es modal, de acuerdo con el artículo 1147 del C. C. Y agrega: "Si aquella asignación tiene todos los caracteres de modal es muy claro que los herederos hicieron suya dicha casa, pero con la obligación de pagar las cargas de los legados; por consiguiente, tenían que reputarse y debían ser reputados como verdaderos dueños, por virtud del principio general de su adquisición por causa de muerte, que preconizan los artículos 673, 1008 y 1147 del C. C. y

que hacen referencia al modo de adquirir el dominio por causa de muerte, al título universal y a la asignación modal referida, disposiciones sustantivas éstas que indirectamente quedan violadas por la mala aplicación de la ley que regula las asignaciones".

De aquí deduce que se violaron también los artículos 1871 y 752 ibidem, por aplicación indebida, desde luego que, según el fallo, el usufructo recayó sobre cosa ajena, si esta calidad tuvo la venta. "...Mi mandante —dice— al disponer y enajenar parte de un bien herencial, lo hizo en su carácter de heredera y dueña por consiguiente de esa cuota hereditaria, por haberla adquirido por herencia de su madre o por compra de las acciones y derechos de sus hermanos Jorge Samuel Delgado y Fredesulinda Polo, reuniendo así en su persona las tres cuartas partes de la herencia y, por consiguiente, conservaba título legítimo de propietaria y con derecho real a recoger la herencia. Si tenía tal carácter la transmisión que hizo también fue legítima, y por lo mismo, la tradición se efectuó dentro de las normas de la ley sustantiva, por cuyo aspecto el fallo aplicó indebidamente los artículos 740, 752, 756 en su inciso 2º y 757 del C. C.".

Por último, el recurrente estima erróneo el concepto que atribuye al Tribunal, cuando "desliga el patrimonio herencial de la persona de sus herederos dando a entender que la herencia es una personalidad jurídica distinta de los herederos, cuando es ya muy conocido y sancionado por multitud de doctrinas preconizadas por esa honorable Corporación que las herencias si en cierto modo conservan el nombre de personas morales por tener un patrimonio ilíquido, no se puede considerarlas como personas jurídicas independientes y desligadas de sus herederos universales que son sus verdaderos representantes. No forman una persona distinta de los herederos individualmente considerados".

Y ve también un error en la afirmación del fallo de que es el juez, no los herederos, quien representa a la herencia, para afirmar después que doña Berta de Rueda y don Antonio José Meneses son los únicos representantes de la causante, errores que implican —según él— la violación de los artículos 1008, inciso 2º, y 1155 del C. C., "por cuanto solamente los herederos universales son los que representan al causante en los derechos y obligaciones trasmisibles, mediante la ficción jurídica de que los herederos son la continuación de la personalidad moral del causante".

Señaló también como infringidos directamente los artículos 823, 825, inciso 3º, y 826 y 838, inciso 3º, del C. C.

La Sala considera: La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, según el artículo 673 del C. C. De ahí que en el momento de morir la persona, su patrimonio —noción que comprende todos sus bienes y obligaciones valorables económicamente— se trasmite a sus herederos, quienes adquieren por tanto, en la medida que la ley o el testamento les asignen, el derecho de suceder al causante en la universalidad jurídica patrimonial. Bien puede decirse que sucesión, en sentido estricto, es la prolongación de la persona del difunto en sus herederos, con todas sus vinculaciones jurídicas trasmisibles, es decir, como sujeto activo y pasivo de derecho privado. El patrimonio pasa, pues, por el fenómeno de la sucesión, de muerto a vivos, pero desde el momento en que el derecho de éstos dice relación o está vinculado a la universalidad herencial, no puede recaer sobre bienes determinados, como tampoco ser ellos, en principio, responsables de determinadas obligaciones del causante. Será necesaria la concurrencia del título para que el modo de adquisición del dominio se singularice respecto de cada heredero y respecto de especies o derechos determinados, pues el título traslaticio es el que viene a complementar la eficacia de los modos de adquirir, hasta el punto de que, mientras la sucesión está ilíquida, no puede hablarse con verdad de derecho de dominio de los herederos en los bienes relictos, desde luego que la propiedad supone cosa corporal (artículo 669 del C. C.). Y la universalidad patrimonial es un simple ente jurídico, que escapa a la percepción de los sentidos (artículo 653 ibidem).

Por eso, en el sistema de nuestro código, ninguno de los herederos puede disponer de inmuebles de la sucesión, sin cumplir previamente ciertas formalidades (artículo 757). Y si lo hace se considerará que la enajenación versó sobre cosa ajena, si ésta se adjudica en la partición a persona distinta del vendedor (artículo 1401). Lo cual se explica también por el aspecto de la posesión, que, durante la iliquidez, es simplemente de ficción legal y recae sobre la herencia (artículos 757 y 783 C. C.), y sólo se convierte en regular mediante la partición, para versar entonces sobre las

especies o derechos singulares asignados en ella a cada copartícipe.

Distinta cosa es el derecho de herencia, que es el que realmente tienen los herederos durante la indivisión herencial; enajenable por ellos libremente en todo o en parte, no vinculado a determinados bienes, por lo cual su enajenación —contrato aleatorio— no afecta, como la de cosas singulares, el interés de los demás causahabientes, como quiera que el enajenante sólo responde de su calidad de heredero.

Aplicando estas nociones al caso del pleito, tenemos primero, que la demandante, al vender a su hija Berta un derecho de dominio proindiviso en la casa "Rosada", que dijo haber adquirido de su hermano Samuel Jorge, lo que no comprobó, vendió cosa ajena, perteneciente a la sucesión de doña Adelaida de Delgado. Y versó esa venta sobre cosa ajena, no precisamente porque la casa estuviera afecta al pago de los legados, y porque éstos no se hubieran satisfecho, sino porque la vendedora no tenía derecho de dominio sobre esa cuota del inmueble, ni sobre parte alguna de éste, de donde se deduce también rectamente que no era ella dueña del derecho de usufructo que se reservó, puesto que este derecho no es más que una desmembración del dominio, uno de sus elementos integrantes (artículos 669, 793, ordinal 2º, y 823 del C. C.).

La venta expresada fue válida, indudablemente, porque la ley admite la de cosa ajena, precisamente porque la tradición no se efectúa contra el verdadero propietario, cuyos derechos quedan a salvo (artículos 752 y 1871 ibidem). El objeto de dicha venta fue sólo la nuda propiedad, y la vendedora reservose un derecho de usufructo ajeno, como que versaba sobre cosa ajena.

Pero los efectos de esa venta válida, que recayó sobre cosa que pertenecía a la sucesión ilíquida de doña Adelaida, terminaron absolutamente al entrar en actividad procesal el dominio de dicha sucesión, cuando, a petición de la legataria Umbelina Delgado, rematose judicialmente la casa, bien herencial, para pagar el crédito testamentario que con el precio de ella debía satisfacerse, según lo ordenado por la testadora.

Lo mismo habría sucedido si por acción ejecutiva de un acreedor hipotecario contra la sucesión, se hubiera embargado la finca y adjudicado en licitación pública al mismo acreedor o a un tercero. La compradora, doña Berta de Rueda, no habría podido excluir su derecho de tercera parte de la traba ejecutiva, como no pudo evitar —oponiendo su título de compraventa de cosa ajena— que la casa fuera sacada a remate por acción del legatario.

La Sala rectifica el concepto del Tribunal de que la cláusula testamentaria que dispuso que los legados se pagaran con el precio de la casa "Rosada", si no los satisfacían voluntariamente los herederos, implicara una asignación condicional. No hay allí una asignación, que, de haberla, habría sido a título singular. Pero no: la institución de los hijos y nieta de la testadora como herederos universales aparece hecha sin condición alguna, y la disposición del codicilo sobre la forma de pagar los legados es un simple señalamiento de determinado bien para ese objeto, en un sentido opcional para los herederos, quienes quedaron en libertad de pagar con sus propios dineros o de hacerlo vendiendo la finca, lo cual está indicando claramente que la adquisición del dominio de ésta, a su tiempo, por parte de aquéllos, en manera alguna dependía del pago de los legados.

El recurrente ha objetado con razón el expresado pasaje de la sentencia, pero ese concepto incidental en nada incidió en la parte resolutiva de ella, pues la conclusión a que llegó el Tribunal a ese respecto sí fue exacta: que la venta con reserva de usufructo recayó sobre una cosa ajena.

No puede la Sala acoger la alegación del recurrente de que si la asignación tuvo la calidad de modal, los herederos hicieron suya la casa, con la obligación de pagar los legados, pues aún admitiendo que la cláusula referida significara una asignación, el dominio de la finca no podía pasar a los causahabientes sino a virtud de la partición debidamente aprobada y registrada, pero en manera alguna antes de liquidarse la herencia, pues aunque el modo no suspende la adquisición del dominio de la cosa asignada, en lo cual está el recurrente en lo cierto, ello no significa que los herederos vengan a ser propietarios de la especie asignada en esa forma antes de que se les adjudique en la partición, según se ha dicho en la exposición general con que ha iniciado la Corte el estudio de la acusación.

No pudo, pues, haber violado el Tribunal los artículos 673, 1008, 1147 del C. C., ni tampoco los 1871, 752, 740, 756, inciso 2º, y 757 del mismo código, disposiciones que la sentencia aplicó correctamente, desde luego que el usufructo versó también, sin que pueda revocarse a duda, sobre cosa ajena.

No ha desligado el sentenciador el patrimonio herencial de la persona de los herederos, como lo pretende el recurrente fundándose en que aquél calificó a la rematadora, señora Pérez de Rueda, y al señor Meneses de representantes de la sucesión, pues esta calificación la emplea el juzgador en el sentido de que tales compradores son sucesores de la causante en el dominio legítimo de la casa "Rosada", los representantes de la que fue su verdadera dueña, en lo cual no hay inexactitud legal alguna. El Tribunal no ha negado que los representantes de la universalidad herencial sean los herederos. No ha violado, por tanto, los artículos 1008, inciso 2º, y 1155 del C. C.

Por último, los razonamientos de la acusación en la parte final del cargo que se estudia, están ya analizados y contradichos, por lo cual no puede la Sala admitir que se hayan violado los artículos sobre usufructo que allí cita el recurrente. Y es de notarse que éste acepta que la venta de la casa en remate público la hicieron los herederos, representantes de la sucesión, por intermedio del juez, aunque no anda acertado al incluir a doña Berta entre ellos, pues consta en autos que ésta pretendió oponerse a la subasta, invocando su título de compradora de la tercera parte, y fue rechazada. No prospera pues el cargo.

No se hará condenación en costas, en atención a que la Sala aceptó un cargo doctrinario del recurrente, aunque no sirvió para invalidar la sentencia. Así lo tiene admitido la Corte, con base en el 2º ordinal del artículo 575 del C. J.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha 3 de septiembre de 1947.

Sin costas, por la razón expresada.

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

Arturo Silva Rebolledo—**Miguel Arteaga H.**—**Pedro Castillo Pineda**—**Alberto Holguín Lloreda**—**Pablo Emilio Manotas**—**Manuel José Vargas**—**Pedro León Rincón**, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS CON EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE PERMUTACION O CAMBIO. — NATURALEZA JURIDICA DE ESTE.—CUANDO EL DEUDOR DE UNA OBLIGACION DE HACER SE CONSTITUYE EN MORA DE CUMPLIRLA, EL ACREEDOR PUEDE EJERCITAR LA ACCION DIRECTA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — LA REGLA DEL ARTICULO 1617 DEL CODIGO CIVIL NO ES APLICABLE AL CASO DE MORA EN EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE HACER

1. — La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan a dar una especie o cuerpo cierto por otro y en el cual el justo precio de la cosa a la fecha del contrato que da cada permutante, se mira como el precio que paga por la que recibe en cambio. Es, por consiguiente, un contrato bilateral, oneroso y conmutativo que, como tal, está sujeto a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, sobre condición resolutoria tácita, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

La obligación esencial que nace de una convención de esa índole es la de dar la cosa permutada.

2. — Cuando el deudor se constituye en mora de ejecutar una obligación de hacer, el acreedor tiene derecho a ejercitar la acción directa de indemnización de perjuicios que le resulten de la infracción del contrato, tal como lo consagra y permite el numeral 3º del artículo 1610 del Código Civil.

Así lo entendió la Corte en dos sentencias anteriores, en que dijo:

"Si no se obliga al cumplimiento del contrato al que no lo haya cumplido, o si no se decreta contra él la resolución, no hay causa efectiva de la cual deriven los perjuicios. Salvo que en casos especiales la ley establezca la acción para éstos, sin subordinarla a la de efectividad o extinción del contrato, como parece que lo hace el artículo 1610 del Código Civil, para cuando no se cumpla la obligación de hacer". (Casación de 30 de abril de 1920 y de 17 de marzo de 1931. G. J. Tomo XXXIII, pág. 325 y Tomo XXXVIII, pág. 564).

3.—En este pleito, con fundamento en el incumplimiento de una obilgación de hacer, se ha pedido una indemnización de perjuicios. Esta comprende —según regla general de que no está exceptuado el caso de autos— tanto el daño emergente como el lucro cesante. Por aquél se entiende el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de esas mismas tres circunstancias (artículos 1613 y 1614 del C. C.).

4.—La regla del artículo 1617 del C. C. es de excepción en materia de indemnización de perjuicios y sólo se aplica a las obligaciones de pagar una cantidad de dinero, cuando el deudor se ha constituído en mora. Los intereses legales se deben sin tener en cuenta el daño emergente ni el lucro cesante. Basta el hecho de la mora.

Aquí la obligación que el demandado le incumplió al actor es una obligación de hacer y no de pagarle suma de dinero: luego el caso no está gobernado por la norma de excepción acabada de citar, sino por las generales de los artículos 1613 y 1614.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

Por medio de escritura pública número 1053 de 31 de octubre de 1928, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Pereira, se celebró un contrato de permuta entre Vicente Osorio y Juan de J. Osorio. En dicho pacto los contratantes acordaron transferirse cada uno la mitad de dos predios ubicados ambos en el sitio denominado "Bélgica"

del municipio de Alcalá (Valle) alinderados como se expresa en dicho instrumento, a fin de que tales predios quedaran en común y proindiviso para los dos permutantes. Estos estimaron en mil quinientos pesos ($ 1.500.00) cada una de las partes del terreno objeto de la permuta y por medio de la cláusula 6ª manifestaron que desde la fecha de la escritura se hacían entrega recíproca de lo permutado.

En la cláusula quinta del citado instrumento se dijo: "Que la referida mitad de terreno que Vicente da a Juan de J. participa de un gravamen hipotecario que pesa sobre todo el terreno de que es parte, por valor de $ 2.000.00 a favor del señor Eleázar Angel, deuda ésta que queda a cargo de dicho Vicente Osorio".

Como éste no cancelara oportunamente ese gravamen, Eleázar Angel entabló contra los Osorios, como actuales poseedores, la acción real de venta del bien hipotecado, juicio en el cual se remató el inmueble gravado el 31 de julio de 1941 y se aprobó la diligencia de remate el 30 de abril de 1942.

La controversia

Alegando que Vicente Osorio no cumplió la obligación de pagar el crédito hipotecario referido, a que se había comprometido, Juan de J. Osorio le propuso ante el Juzgado Civil del Circuito de Pereira juicio ordinario para que se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª Que el demandado Vicente Osorio, por incumplimiento del contrato contenido en la escritura pública número 1053 del 31 de octubre de 1928, de la Notaría 2ª de Pereira, especialmente en la cláusula quinta (5ª), causó perjuicios al señor Juan de J. Osorio;

"2º Que el demandado Vicente Osorio debe pagar al señor Juan de J. Osorio, o a quien represente sus derechos, por concepto de perjuicios, la suma de seis mil pesos moneda corriente ($ 6.000) por concepto de daño emergente, y cuatro mil pesos moneda corriente ($ 4.000.00) por concepto de lucro cesante, o la suma que estimaren peritos en el curso del juicio;

"3º En subsidio, que el demandado Vicente Osorio debe pagar al señor Juan de J. Osorio por concepto de perjuicios causados, la suma de dos mil doscientos cincuenta pesos m. c. ($ 2.250.00) equivalentes al daño emergente y cuatro mil pesos m. c. ($ 4.000.00) equivalentes al lucro cesante, o la suma que estimaren peritos en el curso del juicio.

"4º A falta de las anteriores condenaciones se le condenará a la indemnización de perjuicios en abstracto, para concretar su valor por los medios legales.

"5º El demandado debe pagar las costas del juicio".

Trabada la litis, el Juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia en la sentencia de 28 de octubre de 1947, en la cual resolvió:

"Primero. — El demandado Vicente Osorio, por haber incumplido parcialmente el contrato contenido en la escritura número 1053 de treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos veinte y ocho (1928), otorgada en la Notaría Segunda de Pereira, causó perjuicios al demandante Juan de J. Osorio.

"Segundo.—El demandado Vicente Osorio queda en la obligación de pagar al doctor Marco Tulio López Angel, en su calidad de cesionario de los derechos del demandante Juan de J. Osorio, la suma de dos mil doscientos cincuenta pesos m. c. ($ 2.250.00) por concepto de daño emergente. El pago de esta suma debe hacerlo en esta ciudad, dentro de los quince días subsiguientes al de la ejecutoria de esta sentencia.

"Tercero.—El demandado Vicente Osorio queda asimismo en la obligación de pagar al mismo doctor Marco Tulio López Angel, por concepto de lucro cesante, el valor líquido de los frutos naturales y civiles que hubiera podido percibir el demandante Juan de J. Osorio de la mitad de la finca cuya propiedad y posesión fue privado, administrándola con mediana inteligencia y cuidado, desde la fecha en que hizo entrega del inmueble al rematador Eleázar Angel, hasta el día en que se efectúe el pago. El valor de estos frutos se fijará de acuerdo con las normas establecidas por el artículo 553 del Código Judicial.

"Cuarto. — Se condena al demandado Vicente Osorio al pago de las costas de esta instancia. Oportunamente liquídense por la Secretaría".

La sentencia recurrida

Por recurso de apelación concedido a ambas partes, subió el negocio al Tribunal de Pereira, el que en providencia de primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho confirmó la apelada, con la reforma de que lo que ha de pagar el demandado por concepto de lucro cesante no

puede exceder de la suma de cuatro mil pesos.

De esa sentencia son las siguientes consideraciones:

"La acción que se ejercita en la demanda es para que se declare que el demandado debe perjuicios al demandante por no haber cancelado oportunamente el crédito hipotecario de que trata la escritura número 1053, en la cláusula quinta. En la demanda no se habla de perjuicios causados por evicción de la cosa permutada, ni tampoco se solicita resolución del contrato de permuta. Es decir, que los perjuicios no se hacen derivar de otra acción principal, a saber: la resolución del contrato o la de saneamiento por evicción. Se alega como razón del perjuicio causado la de incumplimiento por parte de uno de los permutantes en cancelar un crédito hipotecario que pesa sobre un bien raíz materia de la permuta. El contrato en sí, como acto jurídico del cual se originan para los que en él intervinieron obligaciones recíprocas, no es materia de discusión y por el contrario las partes lo aceptan como cumplido.

"Si pues, no se trata de la calificación jurídica de un contrato, sino de algo muy distinto como es el controvertir si la voluntad de las partes que intervinieron en la permutación tuvo cumplimiento exacto, no había razones para invocar acciones que, como la resolutoria del contrato, atacan en el fondo la convención y dan margen para volver las cosas al estado anterior. Por eso aquí lo que se discute es si la obligación de hacer contraída por Vicente Osorio en la cláusula quinta de la escritura número 1053 citada, tuvo o no cumplimiento, y si no lo tuvo, cuáles son los perjuicios que de tal incumplimiento le resultan. A eso se reduce el debate procesal, a establecer si la ejecución de una obligación de hacer tuvo realización o no la tuvo, y en este último caso qué perjuicios se causaron a la parte lesionada con el quebrantamiento de la otra.

"Pues bien, de autos aparece plenamente establecido con las copias que se acompañaron con la demanda, que el demandado no libertó de la hipoteca la cosa que dio en permuta, y que por esta razón sobrevino un juicio de venta del bien hipotecado en el cual la cosa se subastó por el acreedor hipotecario para la satisfacción de su acreencia (fl. 21 vto. c. 1º). Por este incumplimiento se produjeron perjuicios al demandante y éste consideró que ellos no son otros que el daño emergente y el lucro cesante.

No puede negarse, porque es un hecho comprobado en los autos que hubo incumplimiento por parte del demandado al no cancelar la hipoteca de que se ha hablado y que en cambio el demandante sí cumplió con las prestaciones que contrajo en la permutación. Las pruebas aportadas por el doctor Loaiza Rosales para acreditar lo contrario, o sea el incumplimiento del demandante, no lo establecen suficientemente, porque si es verdad que en posiciones Juan de J. admite que la cosa que permutó con Vicente Osorio la tiene en su poder, es también cierto que ese hecho —la toma de nueva posesión del lote que dio en permuta— ocurrió mucho tiempo después de celebrado y cumplido por su parte el contrato, y se ocasionó, según afirmación que hace, por abandono que hizo el demandado de la porción que le entregó (posiciones que obran en copia a fl. 17 al 20 del c. número 7)".

"No está demostrado, pues, que Juan de J. Osorio hubiera incumplido las obligaciones que le resultaban del contrato de permuta celebrado con Vicente Osorio, máxime si el título correspondiente reza que las partes se hacen entrega recíproca de lo que permutan, y hay testigos, fls. 57 y siguientes del C. número 7, de que los señores Osorios administraban de común acuerdo lo que estaba en comunidad desde el año de 1928 hasta 1942.

"De suerte que el perjuicio causado por el incumplimiento en la liberación del gravamen hipotecario sólo se produjo a partir de la fecha de la entrega del inmueble al rematador, fecha que se establecerá en el incidente respectivo, ya que no se determinó dentro del juicio".

Refiriéndose a una alegación del apoderado del demandado sobre que la acción procedente no es la propuesta sino la de saneamiento por evicción, dice el Tribunal:

"La alegación que hace el doctor Loaiza no tiene comprobación dentro de los autos porque aquí no se discute si el contrato de permuta tuvo o no cumplimiento entre los contratantes, cuestión que es aceptada por ellos, sino si uno de los permutantes, el demandado, dejó de cumplir con una prestación que contrajo en la cláusula quinta de la escritura número 1053. No se está controvirtiendo si la permutación se realizó con las formalidades legales o si por el contrario cualquiera de las partes que allí intervinieron está en mora de cumplir con una obligación esencial en dicho contrato, sino que se está afirmando que la obli-

gación contraída sobre liberación de un gravamen hipotecario no se cumplió y por lo tanto se causó un perjuicio a la otra parte. Eso es todo, y sobre el particular ya se dijo que el incumplimiento está demostrado debidamente.

"De otro lado la acción resolutiva que pudiera haber establecido el demandante se hizo imposible desde el momento del remate del inmueble, por haber éste pasado a terceros, contra los cuales no podía prosperar.

"De manera que descartada la posibilidad de demandar con acción resolutoria y no habiéndose propuesto la de saneamiento por evicción, no se ve la razón para que la acción sobre indemnización de perjuicios propuesta no sea procedente en la forma directa como lo ha establecido el actor.

"Por consiguiente, los perjuicios se determinarán de acuerdo con la definición que sobre ellos da el artículo 1613 del C. Civil.

"Finalmente, la obligación civil que surge de la cláusula quinta es pura y simple porque no está sujeta a ciertas modalidades que pueden influir en su nacimiento, cumplimiento y ejecución. La obligación de cancelar el gravamen no se hizo depender de ninguna modalidad, a saber: una condición, un plazo etc. El deber de atender el gravemen no queda condicionado a que por su parte el otro contratante diera cumplimiento a determinada prestación. El compromiso contractual de deshipotecar era puro y simple sin que se hubiera señalado término especial para hacerlo. Pero es claro, y así hay que entenderlo, que estando vencido el crédito hipotecario, se imponía redimirlo en el menor término posible".

Analizando en seguida lo atinente a perjuicios, encontró acertada la condenación hecha en el punto segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado en concepto de daño emergente, y en cuanto al lucro cesante expresó que la indemnización correspondiente debe contarse desde la fecha de la entrega del inmueble rematado en adelante, concretada a lo que dejó de percibir el demandante por razón de los frutos naturales y civiles producidos por el mismo bien desde la fecha de la entrega, pero como no halló acreditada su cuantía, remitió con ese fin a las partes al procedimiento del artículo 553 del C. J., advirtiendo que ella no podía exceder de la suma de cuatro mil pesos m. c. ($ 4.000.00) en que fijó el actor el lucro cesante.

El demandado interpuso recurso de casación, el que sustentado y debidamente tramitado se procede hoy a decidir.

Apoyado en la causal primera del artículo 520 del C. J., el recurrente formula seis cargos contra la sentencia, los cuales serán examinados en el orden en que vienen propuestos.

Primer cargo.—El recurrente dice que la sentencia incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, a consecuencia de los cuales dejó de aplicar los artículos 630, 635, 1052, 1195 y 1197 del C. J. en cuanto impone requisitos para poder dar valor probatorio en juicio a los documentos que deben demostrar la transferencia del dominio de inmuebles; los artículos 749, 756, 785, 789, 2652, ordinal 2º, 2669, 2673 y 2676 del C. C., por el mismo concepto, y los artículos 1610, 1613, 1614 y 1615 ibidem, por aplicación indebida al caso de autos.

En la fundamentación del cargo el recurrente se detiene pormenorizadamente en demostrar los errores de hecho y de derecho y la violación de la ley sustantiva que alega, y al respecto dice en resumen que de las pruebas que cita, o sea de la escritura pública número 1053, ya mencionada, contentiva del contrato de permuta, y del certificado del respectivo Registrador expedido en 30 de marzo de 1937, resulta comprobado que Vicente y Juan de J. Osorio, continúan como poseedores inscritos de los inmuebles permutados, por cuanto la inscripción de aquel título no ha sido cancelada por ninguno de los medios de que trata el artículo 789 del C. C., y que como en parte alguna del expediente aparece que el remate verificado en el juicio hipotecario prenombrado y el auto que lo aprobó hayan sido registrados, es evidente que los Osorios siguen siendo dueños de aquellos bienes; que como el Tribunal no vio lo que consta de tales pruebas incurrió en error de hecho manifiesto y error de derecho al aceptar "las meras copias del remate, como si por sí y en sí fueran suficientes ante la ley para demostrar la transferencia del dominio que dice haber perdido el actor", cuando ellas sin el registro carecen de fuerza probatoria por estar equiparadas a escritura pública.

Finaliza su exposición diciendo:

"Todo lo expuesto en este capítulo es más que suficiente para llegar a la conclusión ineludible de que **Juan J. Osorio**, no ha demostrado el derecho que pudiera tener a la indemnización de perjuicios por causa del remate que invoca como hecho fundamental de tal derecho. Que el Tri-

bunal no podía condenar al demandado como lo hizo, aplicando los artículos 1610, 1613, 1614 y 1615 del C. C., porque para darles esa aplicación, primero se requería la prueba legal del hecho del remate con su registro y ello no aparece en el expediente".

Se considera:

Para destacar la improcedencia del cargo es suficiente observar:

a) Que el Tribunal no ha afirmado en parte alguna de la sentencia como motivo o causa de su decisión condenatoria que las copias del remate y de la sentencia que lo aprobó, sin su correspondiente registro, sean prueba suficiente de la transferencia del dominio del inmueble rematado, por lo cual se ve que el cargo queda en el vacío;

b) Que en este pleito no se ha invocado la acción de saneamiento por evicción de la cosa permutada, para que fuese indispensable esclarecer si el remate de ésta y la aprobación judicial del mismo, sin la correspondiente inscripción, constituyen o no por sí solos evicción del inmueble objeto de la permuta;

c) Que no versando, como no versa, la controversia sobre dominio de inmuebles, las solas copias aludidas, que fueron tomadas del juicio hipotecario y que están debidamente autenticadas, prueban la no cancelación del crédito por parte del obligado y el hecho material del remate, aunque no acrediten jurídicamente la transferencia del dominio del inmueble rematado por falta del competente registro;

d) Porque lo que en esta controversia se discute —como acertadamente lo entendió el sentenciador— es si la obligación de hacer contraída por el demandado en la cláusula 5ª de la escritura número 1053, consistente en la liberación del gravamen hipotecario que pesaba sobre la finca que dio en permuta, no se cumplió por él y si ese incumplimiento originó perjuicios al actor. Y ese hecho está suficientemente acreditado en el proceso con las copias de la actuación seguida en el juicio hipotecario que adelantó el acreedor y que culminó con la venta en pública subasta del inmueble hipotecado que había sido objeto de la permuta.

Y como las violaciones de la ley sustantiva que cita el recurrente las desprende de los errores de hecho y de derecho que imputa a la sentencia, y tales errores ni se han consumado ni han tenido incidencia en la decisión del pleito, es claro que el cargo resulta improcedente, y así se declara.

Segundo cargo.—Sostiene el recurrente que a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas el Tribunal quebrantó, por aplicación indebida, los artículos 1610, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil.

En el desarrollo de la acusación dice, en resumen, que está acreditado en autos con las pruebas que cita que en 1937 Eleázar Angel propuso contra los Osorios el juicio hipotecario mencionado, para que con el producto de la subasta se le pagara la suma de $ 2.000.00 y todos los intereses pactados, como si nada se le hubiese abonado; que con ocasión de la excepción que en ese juicio propuso Vicente Osorio demostró haber pagado la mayor parte de la acreencia, pues la sentencia de excepciones pronunciada por el Tribunal redujo el capital adeudado a $ 790.00 y los intereses a $ 204.06; que como Vicente sí había hecho otros abonos propuso demanda ordinaria contra los herederos de Angel para que se le reconociera o se le pagara la suma de $ 720.00 que no le había sido aceptada en el especial hipotecario; que de ese negocio en la segunda instancia desistieron las partes por pago; que si se toma en cuenta ese abono y los intereses que devengó, se ve que Osorio cuando lo demandó Angel había cumplido la obligación de cancelar el crédito hipotecario, hecho ese que pasó por alto el Tribunal, no obstante estar debidamente comprobado; que además, en el juicio especial tanto Vicente como Juan de J. Osorio propusieron la excepción de pago, lo que implica una confesión del último sobre que tenía conocimiento de que la obligación se había cumplido, que hace plena prueba en su contra y que el Tribunal tampoco tuvo en cuenta. De tales errores deduce el recurrente la violación de los textos legales que cita.

Se considera:

La sentencia de excepciones y de pregón y remate pronunciada en el juicio especial hipotecario declaró apenas probado un pago parcial de la obligación exigida y dedujo un saldo a cargo del demandado de $ 790.00 en concepto de capital y de $ 204.06, por intereses, y ordenó el remate del bien hipotecado para cubrir con su producido ese saldo. Esa sentencia es la prueba de que el demandado no cumplió la obligación que contrajo de cancelar el crédito hipotecario, y aun cuando ella no funda la excepción de cosa juzgada y puede revisarse por la vía ordinaria, como así lo consagra el artículo 1030 del Código Judicial, es

claro que mientras esa revisión no se pida en debida forma y se decrete en sentencia firme, en el presente negocio, que nó tiene esa finalidad, legalmente no se puede por una vía indirecta, como es la de allegar e invocar pruebas, como las que cita el recurrente, que tiendan a desvirtuarla, desconocer el mérito que tiene como sentencia contra todas las partes que actuaron en el respectivo negocio, pues para esto es indispensable —se repite— que se surta con todas las formalidades legales un juicio previo en que se demande la revisión, con intervención de todas las personas que fueron partes en el especial hipotecario, y que en ese proceso se decrete su revisión en sentencia definitiva. Sería tanto como pretermitir la integridad de las formalidades del procedimiento ordinario el aceptar las tesis del recurrente y eso es algo a todas luces inaceptable.

Carecen, por tanto, de incidencia en la solución que al pleito se dio los errores que el recurrente imputa al Tribunal al no tomar en cuenta las pruebas citadas. En consecuencia, el cargo resulta ineficaz y se rechaza.

Cargo tercero.—Dice el recurrente que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y quebrantó, por aplicación indebida al caso del pleito, los artículos 1610, 1613 y 1615 del C. C. y por falta de aplicación, los artículos 1546, 1608 y 1609 ibidem, "porque aceptó acción directa de perjuicios en lugar de acción resolutoria, que era la procedente".

Al fundamentar el cargo manifiesta en síntesis que el demandante no cumplió con la obligación que en su contra le resulta del contrato de permuta, como es la de entregar las mejoras permutadas, las que siempre poseyó, como así se demuestra con las declaraciones de testigos que cita; que el Tribunal no apreció esas pruebas, incurriendo en error de hecho; que en el peor de los casos si Vicente no cumplió con sus obligaciones, se trataría de dos contratantes que no se cumplieron el uno al otro; que este hecho es fundamental, porque el contrato contenido en la escritura número 1053 es bilateral, y la obligación de que trata la clánsula 5ª no es independiente del contrato, como que éste la ha determinado; que entonces lo que debía estudiarse es si ambos contratantes cumplieron o no sus obligaciones y no simplemente si Vicente cumplió la que le resulta de la referida cláusula 5ª como lo hizo el Tribunal, interpretando y aplicando equivocadamente los artículos 1546 y 1610 del C. C.

Concluye su acusación en los siguientes términos:

"Es imposible sostener jurídicamente que del cumplimiento o incumplimiento del contrato contenido en la escritura número 1053 de 1928 a que tánto se ha aludido, lo que podía surgir no era una acción resolutoria en favor de uno de los contratantes y contra el otro, pero nunca una acción directa de indemnización. Siendo esto así, el Tribunal, con aplicación del artículo 343 del C. J. debió aceptar la excepción perentoria de petición de modo indebido porque se ejercitó por el actor la acción que no le concede la ley, obró indebida, erradamente. Si esa excepción se hubiera declarado como era de rigor, no se había llegado a darles aplicación que resultaría indebida, a los artículos 1510, 1613, 1614 y 1615 del C. C. y mi poderdante habría sido absuelto.

"Y si el actor hubiera instaurado la acción sustantiva — no de procedimiento — que la ley le daba, entonces habría aprovechado a mi poderdante el hecho de que Juan de J. Osorio no cumplió con su obligación de entregar la mitad de las mejoras de su finca para que el otro las aprovechara y se habría mi poderdante amparado al artículo 1609 del C. C. porque demostró la mora de su contraparte, en el 1609 porque en el peor de los casos, los dos estarían en mora y tampoco se habría dictado el fallo condenatorio.

"Infringió, pues, el Tribunal el artículo 343 del C. J. que es disposición sustantiva, por no haberle dado la debida aplicación y al través de esa infracción, violó, por indebida aplicación, los artículos 1610, 1613, 1614 y 1615 del C. C. que no podían aplicarse, dentro de una acción que no es la reconocida para ninguna de las partes en ese contrato bilateral.

"Pido, a consecuencia de lo dicho, que se infirme el fallo recurrido y en su lugar se declare que hay lugar a dar por existente en este juicio, la excepción perentoria de PETICION DE MODO INDEBIDO y que por tanto, se absuelve de los cargos al demandado".

CARGO CUARTO.—Se propone como subsidiario de los anteriores y en él se afirma, en síntesis, que la sentencia viola por falta de aplicación, el artículo 343 del C. J., lo cual llevó al Tribunal a darle aplicación a los artículos 1610, 1613, 1614, y 1615 del C. C., y a dejar de aplicar los artículos 1893, 1894, 1895, 1904 y 1908 ibídem, puesto que habiendo sido evicto el demandante por sentencia

judicial de la cosa que recibió en permuta, la acción que correspondía intentar era la de saneamiento por evicción y no la que propuso, que es improcedente, por lo cual el fallador debió declarar probada la excepción de petición de modo indebido y absolver al demandado de los cargos que se le formularon.

Tanto este cargo como el anterior procede la Sala a estudiarlos en conjunto, con cuyo fin adelanta las siguientes consideraciones:

En el caso de autos el demandante podía en principio ejercitar, a su elección tres acciones que aunque distintas por su índole se identifican en cuanto a la última finalidad que persiguen, cual es la de que al cocontratante lesionado por el incumplimiento de su contratante se le repare la integridad del daño que ha sufrido. Esas acciones son la resolutoria, la de saneamiento por evicción y la directa de indemnización de perjuicios.

En efecto:

La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro y en el cual el justo precio de la cosa a la fecha del contrato que da cada permutante, se mira como el precio que paga por la que recibe en cambio. Es, por consiguiente, un contrato bilateral, oneroso y conmutativo que, como tal, está sujeto a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, sobre condición resolutoria tácita, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

La obligación esencial que nace de una convención de esa índole es la de dar la cosa permutada, y ella, en el caso de autos, fué cumplida por los dos contratantes, según éstos expresamente lo confesaron en el instrumento que recoge el contrato.

La obligación contraída por Vicente Osorio en la cláusula 5ª de la Escritura Nº 1053, sobre cancelación del gravamen hipotecario que pesaba sobre el inmueble que dió en cambio del que recibió, es fundamental en el contrato, puesto que, interpretando rectamente la voluntad e intención de las partes, ella tenía por objeto asegurar la equivalencia de las prestaciones mutuas.

Entonces, si quien la contrajo la incumplió, como resulta evidenciado en el proceso, y si la obligación de dar que le imponía el pacto fué cumplida a su debido tiempo por el otro contratante, es claro que a éste le asistía la acción resolutoria que consagra el artículo 1546 del C. C., encaminada a desatar el vínculo contractual; a restablecer a las partes al estado en que se hallaban antes de contratar y lograr la consiguiente indemnización de los perjuicios causados con motivo del incumplimiento.

De otro lado, como las disposiciones relativas a la compraventa se aplican a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato (Art. 1958 del C. C.); como el vendedor es obligado al saneamiento de la cosa vendida (Art. 1880 ibídem) y como hay evicción cuando el comprador es privado del todo o parte de aquélla por sentencia judicial, hay necesidad de concluir que habiéndose decretado la venta en pública subasta, rematado y aprobado el remate del inmueble que Vicente dió a Juan de J. Osorio, a éste también le asistía el ejercicio de la acción de saneamiento por evicción de la cosa que recibió en permuta.

Además, cuando el deudor se constituye en mora de ejecutar una obligación de hacer, el acreedor tiene derecho a ejercitar la acción directa de indemnización de perjuicios que le resulten de la infracción del contrato, tal como lo consagra y permite el numeral 3º del artículo 1610 del Código Civil.

Ahora, la prestación estipulada por medio de la cláusula 5ª de la Escritura Nº 1053, es una obligación de hacer, y como el demandado se constituyó en mora, desde luego que no la cumplió dentro del término acordado en la escritura de hipoteca ni la ejecutó antes de que se subastara el inmueble gravado (Art. 1608, ordinales 1º y 2º del C. C.), al demandante le asistía la facultad de ejercitar la acción a que acaba de aludirse.

Así lo ha entendido la Corte en dos sentencias anteriores, en que dijo:

"Si no se obliga al cumplimiento del contrato al que no lo haya cumplido, o si no se decreta contra él la resolución, no hay causa efectiva de la cual se deriven los perjuicios. Salvo que en casos especiales la ley establezca la acción para éstos, sin subordinarla a la de efectividad o extinción del contrato, como parece que lo hace el artículo 1610 del Código Civil, para cuando no se cumpla la obligación de hacer". (Casación 30 de abril de 1920 y 17 de marzo de 1931, Tomos XXXIII y XXXVIII, págs. 325 y 564, respectivamente).

En resumen, en el caso de autos el demandante podía ejercitar, a su elección una cualquiera de las tres acciones a que se ha hecho referencia, y al decidirse por la de indemnización de perjuicios que consagra el artículo 1610 del C. C. como

la que mejor consultaba sus intereses, no pidió, como es lógico, de modo indebido.

Por tanto, el sentenciador al no declarar probada la excepción de que habla el recurrente no quebrantó el artículo 343 del Código Judicial ni las demás disposiciones del Civil que se citan como violadas.

No prosperan los cargos

QUINTO CARGO.—Dice el recurrente que en subsidio de los cargos anteriores acusa el fallo recurrido "como violatorio de la ley sustantiva por infracción de la misma, al no tenerse en cuenta los artículos 1666, 1667, 1668, ordinal 2º, y 1670 del C. C., con base en los cuales se ve la procedencia de la acción de subrogación y no de indemnización, para dar aplicación al artículo 343 del C. J., prescindir de aplicar los artículos que el Tribunal tuvo en cuenta sin ser aplicables".

Se considera:

Aun en el evento de que al demandante le asistiese la acción a que se refiere el recurrente, cuestión esa que la Corte no se detiene a dilucidar por innecesario, como ya está visto que aquél sí podía ejercitar la que propuso, al decidirse por ésta y no por aquélla no pidió de modo indebido. **Se rechaza el cargo.**

SEXTO CARGO.—Dice el recurrente que en el fallo de primera instancia se condenó al demandado a pagar por concepto de lucro cesante los frutos naturales que hubiera podido percibir el actor de la finca rematada, a contar de "la fecha en que hizo entrega del inmueble al rematador Eleázar Angel, hasta el día en que se efectúe el pago"; que ese fallo en tal punto fué confirmado por el del Tribunal; que éste incurrió en error de hecho y de derecho al hacer esa condena, puesto que en el expediente no hay constancia de esa entrega ni desde qué día se hizo.

Agrega, de otro lado, que lo que el demandado debe pagar son los intereses legales de la suma a cuyo pago se le condenó; que las prestaciones mutuas en que se pagan frutos sólo proceden en el caso de la reivindicación, y que "por un error de interpretación el Tribunal al condenar en lucro cesante, dió aplicación indebida a los artículos 716 y 964 del C. C. en relación con el artículo 1614 y dejó de darle debida aplicación al artículo 1617 en relación con el 1614".

Se considera:

En este pleito, con fundamento en el incumplimiento de una obligación de hacer, se ha pedido una indemnización de perjuicios. Esta comprende —según regla general de que no está exceptuado el caso de autos tanto el daño emergente como el lucro cesante. Por aquél se entiende el perjuicio o la pérdida que provienen de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de esas mismas tres circunstancias (Arts. 1613 y 1614 del C. C.).— ¿Qué perjuicio o pérdida le causó al actor el incumplimiento del demandado al no cancelar el gravamen hipotecario tantas veces mencionado?

Evidentemente, el de haber sido privado del dominio y posesión de la cosa que recibió en permuta, con ocasión del remate de la misma.

A este fin no importa que al proceso no se haya traído la prueba de que se verificó la inscripción tanto del remate como del proveído que lo aprobó. Pues todo indica que, si ese hecho no ha ocurrido, es lógico presumir que habrá de realizarse con toda certidumbre. Del acreedor que propuso y adelantó el juicio especial hipotecario; que hizo sacar a subasta el inmueble; que lo remató por cuenta de su crédito, y que pagó en dinero efectivo la diferencia entre éste y la del precio porque fue rematado, no es posible pensar que carezca del propósito de perfeccionar su título, realizando la correspondiente inscripción. Ante la falta de aquella prueba, se estaría, por lo dicho, en presencia de un perjuicio futuro y cierto, que también es indemnizable. Qué ganancia dejó o ha dejado de reportar el actor en razón de esa pérdida? Es claro que ante todo los frutos naturales que de la misma habría percibido teniéndola en su poder.

La regla del artículo 1617 del C. C. es de excepción en materia de indemnización de perjuicios y sólo se aplica a las obligaciones de pagar una cantidad de dinero, cuando el deudor se ha constituído en mora. Los intereses legales se deben sin tener en cuenta el daño emergente ni el lucro cesante. Basta el hecho de la mora.

Aquí, como está dicho, la obligación que el demandado le incumplió al actor es una obligación de hacer y no de pagarle una suma de dinero: luego el caso no está gobernado por la norma de

excepción acabada de citar sino por las generales de los artículos 1613 y 1614 ibídem.

Finalmente, el error de hecho que en el cargo se imputa al sentenciador, es notoriamente infundado, pues éste en la parte motiva del fallo advierte expresamente "que la fecha de la entrega del inmueble al rematador"..."no se determinó en el juicio" y que ella "se establecerá en el incidente respectivo", por lo cual hay que entender que la confirmación que hizo del numeral 3º del fallo de primera instancia no se refiere a fecha alguna establecida en el proceso sino a la que se establezca en el incidente que se surta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 553 del C. J., para el avalúo de los frutos en que consiste el lucro cesante.

Es infundado el cargo

En mérito de las precedentes 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 de primero (1º) de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente a la oficina de su procedencia.

Arturo Silva Rebolledo—Miguel Arteaga H.—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

LA ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA DE CUALQUIERA DE LAS PARTES NO PRODUCE LA NULIDAD DE LA ACTUACION Y NO PUEDE SER ALEGADA POR LA CAUSAL SEXTA DE CASACION — EN EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA QUE DECLARO INFUNDADAS LAS OBJECIONES A UNA PARTICION NO PUEDE PROPONERSE COMO CARGO LO QUE NO FUE MATERIA DE ESAS OBJECIONES — DICHO CARGO DEBE CORRESPONDER AL RECLAMO CONCRETO QUE SE FORMULO EN EL MEMORIAL DE OBJECIONES — DE CONFORMIDAD CON PRECEPTOS DEL CODIGO CIVIL Y DEL CODIGO JUDICIAL, ES LEGAL LA DISTRIBUCION ENTRE LOS INTERESADOS, DE LOS GASTOS CAUSADOS POR LAS PARTICIONES DE BIENES COMUNES

1—El que la parte demandante carezca del derecho que invoca, o no lo haya demostrado debidamente, al igual que el hecho de que la parte demandada, o alguno o algunos de sus miembros, carezcan de la situación jurídica que se le atribuye en la demanda, son cuestiones sustantivas cuya decisión presupone estudio de fondo; y no cuestiones simplemente adjetivas, como las contempladas en el art. 448, regla 2ª del C. Judicial que considera "la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o quien figure como su apoderado o representante", en el sentido de "presupuesto procesal de la capacidad para comparecer en juicio" como causal de nulidad del juicio, o, lo que es lo mismo, de invalidez del procedimiento.

La ilegitimidad de personería de que trata la regla 2ª del artículo 448 del C. Judicial equivale a la incapacidad para comparecer en juicio, y difiere fundamentalmente de la llamada ilegitimidad de personería sustantiva, personería ésta que se confunde entre nosotros con la legitimación para obrar. De allí que la Sala haya dicho: "El defecto de personería adjetiva, que también es susceptible de alegarse como excepción dilatoria, según el art. 330 del C. J., por su misma naturaleza de vicio procedimental no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado por alguna defficiencia o informalidad del poder, o en que el demandante o el demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en juicio por ser incapaces o personas jurídicas" (G. J., Tomo XLVII, página 119).

De consiguiente, la falta alegada de derecho en la parte demandante y en algunos miembros de la parte demandada, o la ausencia de demostración de la legitimación para obrar, de uno y otro lado, no se halla considerada como causal de nulidad en el art. 448 del C. J.; y no está por tanto contemplada en el motivo VI de casación del art. 520 del mismo Código. La ilegitimidad de personería sustantiva o carencia de legitimación para obrar no es materia de previo y especial pronunciamiento, sino, como antes se dijo, cuestión de fondo que sólo puede resolverse en la sentencia. Cuando una u otra parte carece de la capacidad sustantiva indispensable, según la acción de que se trate, para demandar o ser demandada, así lo debe declarar el Juez o Tribunal en la sentencia, y si no lo hace viola la ley sustantiva que consagra el respectivo derecho o define la situación jurídica de que se trata. Y entonces, si la resolución judicial está sometida al recurso de casación, debe el interesado atacarla debidamente ante el Tribunal de Casación como violatoria de la ley sustantiva, alegando el motivo primero del art. 520 del C. Judicial, ya citado.

2—Cuando se interpone el recurso de casación contra una sentencia en que el Tribunal en segundo grado declara infundadas las objeciones propuestas contra la partición, la misión de la Corte es la de estudiar y decidir todo lo que fue materia de las objeciones. "En la casación de un juicio de sucesión, ha dicho la Sala, no puede alegar-

se ejecutoria de las decisiones del Tribunal que resuelven las objeciones de la partición. De otra suerte, el recurso de casación carecería de objeto en la mayor parte de los casos" (Sentencias de 10 de diciembre de 1915; de 8 de abril de 1938 y de 28 de abril de 1938. Véase G. J., n. 1934, pág. 321).

Mas, por el contrario, "aquello que no fue materia de las objeciones a la partición, no puede ser válidamente alegado en casación". "En casación, ha dicho la Corte, no pueden oírse ni menos prosperar objeciones que no fueron propuestas en el respectivo Juzgado" (fallo de 28 de abril de 1938, Gaceta citada). Y ha agregado: "Bien es sabido que la decisión de un recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición herencial está jurisdiccionalmente circunscrita a las cuestiones propuestas como objeción a la cuenta de partición y que ante la Corte no es posible presentar nuevos reparos o aspectos no considerados ni propuestos en la articulación correspondiente" (Sentencia de 3 de octubre de 1942, Tomo LIV Bis, pág. 146).

Aplicación de la jurisprudencia anterior, es la doctrina según la cual el cargo en casación debe corresponder al reclamo concreto que se formuló en el memorial de objeciones, y no simples motivos que no constituyeron objeción, aunque se hubiesen expuesto en el mismo memorial para respaldar o vigorizar alguna objeción o con una finalidad diferente.

3—De acuerdo con el artículo 1142 del Código Judicial, si no hay especial convenio entre las partes, los gastos comunes de la división se distribuyen entre los dueños a prorrata de sus derechos; o se representan en un lote especial; o se sacan de la parte de bienes que se remate. Si uno o varios comuneros hacen los gastos que a todos corresponden, se les reembolsan con parte de los bienes comunes o con el producto de la venta parcial del bien común.

El mencionado artículo 1142 del C. Judicial reglamentó, pues, claramente todo lo tocante a la distribución de los gastos comunes de las particiones, en forma de evitar que éstas no se lleven a cumplido término por falta de fondos, indicando medios varios, igualmente adecuados para su obtención previa o ulterior y su equitativo reparto, directo o indirecto entre los interesados todos.

En síntesis, de acuerdo con los preceptos contenidos en el C. Civil sobre gastos causados por las particiones de bienes comunes (C. C., 1390; 2338, regla 4ª), entendidos como los entiende el Código Judicial al reglamentarlos en su artículo 1142, es legal su distribución entre los interesados ya sea que se sufraguen proporcionalmente por los mismos o que se representen en uno o más lotes de terreno que cubran su valor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo)

RITA T. DE SANTACRUZ demandó la división material del fundo conocido con el nombre de "La Isla de la Margarita" el 23 de septiembre de 1884, señalando en el libelo como a comuneros demandados a Pedro y Cayo Cárdoso, Juan Rojas M., Narciso Borrero, Gabriel Vega, Miguel Rojas M., Nicolás y Silverio Sabogal, Malaquías Saavedra, Segundo Galeano y Domingo Borrero. El juicio fue adelantado por el Juez del Circuito del Guamo, por el Juez del Circuito del Espinal, por el de Tierras de Ibagué y nuevamente por el ya citado del Espinal, a cuya jurisdicción corresponde el Municipio de Suárez del Departamento del Tolima, en donde se halla situado el inmueble.

Efectuadas varias particiones que no fueron aprobadas y designado el Doctor Mario Galindo como partidor, presentó su trabajo que hubo de rehacer parcialmente para efectuar reformas que el Juez le ordenara al acoger parcialmente las objeciones que formularon Roberto Sabogal y Heliodoro Sánchez G., de un lado, y Eufrasio Cardoso, Agustín Sánchez y Sotero Prada, del otro. Reformada la partición, fue aprobada en primera instancia en sentencia de 11 de diciembre de 1944, pronunciada por el Juez del Circuito del Espinal y confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué en resolución de 20 de abril de 1945.

El fallo de primer grado

La sentencia aprobatoria de la partición dic-

tada en primer grado, se funda en que habiendo sido debidamente reformada la cuenta por el partidor, en un todo de acuerdo con las órdenes del Juzgado, debe ser judicialmente aceptada.

La sentencia de segunda instancia:

Igualmente, la resolución de segunda instancia proferida por el Tribunal, por virtud de apelación interpuesta por los nombrados objetantes, se basa en igual consideración. "Para el Tribunal, como para el señor Juez a quo, el señor partidor material, con los informes que ha presentado en memoriales fechados el 20 de enero de 1942 y el 23 de marzo de 1944, ha cumplido con el deber que se le impuso de reformar o modificar su primitivo trabajo de partición de acuerdo con las providencias del señor Juez de Tierras de Ibagué, fechadas el 24 y 26 de junio del año de 1942, debidamente ejecutoriadas y ya citadas en el cuerpo de esta sentencia. En tal virtud, lo procedente era entonces dictar sentencia aprobatoria de la partición, al tenor de los artículos 965 y 967 del C. Judicial, como así lo hizo el señor Juez a quo por la providencia materia de alzada".

"Es verdad —agrega el Superior— que el señor apoderado de los recurrentes, en extenso memorial— alegato impugnatorio de la sentencia insiste en volver a plantearle al Tribunal varios puntos relacionados ya con el desconocimiento de derechos, ya con el reconocimiento y formación del lote de gastos, ya con pretendidas nulidades procesales del juicio. No obstante, el Tribunal también insiste en que tales puntos o materias ya fueron resueltos en providencias que recibieron el sello de la ejecutoria y que, hoy por hoy, el estudio se concreta a saber si el señor partidor reformó o no su trabajo de partición, de acuerdo con las objeciones que fueron reconocidas por el señor Juez de Tierras de Ibagué en providencias ejecutoriadas. Y como esto es lo que el Juez a quo ha verificado por la sentencia apelada, el Tribunal deberá confirmar esta sentencia en todas sus partes".

El recurso ante la Corte:

Los objetantes Eufrasio Cardoso, Agustín Sánchez Barrios, Sotero Prada y Roberto Sabogal, interpusieron por mediación de su apoderado el recurso extraordinario de casación, contra la sentencia del Tribunal, que al término de su tramitación, se decide en esta sentencia.

Los recurrentes formulan cuatro cargos contra la sentencia del Superior, que en seguida se sintetizan, estudian y deciden.

Primer cargo:

Invocando el motivo VIº que consagra el art. 520 del C. Judicial, los recurrentes alegan ser nulo el juicio por haberse propuesto la demanda por quien no era ni es comunero, y por haberse dirigido contra personas que no representan la totalidad de los comuneros, lo que, en su concepto "constituye ilegitimidad de la personería señalada como segunda causal de nulidad en el art. 448 del C. Judicial"; y también por no haber precedido a la partición el decreto judicial correspondiente. Agregan, además, que la demanda no se notificó en forma legal a las personas que han debido ser llamadas a juicio y que la partición se verificó "haciendo propietarios en buena parte a los que no demostraron derechos en la cosa partible".

Los recurrentes sintetizan así el reparo: "...la partición se demandó por persona distinta a la que se dijo comunera, la demanda no se notificó en forma legal a las personas que han debido ser llamadas al juicio, no se decretó, y se verificó haciendo propietarios en buena parte a los que no demostraron derechos en la cosa partible".

Examen del cargo:

La Sala contesta el cargo así:

El que la parte demandante carezca del derecho que invoca, o no lo haya demostrado debidamente, al igual que el hecho de que la parte demandada, o alguno o algunos de sus miembros, carezcan de la situación jurídica que se le atribuye en la demanda, son cuestiones sustantivas cuya decisión presupone estudio de fondo; y no cuestiones simplemente adjetivas, como las contempladas en el art. 448, Regla 2ª del C. Judicial que considera "la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o quien figure como su apoderado o representante", en el sentido de "presupuesto procesal de la capacidad para comparecer en juicio", como causal de nulidad del juicio, lo que es lo mismo, de invalidez del procedimiento.

La ilegitimidad de personería de que trata la Regla 2ª del artículo 448 del C. J., equivale a la

incapacidad para comparecer en juicio, y difiere fundamentalmente de la llamada ilegitimidad de personería sustantiva, personería ésta que se confunde entre nosotros con la legitimación para obrar. De allí que la Sala haya dicho: "El defecto de personería adjetiva, que también es susceptible de alegarse como excepción dilatoria, según el art. 330 del C. J., por su misma naturaleza de vicio procedimental no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado por alguna deficiencia o informalidad del poder, o en que el demandante o el demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en juicio por ser incapaces o personas jurídicas", (G. J., Tomo XLVII, página 119).

De consiguiente, la falta alegada de derecho en la parte demandante y en algunos miembros de la parte demandada, o la ausencia de demostración de la legitimación para obrar, de uno y otro lado, no se halla considerada como causal de nulidad en el art. 448 del C. J.; y no está por tanto contemplada en el motivo VIº de casación del art. 520 del mismo Código. La ilegitimidad de personería sustantiva o carencia de legitimación para obrar no es materia de previo y especial pronunciamiento, sino, como antes se dijo, cuestión de fondo que sólo puede resolverse en la sentencia. Cuando una u otra parte carece de la capacidad sustantiva indispensable, según la acción de que se trate, para demandar o ser demandada, así lo debe reconocer o declarar el Juez o Tribunal en la sentencia, y si no lo hace viola la ley sustantiva que consagra el respectivo derecho o define la situación jurídica de que se trata. Y entonces, si la resolución judicial está sometida al recurso de casación, debe el interesado atacarla debidamente ante el Tribunal de casación como violatoria de la ley sustantiva, alegando el motivo primero del artículo 520 del C. Judicial, ya citado.

Efectivamente, no existe constancia en los autos de que la notificación de la demanda se hubiera efectuado legalmente a todos los demandados, con la plenitud de las ritualidades exigidas por el C. Judicial del Estado Soberano del Tolima (Ley 23 de 22 de marzo de 1877), tal como fue ordenado en la providencia respectiva; pero los recurrentes mal pueden invocar las deficiencias en su citación o emplazamiento cuando ellos, sus representados y representantes, han venido interviniendo a través del juicio sin reclamar en tiempo legalmente oportuno la declaración de nulidad. (C. J., 450, inciso final).

Por último, el no haberse dictado formalmente un decreto judicial de partición, no es causal de nulidad por no estar expresamente contemplada en la ley que taxativamente, según la doctrina y la jurisprudencia, enumera los vicios que la engendran.

Por tanto, se rechazan los reparos sobre nulidad.

Segundo cargo

Los recurrentes acusan también la sentencia "por el primero de los motivos que señala el artículo 520 del C. J., o sea, por ser violatorio, por violación indirecta, por falta de debida aplicación, de las siguientes disposiciones legales: artículos 2335, 2338, en su primer inciso, especialmente, 1374, 1377, 1319, 1394, especialmente en su primer inciso, 1399, 765, y concordantes del Código Civil; artículos 1171 y 1172 de la ley 105 de 1931, artículo 26 de la ley 200 de 1936 y disposiciones concordantes".

Alegan que la partición de un bien común debe hacerse sólo entre los comuneros, y que el partidor "hizo adjudicaciones" a ocupantes "sin títulos o derechos demostrados", por una parte, y por otra, "a algunos de los que sí los demostraron, los excluyó de adjudicarles porción alguna".

Y agrega: "Violó así el partidor todas y cada una de las disposiciones citadas... de manera directa por no aplicarlas; disposiciones que aparecen violadas también en la sentencia aprobatoria de la partición, de manera indirecta, por cuanto sancionan y dan vida legal al acto de partición violatoria de ellas".

Examen del cargo

La Corte considera:

En tratándose del recurso de casación contra las sentencias que aprueban particiones de bienes comunes, la Corte ha sentado, entre otros, estos principios:

1º Cuando se interpone el recurso de casación contra una sentencia en que el Tribunal en segundo grado declara infundadas las objeciones propuestas contra la partición, la misión de la Corte es la de estudiar y decidir todo lo que fue materia de las objeciones. "En la casación de un juicio de sucesión, ha dicho la Sala, no puede alegarse ejecutoria de las decisiones del Tribunal que resuelven las objeciones de la partición. De

otra suerte, el recurso de casación carecería de objeto en la mayor parte de los casos". (Sentencias de 10 de diciembre de 1915, de 8 de abril de 1938, y de 28 de abril de 1938. V. GACETA JUCIAL número 1934, pág. 321).

2º Mas, por el contrario, "aquello que no fue materia de las objeciones a la partición, no puede ser válidamente alegado en casación". "En casación, ha dicho la Corte, no puede oírse ni menos prosperar objeciones que no fueron propuestas en el respectivo Juzgado". (Fallo de 28 de abril de 1938, GACETA citada). Y ha agregado: "Bien es sabido que la decisión de un recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición herencial está jurisdiccionalmente circunscrita a las cuestiones propuestas como objeción a la cuenta de partición y que ante la Corte no es posible presentar nuevos reparos o aspectos no considerados ni propuestos en la articulación correspondiente". (Sentencia de 3 de octubre de 1942, Tomo LIV-bis, pág. 146).

III. Aplicación de la jurisdiprudencia anterior, es la doctrina según la cual el cargo en casación debe corresponder al reclamo concreto que se formuló en el memorial de objeciones, y no a simples motivos que no constituyeron objeción, aunque se hubiesen expuesto en el mismo memorial para respaldar o vigorizar alguna objeción o con una finalidad diferente.

Dos memoriales de objeciones se presentaron contra la partición de que se trata: uno suscrito por el apoderado de Roberto Sabogal y Heliodoro Sánchez Gamboa (cuaderno 37, folios 2 y 3), en el que no se formula reclamo que tenga conexión alguna con el cargo que se estudia; y otro firmado por el mandatario de Eufrasio Cardoso, Agustín Sánchez y Sotero Prada (cuaderno 38, folios 2, 3 y 4), en el que tampoco se hace a la cuenta ningún reparo que coincida con el cargo en estudio. La 8ª objeción la hizo consistir en que: "No hay equidad ni proporción en hacer pesar sobre dos la carga de los gastos (mis mandantes) siendo alrededor de trescientos los accionados, unos con títulos y sin posesión, otros con posesión y sin título y otros que no los han presentado...". Como claramente se advierte, la objeción se refiere exclusivamente a los gastos que los objetantes consideran repartidos de modo injusto e ilegal, y no a las adjudicaciones que hubieren dejado de hacerse a condueños o a las que hubieren beneficiado a simples poseedores sin título. Las frases: "unos con títulos y sin posesión, otros con posesión y sin título y otros que no los han presentado" son solamente explicativas, simplemente complementarias o accidentales y no contienen en sí mismas objeción que guarde relación con el cargo que se estudia.

Por lo anterior y de acuerdo con la doctrina ya expuesta, se rechaza el cargo.

Tercer cargo

Subsidiariamente se acusa la sentencia aprobatoria de la partición, dictada por el Tribunal, "por violación indirecta, por no aplicar las disposiciones siguientes que encajan en el motivo primero del artículo 520 del Código Judicial: artículos 2335, 2338 en su regla 4ª y 1390 del C. Civil y 1142 y 1170 de la ley 105 de 1931.

Sostiene el apoderado de los recurrentes que "en este juicio el partidor pidió le fueran fijados sus honorarios, lo que hizo el Juez de Tierras de Ibagué en auto de 23 de septiembre de 1940, honorarios que le fueron fijados en la cantidad de $ 700.00 que los accionados pagan en proporción al número de hectáreas o fracción de éstas que cada uno tenga en la comunidad (cuaderno número 29, fol. 1). Y agregó el auto: "Al comunero o comuneros que no contribuyan a los gastos se les cercena de lo que les corresponda una parte proporcional...".

Agrega que "de acuerdo con la regla 4ª del artículo 2338 del C. C., el partidor, fijados sus honorarios, tenía obligación de presupuestar los gastos, los cuales quedaron reducidos a ese honorario..., es decir, tenía obligación de señalar a cada comunero qué cuota le correspondía..., y no lo hizo así". Y alegan su imposibilidad de consignar las correspondientes cuotas por no haber sido previamente señaladas.

Se quejan de que a consecuencia de dicha omisión cercenó el partidor la hijuela de los recurrentes y de que "entre los contribuyentes no figuran los que sin título alguno resultaron como adjudicatarios", a quienes "no se les cercena parte de sus lotes".

Más adelante agrega: "pero hay otro aspecto todavía más aberrante que viola en forma manifiesta la proporcionalidad de los gastos de partición: a mis mandantes les quitó de sus lotes no sólo poseídos desde más de cincuenta años, sino amparados por escrituras públicas... las siguientes porciones: del lote número 1, de Agustín Sánchez Barrios, el lote número 2 de gastos, que mide

cinco hectáreas; del lote número 6, de Eufrasio Cardoso, el lote número 7 de gastos que mide 7923 metros cuadrados; del lote número 18, de Sotero Prada, le quita el número 3-bis que mide 600 metros cuadrados y del lote número 188, de Roberto Sabogal, el lote número 4-bis que mide una hectárea 1.500 metros cuadrados, o sea, que a mis cuatro poderdantes les quita... 7 hectáreas que al precio de $ 200... daría $ 1.400, o sea el doble del honorario del señor partidor por la totalidad de su trabajo...".

Manifiesta por fin que los recurrentes han sido tratados injustamente "ya que, en las cuentas del administrador se observa que otros adjudicatarios que, también como mis mandantes respaldaron sus derechos con títulos inscritos, no contribuyeron y no se les formó lote de gastos".

Examen del cargo

Para resolver este cargo, se considera:

De conformidad con el artículo 1390 del C. Civil, "las costas comunes de la partición serán de cuenta de los interesados en ella, a prorrata", y de conformidad con el artículo 2338 del precitado Código, regla 4ª, que es aplicable a la división de las cosas comunes por mandato del artículo 2335 del mismo Código, "si los interesados no han consignado antes de empezarse el repartimiento la cuota que les corresponda para cubrir los gastos presupuestos para la operación, se deducirá dicha cuota de las suertes respectivas y se separará una porción de terreno equivalente para el expresado gasto".

El artículo 1142 del C. Judicial, al reglamentar los citados preceptos del C. Civil, expresa que "salvo convenio entre las partes, los gastos comunes de la división se distribuyen entre los dueños, a prorrata de sus derechos, y si éstos no los sufragan, debe hacerse un lote en especie o en dinero, según el caso, para que se cubra, o sacarse a remate la parte de bienes necesaria. El comunero que haga los gastos que corresponden a todos, tiene derecho a que se le reembolse con parte de los bienes comunes, o del producto de la venta". La comisión redactora de este Código de Procedimiento explicó así el sentido y la finalidad del precepto transcrito: "A menudo se entorpecen las particiones porque los interesados no hacen los gastos comunes que les corresponden. A corregir ese mal se dirige el artículo 1142, conforme al cual se indican tres medios eficaces que pongan coto a la renuencia de los comuneros para contribuir al acto de poner término a la indivisión". De acuerdo con la norma explicada, si no hay especial convenio entre las partes, los gastos comunes de la división se distribuyen entre los dueños a prorrata de sus derechos; o se representan en un lote especial; o se sacan de la parte de bienes que se remate. Si uno o varios comuneros hacen los gastos que a todos corresponden, se le reembolsa con parte de los bienes comunes o con el producto de la venta parcial del bien común.

El transcrito artículo 1142 del C. Judicial reglamentó, pues, claramente, todo lo tocante a la distribución de los gastos comunes de las particiones, en forma de evitar que éstas no se lleven a cumplido término por falta de fondos, indicando medios varios, igualmente adecuados para su obtención previa o ulterior y su equitativo reparto, directo o indirecto, entre los interesados todos.

En síntesis, de acuerdo con los preceptos contenidos en el C. Civil sobre gastos causados por las particiones de bienes comunes (C. C., 1390, 2338, regla 4ª), entendidos como los entiende el Código Judicial al reglamentarlos en su artículo 1142, es legal su distribución entre los interesados ya sea que se haga por convenio de ellos, ya sea que se sufraguen proporcionalmente por los mismos o que se representen en uno o más lotes de terreno que cubran su valor.

El artículo 1170 del C. de Procedimiento, contenido en el capítulo especial sobre división de grandes comunidades, que el recurrente considera quebrantado, impone al administrador de éstas, cuando lo hay, se entiende, la obligación de recaudar "las cuotas con que los interesados deben contribuir para los gastos de división". Es obvio que esta disposición no pudo ser quebrantada por el sentenciador, que es lo que interesa en casación, sino incumplida por el administrador de la gran comunidad, si alguna vez lo hubo, y que la inobservancia de éste a ese respecto no puede afectar la partición efectuada cuyos gastos debieron ser sufragados en una de las varias formas comunes previstas en el artículo 1142 del C. Judicial para las particiones de bienes comunes.

Por último observa la Corte que no se halla demostrado el exceso de valor de los lotes reservados para gastos sobre el valor real de éstos, de que se quejan los recurrentes, ni tampoco su larga posesión que alegan sobre los lotes cercenados, posesión ésta que por otro aspecto no interesa.

Por todo lo que se deja expuesto, se rechaza también el tercer cargo.

Cuarto cargo

El apoderado de los recurrentes acusa también la sentencia que en segundo grado aprobó la partición "por el motivo 1º del artículo 520 del C. Judicial", quejándose de "violación indirecta por falta de la debida aplicación... de las siguientes disposiciones legales: artículo 2335 en relación con la regla 7ª del artículo 1394 del C. Civil y artículo 1174 del C. Judicial.

"...el partidor al formar las hijuelas —dice— debe hacerlo en forma que los interesados se hallen en cualquier momento en capacidad de conocer su respectiva porción.... y en el caso de este negocio la reformó de tal manera que ni el Notario que debe expedir copias de las hijuelas sabrá qué le corresponde a cada adjudicatario, ni en qué consistieron las reformas.....".

Examen del último cargo

Este reparo, que nada tiene que ver con las disposiciones que citan los recurrentes al comienzo, constituye nueva objeción no atendible en casación, como que anteriormente, en ninguna oportunidad fue formulado por ellos.

Se rechaza por tanto este último cargo.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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.

Condénase en costas a los recurrentes.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo — **Miguel Arteaga H.**— **Pedro Castillo Pineda**—**Alberto Holguín Lloreda. Pablo Emilio Manotas** — **Manuel José Vargas.**— **Hernando Lizarralde,** Secretario.

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO—DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO INEXISTENTE Y CONTRATO NULO.- LA INEXISTENCIA DE UN CONTRATO NO HACE QUE POR ESE SOLO HECHO SEA NULO EL INSTRUMENTO QUE LO CONTIENE

1.—Una de las diferencias sustanciales entre el contrato nulo y el ficticio es la de que en éste la voluntad de las partes persigue un fin distinto del contrato mismo, el cual surge como una simple cortina de humo, para ocultar el verdadero objetivo. En aquél, en cambio, el acuerdo de voluntades —que puede ser legalmente imposible por incapacidad absoluta de las partes o de alguna de ellas—, persigue en tódo caso la efectividad del acto, pero éste surge viciado radicalmente en su causa o en su objeto, o sin la solemnidad exigida por la ley para que nazca a la vida del derecho. Lleva en sí el vicio que lo destruye.

2.—Se pide en la demanda que, como consecuencia de la simulación, se declare nula la escritura que contiene el contrato ficticio, pero esta súplica es improcedente, pues la nulidad o inexistencia del acto o contrato nada tiene que ver con la del instrumento en que se hace constar, el cual será válido si reúne los requisitos que la ley determina (artículos 2595 del C. C. y 333 de la Ley 57 de 1887), por más viciado que aquél aparezca. Pero sí habrá de decretarse, como está pedido, la cancelación parcial del registro de tal escritura.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Son antecedentes de este pleito, resumiendo los hechos en que se apoya la demanda, los siguientes:

José del Carmen Bernal contrajo matrimonio con Paulina Cortés en junio de 1891, surgiendo por tanto sociedad conyugal entre ellos, para la cual adquirió el marido, por la compraventa que consta en la escritura 685 de 31 de diciembre de 1922, de la notaría de Pacho, el terreno denominado El Llano, situado en jurisdicción de ese municipio. Dicho terreno fue mejorado, a expensas de la sociedad, con edificios, trapiche, cultivos y otras anexidades.

En 1937, por la escritura 786 de 11 de diciembre, de la misma notaría, Bernal vendió a Eduvina Sánchez, por linderos especiales, una parte del predio, con las mejoras expresadas. La Sánchez aceptó la venta, por mitad, para sí y para sus hijos naturales, los menores José del Carmen, Herminia, Etelvina, María del Carmen, Ana Luisa, Elena, José Adán, Edelmira y Rosa María, hijos también de Bernal, quien desde hacía años vivía con aquélla en público concubinato.

La sociedad conyugal Bernal-Cortés se disolvió por muerte de Paulina el 16 de mayo de 1940, y el 12 de agosto siguiente el viudo casó con Eduvina Sánchez, pretendiendo después legitimar a los hijos habidos en ella y ya mencionados.

Paulina Cortés de Bernal dejó una hija legítima, María del Carmen Bernal Cortés, demandante, quien fue reconocida como su única heredera en el juicio de sucesión de su madre, en el cual no se denunció el precio de aquella venta, ni se hizo compensación alguna por tal concepto.

Paulina Cortés no intervino ni consintió en la venta hecha por su marido a Eduvina Sánchez; negóse categóricamente a ratificarla, y cuando se otorgó la escritura 542 de 23 de agosto de 1939, de la citada notaría, en que aparece una cláusula de ratificación, ella estaba de tiempo atrás reducida al lecho, en estado de postración, y no se le consultó acerca de tal cláusula, pues se le dijo que se trataba solamente, con esa escritura, de darle título a José Ramón Pulido, a quien se le había vendido un terreno que ya tenía recibido y pagado.

También vendió Bernal a Eduvina, pocos días antes de morir su esposa, la finca de "Cañas Viejas" o "Sevilla" y otros bienes, por la escritura

268 de 11 de mayo de 1940, de la notaría de Pacho y por el precio de $ 5.400.00, suma que, según ellos, provenía, en parte, de ahorros entregados por Eduvina a Bernal, y en parte de servicios que éste le adeudaba; pero después de ambas ventas Bernal continuó en la posesión y administración de los bienes vendidos y disponiendo de sus productos. Y ni él tuvo intención de vender, ni recibió suma alguna de dinero por concepto de los precios respectivos, ni ella la tuvo de comprar, pues Bernal, al simular las compraventas, sólo se propuso hacer una donación a su concubina y a los hijos habidos en su unión ilícita con ella, o sustraer los bienes de la sociedad conyugal, colocándolos en cabeza de terceros y disminuyendo de ese modo, maliciosamente, los gananciales de su mujer y la legítima materna de su hija, la actual demandate.

Finalmente, con las ventas simuladas hechas por Bernal a su manceba se causaron perjuicios de todo orden a Paulina Cortés y, consecuencialmente, a la sucesión de ésta y a su única heredera María del Carmen Bernal Cortés, quien no sólo no percibió en la sucesión de su madre todo lo que legalmente le correspondía sino que ha estado privada de los frutos naturales y civiles de los bienes en que su herencia fue menoscabada.

Fundándose en tales hechos, María del Carmen Bernal Cortés demandó, en noviembre de 1944 y ante el Juzgado del Circuito de Pacho, a su padre José del Carmen Bernal y a Eduvina Sánchez de Bernal y sus hijos, ya nombrados, vecinos todos de ese municipio, para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones, que se sintetizan:

Primera. Que la compraventa contenida en la citada escritura 786 de 1937 es nula, por no haber intervenido en ella Paulina Cortés de Bernal, cónyuge del vendedor.

Segunda. Que, consecuencialmente, es inválido el expresado instrumento público, cuya inscripción en el registro debe cancelarse.

Tercera. Que, en consecuencia, se condene a Eduvina Sánchez de Bernal y a sus hijos a restituir el inmueble objeto de dicha compraventa a la sociedad conyugal Bernal-Cortés, ya disuelta, o a la sucesión de Paulina Cortés de Bernal, con sus frutos naturales y civiles.

Cuarta. Que la referida compraventa y la escritura en que consta no fueron ratificadas por Paulina Cortés de Bernal y que, por consiguiente, la cláusula de ratificación inserta en la escritura 542 de 23 de agosto de 1939, de la notaría de Pacho, es ineficaz para producir tal ratificación.

Quinta. Que, como consecuencia de la declaración anterior, debe cancelarse el registro de la escritura 542, en cuanto a dicha cláusula se refiere.

Sexta. Subsidiariamente, que es absolutamente nula la citada compraventa, por carecer de causa y objeto lícitos, por implicar fraude a los gananciales de Paulina de Bernal y a la legítima de la demandante, y por ser simulada tal compraventa, que encubre un acto o contrato distinto.

Séptima. Que, como consecuencia de la anterior declaración se condene a los demandados Eduvina y sus hijos a las restituciones indicadas en la petición tercera y se cancele el registro de la escritura de compraventa y se declare nulo dicho instrumento.

Octava. Subsidiariamente, que los demandados Bernal y Sánchez de Bernal deben indemnizar a la sucesión de Paulina Cortés de Bernal y a la demandante por los perjuicios que les causaron con la compraventa ostensible ya mencionada y con el contrato oculto que realmente celebraron por la escritura 786, y que se les condene al pago de dichos perjuicios, previo avalúo pericial.

Novena. Que se condene en costas a los demandados, si afrontan el juicio. En derecho, invocó la actora la ley 28 de 1932, las disposiciones de los títulos 20, 21 y 22, capítulo 2º del libro 4º del Código Civil; los artículos 1443 y siguientes del mismo código y 208 y 734 y siguientes del judicial.

Se opusieron los demandados a las pretensiones de la actora y negaron todos los hechos, con excepción de los que constan en instrumentos públicos; y algunos de ellos opusieron las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante y falta de personería en su apoderado.

Sentencia de primera instancia. La profirió el señor Juez del conocimiento con fecha 25 de abril de 1946, en estos términos: declaró la nulidad de la compraventa, por no haber intervenido en ella la cónyuge del vendedor, y la nulidad de la escritura pública respectiva, cuya inscripción dispuso cancelar; ordenó la consiguiente restitución de la finca a la sociedad conyugal Bernal-Cortés o a la sucesión de Paulina Cortés de Bernal, y condenó al pago de $ 4.800.00 por concepto de frutos y declaró que la ratificación de la compraventa por Paulina de Bernal era ineficaz, que no es-

taban probadas las excepciones y que no hacía condenación en costas.

Sentencia de segunda instancia. Apelado ese fallo por los demandados el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 18 de junio de 1947, lo revocó y, en su lugar, negó las peticiones de la demanda, absolviendo a los demandados de todos los cargos, sin costas.

La Casación. El apoderado de la demandante interpuso este recurso contra la sentencia del Tribunal, y se procede a decidirlo por estar agotada la sustanciación.

El recurrente acusa la sentencia por el primer motivo de casación, deduciendo la violación de la ley sustantiva de error de hecho manifiesto tanto en la interpretación de la demanda como en la apreciación de las pruebas.

Interpretación de la demanda. El error a este respecto lo hace consistir en lo siguiente: en la demanda se instauró como **acción principal** la de nulidad de la compraventa, por no haber intervenido en ella la cónyuge del vendedor, y consecuencialmente la cancelación del registro de la escritura pública respectiva y la restitución de la finca con sus frutos; y como **acción subsidiaria** la de nulidad de la misma compraventa, por carecer de objeto y causa lícitos y por ser simulado dicho contrato e implicar un fraude a los gananciales de Paulina de Bernal y a la legítima de la demandante, con las mismas declaraciones consecuenciales ya anotadas, Subsidiariamente también, acción indemnizatoria de los perjuicios causados por la compraventa aparente y por el contrato oculto.

Ahora bien, el Tribunal encontró infundada la acción principal de nulidad y sus consecuenciales, por lo cual absolvió a los demandados, sin reparar en que se había propuesto también, subsidiariamente, otra acción de nulidad, fundada en distintas razones: causa y objeto ilícitos, simulación y fraude.

Considera la Corte: El Juez del conocimiento acogió la acción principal de nulidad, por estimar que efectivamente la venta de que trata la escritura 786 de 1937 versó sobre un inmueble de la sociedad conyugal, y la efectuó el marido sin la intervención de su mujer, ya que la pretendida ratificación de ésta careció de eficacia legal. Prohijó el Juez, de ese modo y a su manera, la doctrina que la Corte tenía sentada acerca de la interpretación del artículo 1º de la ley 28 de 1932, en lo relativo a la enajenación de bienes de las sociedades conyugales existentes cuando esa ley entró en vigencia.

El Tribunal, en vista de la ley 68 de 1946, interpretativa de aquélla y que dejó sin operancia la jurisprudencia expresada, llegó a la conclusión opuesta: que la compraventa demandada no requería la intervención del otro cónyuge, y encontró, por tanto, improcedente la acción principal de nulidad. Pero en lugar de entrar entonces al estudio de la acción subsidiaria de anulación del contrato por otras causas, se abstuvo de hacerlo, mediante un manifiesto error de hecho, consistente, como lo anota el recurrente, en estimar que "las demás peticiones repetidas sobre restitución y la de pago de perjuicios por ser consecuenciales de la acción de nulidad que no prospera, deben negarse", palabras que están indicando claramente que el sentenciador incurrió en el error evidente referido, pues interpretó las demás súplicas como consecuenciales o subordinadas de la principal, siendo así que había una subsidiaria independiente, sobre nulidad por causa y objeto ilícitos, simulación y fraude, con sus accesorias correspondientes.

La sentencia recurrida es de una simplicidad absoluta: descarta, fundadamente, la acción principal y sus consecuenciales, y descarta asímismo, por inconducente, la petición sobre ineficacia de la ratificación de la venta. Y nada más. Sobre esas bases, revoca y absuelve totalmente.

Consecuencia del error apuntado fue la violación de los preceptos sustantivos que cita el recurrente (artículos 1502, 1515, 1524, 1740, 1741, 1746, 1766, 1830, 1849, 1880, 1928, 2341, 2343 y 2344 del Código Civil y 2º de la ley 50 de 1936), los cuales debieron aplicarse y no lo fueron al caso del pleito, desde luego que no estudió el Tribunal si éste debía desatarse en armonía con tales preceptos o con algunos de ellos, resultado a que sólo podía llegarse mediante el análisis y apreciación de las pruebas de los hechos que sustentan la acción de nulidad subsidiaria y sus accesorias correspondientes.

Prosperando, pues, la acusación por el primer cargo, no es el caso de entrar en el examen del otro (artículo 538 C. J.) y se impone la infirmación parcial de la sentencia, para dictar la que haya de reemplazarla, a lo cual procede la Sala con jurisdicción de instancia, previas las siguientes consideraciones:

La primera acción subsidiaria se dirige a obtener la declaración de nulidad absoluta de la

compraventa que consta en la escritura 786 de 1937, de la notaría de Pacho, por **carecer de causa** y **objeto lícitos**, por implicar un **fraude** a los gananciales de Paulina Cortés de Bernal y a la legítima materna de la demandante, y por **ser simulado** dicho contrato e ir en fraude también de los derechos del Fisco.

Como la actora involucra las causas determinantes de la nulidad que imputa a la compraventa expresada, entre las cuales no puede admitirse la simulación que implica inexistencia del acto ostensible, la Sala, interpretando la demanda, considera que la referida petición subsidiaria se encamina propiamente a conseguir la declaración de inexistencia del contrato, por ser simulado.

En efecto, ninguno de los hechos de la demanda se refiere a la causa y objeto ilícitos de la compraventa, desde luego que la actora la tacha de inexistente, y lo que no existe no puede tener causa ni objeto. Es ésta precisamente una de las diferencias sustanciales entre el contrato nulo y el ficticio. En éste la voluntad de las partes persigue un fin distinto del contrato mismo, el cual surge como una simple cortina de humo, para ocultar el verdadero objetivo. En aquél, en cambio, el acuerdo de voluntades —que puede ser legalmente imposible por incapacidad absoluta de las partes o de alguna de ellas, persigue en todo caso la efectividad del acto, pero éste surge viciado radicalmente en su causa o en su objeto, o sin la solemnidad exigida por la ley para que nazca a la vida del derecho. Lleva en sí el vicio que lo destruye.

Casi todos los hechos de la demanda, con excepción de aquellos que fundamentan otras peticiones, se relacionan con la simulación. Y cuando la actora habla de causa y objeto ilícitos, o de fraude, como en su alegato de instancia, se está refiriendo al contrato clandestino, que en su sentir es el de donación, con la cual se propuso el supuesto vendedor favorecer a su amasia y a sus hijos naturales.

Procediendo pues sobre esta base de interpretación de la demanda, el interés jurídico de la demandante resulta plenamente acreditado, porque la declaración de inexistencia de la compraventa, que recayó indudablemente sobre un inmueble de la sociedad conyugal Bernal-Cortés, determinaría su restitución, al menos parcial, al patrimonio de la sociedad, en la cual es interesada la actora, como única heredera de la cónyuge Paulina Cortés de Bernal.

En el proceso aparecen demostrados los siguientes hechos:

1º El matrimonio de José del Carmen Bernal con Paulina Cortés el 29 de julio de 1891; el nacimiento de su hija María del Carmen (demandante) en primero de febrero de 1904, y la defunción de Paulina el 16 de mayo de 1940.

2º Por la escritura 685 de 31 de diciembre de 1922, de la notaría de Pacho, debidamente registrada, José del Carmen Bernal adquirió, por compraventa el dominio del predio de El Llano, el cual ingresó, por tanto, al patrimonio de la sociedad conyugal (ordinal 5º del artículo 1781 del C C.).

3º La demandante María del Carmen Bernal Cortés fue reconocida como heredera de su legítima madre, Paulina Cortés de Bernal, en el juicio de sucesión de ésta.

4º José del Carmen Bernal, por la escritura 786 de 11 de diciembre de 1937, de la citada notaría, vendió parte de El Llano a Eduvina Sánchez, quien aceptó para sí y para sus menores hijos naturales Carmelo (José del Carmen), Herminia, Etelvina, María del Carmen, Ana Luisa, Helena, Adán, Edelmira, y Rosa María.

5º José del Carmen Bernal, quien quedó viudo el 16 de mayo de 1940, casó en segundas nupcias con Eduvina Sánchez, el 12 de agosto del mismo año.

6º Además de El Llano, José del Carmen Bernal vendió e Eduvina Sánchez, por la escritura 268 de 11 de mayo de 1940, de la misma notaría, el terreno de "Cañas Viejas" o "Sevilla", con todas sus anexidades, y la mitad de los derechos herenciales de José María Parra en la sucesión de Teodora Rojas de Parra, todo por el precio de $ 5.400.00.

De otro lado, y ahondando en la prueba de la simulación, resulta acreditado también en los autos, con la confesión de los demandados Bernal y Sánchez de Bernal, confirmadas por declaraciones de varios testigos, que aquéllos vivieron en concubinato durante muchos años antes de la muerte de Paulina Cortés de Bernal, y que de esa unión nacieron los nueve hijos que figuran también como demandados, los cuales fueron bautizados como hijos naturales de Eduvina y aparecen reconocidos como hijos de Bernal, de modo expreso, en las posiciones que éste absolvió.

En relación con el precio de la compraventa de El Llano, que en la respectiva escritura declara el vendedor Bernal tener recibido "a su satis-

facción de manos de la compradora en dinero efectivo de contado", él reconoce que escrituró a Eduvina dicha finca y la de "Sevilla" "parte por pagarle sus servicios, parte por asegurarla junto con sus hijos, y también porque recibí el dinero estipulado en aquellas escrituras" (posición 15ª). Pero si recibió el dinero estipulado como precio de ambas compraventas, como Bernal lo repite al absolver las posiciones 6ª y 8ª, no se concibe cómo hizo las ventas, en parte, para pagar servicios a Eduvina, ni para asegurarla a ésta y a sus hijos, frase que tiene un indudable sentido de liberalidad. El recibo del precio "en dinero efectivo de contado" se opone a la dación parcial en pago de servicios y al ánimo de asegurar a la concubina ylos hijos habidos en ella, pues estas modalidades significan que los precios no fueron pagados en la forma que consta en las escrituras.

Eduvina confiesa, en posiciones, que cuando Bernal le vendió la finca de El Llano ella entendió "que esto equivalía al pago de mis servicios que le presté a éste junto con mis hijos, como cocinera, durante treinta y cinco años, que lo acompañé (7ª, 14ª y 17ª), y reconoce que la finca de Sevilla o Cañas Viejas "fue comprada, pues yo le dí el dinero por concepto de esa venta", para afirmar en seguida que "se le pagó en animales, y como los animales valen dinero, sí le cubrí su valor en esta forma".

Pero en la escritura 268 de 1940, sobre venta de Sevilla y unos derechos herenciales, consta lo contrario, a saber: "Que estas cantidades (los precios), en su totalidad, confiesa el vendedor tenerlas recibidas de la compradora y a su satisfacción, así: una parte, por valor y concepto de servicios domésticos y trabajos agrícolas que el vendedor reconoce que la compradora le ha venido prestando en más de veinte (20) años, servicios y trabajos que no le había pagado y que por consiguiente le estaba debiendo; otra parte, en dinero de varios años de ahorro, que la compradora le daba a guardar y que el vendedor no le había devuelto; y el resto, en dinero también que la compradora adquirió como utilidades en compañía de siembras y levante y ceba de ganados".

Resumiendo: el precio de El Llano resulta pagado, según la escritura, en dinero efectivo, al contado, proveniente, la mitad, de ahorros de los hijos de la compradora, y la otra mitad con dinero de ésta; y, según las posiciones, fue una dación en pago de servicios de Eduvina como cocinera durante treinta y cinco años. Y sin embargo, a ella se le pagaron, poco tiempo después, con la venta de Sevilla, servicios domésticos correspondientes a veinte años. Qué hay de cierto en afirmaciones tan contrarias? Bernal pagó a Eduvina sus servicios con la venta de El Llano o con la venta de Sevilla? Además, cuando ella casó con Bernal, en 1940, tenía cuarenta y seis años de edad, según la partida de matrimonio, es decir, contaba cuarenta y tres en 1937, año en que se otorgó la escritura de venta de El Llano, y si entonces se le debían servicios de concinera correspondientes a treinta y cinco años, resultaría que empezó a servir como tal de ocho años de edad, lo que no parece aceptable.

Y en la escritura de venta de El Llano, cuando se dice que la mitad del precio de $ 800.00 fue pagada con dinero de Eduvina, se agrega esta frase que carece de explicación en una compraventa real: "Suma por la cual tiene derecho a la administración y usufructo de la finca de por vida, no pudiendo dicha señora (obsérvese que habla el vendedor) vender este usufructo a otra persona distinta fuera de sus mencionados hijos".

No habla la verdad con tantas contradicciones y subterfugios, ni es ella la que asoma por entre esa maraña de afirmaciones inexactas, incoexas y hasta absurdas. Otra es la faz, de desviados ojos y sonrisa fingida, que aparece escondiéndose tras la maleza de lo contradictorio.

Agréguese al anterior análisis: la humilde condición de Eduvina Sánchez cocinera durante largos años, dedicada a los oficios domésticos y a la crianza y cuidado de sus numerosos hijos, nacidos entre los años de 1914 y 1937; sin recursos propios, según lo atestiguan varios declarantes; viviendo desde muchacha en un pobre medio rural, en concubinato público con un hombre casado, de quien hubo la prole, quien era su único sostén y con quien terminó casándose cuando no habían corrido tres meses de fallecida su mujer legítima.

Vendida la finca de El Llano a Eduvina y sus hijos en diciembre de 1937, Bernal continuó, no obstante, ejercitando en ella actos de verdadero dueño y disponiendo de sus frutos, según lo confiesa él al absolver las posiciones 3ª, 9ª y 20ª, y aquélla en las respuestas a las preguntas 5ª y 10ª.

Hay, pues, en el proceso una serie de indicios, no necesarios, pero graves muchos de ellos, precisos y conexos entre sí y plenamente comproba-

dos, que convergen todos a demostrar, en concepto de la Sala, la simulación indudable de la compraventa demandada, contrato inexistente que no tuvo otra finalidad que encubrir una donación de Bernal a su concubina y a los hijos habidos en ella

Pero como el amancebamiento no apareja de suyo incapacidad de los concubinos para hacerse enajenaciones a título oneroso o gratuito (artículos 1444 y 503 C. C.), a menos que aparezca o se pruebe la finalidad de remunerar el concubinato mismo, unión ilícita a que nuestras leyes no conceden ningún efecto civil, resulta claro que la donación expresada, como acto jurídico, se rige, en cuanto a su validez, por las normas generales de las obligaciones y por las especiales que le son inherentes.

Ahora bien, está probado, con el dictamen de los peritos señores Hernando Corradine y doctor Luis E. Castillo, quienes intervinieron en la inspección ocular de la finca, cuya acta figura a folios 9 y 10 del cuaderno 2º, que dicho predio, materia de la compraventa acusada, valía, en el año en que ésta se otorgó, la suma de siete mil pesos ($ 7.000.00), de donde resulta que la donación oculta, que no fue insinuada, sólo puede tener valor respecto de una cuota o derecho proindiviso de dos séptimos de tal inmueble, equivalentes a dos mil pesos ($ 2.000.00), y es nula en el exceso, o sea respecto de los cinco séptimos restantes (artículo 1458 C. C.), los cuales no salieron del patrimonio de José del Carmen Bernal, cuando éste hizo la donación clandestina a la que se dio la apariencia de compraventa, y deben, por tanto, volver hoy al haber de la sociedad conyugal que por el hecho del matrimonio se formó entre dicho señor y Paulina Cortés, sociedad que se disolvió por muerte de ésta y que se halla ilíquida en cuanto a los derechos mencionados se refiere.

Pero en la liquidación que se haga de la misma sociedad, en lo concerniente a la finca de El Llano, deberán además tenerse en cuenta las disposiciones de los artículos 1798, 1803 y 1825 del C. C., pues el cónyuge Bernal debe a la sociedad el valor de los cuatro catorceavos de la finca de El Llano, que fueron donados por él a Eduvina Sánchez, y ha de hacerse al respecto la compensación correspondiente, ya que esa donación no puede, por su cuantía, estimarse como la de las exceptuadas en tales disposiciones.

Y se ha dicho que la acción de simulación prospera sólo respecto de la mitad vendida a Eduvina Sánchez, porque en relación con la otra mitad de la finca, de que fueron compradores sus hijos, no hay prueba suficiente, desde luego que la indiciaria resulta principalmente de la confesión de los contratantes Bernal y Eduvina, que no puede perjudicar a los demás demandados, quienes en este juicio no han estado representados por su madre natural.

En relación con los frutos naturales y civiles de los tres catorceavos del predio, que la demandante reclama para la sociedad conyugal, como la buena fe se presume, a menos que la ley establezca la presunción contraria, que no existe en el presente caso, desde luego que en el régimen del Código Civil el marido, durante la sociedad, administraba libremente los bienes sociales y era, respecto de terceros, dueño de ellos, como si formasen con los suyos propios un solo patrimonio (artículos 1805 y 1806 C. C.), es decir, que podía enajenarlos por sí solo a cualquier título, la restitución habrá de limitarse al valor de los percibidos y de los que hubieran podido percibirse, con mediana inteligencia y actividad, después de la contestación de la demanda, deducidos los gastos ordinarios de producción (artículo 964 ibidem). Porque no hubo error de derecho en los contratantes al no insinuar la donación, comoquiera que su error fue de hecho al estimar la finca en un precio muy inferior a su verdadero valor comercial.

Se pide en la demanda, como consecuencia de la simulación, que se declare nula la escritura 786 de 1937, que contiene el contrato ficticio, pero esta súplica es improcedente, pues la nulidad o inexistencia del acto o contrato nada tiene que ver con la del instrumento en que se hace constar, el cual será válido si reúne los requisitos que la ley determina (artículos 2595 C. C. y 333 de la ley 57 de 1887), por más viciado que aquél aparezca. Pero sí habrá de decretarse, como está pedido, la cancelación del registro de tal escritura, pero sólo en lo relativo a los tres catorceavos de la finca que, según lo dicho, no quedaron comprendidos en la donación oculta.

Respecto de las excepciones opuestas por los demandados, la única que tiene carácter perentorio es la de ilegitimidad sustantiva de la personería de la actora, pero ni aquéllos hicieron alegación alguna sobre ella en vía de fundamentarla, ni la Corte encuentra base legal para declararla, desde luego que, como ya se anotó, la demandante tiene un evidente interés jurídico en las acciones instauradas. Ella es, en cuanto al contra-

to simulado, un tercero, y la acción encaminada a que se declare la inexistencia de esa convención que la afecta en sus derechos herenciales, la autoriza para recurrir, como lo ha hecho, a todos los medios legales de prueba, según lo tiene aceptado la jurisprudencia.

No sobra advertir que la finca de El Llano, con todas sus anexidades, tal como aparece descrita en la citada escritura 786 de 1937, quedará, una vez ejecutoriada y registrada esta sentencia, perteneciendo en común así: a los demandados hijos de Eduvina Sánchez siete catorceavos, o sea la mitad, de acuerdo con dicha escritura; a Eduvina Sánchez de Bernal cuatro catorceavos, a virtud de la donación oculta que por la misma escritura le hizo José del Carmen Bernal; y a la sociedad conyugal Bernal-Cortés los tres catorceavos restantes, que este fallo ordena restituirle.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de casación civil, administrando justicia de nombre da le República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 18 de junio de 1947, o sea en cuanto por ella se absuelve a los demandados de los cargos formulados en las peticiones **sexta** y **séptima** de la demanda, y en su lugar falla así el presente pleito:

Primero. No están probadas las excepciones.

Segundo. La compraventa de que trata la escritura 786 de 11 de diciembre de 1937, de la notaría de Pacho, en lo relativo a la mitad proindivisa de la finca por ella vendida a Eduvina Sánchez, es simulada.

Tercero. La compraventa expresada encubre, en esa parte, un contrato de donación entre vivos en favor de Eduvina Sánchez, el cual ha tenido y tiene valor legal sólo respecto de los cuatro catorceavos del predio de El Llano, cuya mitad fue materia de dicha compraventa ficticia, y es absolutamente nulo respecto de los tres catorceavos del mismo predio que completan la mitad.

Cuarto. Condénase a Eduvina Sánchez de Bernal a restituir a la sociedad conyugal que por el hecho del matrimonio se formó entre José del Carmen Bernal y Paulina Cortés de Bernal, inmediatamente después de ejecutoriada esta sentencia, las tres catorceavas partes proindivisas de un lote de terreno, con todas sus anexidades y dependencias, usos, costumbres, entradas y salidas legalmente constituídas, casas de habitación, enramada, trapiche, plantaciones de caña y todos los enseres para elaborarla, terreno que fue parte de la finca denominada El Llano, ubicado en la sección de este nombre, en jurisdicción del municipio de Pacho, y por los siguientes linderos especiales: desde un mojón de piedra fijado al pie de un árbol "encenillo", que está en la orilla del camino antiguo que conducía a La Palma, se sigue en línea recta a encontrar un mojón de piedra que está fijado al pie de un árbol "cámbulo"; de aquí línea recta a otro mojón de piedra fijado al pie de un árbol "nacedero"; de éste por un zanjón abajo a encontrar la quebrada de La Culebra, en colindancia con predio de Angel María Mahecha, y por toda la quebrada, aguas abajo, hasta donde le entra una zanja; por ésta arriba hasta encontrar un vallado; por todo este vallado hasta encontrar una puerta; de esta puerta se sigue en línea recta a dar a la punta de un volcán; por todo este volcán abajo, a dar a un mojón de piedra que está fijado en la cabecera de un "muchal", en colindancia con predio de Teodolinda Gómez; de este mojón se sigue en travesía hasta otro mojón de piedra que está fijado en una cuchilla; de éste en línea recta hasta otro mojón fijado en un barranco; de aquí a dar a un volcán que cae a un zanjón; por este zanjón abajo a encontrar otro zanjón; por este zanjón arriba, en colindancia con predios de Venancio Pérez; de este último zanjón a dar a la punta de un vallado; por este vallado arriba a encontrar un mojón de piedra fijado en una lomita; de éste línea recta a dar a otro mojón de piedra fijado en otra lomita; de aquí línea recta a dar a "Hoyo caliente", donde hay una zanja; por toda esta zanja arriba a un mojón de piedra fijado en la puerta; de aquí línea recta a encontrar el mojón fijado en el camino antiguo de La Palma, punto de partida del primer lindero.

Quinto. Condénase a Paulina Sánchez de Bernal a pagar a la sociedad conyugal referida el valor de los frutos naturales y civiles de las tres catorceavas partes proindivisas del predio descrito en la anterior declaración, percibidos o que hubieran podido percibirse, con mediana inteligencia y actividad, a partir de la fecha de la contestación de la demanda y hasta el día en que la restitución ordenada se verifique, con deducción de los gastos ordinarios que la misma demandada haya invertido en producir tales frutos.

La fijación del valor líquido de esta condena se hará por el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

Sexto. Decrétase la cancelación de la inscripción de la escritura 786 de 11 de diciembre de 1937, de la notaría de Pacho, asentada al folio 117 del tomo 3º del libro de Registro número primero de la oficina de registro de instrumentos públicos y privados del Círculo de Registro de Pacho, pero sólo en lo relativo a los tres catorceavos proindivisos de la finca cuya mitad fue vendida por tal escritura a Eduvina Sánchez, para lo cual el señor Juez del conocimiento dispondrá que se libre el oficio correspondiente.

Séptimo. No es el caso de declarar nula la citada escritura 786 de 1937.

Octavo. No es el caso de proveer acerca de la acción de perjuicios, por haberse propuesto como subsidiaria en la petición octava de la demanda.

Noveno. Absuélvese a los demandados José del Carmen, Herminia, Etelvina, María del Carmen, Ana Luisa, Helena, José Adán, Edelmira y Rosa María Sánchez de los cargos formulados en las peticiones sexta y séptima de la demanda.

Décimo. Queda en pie la sentencia recurrida en cuanto revoca la de primera instancia y también en cuanto absuelve a los demandados de los cargos contenidos en las peticiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda, consecuenciales estas cuatro últimas de la acción principal de nulidad.

Sin costas en las instancias, ni en la casación.

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

Pedro Castillo Pineda—Arturo Silva Rebolledo—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Manuel José Vargas — Liborio Escallón, Conjuez. **Hernando Lizarralde,** Secretario.

Nota—Esta sentencia fue aclarada con fecha 26 de septiembre en el sentido de que la condenación del ordinal quinto de su parte resolutiva se refiere a **Eduvina** Sánchez de Bernal y no a **Paulina** Sánchez de Bernal.

El Relator.

SALA DE CASACION PENAL

REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION CUANDO SE INVOCA LA CAUSAL SEGUNDA—LA CASACION EN CUANTO A LOS PERJUICIOS SE SUBORDINA A LA LEY PROCESAL CIVIL Y A LA JURISPRUDENCIA Y A LA TECNICA DE LA CASACION CIVIL — CUANDO SE INCURRE EN INFRACCION DIRECTA DE LA LEY; CUANDO EN APLICACION INDEBIDA Y CUANDO EN INTERPRETACION ERRONEA — REQUISITOS QUE DEBE TENER LA DEMANDA PARA QUE PROSPERE LA CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS — NATURALEZA DE LA ACCION CIVIL DE INDEMNIZACION

1—En la demanda de casación, para fundar la causal segunda, se deben plantear y sostener las siguientes premisas:

a) Cuáles fueron los hechos que se interpretaron o apreciaron erróneamente;

b) Si esas interpretación y apreciación erróneas se debieron a alguno de los motivos que reconoce la ley, sea porque se les atribuyó el valor de que carecen o se les negó el que tienen o se omitió examinar otros afirmados en el proceso, o, finalmente, porque son contradictorios entre sí; y

c) Si esos hechos erróneamente interpretados o deficientemente apreciados, son elementos eximentes de la responsabilidad o modificadores de la misma; elementos constitutivos del delito, o, por último, circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción.

2—El recurso de casación en cuanto a los perjuicios —por imperio de la ley procesal penal (art. 559)— se rige por las normas de la ley procesal civil (art. 520 y siguientes). Implica esto que las causales invocadas su adecuación y pertinencia, la forma y contenido de la demanda, y los fundamentos que cada causal exige, según su naturaleza y objeto, se subordinan a la ley, a la jurisprudencia y a la técnica de la casación civil, con las restricciones impuestas por la naturaleza del proceso.

3—La violación de la ley sustantiva puede realizarse —según el art. 520 del C. J. y la jurisprudencia de él deducida— mediante tres modos: por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea. Se incurre en infracción directa cuando a un hecho no controvertido no se aplica la norma pertinente o cuando ésta se aplica a un hecho inexistente; en aplicación indebida, si se aplica a una hipótesis distinta de la prevista en la misma ley aplicada, o si se incurre en error de derecho al darle a una prueba valor diferente del que le ha asignado la ley o si el error fue de hecho al reconocer como existente un hecho que no lo es o se desconoce el que existió; y, finalmente, en interpretación errónea cuando la que se da a la ley no coincide con su objeto y contenido y, por lo tanto, se aplica indebidamente o deja de aplicarse.

4—La impugnación de una sentencia por haberse incurrido en ella en error de derecho en la apreciación de una prueba, se subordina a estrictas condiciones derivadas de la misma técnica del recurso de casación. Tales condiciones —según la ley (art. 520 del C. J.) y la doctrina— son, vinculadas entre sí y ordenadas en forma sucesiva, las siguientes: primera, la determinación y la demostración del error sufrido al apreciar la prueba, con referencia a las normas que regulan esa apreciación; segunda, la expresión de la norma sustantiva violada como consecuencia de la errada apreciación; y tercera, la incidencia de la mencionada violación de la norma sustantiva sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada.

5—Ordinariamente hay error de derecho en la apreciación de una prueba —según la doctrina— cuando se le da determinada fuerza que la ley no le atribuyó, o se desconoce la que se le asignó o se permite su producción sin los requisitos legales, reconociéndole luego la fuerza propia de la prueba practicada con sumisión a la ley y a las condiciones por ella exigidas.

6—El demandante no mencionó la norma sustantiva infringida mediante la errónea apreciación de la prueba, pero si esa omisión —según la doctrina de la casación civil— priva de eficacia el recurso, ella no puede acogerse en casación penal, en la cual confluyen y juegan intereses de orden público, distintos de los de orden privado que informan la casación civil. La acción para la reparación de perjuicios, no obstante que en algunas de sus etapas procesales se rige (equivocadamente) por las normas de la civil, es acción mixta en el más amplio de los conceptos, ya que —por cuanto persigue el reconocimiento de determinadas consecuencias del delito— bien puede ser considerada como pública.

7—Cuando se trata de avalúo pericial de la indemnización debida por perjuicios civiles, los preceptos aplicables al caso son los que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil, y, en consecuencia, no es suficiente para que el juzgador acoja un dictamen en estos casos, el hecho de que no haya sido objetado en tiempo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Anibal Niño Echeverría (52 años, natural de Paipa, casado), interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del diez de mayo del año pasado, mediante la cual terminó el proceso contra Niño por las lesiones que causó a los jóvenes Roberto y Maximiliano García, la noche del diez y siete de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, dentro de la casa del trasgresor, situada en la vereda de "Pueblo Viejo", Municipio de San Francisco.

Por la mencionada sentencia y con aplicación de los Arts. 28, 33 y 372 (2º) del estatuto penal, el Tribunal condenó a Niño a lo siguiente:

a) A cumplir la pena de arresto durante siete meses y medio (la que le fue suspendida), y

b) A pagar, a título de perjuicios, novecientos setenta y cinco pesos a Roberto García, y mil trescientos cuarenta a su hermano Maximiliano, según el avalúo hecho en el proceso.

Por dos motivos distintos —responsabilidad y perjuicios— se ha impugnado la sentencia, aunque sólo por el segundo el recurso fue interpuesto; la Corte, sin embargo, examina ambos en seguida, ya que se han cumplido todas las normas relativas al doble procedimiento prescrito (civil y penal) de conformidad con los Arts. 559 y 563 del estatuto procesal penal.

A) Casación en cuanto a la responsabilidad

El demandante invoca la segunda de las causales determinadas en el Art. 567 del Código de Procedimiento Penal, en los términos siguientes:

"Invoco, también —dice— y con el fin de que esa alta Corporación estudie el punto de la legítima defensa del honor planteada en la defensa, el ordinal 2º del Artículo 567 del Código de Procedimiento Penal ya que estimo que hubo por parte del Juzgado, por errónea interpretación de los hechos y apreciación deficiente de éllos, en la setencia, negación del valor probatorio que tienen en favor de la tesis de la legítima defensa esgrimida por la defensa, las pruebas allegadas. Creo que esta causal cabe perfectamente para invalidar el fallo, además, en cuanto desecha la causal alegada como eximente de responsabilidad y condena a mi mandante".

"Todos estos elementos (los de la legítima defensa) —añade— se hallan, en concurrencia admirable, en los hechos imputados a Niño. Así lo demostré en el alegato que presenté ante el Juez del conocimiento. Ruego a los Sres. Magistrados —termina— dar como reproducidas en esta demanda, las razones que allí expuse".

La Corte no puede admitir, como demanda, las anteriores afirmaciones, por cuanto —como aquí se explica— élla carece de los requisitos que exige la ley procesal (Arts. 7 C. P. P. y 531 C. P. C.) y a los cuales se hizo expresa referencia en el auto de admisión del recurso.

Si Anibal Niño Echeverría, al sorprender a los jóvenes Roberto y Maximiliano García en intimidad con sus hijas Vitalina y Ubelermina Niño, dentro de la casa en que éstas dormían, parece que distante de la que habitaban sus padres y sus otros hermanos, y los agredió en acto de legítima defensa del honor —y no en el estado de ira o intenso dolor que el Tribunal reconoció— en la demanda, para fundar la segunda causal o sea la

errónea interpretación de los hechos y su apreciación "deficiente", se han debido plantear y sostener (lo que no se hizo), las siguientes premisas:

a) Cuáles fueron los hechos que se interpretaron erróneamente y se apreciaron deficientemente:

b) Si esas interpretación y apreciación, errónea la primera y deficiente la otra, se debieron a alguno de los motivos que reconoce la ley, sea porque se les atribuyó el valor de que carecen o se les negó el que tienen o se omitió examinar otros afirmados en el proceso, ó, finalmente, porque son contradictorios entre sí; y

c) Si esos hechos erróneamente interpretados o deficientemente apreciados, son —como lo supuso el demandante— elementos eximentes de la responsabilidad de Niño, esto es, si tales hechos correctamente interpretados y apreciados, podrían fundar, en pro de Niño, la tesis de la legítima defensa del honor.

Pero el demandante omitió estas obvias razones claramente expresadas como elementos de la causal invocada, y no sólo se limitó a enunciar aquella hipótesis, sino que, en vez de sustentarla ante la Corte, en la forma prescrita (Arts. 7 C. P. P. y 531 C. P. C.), pidió —en cambio— que, como fundamento del recurso, se considerara algún escrito dirigido al Juez de primera instancia, solicitud ésta inaceptable por cuanto la demanda y el escrito de instancia difieren en la forma como en el contenido, y según la doctrina, la casación es un juicio sobre la sentencia, principio que informa la demanda.

No habiendo habido —pues— demanda, como no la hubo, en la forma que ordena la ley, el recurso debe declararse desierto en lo que atañe a la eximente de la responsabilidad.

B) Casación en cuanto a los perjuicios

Este recurso —por imperio de la ley procesal penal (Art. 559)— se rige por las normas de la ley procesal civil (Art. 520 y siguientes). Implica ésto que las causales invocadas, su adecuación y pertinencia, la forma y contenido de la demanda, y los fundamentos que cada causal exige, según su naturaleza y objeto, se subordinan a la ley, a la jurisprudencia y a la técnica de la casación civil, con las restricciones impuestas por la naturaleza del proceso.

Impugna el demandante la sentencia —con base en la causal primera del Art. 520 del estatuto procesal civil— por cuanto el Tribunal aceptó, sin expresar las razones de la aceptación, el dictamen de los peritos que avaluaron los perjuicios y condenó a Niño a pagar, a este título, novecientos setenta y cinco pesos a Roberto García y mil trescientos cuarenta a Maximiliano.

Previamente, y como elementos de juicio para la decisión que se adopte, es necesario hacer una síntesis de los actos y providencias que originaron el recurso y de las tesis expuestas en la demanda.

a) El dictamen pericial

El avalúo de los perjuicios ($ 975 a favor de Roberto y $ 1.340 a favor de Maximiliano) se fundó, en general, en los hechos que a continuación se resumen: en el tiempo de incapacidad (25 días Roberto y 28 Maximiliano); en las consecuencias de carácter permanente (desfiguración facial) que les causaron las lesiones (Roberto, una cicatriz larga seis centímetros en la frente, y Maximiliano también una cicatriz extendida desde la región periorbitaria externa izquierda hasta la comisaria labial derecha atravesando la mejilla izquierda y tocando la punta de la nariz); en la edad de los lesionados (Roberto 22 años y Maximiliano 18); en la posición social y económica media que los peritos atribuyeron a los Garcías, y en los obstáculos que a la vida comercial y afectiva acarrearían el complejo causado por la desfiguración facial en relación con la edad de los lesionados.

Con base en estos datos, el avalúo fue hecho con la siguiente discriminación. En favor de Roberto la suma de $ 975.00 así descompuesta: lucro cesante, veinticinco días a $ 5.00, $125.00; $ 250.00 de gastos de tratamiento y viajes a Bogotá, y $ 600.00 los perjuicios morales por causa de la desfiguración. En favor de Maximiliano, $ 1340.00 así descompuestos: 28 días de lucro cesante a $ 5.00, $ 140.00; gastos médicos, viajes a Bogotá, $ 300.00 y perjuicios morales por la misma causa de la desfiguración $ 900.

En cuanto a los perjuicios materiales, los peritos explicaron su dictamen en los términos siguientes:

"No aparece de autos —dijeron— la profesión u oficio de Roberto ni de Maximiliano García, ni su posición social o económica, para determinar con más exactitud o certeza los verdaderos perjuicios materiales y morales por éllos sufridos,

por lo cual supondremos en éllos, por las pocas luces que el expediente arroja, una posición social y económica media".

"En la estimación de los perjuicios morales —añadieron— hemos tenido en cuenta que la desfiguración facial permanente es un permanente obstáculo para los negocios, para la vida afectiva, etc., que ocasiona en mayor o menor grado un complejo de inferioridad, y que en el caso de autos las víctimas sufrieron la desfiguración en plena juventud".

El Juez de primer grado explicó la condena en los términos siguientes: "Como en oportunidad legal se hizo y fueron avaluados los perjuicios ocasionados con las infracciones sin que los objetaran, es el caso de hacer la condena a su reparación en forma concreta así: a Roberto García la suma de novecientos setenta y cinco pesos y a Maximiliano García mil trescientos cuarenta pesos".

El Tribunal, por su parte, hace esta breve explicación: "En cuanto a la condenación en concreto al pago de los perjuicios causados con la infracción o sean: novecientos setenta y cinco pesos a Roberto García y mil trescientos cuarenta pesos moneda corriente para Maximiliano García, es legal porque se hizo el avalúo pericial de que nos habla el Juez del conocimiento y el cual no fue objetado".

b) La demanda

Previa afirmación de que "en el expediente no existe prueba alguna que justifique la estimación pericial" y de que "los peritos carecieron de elementos de juicio para justificar el monto del avalúo así de los perjuicios morales como de los materiales", el demandante "invoca como causal para invalidar el fallo en lo concerniente a la condena en perjuicio la que se contempla en el ordinal 1º del Art. 520 del Código Judicial ya que cree (el demandante) que la sentencia recurrida ha violado la ley sustantiva de manera directa y por aplicación indebida".

"Se incurrió en violación de la ley sustantiva —añade a continuación— por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial, por no haber dado aplicación a los Arts. 716 del Código de Procedimiento Civil y 268 del Código de Procedimiento Penal, Violándolos ostentosamente" (se trascribe).

"En efecto —explica— el Tribunal acogió totalmente el dictamen de los peritos sin fundar con claridad y precisión las razones para proceder a éllo; se limitó a sostener la peregrina tesis de que como el dictamen no fue objetado en tiempo había que darle el valor de plena prueba, no obstante que carece de las esenciales condiciones para que pueda ser aceptado como trasunto de la verdad, ceñida en sus conclusiones a la realidad procesal y a la justicia; el avalúo que contiene el referido dictamen es caprichoso, no fue explicado, ni debidamente fundamentado, y los mismos peritos afirman que por carencia de elementos de juicio dentro del informativo no pudieron justipreciar los perjuicios de manera seria y exacta".

En apoyo de su objeción trascribe la jurisprudencia de la Corte, según la cual "el valor del dictamen lo subordina la ley a tales condiciones, y les da el de plena prueba, cuando se trata de avalúos, si es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, de modo que si el Juez o Tribunal dan tal valor a un dictamen que carece de esas condiciones, se le ha dado el que no tiene e incurrido en violación de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial".

Como "el H. Tribunal, aceptó un dictamen tan deficiente que no reune los requisitos legales establecidos —termina la demanda— luego la violación se halla de bulto".

c) Estudio del recurso

En el estudio de la demanda —según precepto ya citado (Art. 559 C. P. P.)— sólo tienen aplicación las normas que rigen la casación en materia civil y la jurisprudencia que la Corte —en tales recurso y materia— haya adoptado. Quedan, por éllo, excluídas las de la casación penal.

El demandante invocó la causal primera del Art. 520 del estatuto procesal civil —violación de la ley sustantiva— por tres motivos: por infracción directa de la ley sustantiva, por aplicación indebida y, finalmente, por apreciación errónea de la prueba pericial. Esta la concreta en cuanto el Tribunal dejó de aplicar los Arts. 716 del estatuto procesal civil sobre forma y contenido del dictamen pericial y 268 del procesal penal sobre su valor probatorio y sistema de apreciación.

La violación de la ley sustantiva puede realizarse —según el Art. 520 y la jurisprudencia de él deducida— mediante tres modos: por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea. Se incurre en infracción directa cuando a un hecho no controvertido no se aplica

la norma pertinente o cuando ésta se aplica a un hecho inexistente; en aplicación indebida, si se aplica a una hipótesis distinta de la prevista en la misma ley aplicada, o si se incurre en error de derecho al darle a una prueba valor diferente del que le ha asignado la ley o si el error fue de hecho al reconocer como existente un hecho que no lo es o se desconoce el que existió; y, finalmente, en interpretación errónea cuando la que se da a la ley no coincide con su objeto y contenido y, por lo tanto, se aplica indebidamente o deja de aplicarse.

En cuanto a la violación de la ley sustantiva por infracción directa, el demandante apenas enunció el motivo, sin exponer razón alguna en torno a la objeción. Es el caso, pues, de abstenerse de considerarla, y de iniciar el examen del motivo restante: la aplicación indebida por error de derecho en la apreciación de la prueba (aquí la pericial).

La impugnación de una sentencia, fundada en aquel error se subordina a estrictas condiciones derivadas de la misma técnica del recurso. Tales condiciones —según la ley (Art. 520) y la doctrina— son, vinculadas entre sí y ordenadas en forma sucesiva, las siguientes: primera, la determinación y la demostración del error sufrido al apreciar la prueba, con referencia a las normas que regulan esa apreciación; segunda, la expresión de la norma sustantiva violada como consecuencia de la errada apreciación; y tercera, la incidencia de la mencionada violación de la norma sustantiva sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada. La demanda ha de analizarse, por lo tanto, en cuanto a si se cumplieron o no tales requisitos.

Ordinariamente hay error de derecho en la apreciación de una prueba —según la doctrina— cuando se le da determinada fuerza que la ley no le atribuyó, o se desconoce la que se le asignó o se permite su producción sin los requisitos legales, reconociéndole luégo la fuerza propia de la prueba practicada con sumisión a la ley y a las condiciones por élla exigidas. Estas condiciones —respecto a la forma y contenido del dictamen pericial— son las que fijan la ley civil (Art. 716), esto es, precisión, exactitud y claridad en la expresión de los fundamentos del concepto y de las conclusiones a que lleguen los peritos, y respecto al sistema de apreciación las prescripciones del Art. 721 específicamente tratándose de avalúos, y genéricamente en los demás casos, las del Art. 723; son aquí inaplicables, pues las normas del proceso penal, como el Art. 268 equivocadamente citado en la demanda, por cuanto —por mandato del Art. 22 del estatuto procesal penal— "en todos los casos en que el Juez Penal haya de decidir cuestiones civiles o administrativas, como lo es la casación por perjuicios, calificará las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación civil".

El error consiste —según el demandante— en que el Tribunal acogió, sin explicación alguna, contra lo que ordena el Art. 268 del Código de Procedimiento Penal, un dictamen que, por carecer de los requisitos del Art. 716 del de Procedimiento Civil, no tiene el valor que se le dió. Los peritos, en verdad, por la falta de datos, supusieron en los lesionados una posición social y económica, media, y sobre esa suposición practicaron el avalúo de los perjuicios materiales y morales.

El Tribunal —según mandato de los Arts. 721 y 723 del estatuto procesal civil— podía haber acogido o no el dictamen y explicado las razones de la aceptación o del rechazo, si consideraba que se había emitido o no conforme a la prescripción del Art. 716, pero se limitó a aprobarlo por cuanto no fue objetado a tiempo, sin referencia alguna a las circunstancias de los citados Arts. 721 y 723. En esa omisión tuvo su origen, pues, el error de derecho.

El demandante, no obstante que en su exposición no se ajustó estrictamente a la forma prescrita por el Art. 531, alegó, según lo ordena el Art. 520, sobre la violación de la ley como consecuencia de la errada apreciación de la prueba pericial. Señaló, en efecto, las fallas del avalúo, y tan graves, que los mismos peritos —según confesión escrita—no tuvieron dato ni elemento alguno que lo fundara, de modo que fue arbitraria la fijación de los perjuicios materiales, y en cuanto a los morales, sin discriminación alguna respecto a subjetivos y objetivados, violando así la norma que fija los requisitos del dictamen (Art. 716), y señaló igualmente la omisión en que incurrieron tanto el Juez como el Tribunal —quienes, en sus fallos, guardaron silencio absoluto sobre los motivos que los indujeron a acoger de plano el dictamen, violando igualmente los Arts. 721, 722 y 723 del estatuto procesal civil (a los cuales corresponde el Art. 268 del procesal penal citado en la demanda). El demandante, por lo vis-

to, demostró el error de derecho y las normas procesales violadas al cometerlo.

No mencionó, es cierto, la norma sustantiva infringida (los Arts. 95 C. P. y 2375 C. C. por ejemplo), pero si esa omisión —según la doctrina de la casación civil— priva de eficacia el recurso, ella no puede acogerse en casación penal, en la cual confluyen y juegan intereses de orden público, distintos de los de orden privado que informan la casación civil. La acción para la reparación de perjuicios, no obstante que en algunas de sus etapas procesales se rige (equivocadamente) por las normas de la civil, es acción mixta en el más amplio de los conceptos, ya que —por cuanto persigue el reconocimiento de determinadas consecuencias del delito— bien puede ser considerada como pública.

Comprobado, pues, el error de derecho en la apreciación de la prueba pericial, prospera el recurso, debe casarse en ese aspecto la sentencia y, en consecuencia, dictar condena en abstracto para que —de conformidad con el art. 553 del estatuto procesal civil— se haga la liquidación de perjuicios.

d) El fallo

Del estudio anterior se derivan las siguientes conclusiones, que han de informar la parte dispositiva del fallo:

a) El avalúo de perjuicios comprende los materiales (patrimoniales y personales) y los morales (objetivos y subjetivos), los que deben ser fundados en datos concretos y afirmados en el proceso y explicados con precisión, exactitud y claridad, y, como en el caso presente, en consideración —según el Art. 2357 C. C.— al motivo (provocación grave e injusta de parte de los lesionados) que impulsó al responsable a la infracción;

b) El Juez y el Tribunal, a riesgo de incurrir en error de derecho en la apreciación de la prueba, están obligados a exponer, con claridad y precisión, las razones que pudieron haber tenido para acoger el dictamen pericial como lo prescribe el Art. 159 (d) del estatuto procesal penal, y

c) La comprobada violación de las normas sobre forma y contenido del dictamen y sistema de apreciación de dicha prueba, configuran el error de derecho que funda la causal primera de casación.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y considerado el concepto del Procurador Delegado en lo Penal,

Resuelve:

a) **Casar** —como en efecto la casa— la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá, del diez de mayo del año pasado, por medio de la cual condenó a ANIBAL NIÑO ECHEVERRIA a pagar, a título de reparación de perjuicios, a Roberto y Maximiliano García, las sumas de novecientos setenta y cinco y mil trescientos cuarenta pesos, respectivamente;

b) **Declarar desierto** el recurso contra la misma sentencia —como en efecto lo declara— en cuanto el Tribunal condenó a Niño a la pena de siete y medio meses de arresto por el delito de lesiones en las personas de los nombrados Roberto y Maximiliano García, y

c) **Condenar** —como condena— a ANIBAL NIÑO ECHEVERRIA al pago de los perjuicios causados por el mencionado delito, los que deberán ser liquidados mediante el procedimiento del Art. 553 del estatuto procesal civil.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION EN LOS JUICIOS POR JURADO — LAS PARTES PUEDEN PRESENTAR PRUEBAS DURANTE LA AUDIENCIA PUBLICA — REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION — CUANDO PUEDE CONSIDERARSE QUE UNA RIÑA ES IMPREVISTA Y CONSTITUYE POR LO TANTO UNA CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA EN LOS CASOS DE HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES — DIFERENCIA ENTRE VEREDICTO CONTRADICTORIO Y VEREDICTO CONTRARIO ALA EVIDENCIA DE LOS HECHOS

1—Si el veredicto es contrario a la evidencia procesal —veredicto contraevidente— sólo en las instancias del juicio puede tratar de subsanarse tal fallo, haciendo el Juez uso de la facultad que le confiere el artículo 537 del Código citado, declarándolo contrario a la evidencia de los hechos y convocando nuevo jurado, cuya decisión es definitiva. Pero tal cosa no puede hacerse en este recurso extraordinario de casación, porque la ley no ha consagrado entre las causales propias del recurso, la de ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos lo cual significa —como ya se dijo— que tal declaratoria es atribución exclusiva de los juzgadores de instancia.

2—No hay disposición procedimental dentro de la rama penal que prohiba a las partes presentar las pruebas que consideren convenientes durante la audiencia pública.

3—Repetidas veces ha sostenido la Corte que cuando en casación se alega una causal, el deber del demandante no se reduce a enunciarla sino a demostrarla; es decir, que debe determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones que se consideran violadas por el juzgador de instancia.

Cuando la demanda es incompleta, deficiente, o no tiene los requisitos de técnica propios del recurso extraordinario de casación, la Corte no puede tomar el lugar del demandante, para suplir su pensamiento, llenar los vacíos y defectos de la demanda, haciendo el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida tengan el carácter de perjudiciales para el acusado.

4—Bien sabido es que la imprevisibilidad de la riña es lo que da al homicidio o a las lesiones, dentro de ella causados, el carácter de circunstancias modificadoras de que trata el artículo 384 del Código Penal. La riña asume los caracteres de imprevista cuando se presenta de modo tan inesperado y casual que el combatiente no haya tenido tiempo para presumir siquiera su ocurrencia porque lógicamente ella —la riña— dentro de normales circunstancias no debía producirse. Por manera que no puede considerarse imprevista la riña para el que en cualquier forma la suscitare o para quien habiendo podido evitarla incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda.

Habrá homicidio y lesiones personales cometidos en riña imprevista, cuando el combate singular que produjo esos resultados, ocurrió sorpresivamente para el acusado, de tal suerte que ni el tiempo, ni el lugar, ni la circunstancia del momento le hicieran temer o esperar ese choque violento con la víctima. La riña imprevista, en una palabra, coloca al individuo dentro de un suceso fortuito que lo pone en trance de tener que aceptar un combate singular que, en otras normales circunstancias, hubiera seguramente rechazado.

5—Tratándose de una circunstancia modificadora, es al Jurado en su caso a quien corresponde responder y precisar este aspecto de la cuestión del hecho punible en cuanto se refiere a la responsabilidad. De tal suerte que cuando el Jurado no expresa con toda claridad la circunstancia de imprevisión de la riña, y sólo, como en el caso que ocupa a la Corte, habla de "riña y en momentos de ser agredido de hecho", esta última situación tan sólo alcanza a transformarse en circunstancia de menor peligrosidad.

6—Una cosa es el veredicto contradictorio, objeto de la causal 7ª de casación, y otra distinta el veredicto contraevidente. La contradicción se refiere a lo inconciliable de los términos del propio veredicto, a las expresiones usadas por los jueces de conciencia, mientras que la contraevidencia se relaciona con el conjunto de pruebas del proceso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia fechada el día 27 de julio del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó al señor Rafael Hernando Villate Díaz, a cumplir la pena de doce años de presidio, más las accesorias consiguientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Aristipo Parrado.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el señor defensor del procesado, y en su debida oportunidad formuló la correspondiente demanda, la cual se pasa a resolver.

Hechos

En la noche del 7 de agosto de 1946 los señores José del Carmen Ramírez, Ricardo Sánchez, Lilia Ospina, Elena Posada y Aristipo Parrado se encontraban en el establecimiento coreográfico que el señor Manasés Parrado mantenía en el Municipio de Pandi, como lugar de diversión en las festividades que en aquellos días se celebraban en dicha población. Al llegar al establecimiento citado las personas prenombradas encontraron en la puerta al señor Ernesto Caicedo, quien quiso impedirles la entrada sin resultado. Dentro del coreográfico se encontraba en compañía de algunas muchachas Rafael Hernando Villate Díaz quien había llegado con Cifuentes; éste —aconsejado por Villate— se dirigió a José del Carmen Ramírez exigiéndole le cediera la muchacha con quien bailaba, a lo cual accedió Ramírez; éste quiso posteriormente recuperar su pareja pero Cifuentes no consintió, motivo por el cual hubo un corto duelo verbal y Rafael Hernando Villate dió a Ramírez una bofetada que lo hizo sangrar y caer al suelo; acto continuo siguió un amago de riña, incidente que se liquidó con el abandono que del coreográfico hizo Villate acompañado de Cifuentes. Luego de salir, Villate se dirigió a la tienda de Miguel Antonio Velásquez y allí compró por la suma de tres pesos, un cuchillo, regresando hacia el establecimiento de Manasés con el fin de hallar una mujer con quien satisfacer sus deseos sexuales. Aristipo Parrado y sus compañeros —Ramírez y Sánchez— ya habían dejado el mencionado establecimiento y se dirigían hacia el centro del pueblo, pero por el trayecto se encontraron con Villate e inmediatamente se empeñaron en ultrajes y desafíos, al parecer provocados por Villate; allí apareció un personaje no indentificado que pretendió darse puños con Villate, circunstancia que éste aprovechó para arremeter contra Aristipo Parrado, dándole una puñalada en la parte inferior del epigástrio, ocasionándole heridas de naturaleza mortal que produjeron la muerte del ofendido pocos momentos después de haberlas recibido.

El proceso

Adelantada la correspondiente investigación, el señor Juez Cuarto Superior de Bogotá en providencia de 8 de noviembre de 1946, llamó a responder en juicio, por los trámites en que el Jurado interviene, al procesado Rafael Hernando Villate como responsable del delito de homicidio —asesinato— deduciendo las circunstancias de premeditación, alevosía y asechanza, perpetrado en la persona de Aristipo Parrado.

El auto de proceder dictado por el Juzgado fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de 10 de abril de 1947, reformándolo únicamente en el sentido de suprimir las circunstancias de premeditación, alevosía y asechanza, es decir considerando el homicidio como simplemente intencional sin modalidades que lo agravaran o atenuaran.

Adelantado el juicio, el señor Juez del conocimiento, teniendo en cuenta lo determinado en el auto de proceder, le sometió al jurado el siguiente cuestionario:

"El acusado RAFAEL HERNANDO VILLATE DIAZ es responsable de haber dado muerte a ARISTIPO PARRADO por medio de herida penetrante del abdomen, hecha con instrumento corto-

punzante (cuchillo), hecho que tuvo su realización en las horas de la noche del siete (7) de agosto de mil novecientos cuarenta y seis (1946), dentro del perímetro urbano de la población de Pandi, de la comprensión de este Distrito Judicial?".

Contestó a esta pregunta el Tribunal Popular con la siguiente respuesta: "Sí, pero en riña y en momentos de ser agredido de hecho".

Con base en el veredicto anterior, tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal aplicaron al acusado la pena establecida por el artículo 362 del Código Penal en armonía con los artículos 34, 36 y 37 ibidem.

Demanda de casación

El demandante alega, como causales de casación, la 1ª, 2ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, agregando que también "el veredicto puede hallarse en el caso del numeral 7º del mismo artículo citado".

Como el recurrente en su demanda se refiere extensamente a la causal segunda alegada, pues considera que las pruebas que el proceso exhibe no dan fundamento para una sentencia condenatoria contra su defendido, se estudiará de preferencia esta causal para seguir el orden lógico traído por el señor Procurador.

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

Refiriéndose a esta causal el recurrente sintetiza así el cargo contra la sentencia recurrida en casación:

"La aplicación de esta causal de casación tiene vigencia de necesidad en los procesos penales que terminan con el veredicto del Jurado de Conciencia, precisamente cuando, como en el presente caso, dicho veredicto es oscuro o se presta a dudas en su aplicación e interpretación. En estos casos, el fallador tiene que hacer un análisis muy detenido de la prueba, acomodando su interpretación a las oscuridades del veredicto o a las dudas que éste suscite, para llegar a una conclusión que, como en el caso que nos ocupa, rechaza en su totalidad el verdadero sentido de las conclusiones de los Jueces de Hecho".

Y más adelante agrega:

"Al redactar la sentencia, el señor Juez de Derecho, ante la evidente oscuridad del veredicto, hizo un detenido análisis de la prueba dándole a la interpretación o apreciación de los hechos un valor probatorio que no tienen, negándoles a otros el valor demostrativo que sí tienen y resultando entre los hechos extremos una evidente contradicción, como acabamos de verlo en el análisis de la defensa. Por eso es pertinente casar la sentencia con fundamento en el numeral 2º del art. 567 cuya transcripción inicia esta segunda parte del alegato que suscribo".

Se considera:

Como en tantas oportunidades lo ha repetido esta Sala de la Corte, en los juicios con intervención del Jurado la sentencia necesariamente tiene que dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate (Art. 480 del C. de P. P.), sin que pueda apartarse del veredicto porque entonces incurriría en la causal 3ª de casación por estar la sentencia en desacuerdo con lo resuelto por el Tribunal popular.

Si el veredicto es contrario a la evidencia procesal —veredicto contraevidente— sólo en las instancias del juicio puede tratar de subsanarse tal fallo haciendo uso el Juez de la facultad que le confiere el artículo 537 del Código citado, declarándolo contrario a la evidencia de los hechos y convocando nuevo jurado, cuya decisión es definitiva. Pero tal cosa no puede hacerse en este recurso extraordinario de casación porque la Ley no ha consagrado entre las causales propias del recurso la de ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, lo cual significa —como ya se dijo— que tal declaratoria es atribución exclusiva de los juzgadores de instancia.

Por lo tanto, la causal 2ª no puede prosperar.

Causal 1ª—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

El recurrente sustenta así esta causal:

"Se ha aplicado erróneamente la ley penal al deducirle al sentenciado una agravación excesiva de la pena impuesta, fundándose en la existencia comprobada de antecedentes judiciales en su contra que acreditan, según el fallador, la peligrosidad social del responsable.

"A este respecto es necesario advertir que durante la instrucción del sumario y mientas fue posible allegar pruebas al expediente de acuerdo con las normas del procedimiento, no se comprobaron en forma alguna los referidos antecedentes....

"Solamente durante la vista pública el apode-

rado de la Parte Civil allegó varias copias, auténticas a la vista, en las cuales se transcriben sentencias en contra de Rafael Hernando Villate. Estas pruebas no fueron introducidas al expediente en la forma que lo señala la ley, y por consecuencia lógica no pueden ser tenidas en cuenta para el fallo".

Se considera:

Al adaptar la pena que debía corresponderle al procesado Villate Díaz, tanto el Juez del conocimiento como el Tribunal hicieron mención expresa de su mala conducta anterior, por haber incurrido con anterioridad en condenas judiciales.

El fallo del Juzgado, confirmado por el Tribunal, dice en lo referente a la peligrosidad del acusado, lo siguiente:

"Dispone el artículo 36 del mismo código que la sanción debe estar regulada "según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañan y la personalidad del agente". En relación con este último tema, ya se dejó dicho en el "Resultando Séptimo" como Rafael Hernando Villate es un hombre sensiblemente peligroso; no otro calificativo merece el que hiere a sus guardianes por el solo hecho de ser tales, como sujeto peligroso debe tenerse el que en diligencia de careo insulta y arremete a puñetazos contra el declarante que lo identifica y también a aquel que se echa a la espalda el respeto debido a toda autoridad legitimamente constituída e insulta en términos no sólo descomedidos sino "del más grueso calibre" al Alcalde que adelanta la investigación y lo amenaza de muerte".

Y el Tribunal, en relación con el mismo asunto dice que el acusado "ha sido sumariado dos veces, una por cuenta de la Alcaldía de Fusagasugá por el delito de violencia carnal y que duró detenido siete meses y la otra vez, estuvo detenido durante dieciocho meses en las cárceles de esta ciudad por el delito de hurto".

"Aparecen las copias, expedidas por el Juzgado Municipal, en donde se constata que el acusado fue sumariado por hurto, en virtud de denuncio formulado por Francisco Díaz. También aparece otra constancia contra el mismo, por hurto, por denuncio presentado por Luis Muñoz y una copia de la sentencia, del nueve de febrero de 1945, proferida por el Juez Municipal de Fusagasugá, en donde se le condena a nueve meses de prisión, la que fue confirmada por el Juzgado del Circuito el 23 de junio de 1945".

Lo anterior está indicando que tanto el Juez de primera instancia, como el Tribunal encontraron base legal suficiente para considerar la peligrosidad del acusado por su mala conducta anterior. Sin que sea valedero el argumento del recurrente consistente en que dichas pruebas —las sentencias— no han debido tenerse en cuenta por haber sido presentadas por la Parte Civil en la audiencia pública; pues, no hay disposición procedimental dentro de la rama penal que prohiba a las partes presentar las pruebas que consideren convenientes durante la audiencia pública.

No prospera, pues, la causal primera.

Causales 3ª y 7ª.—Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado, y haberse dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

El recurrente sustenta estas causales así:

"El Jurado aceptó la existencia de la riña imprevista. Pero ante la ignorancia de las fórmulas jurídicas de expresión no consideró importante incluir en el veredicto la palabra "imprevista" que seguramente hubiere desterrado la oscuridad de su fallo. Sin embargo, convencido el Tribunal de Conciencia de la ninguna responsabilidad del actor, agregó la frase "en momentos de ser agredido de hecho", cuyo sentido literal y cuyo espíritu nos demuestran que el Jurado aceptó a favor de Rafael Hernando Villate la exculpación de la legítima defensa que exime por completo de responsabilidad. Porque es claro que si Villate hirió de muerte en el momento de ser agredido de hecho, obró en legítima defensa, puesto que agresión de hecho es aquella que se realiza para vulnerar el cuerpo del adversario en materia grave, poniendo en inminente peligro la integridad y la vida del agredido.

"Es pues pertinente aceptar la exculpación total de la legítima defensa a favor de mi defendido, interpretando literalmente el veredicto".

"Pero si quiere entenderse que la legítima defensa no fue aceptada por el Juez de hecho, por lo menos es imperativo aceptar la riña imprevista, puesto que los términos "riña" y "Agresión de hecho" al concurrir en el veredicto se complementan para producir en el peor de los casos la atenuación subsidiaria que solicito en estricta justicia".

Y en cuanto a la causal 7ª, dice:

"Por último, si la oscuridad del veredicto es insalvable, se hace evidente que dicho veredicto

es contradictorio porque por una parte acepta la atenuación de la responsabilidad y por otra acepta también la exculpación total. En este caso sería necesario declarar la causal de casación que se encuentra en el numeral 7º del mismo art. 567 del C. de P. P. tantas veces citado".

Se considera:

Como lo anota el señor Procurador, en lo tocante a los motivos enunciados con base en las causales tercera y séptima, el recurrente olvidó analizar lo relacionado con estas materias, lo que impide que oficiosamente la Corte pueda entrar a hacer un estudio a fondo sobre el particular.

Repetidas veces ha sostenido esta Sala que cuando en casación se alega una causal, el deber del demandante no se reduce a enunciarla sino a demostrarla; es decir que debe determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones que se consideran violadas por el juzgador de instancia.

Cuando la demanda es incompleta, deficiente, o no tiene los requisitos de técnica propios del recurso extraordinario de casación —como en este caso— la Corte no puede tomar el lugar del demandante, para suplir su pensamiento, llenar los vacíos y defectos de la demanda haciendo el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida tengan el carácter de perjudiciales para el acusado.

En el caso a estudio en manera alguna puede aceptarse que al decir el jurado en su veredicto que el acusado obró, al cometer el delito, "en riña y en momentos de ser agredido de hecho" debe darse aplicación, para efectos de la sanción, a lo dispuesto por el artículo 384 del Código Penal.

Bien sabido es que la imprevisibilidad de la riña es lo que dá al homicidio o a las lesiones, dentro de ella causados, el carácter de circunstancia modificadora de que trata el artículo anteriormente citado. La riña asume los caracteres de imprevista cuando se presenta de modo tan inesperado y casual que el combatiente no haya tenido tiempo para presumir siquiera su ocurrencia porque lógicamente ella —la riña— dentro de normales circunstancias no debía producirse. Por manera que no puede considerarse imprevista la riña para el que en cualquier forma la suscitare o para quien habiendo podido evitarla incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda.

Habrá homicidio y lesiones personales cometidos en riña imprevista, cuando el combate singular que produjo esos resultados, ocurrió sorpresivamente para el acusado, de tal suerte que ni el tiempo, ni el lugar, ni la circunstancia del momento le hicieran temer o esperar ese choque violento con la víctima. La riña imprevista, en una palabra, coloca al individuo dentro de un suceso fortuito que lo pone en trance de tener que aceptar un combate singular que, en otras normales circunstancias, hubiera seguramente rechazado.

En el caso de autos ninguna de las partes solicitó al Jurado el reconocimiento de la riña imprevista, probablemente por falta de prueba para sustentarla. En cambio el señor Fiscal en su exposición ante el tribunal popular solicitó contestaran el cuestionario afirmando simplemente la responsabilidad, "porque no existe la menor circunstancia atenuativa"; y que tampoco podía colocársele en la circunstancia del artículo 28 del C. P. "ya que él fue el provocador. No hay ira, ni riña imprevista". En efecto, los hechos señalan al acusado Villate Díaz como el individuo que buscó camorra a los del grupo de Parrado cuando con ellos se encontró en la calle y los desafió a la molestia, después de haberse provisto del cuchillo con que cometió el homicidio. De tal suerte que el acusado fue el provocador de la contienda, cuestión que impide calificar la riña de imprevista para Villate Díaz. Esto explica el por qué el jurado consignó en su veredicto el simple hecho de la riña, absteniéndose de calificarla de imprevista.

Ahora bien: tratándose de una circunstancia modificadora es al Jurado en su caso a quien corresponde responder y precisar este aspecto de la cuestión del hecho punible en cuanto se refiere a la responsabilidad. De tal suerte que cuando el Jurado no expresa con toda claridad la circunstancia de imprevisión de la riña, y sólo como en el caso que ocupa a la Corte habla de "riña y en momentos de ser agredido de hecho" esta última situación tan sólo alcanza a transformarse en circunstancia de menor peligrosidad, que los juzgadores de instancia así la consideraron al proferir sus fallos.

Lacónicamente alega el recurrente que el acusado obró en legítima defensa de su integridad personal, y esta causa justificativa la pretende deducir del contenido del veredicto pronunciado por el Jurado. "Debe aceptarse —dice— la exculpación total a favor del sindicado admitiendo que

el veredicto significa la declaración de que Villate obró en legítima defensa".

Como atrás se dijo el Jurado afirmó la responsabilidad del acusado en el homicidio, sólo que consideró que había obrado en riña y en momentos de ser agredido. Esta modalidad del veredicto en manera alguna significa que la voluntad del Juri hubiera sido la de absolver al acusado por considerar que había obrado en legítima defensa. Por el contrario, la manera como la decisión del jurado está concebida, indica claramente que la legítima defensa quedó excluída, no obstante los esfuerzos que los defensores de Villate hicieron en la audiencia pública con miras de obtener esa declaración.

Ya se ha dicho que la legítima defensa es la reacción proporcionada contra una agresión injusta, actual y no provocada por el que se defiende, para proteger un derecho o un bien legitimamente tutelado que se halla en peligro. Y para que esta causal de justificación pueda aceptarse como existente es indispensable que concurran los elementos o condiciones que la estructuran, o sea, una agresión injusta y actual que ponga en peligro un derecho, y que exista proporcionalidad entre la agresión y la reacción.

Tratándose de procesos con intervención de jurado, el veredicto debe contener todos los elementos que integran la causal, ya sea reconociendo los hechos que la constituyen, o bien por la aceptación clara da la figura, pues sólo así el Juez de derecho puede acatarla y dictar la sentencia de acuerdo con el veredicto. En el presente caso, el jurado descartó la legítima defensa alegada en la audiencia por los defensores de Villate, aceptando, en cambio, que éste había obrado en riña y en momentos de ser agredido de hecho, modalidad que no contiene los elementos que estructuran la legítima defensa y que, por lo tanto, no podía el Juez de derecho tomarla como base para pronunciar su sentencia.

En relación con la causal 7ª, el recurrente dice: "Por último si la oscuridad del veredicto es insalvable, se hace evidente que dicho veredicto es contradictorio porque por una parte acepta la atenuación de la responsabilidad y por otra acepta también la exculpación total. En este caso sería necesario declarar la causal de casación que se encuentra en el numeral 7º del mismo Art. 567 del C. de P. P. tantas veces citado".

En cuanto al veredicto contradictorio, de que habla el recurrente, nada tiene de tal el que calificó los hechos, ya que las contestaciones del jurado son claras y exentas de antagonismo entre sí. Ellas afirman la responsabilidad del acusado y la adición que contienen en cuanto a que los hechos delictuosos fueron cometidos por Villate Díaz, "en riña y en momentos de ser agredido de hecho", apenas constituye una circunstancia de menor peligrosidad, que no contradice la situación jurídica sustancial reconocida en el veredicto.

No debe olvidarse que una cosa es el veredicto contradictorio, objeto de la causal 7ª de casación, y otra distinta el veredicto contraevidente. "La contradicción se refiere a lo inconciliable de los términos del propio veredicto, a las expresiones usadas por los jueces de conciencia, mientras que la contraevidencia se relaciona con el conjunto de pruebas del proceso".

Estas breves consideraciones son suficientes para concluir que las causales 3ª y 7ª invocadas tampoco prosperan.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Enrique A. Becerra, Conjuez. Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

PARA QUE LA DEFENSA SEA LEGITIMA DEBE SER CLARA, OBJETIVA Y SUBJETIVAMENTE — NO SIEMPRE QUE UNA RIÑA ES PRECEDIDA DE OFENSAS O DE INJURIAS CONTRA EL AUTOR DEL ATENTADO CONTRA LA VIDA O CONTRA LA INTEGRIDAD PERSONAL, CONCURRIRAN SIMULTANEAMENTE LAS DOS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD: LA RIÑA IMPREVISTA Y LA IRA O EL GRAVE E INTENSO DOLOR

1—En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que para que la defensa sea legítima, debe ser clara, objetiva y subjetivamente, y que cualquier matiz que la perturbe o haga borrosa u oscura, no le da esa apariencia favorable para quien la alega, sino que por el contrario, es demostrativa de que esa actitud justificable no existió.

2—Los postulados de la legítima defensa son los que se deducen del contenido del artículo 25 del Código Penal, es decir, que haya una violencia o un ataque injusto contra un derecho legítimamente protegido; que esa violencia sea actual e inminente; y, finalmente, que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se exige que se esté en presencia de una violencia injusta contra un derecho legítimamente protegido, porque no puede haber legitimidad en la defensa cuando el que la alega no se encuentra en aquellas condiciones de legalidad que le dan una situación jurídica favorable al ejercicio de ese derecho, como ocurriría respecto de quien primero ofende y ataca el derecho ajeno protegido por la ley.

Se requiere la actualidad e inminencia de la agresión injusta, porque antes de que ésta aparezca, no existe peligro para el bien o el derecho que se quiere proteger o también, porque cuando ha cesado ese peligro, su ejercicio es completamente innecesario.

Finalmente, debe haber proporción entre la agresión y la defensa, puesto que lo que justifica el ejercicio de ésta es precisamente la necesidad de repeler la violencia o el ataque al derecho legítimo, y esta necesidad está circunscrita a los límites de lo indispensable y suficiente para conseguir ese resultado, de suerte que, si se traspasan esos límites, se convierte en un exceso que la ley no autoriza, sino que sanciona, si bien en forma atenuada por las circunstancias en que actúa el agente.

3—No basta que una riña sea precedida de ofensas o de injurias contra el autor del atentado contra la vida o contra la integridad personal, para que a los hechos concurran simultáneamente dos atenuantes especiales de la responsabilidad: la ira o el intenso dolor por grave e injusta provocación, y la riña imprevista. La tesis contraria es demasiado general, porque hay casos en que la ofensa o la provocación no es más que la causa generadora de la riña y carece de capacidad para producir en el agente ese estado psíquico especial que constituye la ira o el intenso dolor, caso en el cual sólo la riña, cuando tiene los caracteres de imprevista, se estructura como elemento modificador de la responsabilidad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia fechada el ocho de septiembre del año pasado, condenó a Campo Elías Viracachá y a Julio Ortiz Flórez, como responsables del delito de lesiones personales porque fueron llamados a juicio en este proceso, a la pena principal de diez y ocho meses de presidio y multa de doscientos cincuenta pesos moneda corriente, y dos meses de arresto y multa de diez pesos, respectivamente.

Contra esta sentencia, el defensor de Campo Elías Viracachá, interpuso el recurso de casación con base en las causales segunda y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

Aparece del proceso, que en la tarde del día veintidos de julio de mil novecientos cuarenta y seis, los afiliados al sindicato de trabajadores de las haciendas denominadas "Calandaima" y "Buena Vista" verificaron una reunión en un local ubicado dentro de la primera de las haciendas nombradas, ambas en comprensión del municipio de Viotá y terminada la reunión, algunos de los concurrentes se quedaron en el mismo lugar dedicados a ingerir licores. Entre estas personas se encontraban Julio Ortiz Flórez y Campo Elías Viracachá y como el primero se diera a la tarea de ofender de palabra al segundo, en forma injustificada, éste le respondió en los mismos términos y en seguida, previo mutuo desafío, desenfundaron sus peinillas o machetes y se acometieron, lesionándose ambos.

Por estos hechos, Julio Ortiz Flórez y Campo Elías Viracachá, fueron llamados a juicio por el delito de lesiones personales. Tramitada la causa, en la sentencia de primera instancia los dos procesados fueron sentenciados por la infracción porque se les llamó a juicio, reconociendo que Viracachá había actuado con la concurrencia de la circunstancia de atenuación de la riña imprevista. La sentencia del Juez del Circuito, fue confirmada por el Tribunal en todas sus partes, quedando en firme las sanciones principales impuestas a los procesados en equella sentencia.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario al contestar el traslado, solicita que no se case el fallo recurrido, pues no están probadas las causales alegadas ni pueden prosperar en presencia del contenido probatorio que arroja el expediente.

Debe, pues, la Corte, entrar a estudiar las causales invocadas en la demanda, siguiendo el orden en que las presenta el actor.

Causal segunda

Errada interpretación e indebida apreciación de los hechos

Afirma el demandante, que tanto el señor Juez del Circuito de la Mesa como el Tribunal, desecharon la legítima defensa que se demostró en el proceso, no sólo con la confesión de Campo Elías Viracachá, sino con un número plural de declaraciones rendidas por las personas que presenciaron el desarrollo y consumación de los hechos, las cuales respaldan los dichos de aquél, en cuanto a la presencia de esa causal de justificación en el momento de lesionar a Ortiz Flórez.

El apoderado del procesado trascribe algunos apartes de la indagatoria de Viracachá y de los testimonios de varios declarantes, en orden a demostrar que los dichos de éstos corroboran las afirmaciones de su representado y concluye:

"El error en la interpretación de los hechos llevó a la indebida aplicación de la ley penal, bajo los aspectos planteados. El falso juicio, el erróneo razonamiento palpitan en la sentencia recurrida, en la cual, sólo como al desgaire se toca el punto capital de la defensa legítima planteada, sostenida y acreditada plenamente en el proceso...".

Se considera:

El procesado Campo Elías Viracachá, en su declaración indagatoria, dice lo siguiente:

"Estábamos nosotros ahí tomando cerveza y entonces de golpe entró el mono Julio tratándome mal y no me acuerdo si fué que yo le dí una cerveza y la cogió y la golpeó contra el mostrador y decía que no se la tomaba y me trataba mal, me decía que era un pendejo, desgraciado, jijueputa y me arrió la vieja, entonces ahí si nos agarramos y me salí para afuera huyéndole y él se asomó hasta la puerta y con la peinilla en la mano por detrás y entonces otra vuelva tratándome mal, me trataba sumamente mal y me tiró un machetazo y claro yo tenía una mochita y se la puse así de plano cuando me tiró el machetazo y se corrió la peinilla y me cortó en el brazo derecho, por tres veces, aquí están mire (muestra el brazo y tiene señales de tres cortadas, hechas con instrumento cortante), juntos nos tiramos peinilla ahí, pues claro, el hechándome (sic) y yo también le hechaba (sic), es que el viejo ese es muy atrevido y atuel mundo desafía y me desafió tres veces, yo tengo ahí testigos...".

En otros apartes de la misma indagatoria, Viracachá sostiene que quien primero lo ofendió de palabra y de obra, fué Ortiz Flórez y por eso, se agarraron a peinilla.

Varias personas presenciaron los hechos investigados en este proceso y todas están acordes, en que los mencionados Ortiz Flórez y Viracachá,

después de haberse ofendido de palabra la tarde de autos, se desafiaron a pelear y se atacaron con sus peinillas, causándose las lesiones que les fueron reconocidas. De todo ese acervo probatorio, se deduce que el provocador de los sucesos fué el primero de los nombrados, porque lanzó al segundo expresiones ofensivas, que éste contestó en la misma forma y después de esas ofensas verbales, se desafiaron y se lesionaron con las peinillas que portaban. De ese grupo de declarantes, sólo Bernardino Ripe, Jesús Rodríguez y Vicente Caicedo, puntualizan cuál de los contendores fué el primer agresor por vías de hecho. Por eso, es conveniente examinar esos testimonios, a fin de determinar esa circunstancia.

El declarante Bernardino Ripe (fl. 4 y v.), refiriéndose al comienzo de los hechos mediante agresiones de obra, dice:

"...Después el mono como ya estaba marraniando le dijo a Campo Elías, que berriondo y por último le dijo que jijueputa si quería pelear que fueran. Entonces Campo Elías, le dijo "está pago" y se salió y sacaron ambos la peinilla y Campo Elías le tiró un planazo al mono que se lo pegó en la frente. Comenzaron hay juntos ha echarsen peinilla, estando el mono adentro de la puerta donde estábamos y Campo Elías afuera en el corredor...".

Vicente Caicedo en la diligencia de careo con Ortiz Flórez (fl. 20), consigna esta respuesta a una pregunta del funcionario de instrucción: "...Pues yo me afirmo en lo que vide y nada más. El primero que le tiró sí fué con Campo Elías, pero cuando ya salieron para afuera ya ambos desenguardaron la peinilla. Campo Elías le tiró primero un planazo, porque el señor Julio Ortiz lo trató mal, diciéndole si quería pelear que saliera para afuera y de eso no tengo más que decir...".

Jesús Rodríguez en su testimonio (fl. 5), refiere que estaba arreglando las cuentas de un mercado, cuando oyeron una "volata", pero no le dieron importancia y a otro momento se presentó el mono Julio Ortiz y les dijo "mire como me cortó Campo Elías Viracachá, pero yo no peleo con él...". Agrega que, estaba tomando cerveza y oyó que Ortiz le decía a Campo Elías que "no fuera corrido jijueputa, que se entrara a ver si era tan macho, que quería matarlo..." y Campo Elías que estaba fuéra de la pieza, le contestaba que saliera afuéra y de un momento a otro sintieron el campanilleo de las peinillas...

De acuerdo con estas declaraciones, existe fundamento para sostener que el provocador de los hechos fue Ortiz Flórez y el primer atacante por medio de ofensas reales, Campo Elías Viracachá. Como ya se ha observado, las otras personas que presenciaron el desarrollo y consumación de los hechos, no determinan cuál de los contendores atacó primero a su contrario con peinilla, lo que no quiere decir que sus dichos estén en oposición con los de aquellos testigos que sí pudieron darse cuenta de esa circunstancia.

Otra consecuencia que se deduce de la indagatoria de Campo Elías Viracachá y de la versión de los hechos que dan todas las personas que los presenciaron, es la de que aquél no actuó en ellos, con la concurrencia de la circunstancia de la legítima defensa. Aún más, el procesado no se atreve a mencionar a favor suyo esa causal de justificación y los motivos que presenta como determinantes de su agresión a Ortiz Flórez mediante golpes de peinilla, los concreta diciendo que su actitud surgió de las ofensas de palabra y de los desafíos que le hizo y por eso, entraron en combate y mutuamente se atacaron con sus peinillas.

El relato que Viracachá hace sobre la forma como los sucesos se desarrollaron y consumaron, también excluye el motivo de justificación que se alega en la demanda y en los varios alegatos presentados por su defensor. Dicho procesado dice que sin causa justificada Ortiz Flórez lo ofendió de palabra y luégo lo desafió a pelear y como le aceptó el desafío y se salió de la pieza donde se encontraban, en la puerta de esta habitación se trabaron en riña. Lo que está predicando muy a las claras, que la actitud que en esos momentos asumió Viracachá no se debió propiamente al peligro de un ataque actual e inminente de parte de Ortiz, sino a que voluntariamente aceptó el desafío de éste, a resolver por medio de las armas la querella suscitada entre ellos. El caso sería distinto, si el reto no hubiera sido aceptado por el procesado y se hubiera visto en la necesidad de repeler a su contrario en defensa de su vida o de su integridad personal, pero esta modalidad de los hechos la excluyen todas las pruebas que obran en el proceso y especialmente, la circunstancia consistente en que Ortiz se hubiera quedado en la puerta de la habitación donde el combate se realizó, lo que permite deducir, que sin la iniciativa del prenombrado Viracachá, la lucha no se hubiera localizado en ese sitio.

Y si a lo anterior se agrega, que algunos decla-

rantes hacen a Viracachá el cargo de haber lesionado a Ortiz, antes de que los hechos asumieran la gravedad que posteriormente tuvieron, se suma un motivo más para rechazar la pretensión del demandante de que su representado actuó en los hechos que se le imputan en ejercicio del derecho de legítima defensa.

No corresponde, por lo tanto, a la realidad procesal, la afirmación que se hace en el libelo de que la legítima defensa alegada se halla demostrada en las diligencias informativas con la confesión del sentenciado y con las exposiciones de las personas que presenciaron los hechos. Es verdad que, en la sentencia materia del recurso, la modalidad de justificación invocada, no se analiza ni se estudia en forma adecuada, pero el concepto que a ese respecto se consigna en tal fallo, no obstante su brevedad, sí es el que se desprende de las pruebas que arroja el informativo, porque todas éstas excluyen para el caso de autos la presencia en los hechos de la circunstancia de justificación que la demanda reclama para su poderdante.

Ya lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, que para que la defensa sea legítima, debe ser clara, objetiva y subjetivamente y que cualquier matiz que la perturbe o haga borrosa u oscura, no le da esa apariencia favorable para quien la alega, sino que por el contrario, es demostrativa de que esa actitud justificable no existió. (Casación de 25 de junio de 1948. G. J. números 2062-63, pág. 526).

Por lo demás, los postulados de la legítima defensa, son los que se deducen del contenido del artículo 25 del Código Penal, es decir, que haya una violencia o un ataque injusto contra un derecho legítimamente protegido; que esa violencia sea actual e inminente; y finalmente, que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se exige que se esté en presencia de una violencia injusta contra un derecho legítimamente protegido, porque no puede haber legitimidad en la defensa, cuando el que la alega no se encuentra en aquellas condiciones de legalidad que le den una situación jurídica favorable al ejercicio de ese derecho, como ocurriría respecto de quien primero ofende y ataca el derecho ajeno protegido por la ley.

Se requiere la actualidad e inminencia de la agresión injusta, porque antes de que ésta aparezca, no existe peligro para el bien o el derecho que se quiere proteger o también, porque cuando ha cesado ese peligro, su ejercicio es completamente innecesario.

Finalmente, debe haber proporción entre la agresión y la defensa, puesto que lo que justifica el ejercicio de ésta, es precisamente la necesidad de repeler la violencia o el ataque al derecho legítimo y esta necesidad, está circunscrita a los límites de lo indispensable y suficiente para conseguir ese resultado, de suerte que, si se traspasan esos límites, se convierte en un exceso que la ley no autoriza, sino que sanciona, si bien en forma atenuada por las circunstancias en que actúa el agente.

Y en el caso de autos, no puede sostenerse que existan legalmente probados los postulados de la legítima defensa. Ni la agresión injusta, ni la actualidad e inminencia de ésta ni la necesidad de repelerla, se deducen de autos en forma clara y precisa. Entre los contrincantes hubo una riña que mutuamente aceptaron y esta figura excluye la legítima defensa, porque los contendores tuvieron el propósito de lesionarse, de causarse daño, lo que no es propio de la causal de justificación que se examina, en la que el legítimo defensor no tiene ese propósito, sino el de tutelar el derecho legítimo injustamente atacado.

Por consiguiente, la causal de casación antes examinada, no puede prosperar.

Causal tercera

Desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder

Al sostener esta causal, el demandante se funda en que en el auto de proceder dictado por el Juez del Circuito de La Mesa y confirmado en todas sus partes por el Tribunal, se dice que los hechos "...fueron consumados en las circunstancias de una riña imprevista para Campo Elías Viracachá y provocada por Julio Ortiz Flórez, quien injurió grave e injustamente a aquél..."; que el Juez del Circuito, empleó el plural para señalar ambas circunstancias, la injuria grave e injusta y la riña imprevista y por consiguiente, éstas constituyen una ley del proceso y deben actuar como modificadoras de la responsabilidad del procesado, pero en la sentencia sólo se tuvo en cuenta la modalidad de la riña imprevista y esto dio lugar a una mala aplicación de la ley penal, ya que estando acreditadas ambas circunstancias, ha debido preferirse la más favorable al sentenciado,

imponiendo a éste la pena de seis meses y no la de diez y ocho meses que se le fijó en la sentencia.

Se considera:

La afirmación que hace el demandante, de que en el auto de proceder de primera instancia, se dijo que los hechos "...fueron consumados en las circunstancias de una riña imprevista para Campo Elías Viracachá y provocada por Julio Ortiz Flórez, quien injurió grave e injustamente a aquél...", corresponde a la realidad, porque es un hecho cierto, que el aparte transcrito está consignado en esa pieza del proceso. Pero no es exacto, que el Juez del conocimiento en ese aparte, hubiera consignado las dos circunstancias de atenuación de la sanción, que la ley penal denomina riña imprevista e ira o intenso dolor; tampoco ha sido exacto, al sostener que esta situación jurídica del procesado hubiera sido ratificada por el Tribunal al revisar por apelación ese proveído.

Ha habido por parte del demandante, una interpretación equivocada de tales piezas del proceso.

En el auto de proceder de primera instancia, se dice acerca del punto debatido.

"...y fueron consumados en las circunstancias de una riña suscitada de modo imprevisto para Campo Elías Viracachá y provocada por Julio Ortiz Flórez, quien injurió grave e injustamente a aquél, retándolo a pelear...".

De suerte que, este aparte lo que quiere decir es que los hechos punibles se consumaron con la concurrencia de las circunstancias propias de la riña imprevista, que provocó Ortiz Flórez mediante injurias graves e injustas, retándolo por este medio a pelear. Pero del aparte copiado, no puede deducirse, que el Juez del Circuito hubiera colocado a Viracachá, al ocasionar al nombrado Ortiz Flórez las lesiones que le fueron reconocidas, en presencia de las dos circunstancias alegadas por el demandante: ira e intenso dolor por grave e injusta provocación de parte de la víctima y riña imprevista. El Juez al añadir inmediatamente de la afirmación de la riña imprevista, la frase "quien injurió grave e injustamente a aquél, retándolo a pelear", sólo quiso explicar la forma de provocación empleada por Ortiz para hacerlo entrar en la riña, o sea, mediante injurias graves e injustas.

Y tan cierto es esto, que el mismo Juez del Circuito, doctor del Valle, al proferir sentencia condenatoria en el mismo proceso, refiriéndose a las circunstancias en que el delito se perpetró, afirma lo siguiente:

"en esas circunstancias que admite que Viracachá cometió el delito de riña suscitada de modo imprevisto, por lo cual queda favorecido con la previsión del artículo 384 del C. P. en cuanto a la disminución de la pena que básicamente le corresponde...".

En cuanto a la confirmación del auto de proceder de primera instancia por el Tribunal, de autos aparece que esta entidad en la parte resolutiva de su proveído de fecha trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, dijo:

"CONFIRMA en todas sus partes el proveído aquí revisado, por ser estrictamente legal".

Sin embargo, la forma como se termina la providencia de segunda instancia no implica que al procesado Viracachá se le hubiera colocado en la situación jurídica afirmada en la demanda. Todo lo contrario, en ambas providencias los funcionarios que las dictaron fueron muy claros a ese respecto y sólo reconocen a dicho sujeto la circunstancia de la riña imprevista. Acerca de este punto, pueden transcribirse algunos apartes del auto del Tribunal que confirmó el del Juez del Circuito, para que se vea cuál fue el pensamiento de los juzgadores:

"De las anteriores declaraciones así como de la confesión que en su indagatoria (fl. 12) y diligencia de careo (fl. 14) hiciera el procesado Campo Elías Viracachá, se desprende establecido que éste y no otro fue el autor de las lesiones inferidas a Julio Ortiz Flórez en la noche de autos, dentro de las circunstancias preanotadas, o sea en riña a la cual fue provocado por éste por medio de palabras injuriosas y aceptada y llevada adelante por el nombrado Viracachá, quien la promovió descargando sobre su contrincante el primer golpe de machete con el cual hubo de iniciarse de hecho aquélla".

Y más adelante, dice el Tribunal refiriéndose a un pedimento del Fiscal de la misma Corporación:

"Ese pedimento así hecho, en cuanto dice relación con la inexistencia de la riña, está en abierta contradicción con la relación de los hechos contenida en el mismo concepto, donde el señor Fiscal acepta estar demostrado que aquélla sí existió por cuanto los contendores se trabaron en combate singular a mano armada al cuál entraron voluntariamente previa provocación del ofendido Ortiz Flórez para su contrincante por medio

de palabras y frases ofensivas encaminadas a producir su enojo, suscitándose así el combate de modo imprevisto no obstante haber sido aceptado el mismo inmediatamente antes por causa de las mencionadas ofensas, y en esas condiciones resulta perfectamente claro que las referidas lesiones no quedan comprendidas entre las exceptuadas de la gracia de excarcelación por los artículos 406 del C. de P. P. y 4º de la ley 164 de 1938, ya que habrán de ser sancionadas no solamente por el artículo 375 del C. P., sino por éste y el 384, que resultan ser las disposiciones penales sustantivas transgredidas...".

En la sentencia contra la cual se interpone el recurso, el Tribunal sostiene los mismos puntos de vista, pues se le reconoce al procesado como atenuante especial de la responsabilidad, la circunstancia de la riña imprevista.

Posiblemente, el actor considera que basta que una riña sea precedida de ofensas o de injurias contra el autor del atentado contra la vida o contra la integridad personal, para que a los hechos concurran simultáneamente dos atenuantes especiales de la responsabilidad: la ira o el intenso dolor por grave e injusta provocación, y la riña imprevista. Esta tesis, es demasiado general, porque hay casos en que la ofensa o provocación, no es más que la causa generadora de la riña y carece de capacidad para producir en el agente ese estado psíquico especial que constituye la ira o el intenso dolor, caso en el cual, sólo se estructura como elemento modificador de la responsabilidad, la riña cuando tiene los caracteres de imprevista. Y esto, es lo que ocurre en el caso presente, que las ofensas sólo se apreciaron en el auto de proceder y en la sentencia, como el motivo determinante de la riña, pero no como una circunstancia distinta de ésta.

Lo menos que podría afirmarse, es que en el auto de proceder no se determina en forma clara y precisa, la circunstancia de la ira o el intenso dolor, pues en el mejor de los casos en esa pieza del expediente, sólo se enuncia la causa generadora de la atenuante, pero no el efecto producido en el ofendido, que es lo que legalmente constituye la causal aminorante de la responsabilidad.

Y si esto es así, si no ha sido precisada en el auto de proceder la causal de atenuación de la ira o el intenso dolor, ésta no podía tenerse en cuenta en la sentencia y resulta sin fundamento en los autos, la afirmación de que por ese motivo existe desacuerdo entre el auto de llamamiento a juicio y el fallo condenatorio de segunda instancia.

Por consiguiente, no hay desacuerdo entre la sentencia recurrida y el auto de proceder, y la causal tercera alegada, tampoco puede prosperar.

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, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha ocho de septiembre del año pasado, por la cual condena a Campo Elías Viracachá a la pena principal de diez y ocho meses de presidio y multa por valor de doscientos cincuenta pesos moneda corriente, como responsable del delito de lesiones personales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL—REQUISITOS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

1.—Las afirmaciones del peticionario y de testigos en el sentido de que es muy posible, dada la influencia social y política de los familiares del occiso, que los intereses de los procesados puedan sufrir menoscabo en la decisión de los jueces de conciencia que hayan de juzgarlos, no son razones suficientes para demostrar las circunstancias que exige el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

2.—Para los efectos legales, equivale a lo mismo contestar "es cierto el contenido de la pregunta", que la reproducción del texto de la misma, ambas cosas prohibidas por el artículo 239 del C. de P. P., porque lo que la ley quiere es que el testimonio humano sea la expresión de una realidad que el testigo debe producir en su declaración, dejando en ella su propia personalidad, su propia sensibilidad, y no que se limite a afirmar lo mismo que se le pregunta.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Para dar cumplimiento al artículo 58 del Código Procesal Penal, debe la Corte emitir el correspondiente concepto, para lo cual han sido remitidas estas diligencias por el Ministerio de Justicia.

El doctor Carlos Arturo Díaz pide al Gobierno Nacional el cambio de radicación del proceso contra Francisco D. y Jorge Alberto Murcia, por homicidio en la persona del señor Mateo Ruiz, cuyo expediente se encuentra radicado en el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Como razones para sustentar su petición, aduce las siguientes:

Que tanto el occiso como su padre, Leoncio Ruiz y demás familiares, pertenecen a un partido político distinto al de los procesados, lo que ha sido motivo a que al incidente, que no tuvo nada que ver con la política, se le haya dado ese carácter, resultando de ello que en el Muncipio de Ráquira, en donde fue consumado el delito, se han venido ejerciendo actos de violencia contra los señores Murcias, "tales como apedrearles sus casas, golpearlos, invadirles sus propiedades", etcétera, "en términos que dichos señores para defender sus vidas se vieron obligados a abandonar la población y propiedades en Ráquira, y establecerse lejos de allí sin que hayan podido volver a dicho Municipio.

Que, dada la influencia política de los familiares del señor Mateo Ruiz en la ciudad de Tunja, considera que "es muy difícil que el Jurado que va a juzgar a los señores Murcias, pueda gozar y disfrutar de verdadera independencia para proferir su fallo, siendo de temerse muy fundadamente que los elementos adictos a los señores Ruiz, presionen a dichos jueces y lleguen en el día del Jurado hasta intimidar no solamente a éstos sino a sindicados y defensores, debido al cariz político que se le ha querido dar a este homicidio coaccionando así el criterio imparcial de los jueces de conciencia e impidiéndoles dictar un veredicto que consulte las normas de la justicia, de la equidad y de la ley".

Para comprobar sus afirmaciones, el peticionario presenta los siguientes documentos:

a) Certificado del señor Juez Primero Superior de Tunja, en el cual consta que en su despacho cursa la causa seguida contra los señores Jorge y Francisco Domiciano Murcia, por el delito de homicidio, la cual se encuentra a disposición de las partes, en la Secretaría del Juzgado, para efectos del artículo 444 del Código Procesal Penal;

b) Declaraciones rendidas ante el Juez Tercero Penal Municipal de Bogotá, por los señores doctor Jorge Velásquez, Vicente Wilches, Danilo Rodríguez y Luis Alfredo Escallón, quienes absolvieron en ellas el interrogatorio que les fue propuesto, reproduciendo en su respuesta el texto de la pregunta, de manera conteste así:

"....."

"Al punto segundo del interrogatorio: Es cierto y me consta personalmente que el día dos de fe-

brero de mil novecientos cuarenta y seis se suscitó un disgusto entre los señores Jorge Alberto Murcia y Jorge Velosa, en el sitio denominado 'La Candelaria', en jurisdicción del Municipio de Ráquira y como consecuencia de ese incidente resultó muerto el señor Mateo Ruiz, cuñado de Jorge Velosa... Al punto 4º dijo: También es cierto que el señor Mateo Ruiz era un prestigioso jefe conservador en la provincia de Ráquira como en otros sitios de Boyacá en donde contaba con numerosos amigos debido a sus influencias políticas y a los servicios que le había prestado al partido conservador. Al punto 5º dijo: Es igualmente cierto que el señor Leoncio Ruiz, padre del occiso Mateo Ruiz, es otro prestante jefe político, miembro del Directorio Conservador de Ráquira y de influencia personal, política y social en todo el Departamento de Boyacá, lo mismo que su hijo Julio Ruiz, quien ha ocupado puestos importantes en Boyacá, entre otros los de Juez. Al 6º punto dijo: Es un hecho cierto porque me consta personalmente que debido a los hechos anteriormente narrados, el grupo político de los señores Ruiz, opuesto en ideas al de los señores Jorge Alberto y Francisco D. Murcia, ha venido ejerciendo en la población de Ráquira actos de violencia contra estos señores Murcia, tales como apedrearles sus casas, golpearlos, invadirles sus propiedades en términos que los han obligado ayudados por los Agentes de la Policía Nacional, División Boyacá, a dejar dicha población abandonando todas sus propiedades con el fin de poder conservar sus vidas. Al punto 7º dijo: En virtud de los hechos ya anotados y por el conocimiento que tengo de la influencia política, personal y social que los señores Ruiz, padre y hermanos del occiso ejercen en la ciudad de Tunja, no sólo entre los miembros de su partido, sino también entre la misma sociedad por sus numerosas relaciones, creo muy difícil que el Jurado que va a juzgar a los señores Murcia, pueda gozar y disfrutar de verdadera independencia para proferir su fallo y antes por el contrario temo mucho que los elementos adictos a los señores Ruiz presionen a dichos jueces y hasta lleguen el día del Jurado a tratar de ejecutar actos de intimidación contra los jueces, sindicados y defensores, por el cariz político que se le ha querido dar a este homicidio, coartando así el criterio imparcial de los jueces de conciencia e impidiéndoles poder dictar un veredicto que consulte las normas de la justicia, de la equidad y de la ley...". (Declaración del señor Vicente Wilches, fols. 6 y 7);

c) Certificado del mismo Juez Tercero Penal Municipal de esta ciudad, en que hace constar que los citados declarantes "son en su concepto, personas idóneas y hábiles para declarar en juicio y fuéra de él".

Se considera:

Es obvio que si el cambio de radicación de un proceso penal, del Distrito Judicial en donde el delito se cometió a otro, es un derecho concedido a los procesados fundado en razones de orden público y social, para que la justicia se administre en forma serena e imparcial, ese derecho debe sustentarse en motivos que lo justifiquen.

Las afirmaciones del peticionario y de los declarantes en el sentido de que, es muy posible que, dada la influencia social y política de los familiares del occiso, los intereses de los procesados puedan sufrir menoscabo en la decisión de los jueces de conciencia que hayan de juzgarlos, no son razones suficientes para demostrar las circunstancias que exige el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

"Cuando se invoca —ha dicho la Corte— como derecho la razón del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, es necesario la demostración de los motivos o circunstancias que justifiquen, aunque sea indirectamente, la necesidad del cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente. La simple enunciación de los hechos, sin comprobación alguna, no da base a la Corte para emitir concepto favorable. Ni basta que los declarantes afirmen que el procesado goza de muy pocas simpatías en el lugar en donde se le va a juzgar, ni menos cuando no explican las causas de sus afirmaciones, porque el cambio de radicación de un proceso no se justifica por los simples temores que un testigo consigne en su declaración. Las hipótesis y presunciones testimoniales sobre el hecho que la justicia no puede ser administrada rectamente, deben explicarse en el contenido de la misma declaración. Sólo así la Corte puede formarse un criterio exacto sobre los motivos que hacen conveniente el cambio de radicación, y mientras eso no se cumpla, el concepto no puede ser favorable". (GACETA JUDICIAL, Tomo LX, números 2032-2033, página 541).

La anterior doctrina de la Corte, bien puede ser aplicada al presente caso, puesto que, estudiada la prueba testimonial que se acompaña, el

dicho de los declarantes solamente expresa hipótesis y presunciones de que la justicia no pueda ser administrada rectamente, sin que se enumeren las circunstancias y los hechos que podrían probar aquellas afirmaciones meramente subjetivas de los testigos. Mientras esa prueba no se consiga, la Corte no podrá dar concepto favorable al cambio de radicación que se solicita, porque de no ser ello así, violaría su propia y reiterada jurisprudencia al respecto e incumpliría el exacto sentido del mandato del artículo 58 del Código Procesal Penal.

Por otra parte, fuéra de lo anterior, hay un hecho en las diligencias producidas para este cambio de radicación, que no debe dejarse pasar inadvertido, consistente en que tampoco podría considerarse idónea la prueba para alcanzar aquel propósito, si se tiene en cuenta que las declaraciones de los señores: doctor Jorge Velásquez, Vicente Wilches, Danilo Rodríguez y Luis Alfredo Escallón, fueron recibidas con violación flagrante del artículo 239 del Código antes citado, porque no otra cosa quiere decir que las afirmaciones de esos testigos no correspondan a sus propias percepciones y su propio criterio, pues que no hacen cosa distinta de vaciar el contenido mismo de la pregunta en la respuesta que dan, sin variación alguna, sin modificación en el contexto, como fácilmente puede establecerse al compararlas.

De tal manera que sus dichos no corresponden a la realidad objetiva que el declarante tiene que significar con su testimonio, para que éste merezca credibilidad, desde luego que, para los efectos legales, equivale a lo mismo contestar "es cierto el contenido de la pregunta", "que la reproducción del texto de la misma", ambas cosas prohibidas por el artículo antes citado, porque lo que la ley quiere es que el testimonio humano sea la expresión de una realidad que el testigo debe producir en su declaración, dejando en élla su propia personalidad, su propia sensibilidad, y no que se limite a afirmar lo mismo que se le pregunta.

Las anteriores consideraciones son bastantes para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— se abstenga, por ahora, de emitir concepto favorable al cambio de radicación que se ha solicitado por el señor apoderado de los procesados Francisco D. y Jorge Alberto Murcia.

Cópiese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. argüello R., Secretario.

REQUISITOS PARA QUE SEA PROCEDENTE LA EXTRADICION DE CONFORMIDAD CON EL ACUERDO VIGENTE ENTRE COLOMBIA Y EL ECUADOR

Las condiciones requeridas para que la extradición sea legalmente procedente, son —de conformidad con el Acuerdo de 18 de julio de 1911, suscrito por los Plenipotenciarios de Colombia y Ecuador— las siguientes:

a) Que el delito ejecutado por el extraditando se halle incluído entre los determinados en el Artículo II del Convenio;

b) Que se haya dictado auto de detención o sometimiento a juicio;

c) Que las pruebas de la infracción sean tales que la ley colombiana justificaría la detención o enjuiciamiento si el delito se hubiere cometido aquí:

d) Que el máximun de la pena imponible exceda de seis meses de privación de la libertad;

e) Que según la ley colombiana no haya prescrito la acción penal; y, finalmente,

f) Que a la solicitud de extradición se hayan anexado copias auténticas de la disposición penal infringida y de la providencia mediante la cual se decretó la detención o el enjuiciamiento.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe emitir, a petición de la Embajada del Ecuador, concepto sobre la extradición del ciudadano ecuatoriano **Tomás Ortega Rojas,** acusado de homicidio en la persona de Lucrecia Ortiz, delito cometido el día siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos en la ciudad de Tulcán.

Las condiciones requeridas para que la extradición sea legalmente procedente son —de conformidad con el Acuerdo de 18 de julio de 1911, suscrito por los Plenipotenciarios de Colombia y Ecuador— las siguientes:

a) Que el delito ejecutado por el extraditando se halle incluído entre los determinados en el Artículo II del Convenio;

b) Que se haya dictado auto de detención o sometimiento a juicio;

c) Que las pruebas de la infracción sean tales que la ley colombiana justificaría la detención o enjuiciamiento si el delito se hubiere cometido aquí;

d) Que el máximun de la pena imponible exceda de seis meses de privación de la libertad;

e) Que según la ley colombiana no haya prescrito la acción penal, y, finalmente,

f) Que a la solicitud de extradición se hayan anexado copias auténticas de la disposición penal infringida y de la providencia mediante la cual se decretó la detención o enjuiciamiento.

Las condiciones acabadas de mencionar se hallan cumplidas: en efecto, el Juez 2º del Crimen de la Provincia de Carchi abrió causa criminal contra Ortega Rojas, con base en graves indicios y confesión del procesado; las pruebas que fundaron la providencia respectiva la habrían también fundado si el delito se hubiera aquí cometido; el homicidio (asesinato), según el Art. 426 de la ley penal ecuatoriana, es sancionado con reclusión mayor extraordinaria (diez y seis años), y la acción penal no ha prescrito.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— emite concepto favorable a la extradición del ciudadano ecuatoriano **Tomás Ortega Rojas.**

Cópiese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAUSAL 2ª DE CASACION — REQUISITOS QUE DEBE TENER LA DEMANDA PARA QUE SE CONSIDERE FUNDADA ESTA CAUSAL

Cuando se invoca por lo menos una causal de casación, aunque no se la funda, no es el caso de declarar desierto el recurso, sino de desecharlo, porque entonces se trata del caso preciso del Art. 569 del C. de P. P., en vez del caso del art. 565.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de **Celiano Muñoz** formuló demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, del veintiuno de junio del año pasado, por la cual fué condenado a la pena de trece (13) meses de presidio por el delito de lesiones en Germán Castañeda, cometido en el Municipio de Algeciras el día veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

Sometido el recurso a las normas procesales pertinentes, y obtenido el concepto del Procurador Delegado, se procede a estudiarlo previa referencia a las normas y modalidades del delito.

Este, conforme a la versión del Fiscal del Tribunal al calificar el sumario, versión acogida en el auto de proceder y sentencia, uno y otra de segundo grado, se realizó en la forma siguiente:

"Según se deduce de las declaraciones de los testigos Rosa Tulia Moreno y María Antonia Gutiérrez, así como lo manifestado por los procesados, sucedió que el sábado 21 de julio de 1945 Germán Castañeda llegó frente a la puerta de la habitación de Moisés Corredor, situada en el kilómetro 5 del camino carreteable que va de Algeciras a Puerto Rico (Caquetá), a pedir un vaso de agua. Estando en esas llegó a la misma casa Celiano Muñoz, quien iba a sacar algunos materiales y herramientas de trabajo. Salió Muñoz y se dirigió al lugar en donde tenía amarrada la bestia y también Germán Castañeda salió en la misma dirección. No se sabe cuál de los dos dirigió primero al otro alguna frase ofensiva, pero lo cierto es que bajándose Castañeda del caballo empuñó su peinilla, y Celiano Muñoz la suya, y se trabaron en riña resultando ambos lesionados en las manos y con perturbación funcional permanente, según el dictamen médico legal...".

El demandante invocó la segunda causal de casación, la que fundó —más o menos— en la siguiente incompleta forma, que la Sala resume:

a) Los antecedentes entre Muñoz y Castañeda, como puede verse desde la denuncia, presentan al primero en situación de permanente agredido por el segundo;

b) La conformidad de las aseveraciones, sinceras y no contradichas, de Muñoz con las de Rosa Tulia Corredor sobre la actitud pacífica del procesado cuando fué a su casa en busca de una herramienta, y el hecho de haber seguido Castañeda detrás de Muñoz, al salir de la casa de Rosa Tulia, y bajarse del caballo cuando lo alcanzó, acreditan los antecedentes de enemistad, y

c) Las contradicciones en que Castañeda incurrió entre lo afirmado en la indagatoria y la denuncia, pues si en la primera dice que cortó a Muñoz y en la segunda afirma no saberlo, y el desacuerdo con la Corredor sobre la aseveración de Castañeda de que Muñoz le tiró por detrás, llevan a la conclusión de que Muñoz obró en legítima defensa de la vida o al menos en estado de ira o intenso dolor.

Aún aceptando que el escrito acabado de resumir reune las condiciones de contenido y de forma que exige la ley (Art. 531 C. P. C.), el demandante se limitó a enunciar las tesis de la enemistad entre víctima y victimario, la legítima defensa de la vida y la excusa de la provocación, sin que las hubiera fundado en el grado que exigen la doctrina y la ley.

Tratándose de la eximente (legítima defensa) y de la circunstancia modificadora (ira o intenso dolor), cuya existencia requiere la prueba de elementos tan importantes (Arts. 25 y 28 C. P.), y concretada la objeción a "errada apreciación de los hechos que dió por resultado la negación del verdadero valor probatorio de los mismos", como

textualmente se dijo en la demanda, era indispensable sostener y fundar —lo que no se hizo— las siguientes premisas:

a) Cuáles fueron los hechos que se apreciaron erradamente y si esa apreciación se debió a alguno de los motivos que reconoce la ley, sea porque se les atribuyó el valor de que carecen o se les negó el que tienen o se omitió el examen de otros hechos acreditados en el proceso o, finalmente, porque son contradictorios entre sí, y

b) Si esos hechos erradamente apreciados, son elementos eximentes de la responsabilidad o circunstancias modificadoras de la misma; esto es, si tales hechos, al ser apreciados conforme a la ley, podrían fundar, en pro de Muñoz las tesis de la legítima defensa de la vida o el estado de ira o dolor causado por grave e injusta provocación.

No obstante que el Procurador Delegado insinúa se declare desierto el recurso por causa de la deficiencia de la demanda, la Sala —por cuanto al menos se invocó una causal de casación, aunque sin fundarla— considera que se trata del caso preciso del Art. 569, en vez del Art. 565, es decir, que debe desecharse (el recurso).

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 Fiscal, no invalida la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, del 21 de junio del año pasado, por la cual condenó a Celiano Muñoz a la pena de trece (13) meses de presidio por el delito de lesiones en Germán Castañeda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE DETENCION ARBITRARIA — NO AUTORIZA LA LEY QUE A UN SINDICADO SE LE MANTENGA DETENIDO SIN HABER DICTADO EL CORRESPONDIENTE AUTO DE DETENCION, HASTA QUE EL FUNCIONARIO ALLEGUE LA PRUEBA NECESARIA PARA PROFERIRLO

La ley no autoriza en forma alguna que a un sindicado se le prive de su libertad hasta cuando el funcionario de instrucción allegue al expediente la prueba necesaria para dictar el auto de detención. Otra cosa significan de modo claro la circunstancia de haber señalado término de horas después de la captura para suspender la incomunicación de uno o varios capturados; la de haber ordenado que a la detención preceda el auto interlocutorio respectivo con las indicaciones que especifica el artículo 383 del C. de P. P.; y lo que enseñan la lógica procesal y la equidad al prescribir que si el funcionario tiene la obligación de detener al sindicado inmediatamente que exista la prueba suficiente para ello, no lo puede privar de su libertad sin que se reúna la necesaria al mismo efecto.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. Debe calificar la Corte las presentes diligencias adelantadas contra el Gobernador del Departamento de Nariño, doctor **José María Salazar Albán,** acusado por delitos de responsabilidad.

Hechos. Con motivo del asesinato del doctor Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948, ocurrió en la ciudad de Ipiales, como en otras, movimiento subversivo, pues una multiud trató de apoderarse de la alcaldía, de la telegrafía, de la gerencia de rentas, puso en libertad a los presos de la cárcel y constituyó una junta revolucionaria que destituyó al alcalde municipal. Como consecuencia del choque entre la policía y los revoltosos resultó muerto el señor José Rafael Ponce.

El Gobernador del Departamento requirió entonces la ayuda del Comandante del Grupo Cabal, Mayor Jorge Villamizar, para "conseguir que se restableciera el orden y se evitara el cumplimiento de mayores acontecimientos", como afirma el funcionario. Y fue así como a dicha población se dirigió el coronel Marco A. Villamizar para hacer retornar la normalidad.

También designó un juez de instrucción para que investigara los delitos cometidos, y, sea por órdenes del Gobernador, sea por orden judicial, que es lo que aquí se averigua, fueron detenidos y remitidos a Pasto, los doctores Leonel Chaves Agudelo, Avelino Vela Angulo, y los señores Florentino Ramírez Terán, Luis Vela Vallejo, José Fernández Ramírez y Homero Castro.

Pero como no se dictó auto de detención hasta el 30 de abril del mismo año (f. 25 del c. 1º), se presentó acusación contra el Gobernador del Departamento (f. 1).

Del expediente resulta:

Se comprobó debidamente el carácter oficial del sindicado, como Gobernador del Departamento de Nariño, con copia del decreto de nombramiento y del acta de posesión, y con certificado del ejercicio del cargo (fls. 7, 9 y v. del c. 1º)

El Gobernador designó al Juez 64 de Instrucción Criminal para que investigara los sucesos ocurridos en Ipiales (f. 19 ibidem) y el proceso se inició el 12 de abril de 1948, pues así se verificó por medio de inspección ocular (f. 13 del c. 2º).

El Juez Municipal de Ipiales, doctor Rafael L. Coral, certifica que él inició también varios procesos por los acontecimientos del 9 de abril en esa población, y que dictó autos en los cuales ordenaba "la detención preventiva de los responsables, todo dentro de los términos señalados por la ley y de acuerdo con los preceptos legales". Añade que para la captura de los sindicados entregó una lista a los detectives, y que luégo llegó un investigador que tomó el sumario por su cuenta (f. 22 v. del c. 2º).

Aparece que el Juez 1º Penal del Circuito tam-

bién inició proceso penal por los mismos hechos, pues al dictar el auto de detención, de 30 de abril, dice el Juez 64:

"El Juzgado apenas hoy puede proceder a dictar esta providencia... por cuanto el señor Juez Primero Penal de este Circuito remitió los sumarios por él adelantados, como por el señor Juez Municipal, el 24 del mes en curso" (fls. 78 del c. 2º y 25 del c. 1º).

Mas en posterior certificación afirma el señor Juez Municipal que él no decretó la detención de los sujetos de que trata; que el Juez 1º Penal del Circuito no decretó tampoco las detenciones de los señores antes aludidos, pero sí instruyó un proceso, que luego pasó al funcionario de instrucción designado por el Gobernador (f. 35 del c. 2º)

El Gobernador Salazar Albán explica, en su indagatoria, que la investigación de los sucesos fue encomendada por él al Juez 64 de Instrucción Criminal, doctor Francisco Chaves; que él no impartió orden de captura contra ningún ciudadano en forma determinada ni general, pues que "únicamente se dieron órdenes para que se pusieran en práctica medidas preventivas para mantener el orden público"; y que, por los informes que obtuvo, la orden de captura había sido dada por el Juez 1º Penal del Circuito de Ipiales (fls. 12, 33 y 78 del c. 1º).

Las afirmaciones del Gobernador están confirmadas por las diligencias de inspección ocular practicadas en el despacho de la Gobernación (f. 12 del c. 2º) y en el Comando del Grupo de Caballería de Ipiales (f. 56 v. del c. 2º), pues no se encontró orden escrita alguna de captura contra los sindicados por los sucesos de abril en aquella ciudad.

En fin, el coronel Marco A. Villamizar dice que fue enviado por el Gobernador a Ipiales a dominar el movimiento subversivo; que cuando allí llegó había encontrado ya recluídos a varios de los responsables en el Casino de oficiales del Grupo Cabal; que allí mismo también "se encontraba el Juez del conocimiento", quien le manifestó que tales sujetos debían ser conducidos a Pasto y que, al efecto, los puso a sus órdenes; "en todo caso —concluye— mi actuación obedeció a órdenes expresas del Juez del conocimiento, con quien mantuve una larga conversación en el casino de oficiales" (f. 13 del c. 1º).

Sin embargo, en la diligencia de inspección ocular practicada en el expediente se vió que el funcionario instructor, al recibir las indagatorias, dejó esta constancia:

"El Juzgado, por su parte, deja la constancia de que hasta la fecha no ha ordenado ninguna providencia sobre captura ni detención del indagado" (f. 13 v. del c. 2º).

Y al pedirle el defensor de los acusados la libertad de éstos, les contestó:

"Sin lugar a decretar la solicitud anterior, por cuanto como consta de autos, este auto (sic) no ha dictado orden de captura, ni auto de detención" (ibidem).

Además, los declarantes Leonel Chaves (f. 14 del c. 1º), Luis Vela Vallejo (15 y 52 v.), Avelino Vela (16), José Fernando Ramírez (21 del c. 2º), o sea, los detenidos, aseguran que la orden de captura provino del Gobernador.

El primero dice que al llegar al casino de suboficiales el comandante le había indicado "un radio firmado por el señor Gobernador José María Salazar Albán en el que ordenaba mi captura y remisión a Pasto" (fls. 14 y 51 v. del c. 1º).

El señor Vela Vallejo afirma que al llegar al Comando se enteró "de que había una orden del señor Gobernador del Departamento para que fuera trasladado en compañía de otros compañeros a Pasto" (fls. 15 y 52 del c. 1º).

Al doctor Vela Angulo le dijo el Mayor Marco A. Villamizar que el Gobernador "es el jefe civil y militar del Departamento" y que estaban "aplicando medidas de emergencia en vista de la situación actual" (f. 16 del c. 1º).

Florentino Ramírez Terán asevera que a él y a los demás detenidos se les había informado "que nuestra captura y detención obedecía a la orden que había dado el señor Gobernador de Nariño que en ese entonces era el señor doctor José María Salazar" (f. 21 v. del c. 2º).

Lo mismo asegura el señor José Fernando Ramírez (f. 21 ibidem).

Por último, el coronel Jorge Villamizar dice que la captura de los sujetos de que se trata fue hecha por él, en Ipiales, "mediante una orden recibida de Pasto, un telegrama", pero que no recuerda "si la firmaba el Gobernador doctor Salazar Albán o el Comandante de la policía mayor Marco A. Villamizar" (f. 76 del c. 2º).

Se considera:

Debe recordarse, para principiar el análisis de los cargos hechos al Gobernador del Departamen-

to de Nariño, que los sindicados por los sucesos de Ipiales fueron capturados a raiz del 9 de abril, y que el auto de detención no lo profirió el funcionario instructor hasta el 30 del mismo mes, según copias traídas al expediente.

Tampoco deben olvidarse las disposiciones sobre captura y detención, según las cuales cuando un sujeto tiene que ser capturado por considerársele autor o partícipe de una infracción penal, tiene el funcionario veinticuatro horas para recibirle la indagatoria (art. 366 del c. de p. p.) y mantenerlo detenido si existe prueba para ello y le ha dictado el correspondiente auto de detención (arts. 379 y 383 ibidem), plazo que puede prorrogarse hasta por setenta y dos horas en el evento del artículo 386 del código de procedimiento, como ya lo explicó esta misma Sala de la Corte.

Pero la ley no autoriza en forma alguna que a un sindicado se le prive de su libertad hasta cuando el funcionario de instrucción allegue al expediente la prueba necesaria para dictar el auto de detención. Otra cosa significa de modo claro la circunstancia de haber señalado término de horas después de la captura para suspender la incomunicación de uno o varios capturados; la de haber ordenado que a la detención preceda el auto interlocutorio respectivo con las indicaciones que especifica el citado artículo 383; y lo que enseñan la lógica procesal y la equidad al prescribir que si el funcionario tiene la obligación de detener al sindicado inmediatamente que exista la prueba suficiente para ello, no lo puede privar de su libertad sin que se reúna la necesaria al mismo efecto.

Aquí sucedió, como ya se dijo, que el auto de detención no fue proferido dentro de los términos legales, pues que lleva fecha de 30 de abril, siendo así que los sindicados fueron capturados a raiz del 9 del mismo mes, porque el funcionario consideró que no estaban detenidos, aunque la realidad era que estaban privados de su libertad.

Pero la responsabilidad por acción u omisión en las actividades judiciales investigativas se le debe cargar al funcionario o empleado que las está desarrollando, y a contrario sensu, no se le puede cargar al funcionario o empleado que no las está llevando a término.

Así, pues, desde el momento en que el Gobernador encargó de la investigación de los sucesos de abril a un funcionario especial y fueron puestos a sus órdenes los capturados, cesó para él toda responsabilidad por las actuaciones de éste, entre las cuales debe contarse, como es obvio, la detención o libertad de los mismos.

Y no vale aquí la excusa de la orden superior, porque el Gobernador no es el superior jerárquico de los jueces de instrucción, quienes gozan en el desempeño de su cometido de la más absoluta independencia, sin otra subordinación que la que establecen los recursos y las actividades señaladas en los preceptos legales.

De esta suerte, la única responsabilidad que cabría deducir contra el Gobernador sería la proveniente del hecho de haber ordenado la captura de los presuntos responsables de los hechos delictuosos del 9 de abril en Ipiales.

Y examinando las pruebas que en el particular obran en el expediente, no puede afirmarse con seguridad que hubiera ordenado la captura de los sujetos que fueron privados de su libertad. Pero, aunque así se diera por probado y aunque la captura debe ser ordenada por el Juez de instrucción, tampoco cabría hacerle responsable de abuso de autoridad por ello.

En efecto, las autoridades han de colaborar armónicamente en los fines del Estado (art. 55 de la Constitución), los Gobernadores están obligados a mantener el orden en su Departamento (ord. 3º del art. 125 del c. p. y m.), y deben, además, auxiliar la justicia como lo determina la ley (ord. 4º del art. 194 de la Constitución). Así las cosas, y si los sucesos del 9 de abril se desarrollaron en la forma conocida de todos, la captura de los presuntos responsables para ser puestos a órdenes de funcionarios competentes se justifica a cabalidad, máxime si se tienen en cuenta los artículos 384 y 10 del código de procedimiento.

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 José María Salazar Albán, por los cargos de responsabilidad que se le han hecho en este proceso en su calidad de Gobernador del Departamento de Nariño.

Remítase el expediente al Tribunal Superior de Pasto para que provea lo que estime legal en relación con los demás funcionarios no sujetos a la competencia de la Corte.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL — SU INTERRUPCION — LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL PRODUCE INCOMPETENCIA EN EL JUEZ Y VICIA DE NULIDAD POR ESTA CAUSAL LOS ACTOS REALIZADOS CON POSTERIORIDAD A SU CONSUMACION

1—El vicio de nulidad por carencia de jurisdicción podría ser considerado teniendo en cuenta que la prescripción de la acción penal determina una verdadera y propia extinción de esa acción por parte del Estado, a quien compete privativamente de conformidad con el artículo 9º del Código Procesal Penal, ya que siendo ésta pública, menester es que corresponda a los órganos representativos del Estado, jurisdiccionalmente encargados de realizar, de una parte la facultad en abstracto del Juez para el ejercicio de la jurisdicción, y de otra la facultad en concreto del mismo funcionario para resolver el caso sub judice que se le ha planteado. Por consiguiente, si el derecho del Estado de hacer valer su pretensión de aplicar la ley penal, caduca por extinción de la acción, debida al fenómeno de la prescripción, es notorio que la incompetencia de jurisdicción se traduzca en la incapacidad subjetiva y objetiva del fallador para proseguir una acción penal ya fenecida por producirse el hecho de la prescripción.

Aparte de este razonamiento, el numeral 3º del artículo 147 del Código de Organización Judicial, habla de que la jurisdicción se suspende "por haber suspensión del asunto en los casos de la ley". Es claro que uno de estos casos es el relativo a la prescripción, porque de conformidad con el artículo 104 del Código Penal, tanto la acción como la condena penales se extinguen por la presencia de aquel fenómeno legal; luego se está en presencia de uno de los casos que la ley contempla para que se produzca la suspensión de la jurisdicción, de acuerdo con el Código de la materia.

Por otra parte, "la competencia —como lo dice Eugenio Florián— por razón de la materia es de derecho público en cuanto afecta la estructura fundamental del proceso". Si eso es así, nada más procedente que vincular a un vicio de nulidad la circunstancia misma de que la prescripción de la acción no se haya operado de oficio, como lo ordena la ley, y a pesar de ello el Juez siga conociendo de un proceso en el cual por aquel fenómeno se ha extinguido la acción penal.

2.—Dentro del sistema del Código, como surge del inciso 3º del artículo 105 del Código Penal, para el cómputo de la prescripción, se toma un tiempo igual al máximo fijado en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte. En las mismas actas de la Comisión Redactora se fija el alcance de esta norma aduciendo la necesidad de reemplazar la frase "pena imponible" por otra que se refiera al máximo de la sanción que se fije en el texto legal, "para evitar en esta forma las dificultades que suelen surgir en la práctica durante los procesos o juicios para determinar cuál es la pena imponible. Lo mejor es dar un criterio completo determinando que la prescripción tiene lugar en un tiempo igual al máximo fijado en la respectiva disposición penal".

Por otra parte, el artículo 107 del Código Penal dice que la prescripción de la acción penal se interrumpirá por el auto de proceder, que fue dictado antes de transcurrir el tiempo prescriptivo para el delito.

Tres distintos sistemas se disputan el campo en lo tocante con la prescripción de la acción penal:

Algunos sostienen que el efecto interruptor debe provenir de la sentencia condenatoria; otros atribuyen este mismo efecto a los simples actos de procedimiento y, finalmente, no faltan quienes adopten un sistema intermedio, consistente en dar virtud interruptora no a todos los actos de procedimiento sino exclusivamente a aquellos de verdadera y propia jurisdicción.

No fueron ajenas las Comisiones de la Reforma Penal entre nosotros a este problema y en la Comisión Redactora del Código Penal vigente apenas se dio el carácter de interruptor de la prescripción al auto de proceder.

De manera que nada menos que la providencia que cierra el ciclo sumarial para dar comienzo al juicio penal propiamente dicho, es la que tiene virtualidad suficiente para producir el mismo efecto de la demanda en el proceso civil, esto es, interrumpir la prescripción ya iniciada, para que comience de ahí en adelante una nueva etapa prescriptiva.

3.—La condena condicional es una gracia especialísima. Ello quiere decir que este beneficio no puede concederse sino en casos excepcionales, como se deduce del mismo texto del artículo 80 del Código Penal, que apenas otorga una facultad potestativa al Juez para suspender la ejecución de la sentencia, cuando se reúnen las exigencias legales que ese mismo artículo determina.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El defensor de Luis Alfonso Vanegas Cabra y Rosendo Antonio Vanegas Cabra, ha recurrido en casación contra la sentencia de fecha ocho de septiembre de 1950, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá, revocó la absolutoria del Juez Penal del Circuito de Ubaté y, en su lugar, condenó a los procesados, así: a Luis Alfonso, a la pena principal de un año de presidio y multa de cien pesos, y a Rosendo Antonio, a seis meses de prisión y multa de cincuenta pesos, como responsables del delito de lesiones personales causadas a Luis A. Angel Rodríguez y a Manuel José Angel Rodríguez.

Por medio de apoderado nombrado al efecto, los recurrentes invocan las siguientes causales de casación: la cuarta, como principal, y la primera subsidiariamente, agregando para ambos procesados que la segunda puede incidir en la primera, por cuanto no se tomaron en cuenta en la sentencia hechos debidamente comprobados.

La Corte estudiará primero la causal cuarta alegada, porque si ella prospera, no habrá para qué estudiar las demás contenidas en la demanda.

Causal cuarta.—Nulidad del juicio

"La sentencia recurrida —dice la demanda— es violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado en juicio viciado de nulidad.

"De conformidad con el artículo 198 del C. de P. P., la incompetencia de jurisdicción es causa de nulidad.

"..... .....

"De suerte que, cuando no existe esa facultad o acción penal, bien por no haber existido o por haberse extinguido en los casos previstos por la ley, la jurisdicción tampoco existe, o mejor, hay incompetencia de jurisdicción para adelantar cualquier tramitación.

"Ahora bien: en el presente caso, los hechos de autos ocurrieron el 31 de mayo de 1942.

"El auto de proceder se dictó el 20 de septiembre de 1946, que, en virtud de recurso de apelación fue confirmado por el Tribunal en auto de 17 de abril de 1947.

"Es indudable que el auto de proceder, como toda providencia judicial no tiene existencia legal, mientras, habiendo sido apelado, no sea confirmado por el respectivo superior Es decir, el auto de proceder aludido solamente tuvo existencia legal al dictarse el auto confirmatorio de 17 de abril de 1947".

Concluye afirmando la demanda que, en el presente caso, la acción penal estaba prescrita cuando el auto de proceder tuvo vida jurídica, es decir, cuando fue confirmada por el Tribunal aquella providencia en segunda instancia y, por consiguiente, esta entidad había perdido la jurisdicción.

Se considera:

Efectivamente, el vicio de nulidad por carencia de jurisdicción que plantea el recurso, podría ser considerado teniendo en cuenta que la prescripción de la acción penal determina una verdadera y propia extinción de esa acción por parte del Estado, a quien compete privativamente de conformidad con el artículo 9º del Código Procesal Penal, ya que siendo ésta pública, menester es que corresponda a los órganos representativos del Estado, jurisdiccionalmente encargados de realizar, de una parte la facultad en abstracto del Juez

para el ejercicio de la jurisdicción, y de otra la facultad en concreto del mismo funcionario para resolver el caso **sub judice** que se le ha planteado. Por consiguiente, si el derecho del Estado de hacer valer su pretensión de aplicar la ley penal, caduca por la extinción de la acción, debida al fenómeno de la prescripción, es notorio que la incompetencia de jurisdicción se traduzca en la incapacidad subjetiva y objetiva del fallador para proseguir una acción penal ya fenecida por producirse el hecho jurídico de la prescripción.

Aparte de este razonamiento, el numeral 3º del artículo 147 del Código de organización judicial, habla de que la jurisdicción se suspende "por haber suspensión del asunto en los casos de la ley". Es claro que uno de estos casos es el relativo a la prescripción, porque de conformidad con el artículo 104 del Código Penal, tanto la acción como la condena penal se extinguen por la presencia de aquel fenómeno legal; luego se está en presencia de uno de los casos que la ley contempla para que se porduzca la suspensión de la jurisdicción, de acuerdo con el Código de la materia.

Por otra parte, "la competencia —como lo dice Eugenio Florián— por razón de la materia es de derecho público en cuanto afecta la estructura fundamental del proceso". Si eso es así, nada más procedente que vincular a un vicio de nulidad la circunstancia misma de que la prescripción no se haya operado de oficio, como lo ordena la ley, y a pesar de ello el Juez siga conociendo de un proceso en el cual por aquel fenómeno se ha extinguido la acción penal.

Mas, estos razonamientos abstractos y de índole eminentemente teórica, a nada conducen en el caso a estudio de la Corte, por motivos distintos y suficientes para impedir que prospere la nulidad alegada:

a) Porque no es exacto que hechos los cómputos de las providencias, tanto del Juez como del Tribunal, cuando esta última entidad devolvió el negocio ejectuoriado el auto de proceder, ya se hubiese producido la prescripción; esto fundado en que las penas imponibles a los reos tienen un máximo que hace el período prescriptivo de seis años, en lugar de cinco que sostiene la demanda.

b) Porque, si el auto de proceder interrumpe la prescripción, según normas legales vigentes, cuando el Tribunal profirió la providencia confirmatoria del auto de vocación a juicio de primera instancia, el término prescriptivo no estaba cumplido, por ser en este caso de seis años.

El actor afirma que los hechos ocurrieron el 31 de mayo de 1942. Así lo pregona el auto cabeza de proceso, a folio 1º del expediente. Agrega que el auto de proceder se dictó el 20 de septiembre de 1946. En realidad, a folios 261 se comprueba la exactitud de ese dato, y también que el 17 de abril de 1947 fue dictado el confirmatorio del Tribunal, que no se ejecutorió hasta el 23 de julio del mismo año.

Ocurre, sin embargo, que desde el día de la ejecución del delito hasta la fecha de la ejecutoria del auto confirmatorio del Tribunal, no habían transcurrido los seis años que, de conformidad con el artículo 105, inciso 3º, son necesarios para que se cumpla el fenómeno de la prescripción, como se establece con el siguiente razonamiento.

Dentro del sistema del Código, como surge del inciso 3º del artículo 105 del Código Penal, para el cómputo de la prescripción, se toma un tiempo igual al máximo fijado en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte. En las mismas actas de la Comisión Redactora se fija el alcance de esta norma aduciendo la necesidad de reemplazar la frase "pena imponible" por otra que se refiera al máximo de la sanción que se fije en el texto legal, "para evitar en esta forma las dificultades que suelen surgir en la práctica durante los procesos o juicios para determinar cuál es la pena imponible. Lo mejor es dar un criterio completo determinando que la prescripción tiene lugar en un tiempo igual al máximo fijado en la respectiva disposición penal".

Por otra parte, el artículo 107 del Código Penal dice que la prescripción de la acción penal se interrumpirá por el auto de proceder, que como queda dicho fue dictado antes de transcurrir el tiempo prescriptivo para el delito.

Tres distintos sistemas se disputan el campo en lo tocante con la prescripción de la acción penal: Algunos sostienen que el efecto interruptor debe provenir de la sentencia condenatoria; otros atribuyen este mismo efecto, a los simples actos de procedimiento y, finalmente, no faltan quienes adopten un sistema intermedio, consistente en dar virtud interruptora no a todos los actos de procedimiento sino exclusivamente a aquellos de verdadera y propia jurisdicción.

No fueron ajenas las Comisiones de la Reforma Penal entre nosotros a este problema, pues en el seno de las mismas, especialmente en la primera

creada por la ley 81 de 1925, encargada de revisar el Código surgido de la ley 109 de 1922, que tuvo tan corta vigencia, pues fue suspendido por dicha ley, fue motivo de discusión por la circunstancia de que en este estatuto el artículo 88 prescribía que cualquier acto de procedimiento, v. gr., el auto de prisión y aún toda medida que dictare el Juez contra el inculpado con motivo del hecho, producía el efecto de interrumpir la prescripción. En cambio, la Comisión Redactora del Código Penal vigente, no consideró oportuno introducir aquel sistema en la legislación y, apenas, dio el carácter de interruptor de la prescripción al auto de proceder, providencia ésta que conforme al texto del artículo 429 del Código Procesal Penal, es la que se dicta cuando en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y resultare, por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, conforme a las reglas de la crítica del testimonio, de que el procesado es responsable penalmente, como autor o partícipe del hecho que se investiga.

De manera que nada menos que la providencia que cierra el ciclo sumarial para dar comienzo al juicio penal propiamente dicho, es la que tiene virtualidad suficiente para producir el mismo efecto de la demanda, en el proceso civil, esto es, interrumpir la prescripción ya iniciada, para que comience de ahí en adelante una nueva etapa prescriptiva.

En resumen, como en el presente caso la sentencia del Tribunal aplicó a Luis Alfonso Vanegas Cabra la pena, con base en el inciso 2º del artículo 374 del Código Penal, que sanciona las lesiones personales que producen perturbación funcional permanente, con pena de dos a seis años de presidio, es obvio que para este procesado al tiempo de quedar en firme el auto de calificación del sumario, no se había producido el fenómeno de la prescripción, porque para que ello se cumpliera tenía que partirse de la base de que el término prescriptivo debía ser el que contempla el inciso 3º del artículo 105, es decir, "un tiempo igual al máximo de la sanción fijada", o sean seis años, lapso que aún no había transcurrido.

En cuanto al procesado Rosendo Antonio Vanegas Cabra, como a éste se le aplicó el artículo 373, inciso 2º, la pena máxima aplicable sería también de seis años de prisión. Por consiguiente, los argumentos anteriores tienen igual contenido jurídico y es innecesario reproducirlos para demostrar que con respecto a este procesado, tampoco se habían cumplido los presupuestos legales en orden a producirse la prescripción.

Todos estos motivos, en conjunto e independientemente considerados cada uno de ellos, demuestran con evidencia incontrastable que los razonamientos del actor son improcedentes y, por tanto, carece de operancia la causal cuarta alegada.

Causal primera.—Mala aplicación de la ley penal

Considera el actor que la sentencia del Tribunal de la instancia viola el artículo 80 del Código Penal, porque al negar a los procesados la condena condicional, teniendo en cuenta los antecedentes judiciales de los mismos, interpretó equivocadamente la disposición legal respectiva, especialmente la circunstancia a) de la misma, porque si los mencionados Vanegas Cabra, especialmente Rosendo, en anteriores ocasiones han sido sumariados por varios delitos, no hay constancia de que hubiesen sido condenados.

"Por lo que hace al requisito b) —dice la demanda— debe anotarse que la buena conducta allí prevista no hace relación a los antecedentes judiciales, puesto que a ellos se refiere el requisito a) y ya está demostrado que en el caso presente no existen los antecedentes referidos (condenación por delitos). La buena conducta de mi defendido Vanegas, se desprende de su manera de vida, de sus relaciones sociales, comerciales y de familia que se establecen... Y es por esta razón, o sea, por no haber tomado en cuenta este hecho establecido en los autos, por lo que esta causal de casación puede incidir, e incide en la causal segunda, por cuanto no se tomó en cuenta un hecho debidamente establecido en los autos, y por ello, y con la misma fundamentación, propongo esta segunda causal de casación.

Se contesta:

La condena condicional es una gracia especialísima. Ello quiere decir que este beneficio no puede concederse sino en casos excepcionales, como se deduce del mismo texto del artículo 80, que apenas otorga una facultad potestativa al Juez para suspender la ejecución de la sentencia, cuando se reúnen las exigencias legales que ese mismo artículo determina.

En el presente caso, ni el Juez ni el Tribunal consideraron procedente conceder a los procesados Vanegas Cabra dicho subrogado penal, argu-

mentando el último que "dados los antecedentes judiciales de los procesados, relacionados con el resultando tercero, no sería conveniente a la defensa social otorgar la condena condicional" y dicho resultando tercero expresa:

"Al folio 38 consta que los mencionados Vanegas Cabra, sobre todo Rosendo, en varias ocasiones han sido sumariados por delitos contra la vida y la integridad personal, y por delitos contra el sufragio. Pero no aparece que ninguno de tales procesos haya terminado con resolución alguna, es decir, se ignora el fallo que los haya calificado o les haya dado fin".

Efectivamente, al folio citado por el Tribunal, consta el pasado judicial de Rosendo Vanegas Cabra, quien ha sido sumariado en múltiples ocasiones por distintas clases de delitos. De manera que el pasado judicial de este reo, no admite en manera alguna que se le conceda una gracia tan especial como la suspensión del cumplimiento de la condena, porque de ser ello así, se violaría de manera flagrante el ordinal b) del artículo 80, que exige para el otorgamiento de aquel beneficio, que la conducta anterior del procesado haya sido siempre buena y es apenas elemental que quien tántas veces ha comparecido ante la justicia sindicado de graves faltas penales, no pueda pretender ampararse con beneficios legales que sólo se otorgan a quienes nó ofrezcan peligrosidad y no constituyan elementos dañinos para la sociedad.

En cuanto al procesado Luis Alfonso Vanegas Cabra, al que también le fue negado el beneficio de la condena condicional, como para la apreciación de las circunstancias que hacen viable dicho beneficio es indispensable tener en cuenta el delito mismo en virtud del cual se condena, es indudable que tampoco puede pretender aquella gracia desde el momento en que la condena condicional apenas está establecida para las penas de arresto y prisión, la primera que no sea mayor de tres años y la segunda que no exceda de dos.

Basta, pues, esta sola consideración para que los argumentos de la demanda carezcan en absoluto de fundamento para sustentar la causal primera por mala aplicación de la ley penal.

Como el actor no da razón alguna sobre la afirmación que hace de que la causal anterior incide en la causal segunda del artículo 567 del Código Procesal Penal, limitándose en esta parte a hacer la breve referencia que atrás fue transcrita, la Corte se abstiene de estudiar este aspecto de la cuestión, porque siendo la casación un recurso estricto y técnico, mal puede la Corte abrogarse las funciones del recurrente para suplir los defectos de la demanda analizando hechos o situaciones jurídicas que no fueron planteados en la forma requerida por el recurso.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia que ha sido materia del recurso de casación a que se refiere esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno — Carlos Arturo Díaz, Conjuez — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO LA PROVOCACION ES CAUSA MODIFICADORA Y CUANDO CONFIGURA UNA CIRCUNSTANCIA DE MENOR PELIGROSIDAD. — RIÑA. — LA RIÑA IMPREVISTA DEBE SER RECONOCIDA POR EL JURADO PARA QUE PUEDA SER TENIDA EN CUENTA COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA EN PROCESOS EN QUE INTERVIENE EL TRIBUNAL POPULAR

1.—A la provocación, o sea al acto ajeno capaz de crear estados pasionales o emocionales, la ley penal le da un doble contenido y un doble alcance: o es aquella que, conjunta y simultáneamente grave e injusta, produce estados de ira o intenso dolor que impulsan al delito y constituye la típica circunstancia modificadora del artículo 28, o es otra provocación, también injusta, creadora de estados emocionales o pasionales, como la ira o el dolor, que igualmente impulsan al delito, que sin tener la gravedad exigida por el artículo 28, constituye la circunstancia de menor peligrosidad del artículo 38 (numeral 3º).

El ultraje en sí, según la acepción académica, es injuria o desprecio de obra o de palabra, y la injuria es agravio u ofensa a la honra o fama con algún dicho o hecho contra razón y justicia; en suma, la injuria, la ofensa, el agravio, son hechos o palabras que afectan la honra o fama. Pero el ultraje, como ataque al honor y a la fama, tiene sus grados o matices, así como la persona ultrajada puede ser más o menos sensible según su idiosincrasia, temperamento o índole al ultraje, y tener, por ello, diferentes reacciones.

Si dentro de lo ordinario, aún en el orden psicológico, ello es así, es decir, si hay grados, también lo es dentro de lo legal y jurídico; se explica así —desde el punto de vista de la provocación— la diferencia entre los elementos esenciales de la del artículo 28 y la del artículo 38, uno y otro —evidentemente— creadores de estados emocionales y pasionales, pero en grado distinto. Esta es una de las razones por las cuales la Corte, en todos los casos en que se le ha propuesto, por deficiencia o ambigüedad del veredicto, su interpretación extensiva, ha exigido el reconocimiento explícito e integral de los elementos determinados en el artículo 28, esto es, la provocación grave e injusta, como consecuencia de ella los estados de ira o intenso dolor y, finalmente, la agresión ejecutada en tales estados. Si el Jurado no reconoció expresa y claramente todos estos elementos y omitió los esenciales, se configura entonces la circunstancia de menor peligrosidad, no la excusa de la provocación; si es lógico, por otra parte, que al Jurado —ente colectivo integrado por ciudadanos inexpertos en las disciplinas jurídico-penales— no es posible exigirle la rígida fórmula legal, tampoco es lógico, frente a la función del mismo, exigirle al Tribunal supla las fallas de claridad y precisión en que aquél, en su decisión o veredicto, incurrió.

2.—La riña —según explícita doctrina de la Corte— consiste, no en un mutuo intercambio de expresiones injuriosas, sino en el de golpes.

Además, como la riña, en la categoría de imprevista, es circunstancia modificadora su reconocimiento —en procesos fallados por Jueces Superiores con intervención del Jurado— corresponde al Jurado —de acuerdo con la Ley 4 de 1943 (artículos 28 y 29 y 499 del C. P. P.)— y no a los falladores de instancia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de **Hipólito Jiménez** (49 años, agricultor, casado) formuló demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, del trece de junio del año pasado, por la cual

—con aplicación del artículo 362 del Código Penal— condenó a Jiménez a la pena de ocho años de presidio, por el delito de homicidio en la persona de Antidio Obando, cometido en el sitio de "La Gruta", Municipio de El Tambo, la tarde del veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y siete.

Cumplidas las prescripciones de los artículos 563 a 566 del Código de Procedimiento Penal, la Sala decide el recurso en el presente fallo, previo resumen de la versión de las circunstancias y modalidades del delito y de los actos y providencias que afecta la demanda.

I. — El proceso contra Jiménez

El incidente casual, sin trascendencia notable, que dio origen al choque en que Jiménez dio muerte a Obando, sucedió —según la versión del Tribunal— con las siguientes modalidades. En el sitio de "La Gruta" (carretera de El Tambo a Pasto) y en dirección opuesta, se encontraron Antidio Obando y Segundo Gómez (a caballo) de un lado y Antidio e Hipólito Jiménez (a pie y conduciendo un toro) del otro. Como el caballo de Obando se enredara con el lazo del toro, previa advertencia de parte de Jiménez de que era bravo, parece que aquél dirigió alguna frase ofensiva a los Jiménez, empeñándose así en una breve y mutua agresión verbal, que terminó con la puñalada en el tórax (con lesión de la aorta) mediante la cual Hipólito extinguió a Antidio la vida.

Llamado Jiménez a juicio criminal, al Jurado le fue propuesta la cuestión de si "aquél es responsable de haber ocasionado una herida al señor Antidio Obando, en la región torácica anterior derecha que le interesó la aorta, por cuya herida murió inmediatamente después de ser producida y que lo hizo con la intención de matar, el día veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, en el sitio de 'La Gruta', jurisdicción del Municipio de El Tambo?" El Jurado respondió: **"sí, al recibir ultrajes recíprocos"**.

Sobre este veredicto —y en oposición a las tesis del defensor (defensa del honor y provocación grave e injusta)— Juez y Tribunal, interpretándolo como un típico homicidio intencional, condenaron a Hipólito Jiménez, con aplicación del artículo 362 del estatuto penal, a ocho años de presidio y al pago —a título de reparación de perjuicios— de la suma de cinco mil pesos.

III. — Demanda y concepto fiscal

El demandante hace dos objeciones a la sentencia, y que —precisamente— corresponden a las causales primera y tercera de casación: interpretación errónea y aplicación indebida de la ley penal sustantiva y desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado.

En cuanto a la primera, supone que en vez del artículo 362 ha debido aplicarse el artículo 28 relativo a la excusa de la provocación, o el artículo 384 relativo a la circunstancia de la riña, temas que desarrolla —más o menos— en la forma que a continuación se resume.

El acto de Jiménez no es homicidio "simplemente intencional"; fue resultado de una reacción ante los ultrajes recibidos (circunstancia ésta reconocida por el jurado), de modo que no se debió única y exclusivamente a la intención o voluntad del procesado; quien primero ultrajó de obra —según el demandante— fue Burbano (debió decir Obando) y a este ultraje respondió Jiménez. De suerte que éste obró ante un ultraje que, de acuerdo con la Academia de la Lengua, es ofensa grave e injusta, actuó movido por la provocación que, como excusa, establece el artículo 28, ya que el artículo 362 se aplica al homicidio determinado por circunstancias puramente internas, pues si intervinieron circunstancias ajenas al agente, se está en el caso del artículo 28, y como no se aplicó, se interpretó erróneamente el primero.

La circunstancia de la riña la deriva del reconocimiento de los "ultrajes recíprocos" hecho por el Jurado; si se acepta que los ultrajes tuvieron esa modalidad, quiere decir que Jiménez atacó al darse cuenta de la existencia de un contendor y su caso sería entonces el de una riña imprevista, ya que ésta es la lucha entre dos o más personas por causas privadas; de suerte que si no se aplicó el artículo 384, lo fue —inexactamente— el artículo 362.

El desacuerdo del veredicto y la sentencia apenas lo enuncia; se limita a especular ya sobre la provocación como causa inmediata del delito, ya sobre el contenido del veredicto y su concordancia con el auto de proceder, sin precisar en qué consiste el desacuerdo alegado.

El Procurador Delegado funda su solicitud de que no se invalide la sentencia, en la doctrina tántas veces expuesta por la Corte en casos análogos, según la cual para que pueda configurarse, en el veredicto, la excusa de la provocación,

es necesario que pueda deducirse claramente de sus términos, sin que al Tribunal le sea dado llenar los vacíos que, voluntaria o involuntariamente, dejan los Jurados.

III. — Estudio del recurso

El estudio del recurso comprende dos cuestiones convergentes a un solo objeto, que es la interpretación del veredicto, esto es, si la circunstancia expresada en la frase "al recibir ultrajes recíprocos", constituye la circunstancia modificadora del artículo 28 o la del artículo 384, uno y otro del estatuto penal, según fueron propuestas en la demanda.

Tratándose de temas tan interesantes ordinariamente, aunque muchas veces estudiados, se examinará en seguida separadamente.

a) La excusa de la provocación

A la provocación, o sea al acto ajeno capaz de crear estados pasionales o emocionales, la ley penal le da un doble contenido y un doble alcance: o es aquella que, conjunta y simultáneamente grave e injusta, produce estados de ira o intenso dolor que impulsan al delito y constituye la típica circunstancia modificadora del artículo 28, o es otra provocación, también injusta, creadora de estados emocionales o pasionales, como la ira o el dolor, que igualmente impulsan al delito, que sin tener la gravedad exigida por el artículo 28, constituye la circunstancia de menor peligrosidad del artículo 38 (numeral 3º).

El problema planteado en la demanda, reside —por lo tanto— en deducir si la adición del jurado, en el caso **sub judice**, expresa el contenido de la provocación como circunstancia modificadora o como reveladora de menor peligrosidad. Requiere, por lo mismo, un proceso de interpretación lógica, mediante algunos de los elementos que la constituyen, especialmente, por lo conducente, la gramatical o académica.

El **ultraje**, en sí, según la acepción académica, es **injuria** o desprecio de obra o de palabra, y la **injuria** es agravio u ofensa a la honra o fama con algún dicho o hecho contra razón y justicia; en suma, la injuria, la ofensa, el agravio, son hechos o palabras que afectan la honra o fama. Pero el **ultraje**, como ataque al honor y a la fama, tiene sus grados o matices, así como la persona ultrajada puede ser más o menos sensible —según su idiosincrasia, temperamento o índole— al ultraje, y tener, por ello diferentes reacciones.

Si dentro de lo ordinario, aún en el orden psicológico, ello es así, es decir, si hay grados, también lo es dentro de lo legal y jurídico; se explica así —desde el punto de vista de la provocación— la diferencia entre los elementos esenciales de la del art. 28 y la del artículo 38, uno y otro —evidentemente— creadores de estados emocionales y pasionales, pero en grado distinto. Esta es una de las razones por las cuales la Corte, en todos los casos en que se le ha propuesto, por deficiencia o ambigüedad del veredicto, su interpretación extensiva, ha exigido el reconocimiento explícito e integral de los elementos determinados en el artículo 28, esto es, la provocación grave e injusta, como consecuencia de ella los estados de ira o intenso dolor y, finalmente, la agresión ejecutada en tales estados. Si el Jurado no reconoció expresa y claramente todos estos elementos y, como en el caso presente, omitió los esenciales, se configura entonces la circunstancia de menor peligrosidad, no la excusa de la provocación; si es lógico, por otra parte, que el Jurado —ente colectivo integrado por ciudadanos inexpertos en las disciplinas jurídico-penales— no es posible exigirle la rígida fórmula legal, tampoco es lógico, frente a la función del mismo, exigirle al Tribunal supla las fallas de claridad y precisión en que aquél, en su decisión o veredicto, incurrió.

Estudiado el problema, finalmente, en relación con este proceso, se observa que la prueba testimonial, constituída en la afirmación del único testigo que presenció a corta distancia la agresión, no funda en modo alguno la excusa de la provocación, tesis que si el Fiscal, en la audiencia, oficiosamente objetó, no la presentó el defensor con la misma firmeza e insistencia con que lo hizo ante el Tribunal y ante la Corte.

b) La riña

No menos endeble que el anterior, sobre la excusa de la provocación, es el razonamiento sobre la riña deducida de los ultrajes mutuos que reconoció el Jurado.

La riña —según explícita doctrina de la Corte— consiste, no en un mutuo intercambio de expresiones injuriosas, sino en el de golpes. "Existirá —se dijo en sentencia del 31 de mayo de 1945, en que se invocó idéntica hipótesis— cuando haya ataque, agresiones de obra mutuas,

un combate singular por mutuo consentimiento, por provocación de alguna de las partes o por un accidente fortuito".

Además, como la riña, en la categoría de imprevista, es circunstancia modificadora, su reconocimiento —en procesos fallados por Jueces Superiores con intervención del Jurado— corresponde al Jurado —de acuerdo con la Ley 4ª de 1943 (artículos 28 y 29 y 499 C. P. P.)— y no a los falladores de instancia.

IV. — Decisión del recurso

Expuesta así la reiterada doctrina según la cual las circunstancias modificadoras de la responsabilidad (tales como la excusa de la provocación y la riña imprevista) deben ser explícitamente reconocidas por el Jurado, con expresión clara e inequívoca de sus elementos esenciales, doctrina ésta opuesta a la tesis planteada y defendida en la demanda, la conclusión debe concretarse a la no invalidación de la sentencia recurrida, por cuanto las causales invocadas —primera y tercera— no fueron fundadas.

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 la petición del Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, del trece de junio del año pasado, por la cual condenó a Hipólito Jiménez a la pena de ocho años de presidio por el homicidio en Antidio Obando, cometido en jurisdicción del Municipio de El Tambo, el veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y siete.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

EL QUE EL PROCESADO HAYA OBRADO O NO EN ESTADO DE IRA O DE INTENSO DOLOR O EN ESTADO DE GRAVE ANOMALIA PSIQUICA, NO PUEDE SER OBJETO DE DEBATE EN CASACION CUANDO SE TRATA DE JUICIO EN QUE INTERVIENE EL JURADO

1.— La ley autoriza a los jueces de conciencia para que si juzgan que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en la pregunta, así lo manifiesten en la contestación (artículo 29 de la Ley 4 de 1943).

2.—Si el veredicto no se declara contrario a la evidencia de los hechos, debe acogerse en su integridad, sin separarse de sus términos, porque el jurado se reúne precisamente para calificar los hechos, y la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con esa calificación, según los artículos 480 y 499 del código de procedimiento. Si la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado, puede invalidarse entonces, pues dicha discordancia está consagrada como causal de casación (ord. 3º del artículo 567 del C. de P. P.).

3.—El estudio de los hechos que contempla la causal segunda de casación no puede hacerse en los juicios en que el jurado interviene, como en tantas ocasiones lo ha expresado la Corte, Y siendo la ira o el intenso dolor causados por grave e injusta provocación, la riña, la normalidad o anormalidad del delincuente, objeto de la decisión del jurado (artículo 499 del C. de P. P.), se admitiría esa causal segunda en procesos de la clase anotada, lo que no está contemplado por el estatuto procesal penal, si en el dicho recurso se admitiera debate acerca de si el procesado obró en esas circunstancias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. **Vidal Pérez Moreno** recurre en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de 19 de octubre último, por medio de la cual se le condenó a sufrir la pena principal de quince años de presidio, como reponsable de la muerte de Abigaíl Moreno.

Hechos. En la tarde del 25 de septiembre de 1946 se encontraban varios campesinos en una tienda de propiedad de Rubén Barrera, situada en la vereda de Suse, de la jurisdicción del municipio de Pueblo Viejo, cuando, luégo de un rato, se presentó una discusión entre Abigaíl Moreno y su hijo Vidal Pérez Moreno, por el reclamo que aquélla le hacía de algunos daños en sementeras de su propiedad. La mujer se expresó en términos ofensivos y llegó a romperle la ruana a Vidal y, éste, en momentos en que salía fuéra de la tienda, atacó a su madre con un cuchillo y le ocasionó algunas heridas que le produjeron la muerte cuatro días después.

El Juzgado Segundo Superior de Santa Rosa de Viterbo, en auto de 6 de junio de 1947, llamó a responder en juicio criminal a Vidal Pérez, por homicidio, en calidad de asesinato, por el parentesco con la víctima (f. 52 v.).

Como el jurado declaró al procesado responsable de haber dado muerte a su madre legítima, el Juzgado le impuso la pena de quince años de presidio, en sentencia de 28 de marzo de 1950, la que fue confirmada en la que es objeto de este recurso de casación.

Causal segunda: errada apreciación de los hechos

La sentencia —dice la demanda— no reconoció "los elementos modificadores de la responsabilidad, como son: los agravios inferidos por la occisa al procesado al negarle ser su madre y afrentarlo así ante los contertulios; al decirle que era hijo de una culebra; el despedazarle las ruanas; el seguirlo persiguiendo para pegarle cuando él huía, lo cual da lugar a acusar la sentencia por mala apreciación de los hechos".

"Al jurado —dice en otro lugar— no le fueron sometidos ninguno (sic) de los factores de la infracción y se limitó a contestar con un SI y, como

se dice antes, no podía hacer otra cosa, cuando ha debido interrogársele "si al ejecutar el hecho lo hizo por hallarse en estado de inconciencia, de ira o de intenso dolor ocasionados por grave e injusta provocación de la occisa".

Se considera:

Como ya se dijo, el jurado contestó con un simple SI la pregunta de si Vidal Pérez Moreno era responsable de haber dado muerte a su madre legítima, en el lugar, tiempo y modo conocidos al relatar los hechos.

Pero esa respuesta simple no la dio por imposibilidad legal o material de haberla expresado en forma explicada y distinta, pues que la ley autoriza a los jueces de conciencia para que si juzgan que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en la pregunta, así lo manifiesten en la contestación (artículo 29 de la ley 4ª de 1943).

Además, la lectura del acta de audiencia deja ver que al jurado se le expusieron todas las circunstancias de los acontecimientos en que perdió la vida Abigaíl Moreno, tales como los motivos del disgusto entre madre e hijo, los ultrajes de palabra y de obra por parte de aquélla, etcétera. Tanto es así que el defensor pidió a los jueces de conciencia que contestaran el veredicto diciendo: "Sí es responsable en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación" (f. 94).

Pero hay otras dos razones que hacen concluir que la causal segunda invocada no puede prosperar, y son ellas las siguientes:

La primera, que si el veredicto no se declara contrario a la evidencia de los hechos, debe acogerse en su integridad, sin separarse de sus términos, porque el jurado se reúne precisamente para calificar los hechos y la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con esa calificación, según los artículos 480 y 499 del código de procedimiento. Si la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado, puede invalidarse entonces, pues dicha discordancia está consagrada como causal de casación (ord. 3º del artículo 567 del C. de P. P.).

Y la segunda, que el estudio de los hechos que contempla la causal segunda de casación no puede hacerse en los juicios en que el jurado interviene, como en tantas ocasiones lo ha expresado la Corte. Y siendo la ira o el intenso dolor causados por grave e injusta provocación, la riña, la normalidad o anormalidad del delincuente, objeto de la decisión del jurado (artículo 499 del C. de P. P.), se admitiría esa causal segunda en procesos de la clase anotada, lo que no está contemplado por el estatuto procesal penal.

La causal invocada no puede, en consecuencia, prosperar.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal

El Tribunal dice que la norma aplicable al caso es el artículo 373 del código penal, siendo así que ese precepto se refiere a las lesiones que dejan desfiguración facial, deformidad física reparable o perturbación psíquica transitoria, cuando lo evidente es que este proceso se ha adelantado por el delito de homicidio.

Se considera:

Es verdad que el Tribunal afirma que "la norma por aplicar no podía ser otra que el artículo 373 del código penal". Pero el contexto del aparte en que habla de la disposición aplicable indica con toda certeza que se quiso citar el artículo 363 del código penal, pues es el único que habla del homicidio con la denominación de asesinato, y no el 373. Dijo así el Tribunal:

"Que atendiendo a que el delito tiene la característica específica de asesinato, la norma por aplicar no podía ser otra que el artículo 373 del código penal que fija una sanción que fluctúa entre quince y veinticuatro años de presidio, siendo atinente, para el presente caso, la imposición de la menor por las razones que se dejaron dichas".

Además y, como lo observa la Procuraduría, el juez a quo en su fallo citó correctamente el artículo, y el Tribunal, al finalizar su proveído de segunda instancia, "CONFIRMA EN FORMA INTEGRAL" lo resuelto en la primera.

Un error tipográfico en la cita del número del precepto legal no puede perjudicar, cuando no cabe duda sobre cuál sea el verdadero, porque el sentido común indica que ha de estarse, no al artículo citado equivocadamente, sino al que racionalmente corresponda.

La causal invocada tampoco puede, por lo tanto, prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE PREVARICATO. — EL SIMPLE ERROR EN LA INTERPRETACION DE LA LEY NO PRESUME DOLO EN EL JUZGADOR

La atinada aplicación de la ley demuestra el buen criterio jurídico del juzgador, sin que ello quiera decir que hay dolo y responsabilidad penal en el funcionario que, en un caso igual, la interpreta en forma diferente, por error o falibilidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de fecha seis de febrero del presente año y aplicando el artículo 153 del Código Procesal Penal, declaró que los hechos imputados al doctor Jesús Muñoz Duque —ex-Juez de Menores de Medellín— como constitutivos de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad denunciados por el señor Hipólito Muriel Machado, no han existido y, en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento contra el mismo.

En grado de consulta debe revisar la Corte la mencionada providencia, a lo cual procede, en la siguiente forma:

Hechos

El denunciante señor Machado, formula al ex-Juez de Menores, doctor Muñoz Duque, los siguientes cargos:

Primero.—A petición de la señora de Machado, Débora González, el Juez de Menores decretó el embargo del cincuenta por ciento del valor de la cesantía que le correspondía al esposo, sin que valieran las razones contrarias a tal medida expuestas por el demandado en varios escritos.

Segundo. — A pesar de lo dispuesto por el artículo 2º de la ley 165 de 1941, que prohibe el embargo de sueldos, o salarios que no excedan de cuarenta pesos, los auxilios de cesantía o de enfermedad y las indemnizaciones por accidentes de trabajo cualquiera que sea su cuantía, el Juez acusado decretó el embargo en mención.

Tercero.—El doctor Muñoz Duque, en su carácter de Juez de Menores de Medellín, contraviniendo la ley citada "y abusando —dice el denuncio— de su autoridad, ha fallado en contra de la ley, lo que lo hace responsable del delito de prevaricato que define y castiga el Código de Penas en sus artículos 168 a 170".

"Además — continúa el denunciante — con el hecho de haber decretado el embargo de la mitad de mi auxilio de cesantía, ha violado la ley escrita que tenemos todos la obligación de cumplir y los funcionarios públicos no sólo cumplirla sino hacerla cumplir a todos los asociados —bajo la sanción penal— delito que define y castiga el Código Penal, etc...".

Con un certificado expedido por el Secretario del Juzgado de Menores de Medellín, el denunciante establece que, efectivamente, por auto de diez y seis de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, aquel despacho decretó el embargo de la mitad de la cesantía a que se refiere el denuncio.

Por otra parte, la calidad de Juez de Menores de Medellín, en la época de los hechos denunciados, del doctor Jesús Muñoz Duque, se encuentra plenamente establecida en los autos con la documentación de rigor.

De las copias allegadas al expediente sobre la actuación del Juez acusado considerada como ilícita por el señor Hipólito Muriel Machado, se desprende:

Que el Juez de Menores de Medellín al decretar el embargo de la mitad de la cesantía de que se ha hablado, interpretó el artículo 2º de la ley 165 de 1941 en el sentido de que dicha medida, por tratarse en ese caso de garantizar la subsistencia de los menores hijos del denunciante, no contrariaba aquella disposición.

"Todos los preceptos legislativos en la materia —argumenta el Juez— han creído, muy razonablemente, que la cesantía está constituída precisamente para no ir a comprometer la necesaria estabilidad familiar en el caso de un desempleo.

En consecuencia, ha ordenado la ley 165 que ningún tercero puede pagarse créditos con este auxilio. Nadie fuéra del círculo familiar puede gozar de estos productos. Pero no puede afirmarse que queda excluído algún primer miembro de familia, sobre todo hijo, de estos provechos, máxime cuando ha sido un Juzgado el que ha tenido que recordar al solicitante la obligación natural y primera de velar por sus hijos... Esto, en otras palabras, significa que no se puede comprometer el porvenir familiar, sobre todo cuando en ésta hay menores...".

Por su parte, el Tribunal comparte la tesis expuesta por el Juez, pues considera que "otra interpretación del texto legal habría sido precisamente contraria a los derechos que quiso tutelar". Para reforzarla, hace alusión al título X del Código Sustantivo del Trabajo "Normas protectoras de las prestaciones" y especialmente al artículo 361 de la misma obra.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en el concepto respectivo, pide se confirme la providencia consultada.

La tesis sostenida por el Juez acusado, acogida y ampliada por el Tribunal de primera instancia, debe ser aceptada por la Corte, porque ella, como lo afirma la Procuraduría, "denota un alto grado de sensibilidad social, muy adecuado en la aplicación de las leyes sobre prestaciones".

Aún en el caso de resultar errada la intrepretación de las normas legales sobre la materia, ello no tipificaría delito alguno, ni menos los de prevaricato o abuso de autoridad, porque para que el primero se estructure, sería necesario que la sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, hubiesen sido proferidos "por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros", circunstancia ésta que, a más de no estar establecida en manera alguna en los autos, no fue ni siquiera enunciada por el denunciante.

La atinada aplicación de la ley, ha dicho la Corte, demuestra el buen criterio jurídico del juzgador, sin que ello quiera decir que hay dolo y responsabilidad penal en el funcionario que, en un caso igual, la interprete en forma diferente, por error o falibilidad.

En consecuencia, 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 que ha sido materia de la consulta, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD — COMO DEBE PROCEDERSE CUANDO POR UN MISMO HECHO SE HAN INICIADO DOS O MAS SUMARIOS

Cuando por un mismo hecho se ha abierto más de una investigación, es el caso de reunir los dos sumarios, no sólo por economía procesal, sino también porque esto excluye el riesgo de que el fallador de uno de los procesos no haya apreciado pruebas existentes en el otro, y viceversa, las cuales consideradas en su conjunto, pueden aportar mejores y más amplios elementos de decisión y modificar la posición jurídica del procesado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Por apelación interpuesta por el sindicado, debe la Corte revisar la providencia de fecha diez y ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta, por la cual el Tribunal Superior de Cartagena se abstuvo de dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en el sumario contra el doctor Electo Cáliz Amador y otros, por el delito de abuso de autoridad, en su carácter de Juez Segundo Penal del Circuito de Magangué.

De los autos se desprende que el Tribunal del conocimiento, en providencia de veinte de mayo del año próximo pasado, ordenó remitir el proceso al Agente del Ministerio Público, Fiscal Primero de la Corporación, para que emitiera concepto de conformidad con el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

El Fiscal, en concepto de veinte de junio del mismo año, fue de opinión que procedía dictar sentencia ordenando cesar el procedimiento, de conformidad con el artículo 153 citado, por prescripción de la acción penal.

Sin embargo, el Tribunal, en desacuerdo con su colaborador, se abstuvo de dar aplicación a aquella disposición, argumentando que, en el presente caso, el sumario no ha debido proseguirse "porque según las constancias procesales, por el mismo hecho se le está siguiendo otro expediente al doctor Electo Cáliz Amador, el cual está más avanzado en su etapa sumarial", circunstancia ésta que —según él mismo Tribunal— está demostrada fehacientemente.

En cumplimiento del artículo 192 del Código Procesal Penal, se dió traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal quien, como resultado del estudio sobre la existencia de dos procesos contra la misma persona y por los mismos hechos, pide se revoque la providencia materia del recurso y, en su lugar, se pase el presente negocio al Magistrado que conoce de la otra investigación contra el doctor Electo Cáliz Amador, de que se ha hablado y se ordene sacar copia de lo pertinente de este sumario, para que por separado se averigue la morosidad en que puedan haber incurrido los Magistrados de la Sala Penal en la acción contra el doctor Amador.

La Corte acoge la petición de su colaborador, porque es evidente que, de conformidad con el artículo 52 del Código Procesal Penal, se debe formar un solo proceso para la investigación y fallo de cada delito, sea cual fuere el número de los autores o partícipes. Esto, no solamente por economía procesal, sino también, porque —como lo ha dicho esta Sala— "excluye el riesgo de que el fallador de uno de los procesos no haya apreciado pruebas existentes en el otro, y viceversa, las cuales —consideradas en conjunto— pueden aportar mejores y más amplios elementos de decisión y modificar la posición jurídica del procesado".

Además, si en un caso como éste se prescindiera de la agregación de los sumarios seguidos contra el sindicado por la autoridad de primer grado —que es la competente— se podría presentar el fenómeno de que la de segundo grado se viese

inhibida para conocer de los recursos interpuestos en los otros procesos, por haberse ya pronunciado sobre el mismo delito imputado a las mismas personas.

Lo dicho es suficiente para que 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, revoque, como en efecto lo hace, la providencia del Tribunal Superior de Cartagena materia del presente recurso de alzada y, en su lugar, ordene:

Primero. Que el presente negocio pase a la mesa del Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena que actualmente conozca del otro expediente que se adelanta contra el doctor Electo Cáliz Amador, por los mismos hechos aquí investigados:

Segundo. Que se saque copia de lo pertinente de este negocio, por la Secretaría de esta Sala, para que se averiguen las demoras en que parece han incurrido los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena en la acción adelantada contra el Juez, doctor Electo Cáliz Amador.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

PARA QUE LA DEMANDA DE CASACION SURTA SUS EFECTOS, NO BASTA CON QUE SEA PRESENTADA ANTE UNA AUTORIDAD DENTRO DEL TERMINO SEÑALADO POR EL ARTICULO 563 DEL C. DE P. P., SINO QUE ES NECESARIO ADEMAS QUE LLEGUE A LA CORTE ANTES DEL VENCIMIENTO DE ESE TERMINO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del Código Procesal Penal, el recurso de casación debe fundarse dentro del término legal o sea, el de quince días, de que habla el artículo 563, so pena de que sea declarado desierto.

La Corte ha considerado que de conformidad con el artículo 7º del Código Procesal Penal, debe aplicarse por analogía el artículo 530 del Código de Procedimiento Civil, que dice:

"La demanda puede remitirse a la Corte por la parte o por su apoderado desde el lugar de su residencia, de modo que llegue a la Secretaría dentro de dicho término".

Quiere decir lo anterior que la demanda de casación puede ser enviada de lugar distinto a donde se sigue el negocio, pero para que ella surta sus efectos es indispensable que llegue a la Corte dentro de los términos legales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Buga, en sentencia de fecha tres de marzo del presente año, condenó a Antonio José Castaño Guerrero, a la pena principal de cinco años de presidio, como responsable del delito de robo.

Contra dicha sentencia el defensor del procesado interpuso el recurso de casación y la Corte, por auto de siete de junio pasado lo declaró admisible y ordenó correr traslado al recurrente, por quince días, para que formulara la demanda de casación.

Consta en los autos que el traslado se surtió y sin que hubiese sido recibida la demanda en la Secretaría de esta Sala, el expediente vino al despacho con el informe de haber transcurrido el término legal "sin que se formulara la demanda de casación", con fecha catorce de los que cursan.

El diez y seis de los mismos, es decir, dos días después de haber terminado los quince días de traslado, fue recibido en la Secretaría y pasado al despacho un escrito firmado por el defensor del procesado recurrente, doctor Neftalí Beltrán Sabogal, en el cual sustenta los motivos de casación que creyó oportunos.

Se considera:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del Código Procesal Penal, el recurso de casación debe fundarse dentro del término legal o sea, el de quince días, de que habla el artículo 563, so pena de que sea declarado desierto.

En el presente caso, el escrito de demanda de casación, si bien es cierto que fue presentado personalmente ante autoridad distinta, a la Corte llegó después de haber expirado el término señalado por la ley, para poder tenerla en cuenta.

Esta sala ha considerado, en casos similares, que de conformidad con el artículo 7º del Código Procesal Penal, debe aplicarse por analogía el artículo 530 del Código de Procedimiento Civil, que dice:

"La demanda puede remitirse a la Corte por la parte o por su apoderado desde el lugar de su residencia, de modo que llegue a la Secretaría dentro de dicho término".

Quiere decir lo anterior que la demanda de casación puede ser enviada de lugar distinto a don-

de se sigue el negocio, pero para que ella surta sus efectos es idispensable que llegue a la Corte dentro de los términos legales.

Así, pues, como en este caso la demanda llegó a la Secretaría fuera del término legal de traslado, debe darse cumplimiento al artículo 565 de la ley 94 de 1938, declarando desierto el recurso y condenando en costas a la parte recurrente.

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 defensor del procesado Antonio José Castaño Guerrero, contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, por la cual se le condenó a la pena principal de cinco años de presidio, como responsable del delito de robo.

Condénase en costas a la parte recurrente, las que serán tasadas por el Tribunal de la instancia y comunicadas a la entidad correspondiente para su efectividad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DECLARA ADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION EN UN PROCESO MILITAR

De conformidad con el artículo 1º del Decreto Ejecutivo Nº 1197 de 1951 y el art. 233 del Código de Justicia Penal Militar actualmente en vigencia, es procedente el recurso de casación contra las sentencias condenatorias de segunda instancia en los procesos militares de que hayan conocido en la primera los Consejos de Guerra Verbales, por delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda o sea de cinco años, y con el mismo procedimiento y las mismas causales que en los asuntos ordinarios, aunque la legislación vigente cuando se profirieron esas sentencias no consagraba el recurso de casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Los señores, Coronel Eurípides Márquez y Tenientes Coroneles Quintín Gustavo Gómez y Ernesto Velosa Peña, en sentencia de seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, fueron condenados en segunda instancia por la Brigada de Institutos Militares, a las siguientes penas principales: Al Coronel Márquez, a cinco años de reclusión Militar; al Teniente Coronel Velosa Peña, a seis años de la misma sanción, y al Teniente Coronel Gómez, a tres años y un mes de la misma pena.

Contra dicho fallo y haciendo uso del derecho que les confiere el Decreto número 1197 de 29 de mayo del corriente año, los sentenciados, por intermedio de apoderado nombrado al efecto, interponen el recurso extraordinario de casación.

La Corte, en auto de veinte de junio pasado, ordenó fijar en lista el negocio para efectos del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, término durante el cual, el personero de los procesados pide que sea admitido el recurso, por cuanto para ello se cumplen las disposiciones legales respectivas.

Se considera:

El artículo 1º del Decreto Ejecutivo Nº 1197 antes citado hace "extensivos los recursos extraordinarios de casación y revisión consagrados en el Código de Justicia Penal Militar, a las sentencias de segunda instancia dictadas en los procesos de que hayan conocido en primera Consejos de Guerra Verbales y contra las cuales la legislación vigente cuando se profirieron no consagraba tales recursos extraordinarios ni fueron objeto de nulidad".

El artículo 2º del mismo Decreto dispone que los citados recursos se tramitarán y decidirán "en la forma y términos señalados para los mismos en el Código de Justicia Penal Militar vigente, pero el de casación sólo podrá interponerse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que este Decreto entre a regir".

Por otra parte, el artículo 233 del Código de Justicia Penal Militar actualmente en vigencia, dispone que el recurso de casación en los negocios de tal carácter, se interpone ante la Corte y el mismo procede contra las sentencias condenatorias de segunda instancia en los procesos militares, "por delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda o sea de cinco años, y con el mismo procedimiento y las mismas causales que en los asuntos ordinarios".

En el presente caso, la sentencia recurrida es de aquellas a que se refiere el artículo 1º del Decreto 1197, antes transcrito.

El recurso fue interpuesto por parte legítima y en la oportunidad legal.

Así mismo, el delito por el cual fueron senten-

ciados los interesados, tenía, en la época en que fué proferido el fallo, señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo excedía de cinco años. (Art. 157, Ley 84 de 1931).

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara admisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Brigada de Institutos Militares, de fecha seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, por la cual fueron condenados los señores: Coronel Eurípides Márquez y los Tenientes Coroneles Quintín Gustavo Gómez y Ernesto Velosa Peña, por el delito de rebelión, a las penas principales mencionadas al principio de esta providencia.

Córrase traslado a los recurrentes por el término de quince días, para que formulen la demanda de casación.

Notifíquese esta providencia personalmente al apoderado de los recurrentes.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

POR REGLA GENERAL ES INADMISIBLE QUE EN CASACION SE AGRAVE LA SITUACION DEL PROCESADO

1—La casación en cuanto a la condena a título de reparación de perjuicios, de acuerdo con el art. 559 del estatuto procesal penal, se interpone y formula de conformidad con las causales y el procedimiento de la casación civil.

2—Como se ha establecido en diversas oportunidades, no es admisible en casación la REFORMATIO IN PEJUS, al menos que el recurrente sea el Ministerio Público.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de **Elías Castañeda López** (29 años en 1947, casado, agricultor, de Neiva) impugnó en casación la sentencia del Tribunal Superior de Buga, del tres de mayo del año pasado, por la cual fué condenado —con aplicación del Art. 373 del estatuto penal— a un año de prisión y multa de cien pesos, por las lesiones cusadas a Luis Angel Osorio, una hora después del medio día del treinta de Enero de mil novecientos cuarenta y siete en el Municipio de El Cairo.

Como premisas, se resumen en seguida la versión más aproximada del origen y circunstancias del delito y las tesis expuestas en la Corte por el Procurador y el demandante.

I — El proceso contra Osorio y Castañeda

Un antiguo litigio de linderos fué la causa que los impulsó al mutuo ataque en que uno y otro fueron lesionados, en el patio de la casa de Osorio. Antonio María Hernández, único testigo que —por haber intervenido para evitar el ataque— puede ser creído en mayor grado que otros, describe cómo se inició el encuentro. En la mañana oyó la discusión (sin consecuencia alguna) entre Osorio y Castañeda, y más tarde, al medio día, llamado por la esposa del primero, acudió cuando yá estaban enfrentados, y aconsejó a Castañeda se retirara, ante el riesgo de que Osorio pudiera disparar la escopeta que tenía en sus manos; aquél pareció aceptar el consejo, pero mientras le quitaba el arma, Castañeda bajó y, por encima de Hernández, agredió a machete a Osorio; reaccionó éste, y mientras el testigo entregaba la escopeta a la esposa de Osorio, éste atacó a su agresor. Hernández explicó, al final de su testimonio, que Castañeda dirigió a Osorio frases ultrajantes, especialmente contra su madre, que aquél se abstuvo de contestar, y que Osorio, "tenía su escopeta montada para tirarle si Elías arrimaba a su casa".

Osorio causó a Castañeda tres heridas: una en el occipital izquierdo, otra en el antebrazo izquierdo y otra en el antebrazo derecho, con estas consecuencias: incapacidad máxima de diez días y "pérdida de la flexión y extensión del dedo meñique izquierdo por sección ósea y tendinosa, con carácter permanente e irreparable", y Castañeda causó a Osorio una sola herida en la parte anterior de la segunda falange del dedo índice de la mano izquierda, que tuvo, como consecuencia, una incapacidad máxima de diez días, y la reducción de los movimientos de flexión de la última falange sobre la segunda.

Iniciado el proceso, en él se dictaron las siguientes providencias:

a) El Tribunal, en desacuerdo con el Juez que los consideró igualmente responsables de lesiones intencionales, dictó auto de proceder en segundo grado contra Osorio y Castañeda, reconociendo al primero la excusa de la provocación;

b) El Juez, en su sentencia, condenó a Osorio —como base en los Arts. 28 y 374 del Código Penal— a diez y seis meses de presidio, y a Castañeda —con aplicación del Art. 373— a dos años de prisión, penas que el Tribunal, en consideración a que la norma violada fué el Art. 373 y no el Art. 374, redujo a cuatro meses y un año de prisión, respectivamente;

c) El Juez condenó a Castañeda al pago de mil pesos, a título de perjuicios a Osorio, y a éste al de mil quince a Castañeda al mismo título, y

d) El Tribunal, apartándose del nuevo dictamen en el cual se fijaron en $ 1.180.00 los perjuicios sufridos por Castañeda y en $ 1.598.00 los sufridos por Osorio, condenó a Castañeda, con salvamento de voto de uno de los Magistrados, al pago de $ 1.299.00 a Osorio, y a éste al pago de 731.87, considerando que Osorio actuó en la circunstancia del Art. 28.

III — La demanda

Cuatro cargos hace a la sentencia el demandante: los tres primeros con base en la segunda, causal de casación y con referencia a la responsabilidad y el cuarto con base a la causal primera y con referencia a los perjuicios.

El primer cargo se dirige contra la apreciación que el Tribunal hizo de los testimonios de Simeón y de Gildardo Reyes, Juan Antonio Castañeda y Luis Felipe Hernández, a los que —sin haber presenciado el choque entre Osorio y Castañeda como se comprobó en el juicio —se les dió el valor que no tienen, de declaraciones de testigos presenciales, y en cambio no se le reconoció el que sí tiene al de Antonio María Hernández, apreciación errada que llevó a imputar al delito de Castañeda el de lesiones solamente intencionales y al de Osorio el de lesiones cometidas en estado de ira o intenso dolor, en oposición a lo acreditado en el proceso.

El segundo, basado en la afirmación del Tribunal de que las pruebas allegadas en el juicio no desvirtuaron las imputaciones hechas en el auto de proceder, se concreta a que sólo se tuvieron en cuenta los testimonios citados en el primer cargo y se omitió la consideración de otras pruebas, entre éllas los careos de Castañeda con tales testimonios.

El tercero lo concreta al hecho de que el Tribunal, a pesar de reconocer igual responsabilidad en Osorio y Castañeda, por cuanto si Castañeda fué el provocador y Osorio previó el choque y se preparó a repelerlo, agravó la situación de Castañeda, incurriéndose así en contradicción entre las sanciones y la apreciación de los hechos.

El cuarto cargo lo concreta a la distribución de perjuicios que hizo el Tribunal contrariamente a la liquidación hecha en el dictamen.

Pide el demandante, en síntesis y como consecuencia de aquellos cargos, lo siguiente:

a) Reducción a seis meses de prisión la pena impuesta a Castañeda, de conformidad con el Art. 373 del Código Penal, por cuanto la lesión causada a Osorio equivale a una deformidad física y que, si permanente, lo fué al menos en riña provocada por Osorio;

b) Aumento a dos años de presidio, según el Art. 374, de la pena impuesta a Osorio, con exclusión de la excusa del Art. 28, y

c) Fijación pericial de los perjuicios.

El Procurador Delegado, en la contestación a la demanda, considera que no debe casarse la sentencia no sólo por cuanto aquélla no tiene requisitos de la ley sino por cuanto "el recurrente omitió decir y demostrar cuál es la situación jurídica precisa y determinada que la Corte debe adoptar ante esa mala apreciación o interpretación de los hechos y sus pruebas a fin de situar la responsabilidad de Castañeda en el justo límite que demande la ley penal". En cuanto a los perjuicios, advierte que la demanda no fué bien formulada por invocar causales de la casación penal, y no de la ley civil como la ley lo ordena.

IIII — Estudio del recurso

Las cuestiones que —con apoyo en la causal segunda— propuso el demandante son —en resumen— las siguientes: en favor de Castañeda, la legítima defensa o, subsidiariamente, la riña provocada por Osorio o la aplicación del Art. 373 con fundamento en el último dictamen, y en contra de Osorio la del Art. 374 con base también en el dictamen pericial y, como resultado, la disminución a seis meses de prisión la pena impuesta a Castañeda y el aumento a dos años de presidio la impuesta a Osorio.

Como a esas conclusiones ha debido llegarse —según el demandante— el estudio del recurso debería haberse concretado al de los testimonios que aquél afirma no se les dió el valor que tienen (especialmente el del único testigo presencial, Antonio María Hernández), así como al de Gildardo y Simeón Reyes, Juan Antonio Castañeda y Luis Felipe Hernández, a los cuales se les dió un valor de que carecen, y de ese estudio deducir —en favor de Castañeda— la existencia ya de la legítima defensa, ya de la excusa, ya de la riña provocada por Osorio. En ese plano, correspondía al demandante hacer un análisis compara-

tivo, a fondo, de la declaración de Antonio María Hernández frente a las de Luis Felipe (del mismo apellido), Juan Antonio Castañeda y los Reyes (Gildardo y Simeón) y, lógicamente, de los hechos por éllos afirmados como ciertos, a fin de demostrar que una recta apreciación de tales hechos (o pruebas) conducirían o habrían conducido a la afirmación de la eximente, de la excusa o de la riña. Omitió también, el demandante, demostrar —lo que no era imposible— que sobre el dictamen relativo a las lesiones causadas a Osorio, no podía fundarse —por lo incompleto— la hipótesis de una perturbación, menos de la desfiguración que, equivocadamente, acogió el Tribunal en oposición al peritazgo, que expresamente sólo reconoce la incapacidad.

El Tribunal, como con razón lo registra el demandante, reconoció —sin que en el proceso se hubiera confirmado con claridad y, aún más, después de haber objetado la existencia de toda atenuante y situado a los procesados en un plano de equivalencia— reconoció (se repite), en favor de Osorio, la excusa de la provocación, y, además, atribuyó a Elías Castañeda, para señalar su peligrosidad, el antecedente judicial (sindicado de hurto) de Juan Antonio Castañeda, precisamente uno de los testigos que imputó a Elías la provocación, y circunstancias que, por ser elementos del delito, no podían tenerse como de peligrosidad. Pero esta falta de lógica, así como la de haber omitido el estudio de las pruebas practicadas durante el juicio, sólo se habría corregido si, como se ha dicho, se hubiera formulado la demanda de acuerdo con la forma y contenido fijados por la ley.

El demandante, por lo expuesto, no fundó —en la forma que la ley y la jurisprudencia exigen— la causal segunda invocada.

En cuanto a la objeción relativa a la condena a título de reparación de perjuicios, no fue tampoco hecha de acuerdo con la ley. La casación, en este caso, según mandato del artículo 559 del estatuto procesal penal, se interpone y formula de conformidad con las causales y el procedimiento de la casación civil. Lo legal era, pues, impugnar la sentencia por la causal primera del artículo 520 del estatuto procesal civil, esto es, por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba pericial, la que seguramente habría prosperado ya que al fallador sólo correspondía acoger o rechazar (en todo o en parte por algún motivo legal) el dictamen, pero en ningún caso hacer una distribución distinta y opuesta a la hecha por los peritos.

Advierte la Sala, finalmente, que aún en el caso de que se hubiera fundado el recurso, no era posible —como se pidió en la demanda— agravar la situación de Osorio, aumentándole la pena, por cuanto, como se ha establecido en divedsas oportunidades, no es admisible en casación **la reformatio in pejus** al menos que el recurrente sea el Ministerio Público.

IV. — Fallo de la Corte

Deducido del breve estudio acabado de hacer que, por imperfección de la demanda, no se fundó la causal segunda, que en materia de perjuicios no son pertinentes las causales de la casación penal, y que la sentencia impugnada no fue elaborada como lo prescribe el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, debe darse aplicación al artículo 569 del mismo Código.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Buga, del tres de mayo del año pasado, por la cual se condenó a **Elías Castañeda** a un año de prisión por el delito de lesiones de que fue víctima Luis Angel Osorio, cometido el treinta de enero de mil novecientos cuarenta y siete, en el sitio de "Camellones", del Municipio de El Cairo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LAS HIPOTESIS, LAS DUDAS O LAS OPINIONES EXPRESADAS POR EL JURADO EN SU VEREDICTO NO OBLIGAN AL JUEZ

Como ya lo ha dicho la Corte, una mera hipótesis, una duda, una opinión expresada por el Jurado, no puede obligar al Juez, porque "calificar" es apreciar o determinar las circunstancias de las personas, las cosas o los hechos, definir en suma, fallar o decidir. Si el Juez estuviera obligado a aceptar las hipótesis o dudas sugeridas por el Jurado en su veredicto, querría decir que la atribución conferida por la ley al Jurado para calificar los hechos podría dividirse, y así los Jueces de conciencia apreciarían parte de los hechos según su íntima convicción, dejando otra que tendría que ser apreciada por el Juez de derecho de acuerdo con la estimación legal de las pruebas, lo cual no consulta la naturaleza de la acción penal en los juicios por jurado. El Jurado debe, pues, afirmar o negar la responsabilidad del sindicado sobre los hechos, pues las conjeturas no pueden servir para condenar ni para absolver.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Jorge Zúñiga (de 39 años en 1940, agricultor, casado) interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, del diez y nueve de julio de mil novecientos cincuenta, por la cual —con aplicación de los artículos 362 y 384— fue condenado a la pena de cuatro años de presidio, por el homicidio en la persona de Daniel Guerrero, cometido en el sitio de Cunchila, Municipio de Ospina, la noche del veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta.

Formulada y contestada la demanda, se decide el recurso en el presente fallo, previo resumen de las causas y modalidades del delito, de las providencias y actos procesales que menciona la demanda y de las tesis expuestas por el Tribunal, el Procurador y el demandante.

I. — Proceso contra Zúñiga

La agresión de que Daniel Guerrero fue víctima tuvo su origen inmediato en las ofensas e injurias que desde las horas de la tarde Jorge Zúñiga dirigió públicamente contra Tránsito Moreno, la esposa del occiso, ya al pasar a caballo por enfrente de la casa de Guerrero, ya en los varios expendios donde, en compañía de Segundo Patiño y Alfredo Benavides, estuvieron bebiendo aguardiente. Como causa remota fue señalada, en algunos testimonios, la explotación de Marcos Zúñiga, hermano del agresor, muchos años atrás, durante las relaciones que —parece— existieron entre Marcos y Tránsito. Fue, pues, la conducta de Zúñiga lo que indujo a Guerrero a asumir la que él consideró la defensa del honor de su esposa, y a dirigirse a Zúñiga en acto de reconvención o de protesta. Aunque en un principio pareció alejarse la posibilidad del choque porque al entrar Guerrero al expendio Zúñiga calló, y uno y otro se brindaron alguna copa, es lo cierto que más tarde, al pie de la casa de Guerrero se empeñaron en mutua contienda, y caídos al suelo, Guerrero encima y Zúñiga debajo, aquél recibió la cortada en el lado izquierdo del cuello que, interesándole vasos vitales como la yugular, le produjeron casi instantáneamente la muerte.

Patiño, que acudió allí en clara actitud de defensa de Zúñiga y amenazó a Guerrero, vanagloriándose del arma (cuchillo) que mostraba, fue acusado por Zúñiga, por la muerte de Guerrero, como Patiño acusó a Zúñiga.

Realizado el proceso por el Juez 1º Superior de Pasto, en él se dictaron las providencias y se efectuaron los actos que a continuación se resumen:

a) Auto del seis de marzo de mil novecientos cuarenta y dos por medio del cual se decretó enjuiciamiento, por homicidio intencional (en riña) contra Jorge Zúñiga, sobreseimiento temporal (posteriormente definitivo) en favor de Segundo

Patiño y definitivo en favor de Alfredo Benavides;

b) Cuestión propuesta al Jurado sobre si "el acusado Jorge Zúñiga es responsable de haber dado muerte a Daniel Guerrero por medio de una herida causada con arma cortante, de catorce centímetros de longitud, localizada en la región submaxilar izquierda, paralela al borde inferior de dicho hueso, herida que le interesó la piel, tejido celular músculos, el paquete vásculo-nervioso del cuello del lado izquierdo y los principales vasos sanguíneos del mismo, produciéndole la consiguiente hemorragia abundante; hecho ocurrido entre las ocho o nueve de la noche del veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta en la población de Cunchila, jurisdicción del Municipio de Ospina, y si al ejecutar este hecho, Zúñiga tuvo la intención de dar muerte a Daniel Guerrero cuando se encontraban trabados en riña";

c) Respuesta del jurado del 23 de julio de 1948, según la cual **"sí es responsable** —se transcribe textualmente— **sin que conozcamos esa intención".**

d) Auto del Juzgado, del veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, por el cual —en atención a que "esta contestación es vaga, y sobre el elemento básico, la intención, nada expresaron"— declaró "nulo lo actuado desde el cuestionario y ordenó reunir el mismo Jurado para que, una vez repetida la audiencia, absolviera en forma aceptable y comprensiva el mismo cuestionario";

e) El Juez (cuyo titular era distinto un año después (24 de octubre de 1949) anuló, a solicitud del Fiscal la actuación a partir del anterior auto y, posteriormente, el veinticuatro de noviembre del mismo año, declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, declaración que, consultada al Tribunal, fue revocada, y sustituída por la orden al Juez de que fallara el negocio de conformidad con la respuesta dada por los Jueces de hecho;

f) Sentencia de primer grado, del veintinueve de marzo de mil novecientos cincuenta, por la cual —considerando que el desconocimiento de la intención equivale a su negación— Zúñiga fue absuelto, y, finalmente,

g) Sentencia de segundo grado, del diez y nueve de julio del mismo año, por la cual el Tribunal revocó la de primer grado y, con aplicación de los artículos 362 y 384, condenó al mismo Zúñiga a la pena de cuatro años de presidio.

III. — La demanda

Tres causales, tercera, cuarta y séptima, invocó el demandante, cuyos fundamentos se resumen en seguida, en el orden en que fueron presentadas, por cuanto de la séptima deriva la tercera.

La séptima la funda en que "el Jurado aceptó la responsabilidad del acusado como autor del homicidio, pero en la segunda parte prácticamente niega la existencia de ese hecho al decir "sin que conozcamos esta intención". "La contradicción radica —dice la demanda— en la imposibilidad de conciliar el contenido de los términos, negativos y afirmativos a la vez, no pudiendo ser verdaderos y falsos a un mismo tiempo, dado que existen varias clases de responsabilidad" (intencional, culposa, concausal, preterintencional, etc.), sin que se sepa a cuál de éstas se refirió el Jurado, o si lo que quiso fue simplemente absolver al procesado. "Las razones anteriores —termina— son suficientes para que la sentencia sea casada por esta causal, puesto que se han violado los artículos 480 y 499 del Código de Procedimiento Penal".

En apoyo de la tercera causal, afirma el demandante que si el Jurado se instituyó para calificar los hechos, el Juez no tiene facultad distinta a la de declarar contraevidente el veredicto cuando así lo considere necesario, "circunstancia —dice textualmente— que radica en que el veredicto constituye por sí mismo un acto de verdad legal formada por el Jurado sobre la responsabilidad del acusado en armonía con los cargos formulados en el proceso que lleva al Juez de derecho a dictar la sentencia definitiva dándole la expresión exacta y fiel del veredicto sometido formalmente a las normas de la ley". Termina su objeción a la sentencia con el siguiente razonamiento:

"El Tribunal de derecho creyó estar reunido en Tribunal Popular y en esa forma procedió a dictar un veredicto y decidir sobre la responsabilidad del procesado Zúñiga, y en vez de dar aplicación al artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, declarando el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, resolvió violar el artículo 480 de la obra citada y 28 de la Ley 4ª de 1943".

En cuanto a la causal cuarta asevera que si la sentencia del Tribunal fuera confirmada se vio-

laría el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943, que determina el contenido y forma del veredicto, ya que la respuesta del Jurado implica la absolución, y se violaría el artículo 26 de la Constitución, según el cual nadie podrá ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

III. — Estudio del recurso

No obstante las deficiencias de la demanda —entre ellas la falta de orden en la exposición de las razones y la repetición de la principal al fundar cada una de las causales, desvinculando así el nexo entre éstas y los fundamentos que le son propios— la Sala analizará de preferencia la relativa a la nulidad por la influencia que, al declararse probada, tendría en la suerte del proceso. La cuestión reside, según se colige del propósito (no bien expuesto) del demandante, en que no habiéndose ajustado el veredicto a las prescripciones de la Ley (artículo 29, Ley 4ª de 1943), y fundado en él las formas propias del juicio, la del reconocimiento —mediante un veredicto— de los elementos integrantes de la responsabilidad.

Problema similar le fue planteado a la Corte, de cuyo estudio derivó, doctrinariamente, una conclusión análoga a la que aquí se adopta. "Una mera hipótesis —se razonó entonces— una duda, una opinión expresada por el Jurado, no puede obligar al Juez, porque "calificar" es apreciar o determinar las circunstancias de las personas, las cosas o los hechos, definir en suma, fallar o decidir. Si el Juez estuviera obligado a aceptar las hipótesis o dudas sugeridas por el Jurado en su veredicto, querría decir que la atribución conferida por la ley al Jurado para calificar los hechos podría dividirse, y así los Jueces de conciencia apreciarían parte de los hechos según su íntima convicción, dejando otra que tendría que ser apreciada por el Juez de derecho de acuerdo con la estimación legal de las pruebas, lo cual no consulta la naturaleza de la acción penal en los juicios por jurado. El Jurado debe, pues, afirmar o negar la responsabilidad del sindicado sobre los hechos, pues las conjeturas no pueden servir para condenar ni para absolver".

Ante un veredicto, de imperfección tan sustancial, no es posible razonar —como razonó el demandante— sobre veredicto contradictorio, porque falta uno de los elementos de la contradicción (el negativo), ni sobre desacuerdo con la sentencia, porque, igualmente, falta el elemento que permita analizar los vicios de la relación procesal entre lo que reconoció el jurado y lo que acogió el Tribunal.

La objeción que el Procurador hace a la forma y contenido de la demanda —aunque razonable estrictamente considerada— no excluye la necesidad de declarar probada la causal de nulidad, con el doble propósito de que Zúñiga —cuya intención de matar parece inequívoca y clara— sea juzgado según la ley, y de que un nuevo Jurado resuelva, en su integridad, el problema que le fue planteado.

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 fiscal,

RESUELVE:

a) Invalidar —como en efecto invalida— la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Pasto, del diez y nueve de julio de mil novecientos cincuenta, por la cual condenó a Jorge Zúñiga a cuatro años de presidio, por el homicidio en Daniel Guerrero, y

b) Ordenar se reponga el procedimiento desde el auto del quince de febrero de mil novecientos cuarenta y tres (1943) (fol. 216), por medio del cual se fijó día para el sorteo general de jurados.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE VIOLACION DE LA RESERVA DEL SUMARIO

La reserva del sumario solamente se quebranta cuando se revela, en todo o en parte, el texto o contenido de las piezas que forman el sumario, como perentoriamente lo dice el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal que regula la materia. El simple hecho de informar qué clase de delitos son aquellos por los cuales se sindica al procesado y el estado en que se encuentran los procesos correspondientes, no implica revelación del texto o contenido de las piezas que forman el sumario, para estructurar el ilícito de violación de la reserva del sumario.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

Por auto de diez y ocho de abril 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.

El doctor Luis Infante Rangel, presentó denuncio criminal contra el doctor Héctor Santander Galvis, Magistrado del Tribunal Superior de San Gil, sindicándolo de una violación en la reserva del sumario, por el hecho de haber dirigido el doctor Santander Galvis al señor Presidente de la Corte un telegrama informándole que contra Infante Rangel instruía un negocio penal, expresando que existía proyecto de llamamiento a juicio por el delito de abuso de autoridad.

En los últimos días del mes de septiembre del año próximo pasado, la Corte nombró Magistrado del Tribunal Superior de San Gil al doctor Luis Infante Rangel. Esto dio lugar a que el doctor Carlos Augusto Noriega dirigiera un memorial al señor Presidente de la Corte manifestando que contra el doctor Infante Rangel cursaban, en el Tribunal Superior de San Gil, algunos sumarios por delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

En vista de la anterior información, la Presidencia de la Corte, por auto de tres de octubre del año próximo pasado, ordenó librar despacho telegráfico al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil, en solicitud de informe a la Corporación sobre los sumarios que allí cursaran contra el doctor Luis Infante Rangel, "con especificación de los delitos y en qué estado se encuentran".

Con carácter de urgente se libró despacho telegráfico al mencionado funcionario, quien en telegrama de la misma fecha —tres de octubre— dice:

"Contra doctor Luis Infante Rangel cursan Sala Penal este Tribunal sumario por delitos prevaricato violación reserva sumario en virtud denuncio formulado Enrique Rodríguez ex-alcalde; este negocio encuéntrase con proyecto auto calificatorio presentado Magistrado ponente consideración demás Magistrados Sala decisión. Atte. (Fdo.) Guillermo Hannssen, Presidente Sala Penal".

Además, el señor Magistrado doctor Héctor Santander Galvis, en su condición de Vicepresidente de la Sala Penal del Tribunal, envió al señor Presidente de la Corte el siguiente telegrama:

"Dada mi condición Vicepresidente Sala Penal Tribunal, Magistrado ponente, sumario contra Juez primero Circuito doctor Luis Infante Rangel, considero mi deber adicionar respuesta doctor Hannssen informando dicho sumario también adelántase por delitos falsedad en documentos y abuso de autoridad además de prevaricato y violación reserva sumario. Mi ponencia contiene proyecto llamamiento a juicio por delito abuso autoridad. Sobreseimiento restantes infracciones consérvanlo su estudio demás Magistrados Sala

Penal desde junio 21 del presente año. Atte. (Fdo.) Héctor Santander, Vicepresidente Sala Penal".

Considera el demandante que, al enviar a la Corte la información aludida por parte del Magistrado doctor Santander Galvis, incurrió éste en una violación de la reserva del sumario, puesto que, en dicho telegrama se relatan hechos relacionados con la investigación que contra Infante Rangel se adelanta en el Tribunal.

En manera alguna puede aceptarse que por el hecho de que en el despacho telegráfico dirigido a la Corte por el doctor Santander Galvis, se hable de que contra el doctor Infante Rangel existe un sumario por abuso de autoridad en el cual ya hay proyecto de llamamiento a juicio, tal comunicado constituya un delito de violación de la reserva del sumario, pues, ésta solamente se quebranta cuando se revela, en todo o en parte, el texto o contenido de las piezas que forman el sumario, como perentoriamente lo dice el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal que regula la materia. El simple hecho de informar qué clase de delitos por los cuales se sindica al procesado y el estado en que se encuentran los procesos correspondientes, no implica revelación del texto o contenido de las piezas que forman el sumario, para extructurar el ilícito denunciado. Por otra parte, no debe olvidarse que los despachos telegráficos de los Magistrados de que se ha hablado, fueron enviados en cumplimiento de una orden de la Corte que exigía tal información para obtener datos precisos sobre la conducta del ciudadano que había sido nombrado para un alto cargo en la administración de justicia.

De lo expuesto se llega a la conclusión que el hecho imputado al Magistrado doctor Santander Galvis no constituye delito, y, en consecuencia, deben finalizar estas diligencias 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 señor Procurador Delegado en lo Penal,

Resuelve:

Que el hecho imputado al Magistrado doctor Hector Santander Galvis, no ha existido como delito. En consecuencia, se ordena cesar todo procedimiento en contra del mismo doctor Santander Galvis.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA ENEMISTAD COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO Y DE RECUSACION

1—La enemistad, desde un punto de vista general, es la aversión u odio entre dos o más personas, pero como causal de impedimento o de recusación para que un funcionario del orden judicial se separe del conocimiento del respectivo negocio, su existencia está subordinada a ciertas y determinadas condiciones, que la Corte ha precisado en la siguiente forma:

"...que sea grave, esto es, que su origen o causa sea de tal entidad, que haya bastado a crear, con caracteres de intensidad extraordinaria, los sentimientos que la constituyen, tales como la aversión y el odio, manifestados en propósitos de venganza, en amenazas de daño o en otras intenciones y hechos sintomáticos o demostrativos de tales sentimientos; y que éstos sean mutuos, es decir, que vinculen con igual fuerza a recusante y recusado, o excepcionalmente que si no lo son, provengan del juzgador (no del juzgado), de modo que, en tal evento, funden la presunción de que puedan determinar a aquél a la violación de las normas tutelares de los derechos del procesado...".

2—Una simple frialdad en las relaciones que antes existían entre el funcionario y el procesado, no es síntoma que demuestre que de parte del primero haya aversión u odio hacia el otro, tanto más si el juzgador manifiesta que de su parte no ha habido reciprocidad en cuanto a los sentimientos de enemistad que para su persona pueda tener el procesado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, envía a la Corte el proceso que se adelanta contra el doctor Jorge Salazar Restrepo, por el delito de abuso de autoridad, con el objeto de que esta Sala resuelva sobre la legalidad del impedimento manifestado por el Magistrado doctor Bernardo Botero Mejía.

Hechos

Este sumario se inició en el Juzgado Primero del Circuito en lo Penal de Medellín, por denuncia formulada por Gildardo García Monsalve contra el doctor Jorge Salazar Restrepo, por el delito de abuso de autoridad. El expediente se remitió al Tribunal Superior de Medellín para que decidiera sobre la legalidad del auto del mencionado Juez, fechado el diez y seis de octubre del año pasado, por el cual declara que no está impedido para seguir conociendo de tal proceso. En el Tribunal, el expediente fué repartido al Magistrado doctor Botero Mejía, pero éste, por auto de fecha diez y seis de junio pasado, ordena pasarlo al Magistrado que le sigue en turno, doctor Pedro Claver Gómez, para que resuelva sobre el impedimento por él manifestado.

Las razones en que se funda el Magistrado doctor Botero Mejía, para declararse impedido en el conocimiento del presente negocio, pueden resumirse así:

Que en la declaración rendida en aquel sumario (fl. 18) por el doctor Jaime Sanín, éste manifiesta que se enteró, por habérselo relatado el doctor Botero Mejía, que éste había preguntado a Salazar Restrepo, "si estaba peleando con los chicos de la prensa" y le había contestado: "O me tumban, o acabo con ellos"; que el doctor Salazar Restrepo, era buen amigo suyo además su vecino, pero que después del cambio de frases relatado por el doctor Sanín, no volvió a autorizarle el saludo, no obstante que no se le ha solicitado declaración sobre esa cita y aunque, las expresiones de que habla aquel declarante, no

encierran afirmaciones sobre la existencia o inexistencia de un hecho delictuoso, cree conveniente que otro Magistrado actue como ponente en el proceso, con mayor razón debido a que el procesado le retiró su amistad.

Agrega que, quizás por el aspecto legal, el impedimento no encaje dentro de las causales previstas por el artículo 72 (sic) del C. de Procedimiento Penal, pero como la justicia requiere que los funcionarios obren dentro de la más absoluta imparcialidad y sin que existan motivos para dudar de su comportamiento, se declara impedido invocando la enemistad grave, que parece tener el procesado Salazar Restrepo respecto de su persona, pero sin reciprocidad de parte suya.

Los Magistrados que integran el resto de la Sala, por auto fechado el veintiuno de junio siguiente, declaran infundado el impedimento manifestado por el Magistrado Botero Mejía y ordenan enviar el expediente a la Corte para que decida el incidente. Sus puntos de vista, están contenidos en el siguiente aparte:

"Indudablemente lo que ocurrió fue que, como la cuestión se debatió tanto por la prensa, el doctor Botero le hizo esa pregunta innocua. Ahora bien, por ninguna parte aparece una manifestación de enemistad entre el doctor Botero y el doctor Salazar, pues bien pudo ocurrir que, por descuido, como es muy frecuente, alguna vez el doctor Salazar no lo haya saludado y, además, no es cualquier clase de enemistad de la que habla la ley, sino de enemistad grave, que por ninguna parte aparece comprobada o siquiera pergueñada".

Se considera:

El artículo 72 del Código de Procedimiento Penal, prescribe que los Jueces deben declararse impedidos para conocer de los procesos criminales, cuando existan respecto de ellos, causales de recusación. Y el artículo 73 de la misma obra, en su numeral 5º considera causal de recusación, la circunstancia de existir enemistad grave entre algunas de las partes o su apoderado o defensor y el Juez o Magistrado que conoce del proceso.

La enemistad desde un punto de vista general, es la aversión u odio entre dos o más personas. Como causal de impedimento o de recusación para que un funcionario del orden judicial se separe del conocimiento del respectivo negocio, su existencia está subordinada a ciertas y determinadas condiciones. Estas condiciones, las ha precisado la Corte en la siguiente forma:

"...que sea grave, esto es, que su origen o causa sea de tal entidad, que haya bastado a crear, con caracteres de intensidad extraordinaria, los sentimientos que la constituyen, tales como la aversión y el odio, manifestados en propósitos de venganza, en amenazas de daño o en otras intenciones y hechos sintomáticos o demostrativos de tales sentimientos; y que éstos sean mutuos, es decir, que vinculen con igual fuerza a recusante y recusado, o excepcionalmente que si no lo son, provengan del juzgador (no del juzgado) de modo que, en tal evento, funden la presunción de que puedan determinar a aquél a la violación de las normas tutelares de los derechos del procesado...". (Auto de 19 de junio de 1948. G. J. números 2062-63).

En el caso de autos, la enemistad de que habla el Magistrado que se declara impedido para conocer de este proceso, no tiene ninguno de los caracteres que se mencionan en el aparte anterior. Las condiciones que esencialmente integran la enemistad grave, no se han manifestado en forma alguna ni por el sindicado Salazar Restrepo ni por el Magistrado doctor Botero Mejía; una simple frialdad en las relaciones que antes existían entre éstos, no es síntoma que demuestre que de parte del primero haya aversión u odio hacia el doctor Salazar Restrepo, pues como aquel mismo lo afirma, de su parte no ha habido reciprocidad en cuanto a los sentimientos de enemistad que pueda tener para su persona el nombrado doctor Salazar Restrepo.

Por lo demás, hay ausencia de motivos que puedan fundar la presunción de que el Magistrado doctor Botero Mejía, albergue sentimientos que puedan llevarlo a violar los derechos del procesado en las intervenciones que legalmente le correspondan en la tramitación y fallo del negocio en referencia.

Por consiguiente, en el caso de que se trata, el Magistrado doctor Bernardo Botero Mejía, no está impedido para conocer del proceso en contra del doctor Jorge Salazar Restrepo, por el delito de abuso de autoridad.

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, DECIDE que el señor Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, doctor Bernardo Botero Mejía, no está impedido para conocer del proceso que se adelanta contra el doctor Jorge Salazar Restrepo, por el delito de abuso de autoridad.

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

Luis Gutiérrez Jiménez. — Francisco Bruno. Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello, Secretario.

LAS LEYES DE SIMPLE PROCEDIMIENTO O RITUALIDAD EN LOS JUICIOS SON DE APLICACION INMEDIATA Y RESPECTO DE ESTAS LEYES NO ES APLICABLE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE QUE EN MATERIA PENAL DEBE APLICARSE DE PREFERENCIA LA LEY PERMISIVA O FAVORABLE

Las leyes de procedimiento son de aplicación inmediata, y por conisguiente, entran a regir tan pronto como están en vigencia, aunque se trate de procesos ya iniciados, porque en primer término, corresponde al orden público esta materia de la ritualidad en los juicios, y, además, tiene aquí aplicación el principio de que la ley nueva debe considerarse como una mejor protección a los derechos de los procesados, que la antigua, motivos bastantes para tener por inexistente cualquier razón que se adujera en orden a que no sea de aplicación inmediata tan pronto como ocurra su vigencia.

El principio constitucional — adoptado también en los Códigos Penal y de Procedimiento— de que en materia criminal la ley permisiva o favorable prefiere a la desfavorable o represiva, aunque sea posterior al acto que se juzga, debe entenderse como aplicable sólo a las leyes sustantivas penales, bien se encuentren en el Código Penal o de Procedimiento, siempre eso sí que tengan aquel carácter. En cuanto a las de simple procedimiento o ritualidad en los juicios, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 desarrolla ese principio, y en él se apoya precisamente la argumentación básica y fundamental para sustentar la doctrina de que en cuanto a ritualidad de los juicios el fenómeno de la favorabilidad de la ley no tiene vigencia.

Este principio lo consagran también las legislaciones extranjeras y lo aceptan los expositores más autorizados de la ciencia procesal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Julio Suárez Rodríguez fue condenado por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de fecha seis de octubre del año pasado, a la pena principal de ocho años de presidio, como reponsable del delito de homicidio en Francisco López.

El defensor del procesado, en tiempo oportuno, interpuso el recurso de casación y, en la demanda correspondiente, invoca las causales 1ª y 4ª del artículo 567 del C. de P. P.

Siguiendo el sistema adoptado por el señor Procurador, la Sala estudiará separadamente los motivos de casación alegados, dando prelación a la causal cuarta, por referirse ésta a nulidad del juicio que, de prosperar, haría inútil el estudio de la primera —mala aplicación de la ley penal— fundada, en este caso, en los mismos razonamientos de la anterior.

Hechos:

Refieren los autos que el veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, se encontraban en el Café Victoria de la ciudad de Barrancabermeja, tomando trago, los señores Antonio Suárez, Nicolás Cervantes Ditas y Francisco López. En el mismo establecimiento estaba también el acusado Julio Suárez Rodríguez, en compañía de otro sujeto. De pronto entró al Café Joaquín Ramos o Cano, quien dirigiéndose a Francisco López lo trató de "hijo de putá", ultraje que fue contestado por éste con un puñetazo que lo derribó al suelo, de donde se levantó para decirle: "López, tú eres un hijo de puta", recibiendo como respuesta otro puñetazo que también lo derribó. Nuevamente Ramos de pie, se recostó contra una baranda, diciendo que tenía que reclamar a López el haberle pegado.

El incidente relatado hizo que los presentes en el establecimiento trataran de intervenir, susci-

tándose entonces cruce de puñetazos entre todos. Roselina Vecino, concubina de Antonio Suárez, intervino para retirar a éste de la cantina, lo que logró con la ayuda de Aquilino Soto Palacio, empleado de allí, quien le preguntó a Suárez que qué le pasaba, obteniendo como respuesta: "A mí no me chuzó, chuzó fue a López". Antonio y Rosalina se entraron a un dormitorio y tras de ellos entró Francisco López, quien, al recostarse en una cama, cayó al suelo, en donde murió a consecuencia de unas heridas propinadas con arma corto-punzante.

Cuenta Aquilino Soto que al salir del Café, inmediatamente después de los hechos, vio a Julio Suárez parado al pie de uno de los billares, con un cuchillo en la mano y quien le dijo: "No te metas si no querés chupar también", y se puso a empujar una puerta gritando: "Salí Antonio, para que me mates con tu ocho y medio".

Actuación procesal

En las providencias calificadoras del mérito del sumario, se le imputó al procesado Julio Suárez Rodríguez el delito de homicidio simplemente voluntario, tanto en la de primera como en la de segunda instancia.

Con base en esta calificación, al Jurado de conciencia que posteriormente lo juzgó, se le formuló el siguiente cuestionario:

"El acusado Julio Suárez Rodríguez, es o no responsable de haber dado muerte, con propósito e intención criminal, y por medio de dos heridas de arma corto-punzante a Francisco López, hecho éste sucedido en el área urbana de la población de Barrancabermeja, en las horas de la tarde del veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos cuarenta y uno (1941)?".

La respuesta fué: "Sí", por mayoría de votos —cuatro contra un disidente— que sirvió para que el Juez de derecho, en primera instancia y, luego, el Tribunal Superior de Bucaramanga, en segunda, impusieran al reo la pena principal de ocho años de presidio.

Causales de Casación

Causal Cuarta. Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad.

"En efecto —dice la demanda para sustentar esta causal— Julio Suárez Rodríguez, fue llamado a responder en juicio por homicidio en la persona de Francisco López, hecho perpetrado en el año de 1941, de manera pues que ha debido aplicársele la ley preexistente al hecho que se imputaba y no una ley posterior".

"En cuanto a la celebración del juicio se dio aplicación a la ley cuarta de 1943 que no era la vigente al tiempo de la consumación del hecho delictuoso porque se le juzgaba; es decir, se le aplicó una ley posterior al hecho. Cuál ley ha debido aplicársele? La ley preexistente al hecho mismo, es decir el artículo 528 del C. de P. P. que entonces no se encontraba derogado por el artículo 27 de la ley 4ª de 1943....

"Esta era, pues, la disposición aplicable en cuanto a la celebración del Jurado que debía decidir sobre la responsabilidad o no responsabilidad de Julio Suárez Rodríguez; esta ley aun cuando en parte adjetiva, era más favorable al sindicado y por tanto élla ha debido aplicarse".

Estos mismos motivos de acusación a la sentencia del Tribunal, le sirvieron al demandante para invocar la causal primera, por mala aplicación de la ley penal.

Se considera:

Como el delito de homicidio porque se juzgó al procesado Suárez, fué cometido en el año de 1941, se afirma en la demanda que el juicio está viciado de nulidad, pues se aplicaron al procedimiento ritualidades menos favorables que las que estatuía el Código de la materia en la época del delito, en especial el artículo 528, sobre la fórmula del juramento.

Aunque no lo enuncia de manera expresa, todo el contexto de la demanda pretende encontrar en la tramitación del proceso una nulidad de carácter constitucional, consistente en que no se tuvo en cuenta el criterio de favorabilidad para aplicar la ley en cuanto al procedimiento del juicio en la audiencia pública, favorabilidad que sustenta el recurrente afirmando que al dar aplicación al artículo 27 de la ley 4ª de 1943, que sustituyó la fórmula del juramento que deben prestar los miembros del Jurado antes de comenzar la audiencia pública, tal como lo consagraba el artículo 528 del Código de Procedimiento Penal, "se pretermitió la deliberación del Jurado y la discusión de los hechos sometidos a la consideración del Jurado, perjudicando en esta forma la libertad de los Jurados para dictar el fallo de conciencia,

pues en la discusión que se efectuó entre los mismos Jurados, éstos no estuvieron de acuerdo y el veredicto fue de mayoría y minoría por la influencia que ejerció uno de los jurados en los otros para conseguir que respondieran el cuestionario en determinada forma".

La tesis de la favorabilidad del antiguo procedimiento —que sustituyó la ley 4ª de 1943 en este particular— la sustenta el recurrente diciendo que "no permitía la comunicación entre los Jurados y los obligaba a tener una convicción íntima sobre los hechos sobre los cuales se les iba a interrogar".

De manera que la crítica de la demanda se dirige más directamente contra el establecimiento de la deliberación colectiva que, de conformidad con la reforma de la ley 4ª de 1943, se hizo al procedimiento anterior del Código de la materia, el cual no contemplaba esta posibilidad, desde el momento mismo en que los cuestionarios eran formulados con anterioridad a la audiencia pública; y de acuerdo con el texto del tantas veces citado artículo 528, dentro de la fórmula del juramento se incluía la prohibición de que los Jurados se comunicaran con nadie, ni siquiera entre éllos mismos, sobre la causa sometida a su veredicto, obligación ésta que el artículo 27 de la ley 4ª ya citado levantó, dejando eso sí vigente la prohibición para los miembros del tribunal popular de comunicarse con nadie y permitiendo al mismo tiempo la deliberación entre éllos en la conferencia preliminar a la producción del veredicto.

Si se tratara en este proceso de una ley sustantiva en materia penal, no habría duda de que podría hablarse de mala aplicabilidad de la misma cuando el principio de favorabilidad, es decir, la retroactividad de la norma en beneficio del reo, no se hubiera cumplido.

Mas, no es posible aquella afirmación, en el presente caso, porque se trata de una ley de procedimiento, esto es, de derecho adjetivo o formal, que se gobierna por un principio opuesto al de la primera, es a saber, que dichas leyes son de aplicación inmediata, y por consiguiente, entran a regir tan pronto como están en vigencia, aunque se trate de procesos ya iniciados, porque en primer término, corresponde al orden público esta materia de la ritualidad en los juicios, y, además, tiene aquí aplicación el principio de que la ley nueva debe considerarse como una mejor protección a los derechos de los procesados, que la antigua, motivos bastantes para tener por inexistente cualquier razón que se adujere en orden a que no sea de aplicación inmediata tan pronto como ocurra su vigencia.

El principio constitucional —adoptado también en los Códigos Penal y de Procedimiento— de que en materia criminal la ley favorable o permisiva prefiere a la desfavorable o represiva, aunque sea posterior al acto que se juzga, debe entenderse como aplicable sólo a las leyes sustantivas penales, bien se encuentren en el Código Penal o de Procedimiento, siempre eso sí que tengan aquel carácter de sustantividad. En cuanto a las de simple procedimiento o ritualidad en los juicios, el artículo 40 de la ley 153 de 1887, desarrolla ese principio y en él se apoya precisamente la argumentación básica y fundamental para sustentar la doctrina de que en cuanto a ritualidad de los juicios el fenómeno de la favorabilidad de la ley no tiene vigencia.

"Las leyes —dice el artículo 40 citado— concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen a las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".

Este principio lo consagran también las legislaciones extranjeras y lo aceptan los expositores más autorizados de la ciencia procesal. Así, el profesor italiano Eugenio Florián, razona sobre él de la siguiente manera:

"Una vez promulgada la norma procesal penal, se aplica no sólo a los procesos nuevos (que pueden ser llamados futuros con respecto a la ley misma) sino también a los pendientes, porque, por ser tal ley de carácter público, es una expresión directa de los intereses generales y públicos. Mientras en el derecho penal sustantivo rige el principio de la **no retroactividad**, en el proceso penal vale el de la **retroactividad**, como regla general y salvo particulares excepciones.

"La razón de ello es obvia. El proceso penal tiene un substracto de altísimo interés público: la ordenación de la jurisdicción, las formas procesales, los mandatos de observancia de las mismas, etc., son de carácter público. Aquí no se originan derechos adquiridos; sería una herejía hablar de cuasicontratos judiciales, como se habla en el proceso civil. Por lo mismo, el artículo 2º del Código Penal (se refiere al italiano que trata de la irrectroactividad), no tiene paralelo en el procedimiento penal y de aquí la vigencia de la regla indicada de la aplicación inmediata de la ley procesal penal, la cual extiende también su fuerza

a los procesos pendientes, procesos incoados por delitos cometidos con anterioridad a su promulgación". ("Elementos de Derecho Procesal Penal". Traducción de L. Prieto Castro, pág. 43).

No es ésta, por cierto, la primera vez que la Corte se refiere a la materia en estudio. Para no citar sino una doctrina, que fue la que sirvió de pauta a las sucesivas, no poco numerosas, se transcribe la siguiente:

'La ley 4ª de 1943 en sus artículos 27, 28 y 29 contiene preceptos sustantivos y adjetivos. Los segundos, que son de aplicación inmediata, se pueden valorar objetivamente por el Juzgador, deduciendo el concepto de favorabilidad de la comparación de estas normas con las del Código de Procedimiento Penal. Nadie puede dudar que la fórmula del juramento que trae el artículo 27 y la facultad otorgada a los miembros del Jurado con relación a la explicación de su veredicto y el restablecimiento de la deliberación colectiva acerca de las respuestas de los cuestionarios, son medidas de carácter procedimental formal, que apreciadas objetivamente, favorecen la defensa del procesado, siendo por tanto, de aplicación inmediata a los procesos". ("GACETA JUDICIAL", Tomo LIX, números 2025 - 27 bis, página 1009).

Por las anteriores razones, no prospera la causal cuarta alegada.

Tampoco prospera la causal primera, consistente en mala aplicación de la ley penal, por cuanto los motivos expuestos por el demandante, no son otros que los ya examinados con relación a la nulidad invocada. "Negada —como dice la Procuraduría— la eficacia de esta última contra la sentencia acusada, los cargos consistentes en que hubo error en la aplicación de la ley penal, también desaparecen, por ser un reflejo de la supuesta nulidad del juicio".

Por consiguiente, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no invalida** la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de fecha seis de octubre del año pasado, que ha sido materia del recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez.— Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL — POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA DEL QUERELLANTE Y POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA EN QUIEN SE CONSTITUYO PARTE CIVIL EN EL PROCESO

1—La ley (art. 198 del C. de P. P.) erigió en nulidad la ilegitimidad de la personería del querellante, pero subordinada a una condición: la de que " el asunto sea de aquellos en que no pueda procederse de oficio".

2—Aún en el supuesto de que la persona constituída en parte civil no fuere legítima, y así se declarare judicialmente, ello no incidiría en la validez del proceso ni tampoco en el derecho a la reparación de perjuicios: lo primero, porque —por expresa creación legal (art. 122 del estatuto procesal penal)—, la decisión del superior relativa a la apelación contra el auto que admite o niega la demanda de constitución de parte civil, no implica nulidad ni retrotrae el procedimiento, y lo segundo, porque siendo pública (o mixta, transaccionalmente) la acción para la reparación de perjuicios, están obligados el Ministerio Público y el Juez, en su caso, a proveer a la fijación (en abstracto) cuando los interesados no participaron en el proceso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de **Justino Jiménez Soler** (éste de 31 años en 1948, nacido en Sotaquirá, casado, ascensorista de la Compañía Colombiana de Seguros) impugnó la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del cinco de julio del año pasado, por la cual —con aplicación de los Arts. 37 (3º) y 362 del estatuto penal— Jiménez fué condenado a la pena de nueve años de presidio por el delito de homicidio en Rogelio Pinzón Suárez, cometido en esta ciudad, la noche del cinco al seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Formulada y contestada la demanda, la Corte —previa referencia a las tesis del Procurador y el demandante— decide el recurso en el presente fallo.

I — Causas y circunstancias del delito

El acto de Jiménez fué la consecuencia de una inofensiva insinuación que la noche del mes de julio referida le hiciera Pinzón, al terminar la reunión o fiesta tenida en la tienda de Misael Suárez en el Barrio de Santa Lucía, de esta ciudad. Jiménez, según la información más verídica, acompañado de su esposa Basilia Barrera, llevó a la citada tienda un radio de su propiedad con el fin de que Suárez lo comprará y luégo, de pasar unas horas con Suárez y su esposa. Rogelio Pinzón llegó momentos después, y estuvo conversando y tomando con los Jiménez y los Suárez.

Terminada la fiesta, Jiménez fué a desconectar su radio, lo que parece hizo con brusquedad, y como Pinzón, ignorante de quién fuera el dueño, le insinuó lo tratara con cuidado, estas triviales palabras fueron contestadas por Jiménez con una grave ofensa que indujo a Rincón a lanzarle una bofetada a Jiménez, el que —a su vez— sujetándolo por el cuello, le lanzó varios puñetazos. La intervención de Suárez evitó consecuencias más graves. Jiménez y su esposa salieron, y también Pinzón, pero algunos minutos después, cuando éste se dirigía a su casa, Jiménez —que yá armado de machete lo esperaba— lo atacó y le produjo la muerte casi inmediatamente (tres heridas en la región occípito-parietal derecha, que penetraron en la masa encefálica y seccionaron vasos vitales).

II — El proceso contra Jiménez

Calificado el homicidio en la figura de intencional, al procesado se le imputaron circunstancias de mayor peligrosidad relativas a los motivos innobles y fútiles y a otras (tiempo, sitio modo) que obstaculizaron la defensa. Propuesta al jurado la hipótesis de la indefensión, fué negada.

Con apoyo en el veredicto el Juez condenó a Jiménez a ocho años de presidio (Art. 362), que el Tribunal, en consideración a lo motivos fútiles e innobles del delito, aumentó a nueve años, y que es —como adelante se expresará— uno de los motivos de impugnación del fallo.

Dos audiencias se celebraron en este proceso: la una el doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, y la última el veintisiete de febrero del año siguiente (1950). Inmediatamente después de la primera audiencia, —el 16 de diciembre— Heliodoro Pinzón, padre del occiso, presentó —por medio de apoderado especial— demanda para la indemnización de perjuicios, la que el treinta de enero le fué admitida, previo reconocimiento de Heliodoro Pinzón como parte civil.

Como la principal objeción del recurrente se dirige contra la admisión de esta parte, es indispensable resumir los incidentes a que ella dió origen.

Heliodoro Pinzón, que aparece en el certificado de matrimonio con el apellido "Júgar", comprobó, mediante testimonios, que es la misma persona que, como padre de Rogelio, figura en la partida de bautismo, y en tal prueba, precisamente, fundó el Juez la admisión de parte civil representada por el ya citado Heliodoro.

Contra el auto que tal admisión hizo, interpuso reposición el defensor, fundado en que el vínculo entre Heliodoro y Rogelio no fué comprobado en la forma que ordena la ley. No admitida la reposición, apeló ante el Tribunal, y aunque el cuaderno relativo a este recurso (efecto devolutivo) no aparece, el Tribunal —según la sentencia— confirmó el auto que admitió la constitución de parte civil.

Resumida así esta controversia, que es punto de partida de una de las objeciones al fallo, y en la cual participó el apoderado de aquella parte, se estudia en seguida la demanda.

IIII — Estudio del recurso

Por dos motivos acusa el representante de Jiménez la sentencia: porque se le imputó, como motivo del delito, un sentimiento de venganza, que no es noble, incurriéndose así en violación de la ley penal (Numeral 3º del Art. 37), y porque se constituyó en parte civil persona que no tiene capacidad legal para éllo, lo que funda la causal segunda de nulidad del Art. 198 del Código de Procedimiento Penal, es decir, la ilegitimidad de la personería del querellante.

La primera objeción no fué fundada. El demandante debía razonar en torno a la inexistencia del motivo innoble con referencia a lo afirmado en el proceso, pero en vez de éllo se limitó a afirmar, posiblemente con el ánimo de sugerir la creación —en el victimario— de un estado emocional o pasional, "que Justino Jiménez y su esposa —se transcribe— fué (sic) maltratado de hecho y lesionado sin causa justificada en el interior del establecimiento, según se desprende de todas las pruebas".

Esta afirmación no es cierta, y por eso el Tribunal —con apoyo en los testimonios de Misael Suárez, Nicolasa Reyes y Tulia Garzón, que estaban con Pinzón y Jiménez la noche del delito y también en el de la niña Marina León— el Tribunal (se repite) dedujo la innobleza del motivo. Fué Jiménez quien, por un motivo baladí, ofendió a Pinzón en su honor, lo que lo impulsó a sancionar la ofensa y a Jiménez a contestar la sanción. Pero terminado este breve y rápido cambio de golpes, y dirigiéndose unos y otros a sus casas, Jiménez, que había ya sacado un machete y salido de la suya, aguardó a Pinzón fuera de la tienda de Suárez y así le causó la muerte. Lo que el procesado revela, como motivo del delito, es un sentimiento de venganza, el que nada tiene de nobleza.

El Tribunal, por lo tanto, se ajustó a lo probado al atribuir al delito de Jiménez un motivo innoble, y consiguientemente aumentarle la pena. La violación de la ley penal, pues, no se realizó.

La otra objeción —ilegitimidad de la personería del querellante— no es aquí pertinente, y la razón es obvia y simple. La ley (Art. 198) erigió en nulidad aquella ilegitimidad, pero subordinada a una condición, la de que "el asunto sea de aquellos en que no pueda procederse de oficio", y el homicidio es, precisamente, delito cuya investigación no exige querella. No existe, pues, la condición que fijó la ley para que el motivo alegado induzca a nulidad.

La objeción a la prueba de la paternidad, tampoco es fundada. Y como se trata de cuestión civil, debe recurrirse —como lo prescribe el Art. 22 del Código de Procedimiento Penal— a lo que establezca la ley civil. Es decir, a los Arts. 470 del Código Civil y 332 del de Procedimiento, también civil.

Como pruebas presentó el apoderado de la parte civil los siguientes documentos:

a) Certificado del Párroco de Engativá, según el cual el occiso Rogelio Pinzón era hijo legítimo de Heliodoro Pinzón y Simona Suárez, abuelos paternos Cerbeleón Pinzón e Isidora Beltrán, y abuelos maternos Agapito Suárez y Wenceslada Ruiz;

b) Certificado del Párroco de Egipto (Bogotá), sobre matrimonio de Heliodoro Júgar, hijo de Cerbeleón Júgar e Isidora Beltrán, y Simona Suárez, hija de Agapito Suárez y Wenceslao Ruiz, y

c) Testimonios de los Sres. Luis Hernando Vargas Macías y Simón Sarmiento, según los cuales Heliodoro Pinzón, el que figura en la partida de nacimiento de Rogelio como padre de éste, es el mismo Heliodoro Júgar que contrajo matrimonio con Simona Suárez.

El Juez y el Tribunal —al rechazar la objeción de nulidad propuesta por el defensor en las instancias— actuó legalmente, porque si de acuerdo con el Art. 332 del estatuto procesal civil "la ilegitimidad de la personería puede ocurrir para que se pruebe la identidad de la persona que instaure la demanda", ella —la identidad— se prueba, cuando ha habido error en el acta, ante el Juez, para que con audiencia de los interesados se subsane ese error. Y éllo fué lo que se hizo.

Pero aún en el supuesto de que la persona constituída en parte civil no fuere legítima, y así se declarare judicialmente, ello no incidiría en la validez del proceso ni tampoco en el derecho a la reparación de perjuicios: lo primero, porque —por expresa creación legal (Art. 122 del estatuto procesal penal)—la decisión del superior relativa a la apelación contra el auto que admite o niega la demanda de constitución de parte civil, no implica nulidad ni retrotrae el procedimiento, y lo segundo, porque siendo pública (o mixta transaccionalmente) la acción para la reparación de perjuicios, están obligados el Ministerio Público y el Juez, en su caso, a proveer a la fijación y a la condena (en abstracto) cuando los interesados no participaron en el proceso.

Tampoco, pues, prospera —por lo expuesto— la causal de nulidad.

IV — Decisión del recurso

Deducido del anterior estudio que la imputación del motivo innoble del delito tiene base en el proceso, y de que la ilegitimidad de la personería del querellante sólo vicia de nulidad los procesos por delitos que no se investigan de oficio, debe aplicarse el Art. 569 del estatuto procesal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, **no casa** la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual condenó a **Justino Jiménez Soler** a la pena de nueve años de presidio por el delito de homicidio en Rogelio Pinzón, cometido en el Barrio de Santa Lucía de esta ciudad la noche del cinco al seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada — Angel Martín Vásquez—Carlos Arturo Díaz, Conjuez—**Julio E. Argüello R.,** Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD (DEMORAS)

La morosidad que la ley penal reprime es la nacida de la falta de asistencia a la oficina, de la no dedicación a las labores oficiales, de la negligencia, pereza o desidia, pero no la morosidad causada por la verdadera imposibilidad física de tramitar y resolver un considerable número de asuntos, en un tiempo determinado, porque esto sería exigir algo contrario a la capacidad humana, y por tanto absurdo e injurídico.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en providencia de dos de febrero del año en curso, que por consulta debe revisar la Corte, sobreseyó definitivamente en favor de los doctores Bernardo Jaramillo García, Carlos Solano Vega, Manuel Vanegas Mendoza y Luis Carlos de la Torre, por los cargos que se les formularon en la presente investigación.

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla, al rendir su concepto sobre el fallo de fecha 7 de abril de 1948, en virtud del cual el Juez 4º del Circuito de aquella ciudad declaró cesado todo procedimiento, por prescripción de la acción penal, contra Gustavo Salazar Calderón, sindicado de un delito lesivo del patrimonio, solicitó que se averiguara la responsabilidad penal en que hubieran podido incurrir los funcionarios por las demoras establecidas en dicho proceso.

La investigación comprobó que en el negocio contra el señor Salazar Calderón hubo las siguientes demoras: del 16 de diciembre de 1942 al 16 de octubre de 1945, en que fue repartido el negocio al Juzgado 4º del Circuito Penal de Barranquilla; del 22 de noviembre de 1945 al 29 de marzo de 1947; y, del 22 de septiembre de 1947 al 7 de abril de 1948, fecha ésta en que se declaró la cesación del procedimiento, en el Juzgado 4º del Circuito Penal de la misma ciudad, por prescripción de la acción penal. La primera demora anotada tuvo ocurrencia en el Juzgado 2º del Circuito.

Durante el tiempo en que se cumplieron las demoras anotadas, desempeñaron los cargos de Juez 2º y 4º del Circuito Penal de Barranquilla, los doctores Bernardo Jaramillo García, Carlos Solano Vega, Manuel Vanegas Mendoza y Luis Carlos de la Torre, según constancias procesales.

El señor Visitador del Ministerio de Justicia, practicó, con fecha 4 de junio de 1947, una visita en el Juzgado 4º del Circuito Penal de Barranquilla, en cuya diligencia aparecen las siguientes constancias:

"...Tercera. El Juzgado visitado comenzó a actuar con 561 negocios que le correspondieron por reparto el 15 de octubre de 1945. Este reparto general se verificó en forma inequitativa, y así fue como el Juzgado recientemente creado, el 4º, inició labores con un número de expedientes superior al de los otros Juzgados. Pero por si éllo no fuere poco, se adelantó un sistema, según el cual, cada vez que de otras oficinas llegaban procesos que ya habían sido tramitados en los Juzgados de Circuito, pero que no habían entrado en el reparto general, volvían a repartirse con perjuicio de la buena distribución del trabajo. Por todo éllo, el Juzgado visitado ha recibido hasta la fecha 1277 expedientes. Cuarta. A pesar de tener en la actualidad el Juzgado una existencia de negocios en actividad que llega a 826, el Visitador ha podido observar que el señor Juez ha trabajado intensamente, habiendo estudiado y diligenciado todos los negocios que han entrado al Juzgado hasta la fecha, los cuales se están perfeccionando simultaneamente. No se le encontraron negocios con detenido". (fls. 62 v.).

Igualmente se estableció que el 21 de julio de 1943, existían en el mismo Juzgado 4º del Circuito, 859 negocios en actividad y que de dicha fecha a noviembre de 1949 entraron 1573 negocios, dando un total de 2432.

Estos datos los consideró suficientes el señor Procurador Delegado en lo Penal para que, en

concepto de 4 de septiembre de 1936, manifestara que las demoras averiguadas, especialmente las que se referían al Juzgado 4º del Circuito Penal, tuvieran una causa extraña y superior a la voluntad y diligencia de los funcionarios, "como fue el recargo extraordinario de negocios a su estudio".

Sin embargo, la Sala consideró que por el solo hecho de que en una oficina judicial existiera considerable número de negocios, como en el caso del Juzgado 4º del Circuito Penal de Barranquilla, no era motivo suficiente para concluir que el Juez no hubiera incurrido en responsabilidad por demoras apreciables en un determinado negocio que en tal Juzgado cursara, sin establecer el trabajo realizado por el funcionario durante el tiempo en que tales demoras tuvieron su ocurrencia. En consecuencia, se ordenó practicar inspecciones oculares en los Juzgados 2º y 4º del Circuito Penal para establecer la labor judicial desarrollada por los funcionarios acusados.

Con fecha 5 de diciembre del año próximo pasado, el Juzgado Primero Superior de Barranquilla practicó una inspección ocular en el Juzgado 2º del Circuito Penal y en dicha diligencia se estableció que el Juez, doctor Bernardo Jaramillo García, en el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1943 al 10 de julio de 1945, dictó las siguientes providencias: 190 autos interlocutorios (varios); 43 sobreseimientos; 1.285 autos de sustanciación; 8 audiencias y 36 sentencias.

El Juez, doctor Carlos Solano Vega, en el curso de tres meses que estuvo en el Juzgado, dictó 25 autos interlocutorios, comprendiendo 3 de llamamiento a juicio.

Con fecha 12 de diciembre del año próximo pasado, el mismo Juez 1º Superior practicó igualmente una inspección ocular en el Juzgado 4º del Circuito Penal en donde no aparecieron documentos de dónde deducir el trabajo desarrollado por el Juez, doctor Manuel Vanegas Mendoza, pero del acta de visita practicada en dicho Juzgado por el Delegado del Ministerio de Justicia, se estableció que durante el período comprendido entre el 15 de octubre de 1945 al 9 de junio de 1947, se dictaron 212 autos interlocutorios (varios); 25 autos de llamamiento a juicio; 43 sobreseimientos; 80 sentencias de las que trata el artículo 153 del C. de P. P.; 10 sentencias en juicio y 11 audiencias.

Igualmente se estableció que en dicho Juzgado 4º del Circuito en el período comprendido entre julio de 1947 y abril de 1948, lapso durante el cual se produjo la mora del Juez, doctro Luis Carlos de la Torre, en el proceso contra Gustavo Salazar Calderón, se dictaron las siguientes providencias: 951 autos de sustanciación; 61 autos interlocutorios (varios); 47 sentencias de las que trata el artículo 153 del C. de P. P.; 5 sobreseimientos; 8 autos de proceder y 5 sentencias de segunda instancia.

El Visitador dejó la constancia de que no fue posible obtener el dato de otros trabajos ejecutados por los Jueces, tales como declaraciones, indagatorias, inspecciones oculares, etc., por cuanto en dichos Juzgados no se llevan libros diarios para anotar esa clase de trabajo.

Los Jueces sindicados han expresado que debido al gran cúmulo de negocios existentes en los Juzgados, sobre todo en el Juzgado 2º del Circuito, antes de la creación del Juzgado 4º, no alcanzaban, aún con la mayor diligencia, a mantener sus Despachos al orden del día. Que en tales condiciones no se les puede obligar al heroísmo hasta el punto de someterlos a producir más de lo que sus humanas capacidades pueden dar.

Evidentemente, de los datos recogidos por la investigación se deduce que los Jueces acusados trabajaron normalmente, a tal punto que dieron un rendimiento si no superior, al menos igual al que hubiera podido producir un funcionario diligente y práctico en la judicatura.

La morosidad que la ley penal reprime —ha dicho la Corte— es la nacida de la falta de asistencia a la oficina, de la no dedicación a las labores oficiales, de la negligencia, pereza o desidia, pero no la morosidad causada por la verdadera imposibilidad física de tramitar y resolver un considerable número de asuntos en un tiempo determinado, porque esto sería exigir algo contrario a la capacidad humana, y, por lo tanto, absurdo e injurídico.

Además, debe anotarse que no aparece acreditado que un ánimo doloso presidiera la conducta de los funcionarios **sub judice** en el caso concreto analizado, ni, en general, durante los períodos que sirvieron en la administración de justicia. Es de-

cir, que no aparece configurado un prevaricato u otra infracción distinta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el auto consultado, de fecha dos de febrero del año en curso, por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, sobresee definitivamente a favor de los doctores Bernardo Jaramillo García, Carlos Solano Vega, Manuel Vanegas Mendoza y Luis Carlos de la Torre, por los cargos que se les formularon en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA AMISTAD COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO—CUANDO SE TRATA DE LAS CAUSALES DE IMPEDIMENTO POR ABSTENCION QUE ENVUELVEN UN SENTIMIENTO DE CARACTER ESTRICTAMENTE SUBJETIVO, Y SU MANIFESTACION SE HACE POR LOS PROPIOS FUNCIONARIOS QUE SE SIENTEN INCAPACITADOS POR ESA CAUSA PARA CONOCER DE DETERMINADO PROCESO, NO SE PUEDE SER MUY EXIGENTE EN LA PRUEBA DE ESA SITUACION

De acuerdo con el artículo 73, numeral 5º, del C. de P. P., no basta la simple amistad que radica en el afecto personal, desinteresado, que nace y se fortalece con el trato, entre alguna de las partes interesadas en el negocio y el Magistrado que se declara impedido; es necesario que la amistad sea íntima para que pueda ser constitutiva de causal de impedimento y para que tenga esa calidad, debe ser estrecha y con persona muy querida y de absoluta confianza.

Los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Penal, lo que realmente consagran es una limitación a la competencia de los funcionarios judiciales para conocer de determinados procesos criminales, por motivos de incompatibilidad, de recusación y de abstención.

Las causales de recusación o de impedimento en cualquiera de las especies enumeradas, en cuanto a su existencia estrictamente legal, están rígidamente subordinadas a la probanza de los motivos que las originan y ello tiene que ser así, porque de lo contrario se correría el riesgo de aceptar como tales, circunstancias de carácter aparente que encubren el interés de las partes o el capricho de los funcionarios, pues éstos con fútiles pretextos podrían separarse del conocimiento de determinados asuntos.

Pero el criterio antes enunciado, tiene su excepción con respecto a las causales de impedimento por abstención, cuando envuelven un sentimiento de carácter estrictamente subjetivo y su manifestación se hace por los propios funcionarios que se sienten incapacitados por esa causa para conocer de determinado proceso. Entonces no se puede ser muy exigente en la prueba encaminada a demostrar esa situación, porque es precisamente quien se encuentra en esas condiciones el que puede hablar de los obstáculos de orden interno que perturban su recto criterio de juzgador, debiendo aceptarse como ciertas esas manifestaciones y separarlo del conocimiento del asunto.

Las causales de recusación o de impedimento por abstención de que antes se habla, son las que se comprenden en el numeral 5º del artículo 73, o sean la amistad íntima o la enemistad grave, entre alguna de las partes o su apoderado o defensor con el Juez o Magistrado que conoce o debe conocer del asunto, las cuales encierran un sentimiento de orden subjetivo y por esta razón, ante la dificultad de la prueba encaminada a establecer esa situación, debe darse un valor probatorio especial a la manifestación que haya hecho el funcionario acerca de la clase de amistad o enemistad que lo liga con las partes o con sus representantes.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

En el reparto verificado con fecha tres de los corrientes, correspondió al señor Magistrado doctor Agustín Gómez Prada, el expediente relativo al recurso de hecho interpuesto por el doctor Alvaro Leuro, defensor de Hernando Ardila y otros, contra el auto del Comando General de las Fuerzas militares, de fecha veintiseis de mayo del año en curso, que les niega el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del mismo Comando fechada el ocho de mayo del mismo año.

Pasado el asunto al señor Magistrado doctor Gómez Prada, éste por auto de cuatro de agosto

pasado, se declara impedido para conocer de él, por amistad íntima con uno de los interesados en el proceso, el militar Hernando Ardila Gómez. Enuncia el Magistrado doctor Gómez Prada, el impedimento en la siguiente forma:

"Soy paisano y amigo y tanto mi madre, Luisa Elena Prada viuda de Gómez, como mi hermana Maruja v. de Gómez y sus hijos, mantenían vínculos de estrecha amistad con la señora Margarita García v. de Ardila y con sus hijos, compañeros de colegio y universidad con los hijos de mi hermana. Me parece que no tendría yo la suficiente libertad espiritual para no atender a mis sentimientos y una decisión favorable en el proceso podría entenderse como ánimo benévolo antes que como decisión de justicia".

Se plantea, pues, la causal 5ª de impedimento, consagrada por el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, consistente en existir amistad íntima entre una de las partes interesadas y el Magistrado a quien corresponde conocer del asunto.

De acuerdo con la norma antes relacionada, no basta la simple amistad que radica en el afecto personal, desinteresado, que nace y se fortalece con el trato, entre alguna de las partes interesadas en el negocio y el Magistrado que se declara impedido; es necesario, que la amistad sea íntima para que pueda ser constitutiva de causal de impedimento y para que tenga esa calidad, debe ser estrecha y con persona muy querida y de absoluta confianza.

Los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Penal, lo que realmente consagran es una limitación a la competencia de los funcionarios judiciales para conocer de determinados procesos criminales, por motivos de incompatibilidad, de recusación y de abstención.

Las causales de recusación o de impedimento en cualquiera de las especies enumeradas, en cuanto a su existencia estrictamente legal, están rígidamente subordinadas a la probanza de los motivos que las originan y ello tiene que ser así, porque de lo contrario se correría el riesgo de aceptar como tales, circunstancias de carácter aparente que encubren el interés de las partes o el capricho de los funcionarios, pues éstos con fútiles pretextos podrían separarse del conocimiento de determinados asuntos.

Pero el criterio antes enunciado, tiene su excepción con respecto a las causales de impedimento por abstención, cuando envuelven un sentimiento de carácter estrictamente subjetivo y su manifestación se hace, por los propios funcionarios que se sienten incapacitados por esa causa para conocer de determinado proceso. Entonces no se puede ser muy exigente en la prueba encaminada a demostrar esa situación, porque es precisamente quien se encuentra en esas condiciones el que puede hablar de los obstáculos de orden interno que perturban su recto criterio de juzgador, debiendo aceptarse como ciertas esas manifestaciones y separarlo del conocimiento del asunto.

Las causales de recusación o de impedimento por abstención de que antes se habla, son las que se comprenden en el numeral 5º del artículo 73, o sean la amistad íntima o la enemistad grave, entre alguna de las partes o su apoderado o defensor con el Juez o Magistrado que conoce o debe conocer del asunto, las cuales encierran un sentimiento de orden subjetivo y por esta razón, ante la dificultad de la prueba encaminada a establecer esa situación, debe darse un valor probatorio especial a la manifestación que haya hecho el funcionario acerca de la clase de amistad o enemistad que lo liga con las partes o con sus representantes.

Y esto es lo que ocurre en el caso presente, pues el señor Magistrado doctor Gómez Prada, considera que se encuentra ligado al procesado Hernando Ardila por una amistad íntima y por esta situación de espíritu, una decisión favorable en el proceso podría tenerse como resultado de su ánimo benévolo antes que como decisión de justicia.

Por consiguiente, debe aceptarse el impedimento manifestado por el señor Magistrado doctor Gómez Prada, para conocer del presente negocio y ordenar que se sortee un conjuez para completar la Sala que ha de resolver del mismo asunto.

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 Magistrado doctor Agustín Gómez Prada para conocer del presente negocio y ordena sortear un conjuez para completar la Sala que ha de resolver sobre el recurso interpuesto.

Señálase el día siguiente hábil a la notificación de esta providencia, para sortear el conjuez que debe reemplazar al Magistrado doctor Gómez Prada.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

LIMITES DE LAS ATRIBUCIONES DEL JURADO.—NO PUEDE DAR DENOMINACION JURIDICA A LOS HECHOS POR LOS CUALES SE LE PREGUNTA.—DELITO DE CORRUPCION DE MENORES.—LA INFRACCION PREVISTA POR EL INCISO 1º DEL ARTICULO 326 DEL CODIGO PENAL SE CONSUMA AUNQUE LA VICTIMA NO SEA VIRGEN O PERSONA DE IRREPROCHABLE HONESTIDAD, SIEMPRE QUE SEA MAYOR DE 14 AÑOS Y MENOR DE 16.

1.—Las atribuciones del Jurado en las causas de que conoce, no van más allá del límite que les señala el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943 sobre la forma de contestar el cuestionario que le somete el Juez del proceso.

"Los Jurados —dice la disposición aludida— deberán contestar cada uno de los siguientes cuestionarios, con un SI o un NO; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación".

De manera que la misión del Jurado no tiene más alcance que la apreciación de los hechos y de las circunstancias que rodean el delito, los cuales "brevemente" deberán consignar en la respuesta que constituye el veredicto. Ello implica que al tribunal de conciencia le está prohibida toda calificación jurídica del hecho delictuoso y, sobre todo, arrogarse la facultad de negar su existencia, ya reconocida por providencias inmodificables del proceso.

Al tribunal popular le es permitido calificar los hechos sobre que se le interroga en cuanto a la responsabilidad de los autores o partícipes, pero no darles denominación jurídica, ni menos negarles la que les fue dada en las providencias calificadoras, las que por ser ley del proceso, resultan intocables hasta para el mismo Juez de derecho, a menos que se declare la nulidad por error en la denominación jurídica del delito.

Por otra parte, si al mismo Juez de la causa, por virtud del mandato contenido en el artículo 28 de la misma Ley 4ª de 1943, antes citada, se le ordena formular el cuestionario que debe someter a los jueces de conciencia, determinando apenas el hecho o hechos materia del juicio conforme al auto de proceder, con las circunstancias que lo constituyen, pero sin darle denominación jurídica, es porque en los juicios con intervención del Jurado, apenas son los hechos mismos los que juegan papel preponderante en la calificación de la responsabilidad, y por lo tanto la denominación jurídica que ellos tengan queda marginada, pues esta materia, por ser de índole estrictamente de puro derecho, apenas corresponde a otras etapas del juicio, que son de exclusiva competencia de los jueces de derecho. Así se explica por qué el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal ordena que la sentencia en los juicios de que conoce el Jurado, "se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate", y también por qué razón la ley en todas estas ocurrencias, siempre se refiere a los hechos que constituyen la responsabilidad, dejando al margen la apreciación jurídica del delito, que es siempre privativa del juez de derecho.

2.—La norma del artículo 326 del Código Penal está estructurada con estos elementos esenciales: acceso carnal con mujer y que este agente pasivo esté comprendido entre las edades de catorce a diez y seis años. No exige nada más, como en otras legislaciones en las que se hace expresa salvedad de que dicho agente pasivo del delito no sea prostituta ni de mala conducta moral. Por lo mismo, cuando tenga estas características no se incurre en ilícito con el acceso carnal con mujer comprendida entre aquellas edades, porque la ley no tutela a quien no sea materia corruptible, como no lo es quien ya ha sido objeto de prácticas que como el coi-

to constituye la máxima expresión del conocimiento sexual.

El Código Penal colombiano se aparta de esta concepción jurídica porque nada dice al respecto. Y donde la ley calla, el intérprete debe abstenerse de completar el pensamiento del legislador con apreciaciones que pueden servir para formar la norma, pero no para dejar de aplicarla cuando están cumplidos los presupuestos que la hacen viable en un caso dado. De otra suerte, el intérprete se convierte en legislador y puede llegar hasta el extremo —como ocurre aquí— de que también el Jurado tenga esta misma pretensión completamente ajena a sus funciones.

En parte alguna la ley penal erige la prostitución como delito. Bien mirada la norma del artículo 326 podría ella estructurar una figura que haría imputable el hecho en ella comprendido a título de medio para FACILITAR la prostitución; y como ninguna sociedad puede ser indiferente a ese grave problema, tutela en el Código Penal como figura SUI GENERIS de corrupción —no siéndodo en sentido estricto— el acceso carnal con menor de 16 años y mayor de 14, dándole relevancia penal a las dos únicas circunstancias de la edad y el acceso carnal, como características propias para crear un tipo específico de delincuencia, dentro del capítulo de la corrupción.

La tesis de quienes critican el artículo 326 parece surgir de la opinión —infundada por cierto— de que para que exista sujeto pasivo no corrupto, es indispensable que éste sea virgen o de intachable honestidad.

"Puede corromperse — dice Soler — una persona no virgen, a la cual se induce a perversiones y degeneraciones corruptoras".

El Código Penal colombiano tutela aún a la prostituta y consagra que puede ser sujeto pasivo de delitos como la violencia carnal y el estupro, porque no otra cosa quiere decir la disminución de la pena que autoriza el artículo 321. En estos casos aquella tutela penal se otorga porque el bien jurídico violado no es otro que la libertad sexual.

Dentro de este orden de ideas bien puede el mismo estatuto estructurar una forma SUI GENERIS de corrupción, en la cual la figura básica del delito, formada de los elementos "corromper con actos erótico-sexuales diversos del acceso carnal", constituya la verdadera figura TIPICA del delito de corrupción, mientras que la otra forma ATIPICA se presente cuando se reúnan dos características del hecho —la edad y el simple acceso carnal— porque ellas bastan a ejercer la tutela jurídica no en orden a la corrupción de lo corrompido, sino en función de un amparo penal a un sujeto pasivo a quien la ley todavía no ha considerado con capacidad para el ejercicio de la libertad sexual y protege con la única consideración de impedir que el uso o abuso de esa libertad facilite la prostitución, porque a ello conduciría la impunidad de esos actos, cuando dentro de las edades comprendidas en el texto del artículo 326 no se erigiera en delito el acceso carnal consentido con tales menores.

Estas lucubraciones sobrarían para interpretar el Código Penal colombiano si a un concepto de Manzini, que no figura en el texto pertinente del estatuto, y sí en el italiano comentado por aquel ilustre penalista, no se le hubiere dado la capacidad de entrometerse en la interpretación de un código que tiene el más convincente argumento sobre la irrevalencia de ese criterio en la ley, constituido precisamente por el inciso segundo del mismo artículo 326, que no ha querido leerse bien o entenderse como debe ser, y que sin embargo es capaz de destruir todo el andamiaje de interpretaciones hechas para eludir el mandato legal.

Si el mismo Código dice que existe una agravante de la pena cuando ocurren determinadas circunstancias, señaladas en alguna de sus normas, y una de esas normas, precisamente, entre tales circunstancias calificadoras coloca la de ejecutarse el delito en la persona de una mujer virgen o de irreprochable honestidad, con ello está afirmando que cuando estas calidades no existan, no por esto deja de existir delito, sino que éste sigue teniendo existencia legal, sólo que sin una agravación específica, porque aquellas calidades no se encuentran reunidas.

Por consiguiente, la agravación punitiva que el inciso segundo del artículo 326 autoriza significa que si la ofendida no tiene las

calidades físicas y morales que señala, no por ello el delito allí sancionado deja de existir legalmente. Dicho de otra manera, que si el acceso carnal se lleva a efecto con mujer mayor de 14 años y menor de 16, aún con su consentimiento, aunque no tenga los atributos físicos de la virginidad ni los morales de la irreprochable honestidad, siempre hay delito de corrupción, en la forma específica consagrada por el estatuto.

Si se toma la palabra corrupción en el sentido vulgar, nada más apropiado que afirmar no se puede corromper lo que ya está corrompido; por sustracción de materia corruptible. Mas si al vocablo se le da la acepción de "pervertir", que también tiene gramaticalmente, en contraposición de seducir una mujer, que es otra de sus acepciones, puede decirse entonces que el Código castiga con agravación "hasta en una cuarta parte" la corrupción o seducción de una mujer con su consentimiento, entre las edades de 14 a 16 años. Las tutela penalmente, para impedir que sean prostituídas, en consideración de su misma edad, ya que es de presumir que precisamente por ello no tengan el grado de madurez intelectual y moral que las aparte de aquel vicio. Al mismo tiempo, sanciona también el Código, sin aumento alguno de pena, solamente con la señalada en el artículo 326, inciso primero, el acceso carnal con consentimiento de la ofendida, dentro de las edades indicadas por la disposición, aunque el sujeto pasivo no sea virgen ni de irreprochable honestidad.

Por manera que no siendo elemento constitutivo de la infracción prevista en el artículo en cita la calidad moral de la ofendida, no se ve por este concepto medio alguno para impedir la aplicación de la norma cuando esas calidades morales no existen.

3.—El Código consagra una regla general para los casos de corrupción, la que hace consistir en prácticas erótico-sexuales, distintas del acceso carnal, en presencia del menor de 16 años o con su concurso. El evento de corrupción SUI GENERIS que surge del artículo 326 es completamente diferente de aquél (artículo 325), porque el acceso carnal, contenido en la norma primeramente citada, ya juega papel en orden a la estructura del delito, lo que no sucede en la última, toda vez que margina ese acceso y lo excluye de aquella modalidad. Se explica así que los actos erótico-sexuales, distintos del acceso carnal, constituyan corrupción en menores de diez y seis años, y también que una forma del delito se presente cuando el acceso carnal, aún consentido, tenga en el sujeto pasivo la calidad de edad, que junto con el acceso forman los elementos estructurales de ese hecho delictuoso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Alfonso y José del Carmen Juyó, Carlos Alfonso Castañeda y Pedro Elías Poveda, fueron condenados por el Tribunal Superior de Bogotá, como responsables del delito de corrupción de menores, en sentencia de fecha nueve de octubre de mil novecientos cincuenta, a la pena principal de catorce meses de presidio a cada uno.

Contra dicho fallo el defensor de los procesados interpuso el recurso de casación y en escrito presentado en oportunidad legal, invoca la causal tercera del artículo 567 del Código Procesal Penal, o sea, desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado.

Cumplido el trámite procedimental del recurso extraordinario, la Corte procede a estudiar y resolver lo que sea legal, teniendo en cuenta las alegaciones de la demanda, el concepto del Procurador y las constancias procesales.

Hechos

A través de las distintas calificaciones del proceso, se tienen como hechos los siguientes:

María Emilia Pulido, una muchachita que apenas cumplió los catorce años el veintiuno de octubre del año de mil novecientos cuarenta y ocho, fue enviada por su tía María Antonia de Pulido —con quien se ha criado y vive— a casa de una amiga con el objeto de cumplir algún encargo; esta amiga de María Antonia no se hallaba en su casa y por tal motivo la menor se dirigió a la

población de Madrid en donde nuevamente la esperó hasta cuando llegó la noche. En la población la menor no se encontró con un primo suyo y se puso a esperarlo en una tienda; como el primo no llegara, la muchachita resolvió irse con el señor Luis Miranda, quien iba para un lugar cercano a la casa de la Pulido y que queda en "San Pedro", cerca de Madrid. Puestos en camino Miranda y la menor, cuando apenas abandonaban el área urbana se presentaron algunos sujetos y uno de ellos inmediatamente le cogió el palo o zurriaga a Miranda con ademán de quitárselo, en tanto que otro le ayudaba. Mientras esto ocurría un tercero arrebató a la menor, pese a los esfuerzos que ésta hizo para no desprenderse de la ruana de Miranda, el cual, por otro lado, nada pudo hacer porque iba borracho. La menor arrebatada fue llevada a un potrero de la hacienda de "El Molino" y allí los tres sujetos y otros tres la sometieron al acceso carnal, después de haberla tumbado. Después de estos hechos dos de los mismos sujetos la llevaron hasta la casa de la mamá de uno de ellos y allí volvieron a poseerla. Los hechos narrados ocurrieron el sábado veintiséis de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

Causal tercera.—Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto

Con base en esta causal, el demandante sustenta así su alegación:

"Sostengo que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado porque el veredicto no puede despedazarse como lo hace la sentencia y aceptar la primera parte y prescindir de la segunda porque el pensamiento fue uno y el espíritu del fallo también fue uno. Es claro que habiendo los procesados confesado que habían hecho uso de la menor el defensor y el Jurado no podían desconocer este hecho; pero esto por sí solo no es lo que constituye el delito de corrupción, porque éste necesita para configurarse de otras circunstancias, distintas al hecho físico.

"Pero examínese la cuestión desde otro punto de vista y se verá que no puede haber lógica, ni sentido común en considerar a la mujer apta suficientemente idónea, moral y legalmente para celebrar el contrato matrimonial cuando apenas es mayor de doce años y luégo desconocerle esa misma capacidad para verificar el coito, cuando apenas es mayor de catorce años y menor de diez y seis.

"El Tribunal reconoce que por propia confesión de la Pulido ésta ya había ejecutado el hecho con anterioridad a los sucesos a que se refiere el proceso, luego mal puede decirse que fue corrompida o iniciada en este acto.

"....

"Muchos otros argumentos podría exponer para demostrar que no hubo contradicción en el veredicto, ni retractación como lo afirma la sentencia, y que en este caso de acuerdo con todo lo anterior y con lo que el proceso nos cuenta no existió el delito de corrupción alguna, porque habiendo sido iniciada ya en el acceso carnal, la Pulido no podía ser objeto de corrupción alguna, por la conocida razón de que no se puede corromper lo que ya está corrompido y esto sin olvidar que la virginidad es como el agua de los ríos que una vez ida, no regresa jamás".

Concepto del Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Penal al contestar la demanda propuesta, manifiesta que no es el caso de invalidar la sentencia recurrida.

Se considera:

El planteamiento del problema por el actor conlleva a dilucidar, en primer término, si es exacto que el veredicto ha sido "desvirtuado" en la sentencia, de tal manera que acepta de él la primera parte, es decir en cuanto declaró que los sindicados, cada uno en particular, sí usaron carnalmente de la menor púber ofendida, y prescindió, en cambio, de su segunda parte, en lo tocante con la negativa de que aquel hecho constituye el delito de corrupción.

En este negocio la actuación procesal debe ser objeto de especial enunciación, con las diversas incidencias ocurridas, porque presta suma utilidad para apreciar el problema dentro de las diferentes fases que ha presentado y sirve, además, para juzgar el valor del veredicto de conformidad con los variados aspectos y conclusiones que se le dieron a través de sus distintas etapas procesales.

Así, pues, estudiado convenientemente el proceso, se encuentra en él:

El señor Fiscal 5º Superior de Bogotá, al emitir concepto de fondo sobre el mérito del sumario, conceptúa que el delito tipificado y por el

cual se debe llamar a juicio a los sindicados, es el de violencia carnal.

"En efecto —dice— la manera como fue atacada la víctima, impidiendo toda defensa que hubiera podido prestarle su compañero de camino en la oche de los autos y llevándola sus varios y decididos violadores a un sitio despoblado y oscuro, constituyó el acto capaz de producir en María Emilia Pulido un estado de ánimo que la obligó a obrar contra su voluntad, esto es, a tener acceso carnal con cada uno de los sindicados.

"Hubo constricción, es decir, violencia moral, porque el sujeto pasivo del hecho ilícito perpetrado fue puesto en condición física tal que le impedía oponer una eficaz resistencia. Nada hubiera logrado la Pulido con oponerse en forma más seria y constante y desde un punto de vista físico a las pretensiones sexuales de sus atacantes, si el número de éstos, si la soledad del paraje y la oscuridad de la noche, fácilmente la reducían a la impotencia y le hacían comprender al mismo tiempo que toda resistencia que continuara presentando podría acarrearle un mal más grave, más injusto y más irreparable que el que ya resignadamente había aceptado soportar" (fls. 11 y 115).

Por su parte, el Juzgado del conocimiento —quinto Superior de Bogotá— acorde con su colaborador, abrió causa criminal contra Carlos Alfonso Castañeda, Pedro Elías Poveda, Alfonso Juyó y José del Carmen Juyó por el citado delito de violencia carnal y sobreseyó definitivamente a favor de los mismos por corrupción de menores, por el que también habían sido indagatoriados, razonando así:

"De acuerdo con la ley penal, el delito de violencia carnal requiere como elemento constitutivo que el acceso carnal se ejecute sin el consentimiento de la persona, víctima de ese ilícito. En las circunstancias en que se consumó el acceso aludido, jurídicamente es inadmisible aceptar que la menor Pulido, persona que no conocía a los procesados ni con quienes había cultivado ninguna clase de relaciones amorosas ni sexuales con anterioridad a este delito, pudiera dar un consentimiento para la verificación sucesiva de actos carnales que son inconcebibles ni siquiera en una mujer de vida licenciosa y que tenga toda una característica de la depravación moral.

"Es en este caso donde se tipifica la existencia de la violencia moral para la ejecución del coito, y si se aceptara la afirmación de los acusados de que ella dio el consentimiento, los hechos antecedentes mismos y las circunstancias y forma como se ejecutó el delito, están demostrando en estricto derecho que ese consentimiento está viciado en derecho porque no fue consecuencia de la libre y espontánea voluntad de la ofendida para complacer en sus deseos eróticos-sexuales a los procesados" (fl. 121).

Acorde con las tesis anteriores, el señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior, en su vista de segunda instancia sobre el auto de proceder, dice:

"...Pretender afirmar que no hubo violencia física porque los médicos legistas no observaron huellas o signos que indicaran esto, es apenas pueril. ¿Qué resistencia podía oponer una muchachita de apenas 14 años a seis muchachos en plena juventud, en horas de la noche y en paraje solitario? Ahora, ¿acaso para separar las piernas hay necesidad de hacer rasguños, dejar huellas que duren? No. No es difícil imaginar la tarea. Ahora bien: ¿acaso el miedo, la violencia moral, no relaja hasta los músculos? ¿No había la amenaza de quedar abandonada a altas horas de la noche, en medio de la oscuridad, temiendo quizás otro asalto?..." (pág. 140).

Sin embargo, el Tribunal equivocadamente al revisar el auto de proceder, consideró que no era el delito de violencia carnal el estructurado, sino el de corrupción de menores y, así lo resolvió revocando el de primera instancia.

"A medida que la Sala profundiza el estudio de este problema —dijo entonces el Tribunal— adquiere la certeza de que se halla al frente de un delito de corrupción de menores, porque la paciente fue una mujer de catorce años y menor de diez y seis, a quien se debe tutelar porque es una obligación del Estado, que propiamente es el que defiende a estos seres desvalidos que no tienen protección ni amparo de nadie" (fl. 154).

De manera que, de acuerdo con la calificación penal dada a los hechos por el Tribunal, se prosiguió el juicio.

Al Jurado de conciencia le fue propuesto el siguiente cuestionario por el Juez de la causa, para todos los procesados:

"¿El acusado es responsable de haber tenido acceso carnal con la menor María Emilia Pulido, mujer de catorce años y cuatro meses de edad, hecho que tuvo su cumplimiento en la noche del 26 de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) en un potrero de la hacienda de 'El

Molino', jurisdicción del Municipio de Madrid, comprensión de este Distrito Judicial?".

La respuesta de los jueces de hecho, fue la siguiente, para todos los acusados, por unanimidad:

"Sí usó carnalmente de la menor María Emilia Pulido, pero no cometió el delito de corrupción".

A esta conclusión llegó el Jurado, aceptando, como consta en el acta de audiencia (fls. 186 a 189), la tesis de la defensa que sostuvo que la menor "según constancias era una joven fácil al amor de los hombres, y por lo tanto, no se puede corromper lo que está ya corrompido" y que el interrogatorio propuesto debía ser absuelto por los jueces populares, en la forma en que ha quedado transcrito.

Se considera:

Las atribuciones del Jurado en las causas de que conoce no van más allá del límite que les señala el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943 sobre la forma de contestar el cuestionario que le somete el Juez del proceso.

"Los Jurados —dice la disposición aludida— deberán contestar cada uno de los siguientes cuestionarios, con un SI o un NO; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación."

De manera que la misión del Jurado no tiene más alcance que la apreciación de los hechos y de las circunstancias que rodean el delito, los cuales "brevemente" deberá consignar en la respuesta que constituye el veredicto. Ello implica que al tribunal de conciencia le está prohibida toda calificación jurídica del hecho delictuoso y, sobre todo, abrogarse la facultad de negar su existencia, ya reconocida por providencias inmodificables del proceso.

Visto el veredicto rendido para los procesados recurrentes, no cabe duda que el tribunal popular asumió facultades que no le conciernen, ni la ley, en forma alguna, le ha otorgado. En la primera parte de la respuesta al cuestionario acepta el veredicto un hecho innegable, porque tiene por prueba la propia confesión de los procesados. En la segunda parte hace una afirmación enfática: el uso carnal de la mujer púber entre las edades de 14 a 16 años no constituye delito de corrupción. Sin duda obró así inclinado por las tesis expuestas por la defensa en la vista pública del juicio. Mas, extralimitó y rebasó sus propias atribuciones, porque al Tribunal popular le es permitido calificar los hechos sobre que se le interroga en cuanto a la responsabilidad de los autores o partícipes, pero no darles denominación jurídica, ni menos negarles la que les fue dada en las providencias calificadoras, las que por ser ley del proceso, resultan intocables hasta para el mismo Juez de derecho, a menos que se declare la nulidad por error en la denominación jurídica del delito.

Por otra parte, si al mismo Juez de la causa, por virtud del mandato contenido en el artículo 28 de la misma ley 4ª de 1943, antes citada se le ordena formular el cuestionario que debe someter a los jueces de conciencia, determinando apenas el hecho o hechos materia del juicio conforme al auto de proceder, con las circunstancias que lo constituyan pero sin darle denominación jurídica, es porque en los juicios con intervención del Jurado apenas son los hechos mismos los que juegan papel preponderante en la calificación de la responsabilidad y por lo tanto la denominación jurídica que ellos tengan queda marginada, pues esta materia por ser de índole estrictamente de puro derecho, apenas corresponde a otras etapas del juicio, que son de exclusiva competencia de los jueces de derecho. Así se explica por qué el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal ordena que la sentencia en los juicios de que conoce el Jurado, "se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate", y también por qué razón la ley en todas estas ocurrencias, siempre se refiere a los hechos que constituyen la responsabilidad, dejando al margen la apreciación jurídica del delito, que es siempre privativa del juez de derecho.

Si la calificación de delito de corrupción, había sido dada a los hechos porque se les acusa a los procesados, el Jurado no podía desconocerla. Su misión debió limitarse a calificar los hechos, no el derecho, porque no otra cosa quiere decir que en los actos de los procesados hay una conducta prohibida por la ley, pero esa conducta no es delito de corrupción. Mejor hubiera sido que se abstuvieran de esta afirmación categórica y consignaran simplemente la respuesta de que esos hechos no son corruptibles, sin entrar a calificar si hubo delito o no, porque de esa atribución carecen en absoluto los jueces populares.

La extralimitación de funciones en el caso a estudio, surge precisamente de la interpretación

que la propia norma que se considera infringida por los procesados y cuya denominación legal se dio a los hechos en la providencia del Tribunal, que modificó la del Juzgado de instancia, ha suscitado como controversia jurídica.

Al Jurado no se le preguntó por hechos distintos a los constitutivos de una infracción compuesta de dos únicos elementos: acceso carnal en persona comprendida entre las edades de 14 a 16 años. Estos dos hechos resultaron establecidos con la partida de bautismo de la ofendida y con la propia confesión de los sindicados.

El cuestionario no involucra pregunta alguna distinta a esos dos elementos integrantes del delito en el caso contemplado. El Tribunal popular debió estampar una simple negativa sobre la responsabilidad de los acusados, si esa respuesta surgía de su íntima convicción. Pero afirmar la inexistencia del delito es nada menos en el presente caso que desconocer un texto legal que de jure condendo puede ser discutible, pero que no admite controversia de jure condito.

En efecto, los hechos porque se interrogó al Jurado caen precisamente bajo la sanción que consagra el artículo 326 del Código Penal. Tal norma está estructurada con estos elementos esenciales: acceso carnal con mujer y que este agente pasivo esté comprendido entre las edades de catorce a diez y seis años. No exige nada más, como en otras legislaciones en las que se hace expresa salvedad de que dicho agente pasivo del delito no sea prostituta ni de mala conducta moral. Por lo mismo, cuando tenga estas características no se incurre en ilícito con el acceso carnal con mujer comprendida entre aquellas edades, porque la ley no tutela a quien no sea materia corruptible, como no lo es quien ya ha sido objeto de prácticas que como el coito constituye la máxima expresión del conocimiento sexual.

El Código Penal colombiano se aparta de esta concepción jurídica porque nada dice al respecto. Y donde la ley calla, el intérprete debe abstenerse de completar el pensamiento del legislador con apreciaciones que pueden servir para reformar la norma pero no para dejar de aplicarla cuando están cumplidos los presupuestos que la hacen viable en un caso dado. De otra suerte, el intérprete se convierte en legislador y puede llegar hasta el extremo —como ocurre aquí— de que también el Jurado tenga esta misma pretensión completamente ajena a sus funciones.

En parte alguna la ley penal erige la prostitución como delito. Bien mirada la norma del artículo 326 podría estructurar una figura que haría imputable el hecho en ella comprendido a título de medio para facilitar la prostitución; y como ninguna sociedad puede ser indiferente a ese grave problema, tutela en el Código Penal como figura sui generis de corrupción —no siéndolo en sentido estricto— el acceso carnal con menor de 16 años y mayor de 14, dándole relevancia penal a las dos únicas circunstancias de la edad y el acceso carnal, como características propias para crear un tipo específico de delincuencia, dentro del Capítulo de la corrupción.

La tesis de quienes critican el artículo 326 parece surgir de la opinión —infundada por cierto— de que para que exista sujeto pasivo no corrupto, es indispensable que éste sea virgen o de intachable honestidad.

"Puede corromperse —dice Soler— una persona no virgen, a la cual se induce a perversiones y degeneraciones corruptoras".

El Código Penal colombiano tutela aún a la prostituta y consagra que puede ser sujeto pasivo de delitos como la violencia carnal y el estupro, porque no otra cosa quiere decir la disminución de la pena que autoriza el artículo 321. En estos casos aquella tutela penal se otorga porque el bien jurídico violado no es otro que la libertad sexual.

Dentro de este orden de ideas bien puede el mismo estatuto estructurar una forma sui generis de corrupción, en la cual la figura básica del delito, formada de los elementos "corromper con actos erótico-sexuales diversos del acceso carnal", constituya la verdadera figura típica del delito de corrupción, mientras que la otra forma atípica se presente cuando se reúnan dos características del hecho —la edad y el simple acceso carnal— porque ellas bastan a ejercer la tutela jurídica no en orden a la corrupción de lo corrompido, sino en función de un amparo penal a un sujeto pasivo a quien la ley todavía no ha considerado con capacidad para el ejercicio de la libertad sexual y protege con la única consideración de impedir que el uso o abuso de esa libertad facilite la prostitución, porque a ello conduciría la impunidad de esos actos, cuando dentro de las edades comprendidas en el texto del artículo 326 no se erigiere en delito el acceso carnal consentido con tales menores.

Estas lucubraciones sobrarían para interpretar el Código Penal colombiano si a un concepto de Manzini, que no figura en el texto pertinente del

estatuto, y sí en el italiano comentado por aquel ilustre penalista, no se le hubiere dado la capacidad de entrometerse en la interpretación de un Código que tiene el más convicente argumento sobre la irrelevancia de ese criterio en la ley, constituído precisamente por el inciso segundo del mismo artículo 326, que no ha querido leerse bien o entenderse como debe ser, y que sin embargo es capaz de destruir todo el andamiaje de interpretaciones hechas para eludir el mandato legal.

Si el mismo Código dice que existe un agravante de la pena cuando ocurren determinadas circunstancias, señaladas en alguna de sus normas, y una de esas normas, precisamente, entre tales circunstancias calificadoras coloca la de ejecutarse el delito en la persona de una mujer virgen o de irreprochable honestidad, con ello está afirmando que cuando estas calidades no existan, no por esto deja de existir delito, sino que éste sigue teniendo existencia legal, sólo que sin una agravación específica, porque aquellas calidades no se encuentran reunidas.

Por consiguiente, la agravación punitiva que el inciso segundo del artículo 326 autoriza significa que si la ofendida no tiene las calidades físicas y morales que señala, no por ello el delito allí sancionado deja de existir legalmente. Dicho de otra manera, que si el acceso carnal se lleva a efecto con mujer mayor de 14 años y menor de 16, aún con su consentimiento, aunque no tenga los atributos físicos de la virginidad ni los morales de la irreprochable honestidad, siempre hay delito de corrupción, en la forma específica consagrada por el estatuto.

Si se toma la palabra corrupción en el sentido vulgar, nada más apropiado que afirmar que no se puede corromper lo que ya está corrompido, por sustracción de materia corruptible. Mas si al vocablo se le da la acepción de "pervertir", que también tiene gramaticalmente, en contraposición de seducir una mujer, que es otra de sus acepciones, puede decirse entonces que el Código castiga con agravación "hasta en una cuarta parte" la corrupción o seducción de una mujer con su consentimiento, entre las edades de 14 a 16 años. Las tutela penalmente, para impedir que sean prostituídas, en consideración de su misma edad, ya que es de presumir que precisamente por ello no tengan el grado de madurez intelectual y moral que las aparte de aquel vicio. Al mismo tiempo, sanciona también el Código, sin aumento alguno de pena, solamente con la señalada en el artículo 326, inciso primero, el acceso carnal con consentimiento de la ofendida, dentro de las edades indicadas por la disposición, aunque el sujeto pasivo no sea virgen ni de irreprochable honestidad.

Por manera que no siendo elemento constitutivo de la infracción prevista en el artículo en cita la calidad moral de la ofendida, no se ve por este concepto medio alguno de impedir la aplicación de la norma cuando esas calidades morales no existan.

Ya que de esta trascendental materia se trata, no sobra decir, por último, para desvirtuar alguna interpretación infundada al respecto, que el Código consagra una regla general para los casos de corrupción, la que hace consistir en prácticas erótico-sexuales, distintas del acceso carnal en presencia del menor de 16 años o con su concurso. El evento de corrupción **sui generis** que surge del artículo 326 es completamente diferente de aquél (artículo 325), porque el acceso carnal contenido en la nórma primeramente citada ya juega papel en orden a la estructura del delito, lo que no sucede en la última, toda vez que margina ese acceso y lo excluye de aquella modalidad. Se explica así que los actos erótico-sexuales, distintos del acceso carnal, constituyan corrupción en menores de diez y seis años, y también que una forma del delito se presente cuando el acceso carnal, aún consentido, tenga en el sujeto pasivo la calidad de edad, que junto con el acceso forman los elementos estructurales de ese hecho delictuoso.

Conviene desvirtuar de una vez la equivocada interpretación que se ha querido dar a una llamada doctrina de esta misma Sala, de la cual se hace eco la demanda y que no corresponde exactamente a la realidad.

El extracto de esa doctrina, tomada por el compilador como de la Sala Penal de la Corte, es como sigue, en su parte sustancial:

"El acceso carnal que reprime el artículo 326 del código penal nunca entrañará los caracteres de la **corrupción de menores** si se ejecuta con una mujer ya **experimentada** en el ayuntamiento ilícito, pues entonces no se la pervierte ni se le enseña un acto que ignoraba". (Jurisprudencia Penal. Agustín Gómez Prada. Tomo I, pág. 159, número 221).

En los números 1984-85 del tomo LIII de la GACETA JUDICIAL, páginas 423 a 427, figura el auto de fecha 21 de julio de 1942, en virtud del

cual la Sala Penal de la Corte decidió una colisión de competencias surgida entre el Juez Superior del Distrito Judicial de Buga y el del mismo carácter del Distrito Judicial de Pereira, declarando competente al primero en el conocimiento de los delitos de rapto y corrupción que motivaron aquella incidencia del proceso.

La Sala compuesta entonces de sólo tres Magistrados se dividió en la apreciación del problema. La mayoría de la misma optó por decidir la colisión surgida sin entrar para nada "en fijar de modo exacto la naturaleza de los hechos en que consistían las supuestas o reales infracciones investigadas, a fin de tener así un necesario elemento de juicio en el estudio y resolución del problema", que propugnaba el Magistrado disidente, considerando, en cambio, más prudente abstenerse de tratar esas cuestiones, como se advierte del siguiente párrafo:

"La Sala no afirma ni niega la existencia de los hechos materia de la investigación, ni avanza concepto alguno sobre si ellos son delictuosos o no, o si constituyen una o dos infracciones penales, porque eso es de la exclusiva competencia de los jueces de instancia, y la Corte usurparía jurisdicción si desde ahora se apresurase a entrar en tales apreciaciones, ya que no está fallando un recurso de casación, ni asunto de aquellos en que actúa como Juez de instancia. La Corte decide aquí una simple colisión de competencias para señalar cabalmente cuál es el Juez a quien corresponde decidir esos puntos, que son materia del auto sobre calificación del mérito del informativo".

De manera que las afirmaciones un tanto dogmáticas del salvamento —de donde fueron tomadas por el extracto jurisprudencial— no corresponden precisamente al auto de la mayoría de la Sala y deben ser tenidas como una mera apreciación, tan respetable como se quiera, del Magistrado que en aquella oportunidad no compartió el criterio de los otros dos miembros de la Sala Penal de la Corte, que firmaron la decisión de mayoría y que constituye, por lo mismo, el pensamiento de la Corporación al respecto.

De todo lo cual se desprende que no corresponde a la realidad, por no ser doctrina de la Sala Penal de la Corte, como se ha pretendido y como la misma demanda lo afirma, el hecho de que no constituya corrupción el acceso carnal con mujer "ya experimentada" dentro de las edades que señala el artículo 326 del Código Penal.

Basta no confundir el matrimonio con el delito para desvanecer una afirmación de la demanda basada en una equivocada apreciación de este aspecto de la materia. La circunstancia de que la mujer sea apta para contraer matrimonio dentro de la edad canónica o civil que regula ese contrato no autoriza a pensar que cuando es víctima de una infracción contra la libertad o el honor sexual, aquella circunstancia impide la imputabilidad de tal actividad dolosa. De otra manera, el Código habría adoptado una norma igual al artículo 322, que no rige, como puede advertirse con la sola lectura del estatuto, sino para los capítulos pertinentes de la violencia carnal y el estupro.

Por lo anterior es preciso concluir que no existe, como lo alega el actor, desacuerdo entre el veredicto del Jurado y la sentencia del Tribunal de instancia, porque lo que aquél expresa es que la imputación hecha a los procesados estructuró una responsabilidad que no pudo ser desvirtuada con la segunda proposición del mismo veredicto; y como la demanda no formula otra causal desde luego que su aspiración no es otra que conseguir la absolución de los procesados, cosa que no puede hacer la Corte por las razones expuestas, es el caso de declarar que las tesis de la demanda no pueden prosperar.

Así, pues, 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 INVALIDA la sentencia materia del recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Con salvamento de voto, **Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre** — Con salvamento de voto, **Agustín Gómez Prada—Enrique A. Becerra** (Conjuez)—**Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R.**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DRS. BRUNO Y GOMEZ PRADA

El anterior fallo contiene dos puntos esenciales, uno de derecho, y otro de interpretación del veredicto.

En cuanto al punto de derecho, dice la anterior sentencia que el artículo 326 del código penal no puede ser completado "con apreciaciones que pueden servir para reformar la norma"; que el citado precepto no tiene en cuenta "la calidad moral de la ofendida"; que tanto es así que el código sanciona más gravemente al infractor si la mujer es virgen y de irreprochable honestidad; y que no prohija la Sala la tesis de un salvamento de voto de que no sea corrupción el coito con mujer entre los 14 y los 16 años si ésta es persona "experimentada" en los actos carnales.

Nos apartamos de esta tesis absoluta para decir que el delito de corrupción existe cuando un hombre realiza el acceso carnal con mujer de 14 a 16 años, con su consentimiento, pero que no esté acostumbrada al comercio sexual, que no sea "experimentada" en el ayuntamiento carnal, en una palabra, que no esté corrompida, de manera que, siempre debe tenerse en cuenta la calidad moral de la ofendida. Y eso no es completar la norma, ni reformarla, sino deducir su verdadero contenido.

En efecto, el delito está contemplado genéricamente entre los que atacan "la libertad y el honor sexuales", y más determinadamente, en el género denominado "corrupción de menores", y se encabeza con los términos: "el que corrompa", y corromper es alterar y trastrocar la forma de una cosa, echar a perder, dañar, podrir, estragar, viciar o pervertir.

Y es que no puede olvidarse que toda norma penal tutela un derecho, un bien o un interés, que puede resultar perjudicado con el hecho delictuoso que se prohibe. Y si ese derecho, bien o interés no existe, la norma penal no puede tener operancia, porque no tiene objeto material ni jurídico sobre el cual pueda recaer la acción del delincuente, aunque no se trate sino de infracciones formales o de las de simple peligro.

Parece acertado que se diga que el artículo 325 quiere evitar que se "promueva" la prostitución con los actos que allí se prohiben, y que el 326 pretende evitar que se "facilite" la prostitución realizando el acto carnal con niñas cuya edad se comprenda entre los 14 y los 16 años. Pero si la tal niña vive en trato carnal frecuente con los hombres, si sin ser todavía elemento de prostíbulo realiza el coito en forma más o menos frecuente, no se ve qué facilidad le presten uno o varios nuevos actos carnales con otros hombres para que se concluya que existe un delito que debe ser penado con pena de uno a seis años de prisión.

Desde luego, no es necesario que la mujer sea honesta ni virgen; puede haber perdido la virginidad y puede no ser honesta, siempre que no sea depravada o corrompida, para el caso, acostumbrada al comercio sexual. Hay casos y casos y ahí es donde juega su papel el prudente criterio de los jueces de hecho o de derecho. Pero porque la ley aumente las penas cuando la mujer es "virgen o de irreprochable honestidad", no se puede concluir que la corrupción existe cuando la mujer no tenga ninguna honestidad y su virginidad sea apenas lejano recuerdo. Eso es argumentar en forma extralimitada, porque lo que la norma expresa es que las sanciones deben ser más graves cuando la virginidad existe o cuando la honestidad se conserva sin mancilla, y a contrario sensu significa que la honestidad siempre debe existir, aunque no la virginidad, pero que esa honestidad puede no ser irreprochable, esto es, no sin algunas sombras, pero no hasta el punto de que la mujer pueda considerarse como depravada o corrompida.

En cuanto a la causal de casación, la sentencia se apartó del veredicto, porque el jurado simplemente absolvió a los sindicados.

El jurado se reúne para declarar si los procesados son responsables de los hechos o no son responsables de ello, pero esa responsabilidad o irresponsabilidad se puede declarar de muchos modos. Así, la segunda, la no responsabilidad, se puede expresar negando simplemente la dicha responsabilidad (no es o no son responsables); o aceptando la realización material de los hechos, y agregando alguna causal de excusa o justifica-

ción; o expresando la no responsabilidad en otros términos.

Este último modo adoptó el jurado, a petición del defensor, pues es lo mismo decir que un sujeto no es responsable de un delito, que declarar que **no ha cometido un delito**, ya que cometer una falta es "incurrir" en ella, cargarse a su cuenta, tener que responder de sus consecuencias. No parece que el jurado hubiera estado haciendo lucubraciones de derecho que no le correspondían, sino sencillamente calificando los hechos en orden a la responsabilidad, para concluir que esa responsabilidad no existía, que no eran responsables, pues eso y no otra cosa puede significar la expresión de que no se cometió el delito de corrupción. El jurado no estuvo definiendo la simple imputabilidad del auto de proceder, sino ya la responsabilidad que por ley le correspondía, y en eso no extralimitó sus funciones, sino que simplemente las cumplió según su leal saber y entender.

Lo que sucede es que este proceso adolece de una falla fundamental, al cambiar el Tribunal la denominación jurídica del delito, tal como aparece del proceso, que es la violencia carnal, por la corrupción de menores. Esta lamentable equivocación hizo todas las actividades procesales posteriores tambaleantes y deleznables, para terminar con la impunidad de un hecho, no sólo grave: la posesión carnal de una niña de un poco más de 14 años, por seis hombres hechos y derechos, sin manera de evitar la salvaje, criminal y reprobable forma de satisfacer el instinto sexual.

Bogotá, agosto 16 de 1951.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada.

DELITO DE PECULADO.—LA CULPA EN EL DERECHO PENAL. — PECULADO CULPOSO

1.—Gobierna el fenómeno de la culpa el principio de la imprevisión de lo previsible. El Código colombiano estructura esta figura en el artículo 12, inciso 2º, considerando dos modalidades de la misma, que traducen aquel principio: bien cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o bien cuando habiéndolos previsto, confía imprudentemente en poder evitarlos. En ambas ocurrencias se comprende lo que por ser previsible no ha podido ser imprevisto, o sea la imprevisión de lo previsible.

Mas al crear el Código el principio de la culpa en la parte general, no dejó a la jurisprudencia la facultad de señalarla en los casos en que determinada infracción fuera susceptible de aquel fenómeno, a fin de que la doctrina fijase para los delitos consagrados en la parte especial del estatuto, cuáles de ellos aceptaban la modalidad del hecho culposo. Por eso en el Código están señalados en forma taxativa, por lo precisa, los delitos que admiten la culpa.

2.—Establecidos en un hecho determinado los elementos constitutivos del peculado culposo, que sanciona el Código en consideración al descuido o negligencia con que el funcionario obra en el ejercicio de su cargo y en virtud de las cuales se produce el fenómeno de que otra persona, distinta al funcionario mismo, a cuyo cargo están los caudales o efectos que custodia, aprovechándose de la imprevisión previsible de aquél, consuma hechos que dan por resultado el extravío de dichos efectos o caudales, resulta entonces un fenómeno de cooperación criminal que se gobierna por un principio específico, esto es, sin sujeción a las reglas generales, pero que en todo caso merece sancionarse, porque la negligencia o descuido del funcionario son las causas determinantes de un hecho que por omisión se traduce en un daño patrimonial, bien de los mismos particulares que por cualquier motivo llevan dinero o efectos a la custodia de los funcionarios públicos, o bien que dichos dineros o efectos sean directamente administrados por los mismos funcionarios, como empleados de manejo.

La doctrina de los penalistas señala estos elementos al peculado culposo:

1º Que el sujeto activo del delito no puede ser sino funcionario público, que tenga a su cargo caudales o efectos bajo su custodia;

2º Que exista un hecho de abandono o negligencia inexcusable por parte del funcionario en lo referente a su deber de vigilar los caudales que están a su cargo. Dicho abandono o negligencia han de ser inexcusables, es decir, no han de poder ser disculpados ni justificados. Semejante actitud de descuido no ha de provenir de acuerdo o concierto con el que verifica la sustracción, pues entonces el hecho sería imputable a dolo y constituiría un delito distinto; y

3º Que haya una sustracción de aquellos caudales o efectos por parte de otra persona, la cual al consumarla lo haga sin acuerdo o concierto con el funcionario, pues si este acuerdo o concierto existen, el delito no sería culposo, sino doloso.

3. — El principio de que nadie puede ser responsable de hechos de terceros no es absoluto. Se rompe en varias contingencias que constituyen excepciones al mismo: la participación criminal, sui generis, en el caso del peculado culposo, es una de ellas. Así lo consagra el artículo 154 del Código Penal, en el cual no puede decirse que de manera exacta se patentice el principio de una responsabilidad de persona distinta de aquella a quien se atribuye, porque si aparentemente así parece ser, la realidad es que en el caso de esta disposición, la culpa del empleado o funcionario público, si bien surge del hecho de un tercero, éste no habría podido realizarlo sin la omisión o descuido del funcionario que, por su negligen-

cia, imprevisión o falta de atención, dio lugar a que los caudales o efectos puestos bajo su custodia fueran enviados a otros fines o sufrieran alguna pérdida.

De forma que en este evento la responsabilidad sigue siendo personal, pero a título distinto en relación con el tercero responsable, quien la sufre por otro concepto, constitutivo del peculado doloso, mientras que la responsabilidad surgida de la norma del artículo 154 es sólo a título de culpa, porque la actuación del funcionario en este caso, no derivada de la actividad del otro, permitió negligentemente el extravío o pérdida de esos efectos o caudales por él custodiados.

Es claro que debe haber en estas ocurrencias un directo responsable por dolo, de aquel extravío o pérdida, pero no se sigue de ahí que el empleado o funcionario a cuyo cargo se encuentre la custodia de esos caudales o efectos, tenga que estar sujeto a la acción penal que en contra de ese tercero se ejerza. Las acciones pueden ser diferentes y lo son legalmente por los distintos títulos sobre que surge la responsabilidad de cada uno de los comprometidos en el hecho.

4.—Como lo ha dicho la Corte, "Los valores efectivos que cursan como dependientes de una determinada acción judicial, son parte del juicio que están bajo la custodia del Juez, como el juicio mismo sometido a su dirección, y aún puede decirse, a su administración, cuya etapa final es el fenómeno de la distribución. Aun cuando los dineros deben ser depositados en determinados bancos, jurídica y prácticamente están depositados a su orden que mueve libremente, en ejercicio de sus funciones, como que el banco sólo tiene la tenencia de esos dineros, pero la administración y custodia corresponden principalmente al Juez".

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en sentencia de fecha diez y seis de agosto de mil novecientos cincuenta, condenó al doctor Víctor Ortega Rueda, por el delito de peculado culposo, a la pérdida del puesto de Juez Segundo del Circuito Penal de Cúcuta, a pagar o reintegrar las sumas de setecientos cincuenta pesos con setenta y cinco centavos ($ 750.75), la de dos mil setenta y dos bolívares con cinco centésimos (Bs. 2.072.05) y a pagar los perjuicios civiles causados con el delito.

Contra la sentencia interpuso apelación el señor defensor del procesado y concedido el recurso, vino a la Corte el expediente, donde surtida la tramitación propia de la instancia, procede revisar la providencia apelada.

Hechos

El doctor Víctor Ortega Rueda, en su carácter de Juez Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, por influencias políticas, colocó al señor Carlos Jaimes Mendoza como Oficial Mayor del Juzgado y luégo lo ascendió al cargo de Secretario de la misma oficina, sin tener en cuenta las condiciones morales y pésimos antecedentes del agraciado.

El Juez Ortega Rueda hizo confianza ilimitada en Jaimes Mendoza y así era como éste, en su condición de Secretario del Juzgado, recibía los dineros y elementos que a aquella oficina llegaban con los sumarios; era quien llevaba la contabilidad de los mismos y, si es verdad que el Juez guardaba los comprobantes de los depósitos respectivos, los facilitaba al Secretario, cada vez que éste así lo exigía; le firmaba los oficios sobre giros y movimiento de dinero bajo la custodia del Juzgado, sin control de ninguna clase, sin leerlos siquiera. En tales circunstancias, Jaimes Mendoza, aprovechando el descuido y falta de previsión de su superior, se apropió fácilmente de varias cantidades de dinero del depositado en el despacho de que era Secretario.

Proferido auto de proceder contra el doctor Ortega Rueda, providencia ésta que fue confirmada por la Corte con fecha diez de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, el juicio siguió su curso legal hasta obtener el fallo condenatorio de primera instancia, que es hoy materia del recurso.

Los hechos que antes se relataron se establecieron debidamente y hacen plena prueba en relación a la infracción que se le imputó al proce-

sado. En efecto, consta el carácter de Juez Segundo Penal del Circuito de Cúcuta que el procesado desempeñaba por la época en que la infracción tuvo cumplimiento; el extravío o pérdida de los caudales relacionados y la culpa por parte del doctor Ortega Rueda en el extravío de ellos, originado por negligencia y descuido. Además, obra la confesión del procesado en que manifiesta entre otras cosas, que en la inspección ocular que se practicó en el Juzgado, observó que su secretario Carlos Jaimes, al pasar los negocios al despacho, no dejaba constancia alguna de los dineros que había recibido, pertenecientes a los procesos; que cuando Jaimes necesitaba algún comprobante de consignación de aquellos dineros, lo solicitaba al Juez Ortega y abusando de la confianza y buena fe del procesado, se apropiaba de algunos de aquellos valores.

En síntesis, Carlos Jaimes Mendoza, como Secretario del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, pudo apropiarse de sumas de dinero depositadas en el despacho y pertenecientes a los procesos que allí cursaban, merced a la negligencia, descuido e imprevisión del Juez del Circuito doctor Víctor Ortega Rueda, a cuyo cargo estaba la custodia de los dineros u objetos que por una u otra razón, ingresaban al Juzgado.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal en su alegato de conclusión se expresa así:

"Ya el negocio está ampliamente estudiado por la H. Corte y la Procuraduría, y sobra ahora repetir aquellos estudios.

Con todo, cabe anotar que la materialidad de la infracción quedó plenamente comprobada con varias diligencias de inspección ocular y con las propias confesiones del acusado.

Del mismo modo se estableció también la responsabilidad culposa del Juez doctor Ortega Rueda en el hecho materia de la investigación. De suerte que hay prueba suficiente para condenarlo.

Y como la sentencia que se revisa aplicó correctamente la pena y rebatió con toda propiedad los argumentos del defensor planteados en la audiencia, es el caso de confirmar el fallo recurrido".

Se considera:

Como en otra providencia del proceso expresó la Corte, gobierna el fenómeno de la culpa el principio de la imprevisión de lo previsible. El Código Colombiano estructura esta figura en el artículo 12, inciso 2º, considerando dos modalidades de la misma, que traducen aquel principio: bien cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o bien cuando habiéndolos previsto confía imprudentemente en poder evitarlos. En ambas ocurrencias se comprende lo que por ser previsible no ha podido ser imprevisto, o sea la imprevisión de lo previsible.

Mas al crear el Código el principio de la culpa en la parte general, no dejó a la jurisprudencia la facultad de señalarla en los casos en que determinada infracción fuera susceptible de aquel fenómeno, a fin de que la doctrina fijase para los delitos consagrados en la parte especial del estatuto, cuáles de ellos aceptaban la modalidad del hecho culposo. Por eso en el Código están señalados en forma taxativa, por lo precisa, los delitos que admiten la culpa, destacándose entre ellos, el peculado, que lo consagra para el funcionario o empleado público que por culpa diere lugar a que se extravíen o pierdan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia.

Establecidos en un hecho determinado los elementos constitutivos de esta modalidad culposa que sanciona el Código en consideración al descuido o negligencia con que el funcionario obra en el ejercicio de su cargo y en virtud de las cuales se produce el fenómeno de que otra persona, distinta al funcionario mismo, a cuyo cargo están los caudales o efectos que custodia, aprovechándose de la imprevisión previsible de aquél, consuma hechos que dan por resultado el extravío de dichos efectos o caudales.

Resulta entonces un fenómeno de cooperación criminal que se gobierna por un principio específico, esto es, sin sujeción a las reglas generales, pero que en todo caso merece sancionarse, porque la negligencia o descuido del funcionario son las causas determinantes de un hecho que por omisión se traduce en un daño patrimonial, bien de los mismos particulares que por cualquier motivo llevan dinero o efectos a la custodia de los funcionarios públicos, o bien que dichos dineros o efectos sean directamente administrados por los mismos funcionarios, como empleados de manejo.

La actividad delictiva ejercida por el Secretario del Juzgado referente a la apropiación de los dineros, así como el descuido o imprevisión por parte del Juez doctor Ortega Rueda que dieron

lugar a esa apropiación, se encuentran claramente establecidas resultando la actividad criminosa por parte del segundo que lo coloca como infractor de la ley, conforme a la calificación jurídica que al delito se le dio en el auto de proceder.

Como se dejó expresado en el auto confirmatorio del de proceder, el hecho punible dimana aquí de un tercero, quien al consumarlo no pudo hacerlo sino en virtud de las circunstancias en que fue colocado, por obra de la misma culpa de quien, en virtud de sus funciones, no podía descuidar, en manera alguna, la custodia de los bienes y efectos puestos bajo su cuidado. Este vínculo entre los dos, que forma la participación delictuosa, con la modalidad de la culpa, es el que constituye la esencia misma de esta infracción y la que le da su más acentuada fisonomía.

La doctrina de los penalistas señala estos elementos al peculado culposo:

1º Que el sujeto activo del delito no puede ser sino funcionario público, que tenga a su cargo caudales o efectos bajo su custodia;

2º Que exista un hecho de abandono o negligencia inexcusable por parte del funcionario en lo referente a su deber de vigilar los caudales que están a su cargo. Dicho abandono o negligencia han de ser inexcusables, es decir, no de poder ser disculpados ni justificados. Semejante actitud de descuido no ha de provenir de acuerdo o concierto con el que verifica la sustracción, pues entonces el hecho sería imputable a dolo y constituiría un delito distinto; y

3º Que haya una sustracción de aquellos caudales o efectos por parte de otra persona, la cual al consumarla lo haga sin acuerdo o concierto con el funcionario, pues si este acuerdo o concierto existen, el delito, para el último, no sería culposo, sino doloso.

El delito de peculado culposo de que trata el proceso tuvo comprobación en sus elementos de orden material y asimismo en lo referente a la responsabilidad del procesado y en consecuencia es procedente la aplicación del artículo 203 del C. de P. P.

Argumentos de la defensa

En la audiencia pública celebrada en la primera instancia, la defensa alegó que en materia criminal nadie es responsable del hecho de terceros, que las excepciones deben estar previstas en la ley y que en su concepto en el caso presente no hay previsión legal al respecto; que de acuerdo con el artículo 573 del C. J. la norma de responsabilidad de los superiores con relación a los empleados subalternos del Poder Judicial, es de rigor el elemento a sabiendas; que la culpa, en el caso de peculado es muy restringida; que en el caso de autos el procesado no tuvo bajo su custodia caudales o efectos, ya que su custodia pertenece a otras entidades. Que para que haya culpa en peculado ajeno es menester que éste haya sido previamente juzgado y establecido y no estándolo falta un elemento esencial en el cuerpo del delito de peculado culposo y en consecuencia solicita absolución para su defendido.

A pesar de esto, puede afirmarse que el procesado no consiguió desvirtuar, al menos desde el punto de vista probatorio, los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder. Fue sólo en la vista pública del juicio cuando tanto aquél como su defensor, expusieron la serie de razones antes sintetizadas, tendientes a sustentar la tesis de que el delito imputado al doctor Ortega Rueda no tiene base jurídica, y, por consiguiente, se impone la absolución del inculpado.

La Corte ha de referirse por separado a cada una de las razones alegadas por la defensa, a que antes se ha hecho mérito.

El principio de que nadie puede ser responsable de hechos de terceros no es absoluto. Se rompe en varias contingencias, que constituyen excepciones al mismo, la participación criminal, en este caso **sui generis**, como se dijo en el auto confirmatorio del de proceder, es una de ellas. Así lo consagra el artículo 154 del Código Penal en el cual no puede decirse que de manera exacta se patentice el principio de una responsabilidad de persona distinta de aquélla a quien se atribuye, porque si aparentemente así parece ser, la realidad es que en el caso de esa disposición, la culpa del empleado o funcionario público si bien surge del hecho de tercero, éste no habría podido realizarlo sin la omisión o descuido del funcionario que por su negligencia, imprevisión o falta de atención, dio lugar a que los caudales o efectos puestos bajo su custodia fueran enviados a otros fines o sufrieran alguna pérdida.

De forma que en este evento la responsabilidad sigue siendo personal, pero a título distinto en relación con el tercero responsable, quien la sufre por otro concepto, constitutivo del peculado doloso, mientras que la responsabilidad surgida de la norma del artículo 154 es sólo a título de

culpa, porque la actuación del funcionário en este caso, no derivada de la actividad del otro, permitió negligentemente el extravío o pérdida de esos efectos o caudales por él custodiados.

Es claro que debe haber en estas ocurrencias un directo responsable por dolo, de aquel extravío o pérdida; pero no se sigue de allí que el empleado o funcionario a cuyo cargo se encuentre la custodia de esos efectos o caudales, tenga que estar sujeto a la acción penal que en contra de ese tercero se ejerza. Las acciones pueden ser diferentes y lo son legalmente por los distintos títulos sobre que surge la responsabilidad de cada uno de los comprometidos en el hecho. El Tribunal sitúa con toda exactitud el problema cuando afirma que no importa que nada se haya decidido sobre la responsabilidad del autor del peculado doloso, ya que éste debe ser materia de investigación y decisión separada. La demostración de la culpa recae sobre el funcionario que dio oportunidad por su negligencia e imprevisión a los hechos que ocasionaron la pérdida o extravío de esos caudales o efectos .

El argumento que la defensa hace surgir del artículo 573 del Código Judicial es totalmente extemporáneo para el caso en estudio. La sola transcripción de ese precepto demuestra lo desviado e inconducente de esa argumentación.

Dice:

"Fuéra de los casos expresamente exceptuados de la ley, es absolutamente prohibido a todos los empleados del orden judicial exigir o aceptar dinero o dádivas por la práctica de diligencias que están obligados a efectuar. La contravención a esta prohibición se sanciona con la pérdida del empleo, la que decreta el superior de la oficina, quien pierde igualmente su empleo si ante su superior jerárquico se comprueba el hecho de seguir manteniendo en la oficina al subalterno infractor, a sabiendas de su culpa".

Tal prohibición, prevista en el Capítulo destinado a regular el arancel en las cuestiones judiciales, indica actividades bien distintas del caso aquí contemplado. No fue que el Juez dejara de cumplir ese mandato o que el Secretario recibiera dinero o dádivas por la práctica de diligencias que estaba obligado a efectuar. Lo acontecido estriba en que este empleado dispuso de dineros confiados a la custodia del Juzgado y el Juez por culpa, vale decir, negligencia o descuido, permitió que ello sucediera así, dando oportunidad para que se le cargara una responsabilidad surgida del incumplimiento de deberes oficiales, omisión que se traduce en culpa por el querer expreso de la ley, la cual preceptúa una regla normativa en el código de las penas, para sancionar esos casos, completamente distinta de las sanciones disciplinarias que contiene el artículo 573 del Código Judicial.

El último argumento de la defensa, encuentra su mejor réplica en la propia sentencia de instancia, basada en reiterada doctrina de esta Sala.

En cuanto a que el procesado no tenía los caudales o efectos sustraídos y que no estaba obligado a tenerlos en razón de que los reglamentos le atribuían la custodia a otras entidades, se replica que, como bien lo ha dicho la H. Corte, "los valores efectivos que cursan como dependientes de una determinada acción judicial, son parte del juicio **que está bajo la custodia del Juez,** como el juicio mismo sometido a su dirección y, aún puede decirse, a su administración cuya etapa final es el fenómeno de la distribución. Aun cuando los dineros deben ser depositados en determinados bancos, jurídica y prácticamente están depositados a su orden que mueve libremente, en ejercicio de sus funciones, como que el banco sólo tiene la tenencia de esos dineros pero la administración y custodia corresponde principalmente al Juez".

No se observa reparo qué hacer a las apreciaciones del Tribunal. Y como resultan a cabalidad los requisitos previstos por la ley para imponer sanción al procesado, el fallo recurrido es legal y merece ser confirmado.

El procesado infringió el artículo 154 del Código Penal que impone privación del empleo y obligación de pagar los caudales o efectos que se pierdan. Fue ésta la disposición aplicada por el Tribunal y no hay reparo que hacer tampoco a la sanción impuesta. La condenación al pago de los perjuicios causados por el procesado es legal.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de fecha diez y seis de agosto de mil novecientos cincuenta, por

la cual condena al doctor Víctor Ortega Rueda, por el delito de peculado culposo a que se refiere el proceso, a la pérdida del puesto de Juez Segundo del Circuito Penal de Cúcuta, a pagar o reintegrar las sumas de setecientos cincuenta pesos con setenta y cinco centavos ($ 750.75) y dos mil setenta y dos bolívares con cinco centésimos (Bs. 2.072.05) y a pagar los perjuicios civiles causados con el delito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE LESIONES PERSONALES. — REQUISITOS DE LA CONFESION EN MATERIA PENAL. — LA FALTA DE CONSONANCIA ENTRE EL AUTO DE PROCEDER Y LA SENTENCIA, QUE PUEDE FUNDAR LA CAUSAL TERCERA DE CASACION, SE REFIERE NO A LA ESPECIE, SINO AL GENERO DEL DELITO.—LA PERDIDA DEL DEDO PULGAR CONSTITUYE PERTURBACION FUNCIONAL. — LA CALIFICACION DE LAS CONSECUENCIAS DE UNAS LESIONES NO ES OBJETABLE POR LA CAUSAL TERCERA DE CASACION

1.—El valor de la confesión, o sea la declaración del infractor mediante la cual asume la responsabilidad de la infracción, la subordina la ley procesal (artículo 255) a condiciones cuyo cumplimiento funda la presunción de veracidad. Ellas son:

a) Que sea libre, esto es, que se haya hecho sin coacción externa de ninguna clase;

b) Que sea espontánea, esto es, como resultado de un acto propio del confesante, y no de otra persona;

c) Que se haya realizado ante el Juez o funcionario de instrucción y su Secretario;

d) Que el cuerpo del delito se halle plenamente comprobado; y, finalmente,

e) Que no exista en el proceso prueba alguna que la contradiga.

2.—Es doctrina de la Corte que la falta de consonancia entre la sentencia y el auto de proceder, que funda la causal 3ª de casación, se refiere, no a la especie sino al género del delito, ya que es por éste (y no por aquélla) por el que se llama al procesado a responder en juicio criminal, y ya que durante el juicio podría la especie, si no el género, sufrir modificaciones sustanciales.

3.—Tratándose de la pérdida de un dedo, como el pulgar, elemento tan importante del órgano de la aprehensión, especialmente si el lesionado es obrero agrícola, hay — es cierto — deformidad física por la falta estética que la amputación dejó, pero también —lo que es más importante— la falta o perturbación de la función, por cuanto es ésta el criterio directivo de la calificación de la lesión.

4.—La calificación de las consecuencias de las lesiones es objetable por la causal primera, si se considera que con la calificación equivocada se violó la ley penal material; o por la segunda, si la equivocación se cometió al apreciar la prueba pericial; pero no lo es por la tercera causal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de **Francisco García Rivera** impugna, con base en las causales segunda y tercera de casación, la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, del siete de septiembre del año pasado, por la cual —fundado en los artículos 374 (2º) 377 y 384 —del Código Penal— García fue condenado a la pena de un año de presidio por la lesión causada a Víctor M. Cardona (pérdida del dedo pulgar de la mano derecha) el diez de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, en el sitio llamado "La Convención", Municipio de Marsella.

Como los problemas planteados por el recurrente se refieren a cuestiones de derecho Penal Material (eximente de la responsabilidad o sea legítima defensa de la vida), y a cuestiones de Derecho Penal Formal o Procesal (apreciación de la confesión y desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder), es indispensable resumir —como punto de partida del estudio— las partes del proceso que conciernen a las referidas cuestiones.

I. — Antecedentes y motivos del delito

Los antecedentes y motivos del delito —sin embargo de las deficiencias del sumario— fueron

más o menos aclarados durante la instrucción. García, propietario de la finca "La Convención", celebró anteriormente con Cardona un contrato de trabajo para la recolección de café, mediante el cual Cardona —parece— se obligó a trabajar durante determinados días, y García le dio alojamiento para él y su familia en una casa de la hacienda.

Cardona —según afirmación de García— no solamente no trabajaba sino que se negó a desocupar la casa. Esto, de acuerdo con las referencias hechas en diversos actos (indagatorias y testimonios), fue el origen de las mutuas diferencias que culminaron en el choque habido la tarde del día ya citado.

No hubo testigo presencial, fuéra de Virgelina Martínez (esposa de Cardona), sobre las circunstancias del choque, pero lo afirmado por Cardona, García y la Martínez, revelan —en las aseveraciones en que coinciden a pesar de las muy explicables y posibles reticencias— que García, con el pretexto de ver los potreros o animales o con la intención de resolver el conflicto con Cardona, fue hacia la casa de éste y desde una corta distancia lo llamó. Es aquí, precisamente, donde uno y otro asumen, el uno para defenderse y el otro para inculpar, posiciones distintas. Según Cardona y su esposa, cuando éstos comían en la cocina de la casa, llegó García, machete en mano y, en actitud amenazante, le dirigió graves injurias, y como Cardona saliera, provisto de arma análoga, fue agredido, y caído a tierra en la lucha —porque Cardona debió responderle la agresión— recibió las heridas en la cabeza y en la mano. Según García, el día anterior Cardona fue a su casa a retarlo, y como al siguiente, al recorrer sus potreros, se acercara a casa de Cardona, en actitud amistosa, a hacer el reclamo sobre el reto, aquél —estando García sentado al pie de un árbol— lo agredió a machete, y él, García, tuvo que defenderse y cuando vio a su agresor en el suelo le quitó el arma.

Estos son, aproximadamente, los datos que el proceso contiene en cuanto a las causas y modalidades del choque en que Cardona fue lesionado por García.

III. — El proceso contra García

En el proceso contra García, acusado por las lesiones en Cardona —parietal izquierdo y dedo pulgar derecho—, el médico perito conceptuó —como conclusión del último reconocimiento— que aquél tuvo una incapacidad definitiva de quince días y, además, la pérdida total del dedo pulgar derecho.

Comprobados el delito y la responsabilidad de García, uno y otro en el grado que fija la ley, fueron dictadas las providencias cuyas síntesis se exponen en seguida:

a) Auto del Juzgado Penal del Circuito de Pereira, confirmado posteriormente por el Tribunal, mediante el cual se calificó el delito de García como de lesiones con la consecuencia de un defecto físico y no de una perturbación funcional, lesiones causadas con exclusión de la circunstancia eximente (legítima defensa) alegada por el defensor;

b) Sentencia de primer grado por la cual, considerando la consecuencia como defecto físico permanente y la modalidad de la riña, se impuso a García —con aplicación de los artículos 373 (inciso 2º) y 384 del Código Penal— la pena de un año de prisión, y

c) Sentencia del Tribunal Superior de Pereira, por la cual, en consideración a que la consecuencia de la lesión constituye simultáneamente deformidad física irreparable y perturbación funcional permanente, le impuso, con base en los artículos 373 (2º), 374 (2º), 377 y 384, igual tiempo de pena —un año— pero de presidio en vez de prisión.

IIII. — La demanda

Por dos motivos, como ya se expuso, se impugna la sentencia: con apoyo en la causal segunda, porque a causa de una errada apreciación de las pruebas se descartó la eximente de la legítima defensa, violando así los artículos 25 del Código Penal y 219, 224 y 255 del de Procedimiento Penal, y con apoyo en la tercera porque el Tribunal desechó la tesis del defecto físico afirmada en el auto de proceder, violando así los artículos 373, 374 y 377 del primero de los Códigos citados. El recurrente razona, más o menos, en la forma que a continuación se resume.

El Tribunal dividió, siendo indivisible —argumenta en referencia a la causal segunda— la confesión que sobre el motivo y las circunstancias del delito hizo el procesado y, en cambio, aceptó las afirmaciones del lesionado y de su esposa (la de ésta contra la prohibición del artículo 226 de la ley penal procesal), lo que reportó, como con-

secuencia de la errada apreciación de la confesión, el desconocimiento del estado de legítima defensa de la vida en que García lesionó a Cardona.

La tercera —se repite— en que la pérdida del dedo pulgar de la mano derecha es, como lo conceptuaron Juez y Tribunal en el auto de proceder, un defecto físico irreparable y no una perturbación funcional permanente como se afirmó en la sentencia; de modo que —según el recurrente— hay desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder.

El Procurador Delegado, en su respuesta a la demanda, solicita no se case la sentencia, ya porque el recurrente, al fundar la segunda causal, "descuidó hacer el examen pormenorizado de estos dos fenómenos jurídicos (la legítima defensa y la riña, se aclara) con sus características que los diferencian, para hacerle ver a la Corte la equivocación del fallo recurrido", ya porque al fundar la tercera, se apartó de doctrinas relativas a las diferencias entre el simple defecto físico y la perturbación funcional en la cual se comprende la pérdida de un dedo, y relativas también a la noción de modificabilidad e inmodificabilidad del auto de proceder.

IV. — Estudio del recurso

Siendo distintas las cuestiones propuestas en la demanda, ya que la una se refiere a la responsabilidad y la otra al delito, deben estudiarse independiente y separadamente.

A) Segunda causal (errada apreciación de las pruebas)

El examen de la objeción de errada apreciación de la presunta confesión de García y de los testimonios del lesionado y de su esposa, implica —como cuestión previa— la referencia a las condiciones de existencia de la confesión y de sus categorías o especies, y seguidamente la solución de las siguientes cuestiones: si las afirmaciones de García estructuran la confesión en la especie de indivisible y si apreciada como tal constituye la prueba de la eximente alegada a pesar de la versión del lesionado.

El valor de la confesión, o sea la declaración del infractor mediante la cual asume la responsabilidad de la infracción, la subordina la ley procesal (artículo 255) a condiciones cuyo cumplimiento funda la presunción de veracidad. Ellas son:

a) Que sea libre, esto es, que se haya hecho sin coacción externa de ninguna clase;

b) Que sea espontánea, esto es, como resultado de un acto propio del confesante y no de otra persona;

c) Que se haya realizado ante el Juez o funcionario de instrucción y su Secretario;

d) Que el cuerpo del delito se halle plenamente probado y, finalmente,

e) Que no exista en el proceso prueba alguna que la contradiga.

Cuestión fundamental y punto de partida en este estudio, es si García afirmó ante el Juez haber atacado y herido a Cardona. El extracto de las exposiciones de uno y otro, en lo pertinente, contribuyen a dilucidar el problema.

Explica García que Cardona respondió a su reclamo por el reto de la tarde anterior y a su llamamiento a la conciliación, con esta frase: "Si le gusta así, o si nó, vamos a darnos". Cardona —estando García sentado— le tiró en el acto el primer peinillazo, y se paró al ver la peinilla en el aire. Añade que Cardona le picó el sombrero y "el nudo" de la mano izquierda, y "allí siguió dándole filo—según lo que expuso García—y le dio también un planazo en la mano derecha, se cayó y le tiró en el suelo; como Cardona cayera también, le dijo éste que no le tirara en el suelo, y voló (García) y le quitó la peinilla". Posteriormente, al final de la indagatoria, hizo la siguiente aclaración: "Esto que relato lo tuve que hacer de obligado, y le tuve que echar mano a la peinilla (de Cardona) para lograr defenderme, pues de lo contrario ese señor me hubiera matado".

Aunque la descripción del lesionado contradice, especialmente en cuanto a la iniciativa de la provocación, la del procesado, hay en ellas puntos en que coinciden. Fue García —afirma— quien llegó a su casa, peinilla en mano, a desafiarlo, no obstante el comportamiento conciliatorio de Cardona. Al oír las frases desafiantes e injuriosas de García, y verlo acercarse a su casa armado, le preguntó qué significaban esas cosas; respondió García que él era hombre y que le probaría que tenía que desocuparle ya. "Allí mismo me tiró —añade Cardona— y yo no hacía sino desquitarle para no hacerle nada, pues era mi intención desocuparle esta semana, hasta que me hirió porque me caí, y en el suelo me hirió en la mano derecha y en la cabeza, pues aclaro que

mientras estuve en pie nada me hizo. Ya en el suelo y sin arma —termina— pues la peinilla mía se me había caído, logré levantarme y correr para mi casa, y García amagó perseguirme".

Virgelina Martínez, la esposa del lesionado, confirma las frases amenazantes y ofensivas de García al llegar cerca a su casa (la que ocupaban los Cardonas). "Mi esposo salió —dice— y ya don Francisco estaba armado de una peinilla o machete y se puso a tirarle a mi esposo, hasta que le causó varias heridas. Viéndose mi esposo muy mal —continúa— corrió para la casa y don Francisco lo persiguió hasta que resolvió devolverse y se fue para su casa. Yo me largué a los gritos, pues creía que habían matado a mi esposo. La pelea —termina— tuvo lugar en el potrero, aparte del patio de mi casa".

Un somero análisis de lo que García, Cardona y su esposa afirmaron en el proceso, reduce a sus verdaderas proporciones el tema propuesto.

La declaración del procesado, vista en frente de lo que es —jurídicamente— la confesión, priva la hipótesis del demandante de todo valor, porque si confesión, en su acepción jurídico-procesal, es la revelación de un delito por su autor, García no asumió esa posición, es decir, no confesó. Se limitó a imputar a Cardona la iniciativa de la provocación y del ataque, a describir y enumerar los repetidos golpes de machete que —asevera— le lanzó Cardona, y, finalmente, a afirmar que, caído aquél a tierra (en una lucha cuya referencia tuvo el cuidado de omitir), hubo de "volar" y arrebatarle el machete, "para lograr defenderse, pues de lo contrario lo hubiera matado", explicación ésta dada al acto no confesado.

Pero aún aceptando hipotéticamente que esta explicación —sin nexo alguno con lo que afirmara al través del interrogatorio— constituyera admisión de la responsabilidad, élla no correspondería a la noción jurídica de la confesión, por carencia de algunos de sus requisitos esenciales: la espontaneidad y la presunción de veracidad.

La espontaneidad, porque si en la primera indagatoria afirmó ignorar (no saber) todo lo preguntado, en la segunda —por consejo de su defensor según él mismo lo advirtió— hizo las declaraciones resumidas que, por lo examinado, no constituyen confesión, ni en la acepción común, ni en la acepción legal. La presunción de veracidad, porque aún en la suposición de que García se acusó como autor de las lesiones, es decir, de que hubo confesión, tal presunción quedó eliminada ante las afirmaciones del lesionado y de su esposa quienes, no obstante su posición en el proceso, revelan menos interés que el procesado en faltar a la verdad. Y éllos, en la versión que dieron bajo juramento, culpan a García como provocador y agresor, y coinciden con aquél en que uno y otro estaban armados, en que Cardona cayó a tierra y en que García se apoderó del machete de Cardona, sólo que éste asevera que García lo hirió estando ya indefenso y en tierra, pues el machete momentos antes se le había safado de la mano.

Los indicios que contienen la indagatoria y los testimonios refuerzan la tesis de la responsabilidad por lesiones voluntarias con la circunstancia de la riña, cuyo carácter de imprevista —por la duda que encierra— bien puede resolverse en favor del procesado; pero no es lógico afirmar la indivisibilidad de una declaración ambigua e imprecisa que carece de los elementos de la confesión.

La consecuencia que el demandante quiso deducir de la confesión —estado de legítima defensa de la vida— fué enunciada y no fundada. Le competía exponer y probar los elementos de la justificación: la agresión injusta y violenta, la imposibilidad y consiguiente imprescindible necesidad de rechazarla por medios distintos a los empleados y proporcionalidad entre acción y reacción. Pero concretó toda su dialéctica a analizar la confesión, y se abstuvo de sustentar la justificación que, no obstante los obstáculos para presentarla con todos sus caracteres esenciales, era el tema central de la objeción.

Inexistente como aparece del proceso la confesión, no puede alegarse la violación de los Arts. 25 del Código Penal y 219, 224 y 255 del de Procedimiento Penal; de modo, pues, que si fué recta, como se ha afirmado, la apreciación de la prueba (confesión), no hay base para que prospere el recurso por la causal segunda.

B) Tercera causal (desacuerdo del auto de proceder y la sentencia)

El desacuerdo objetado lo halla el demandante —como se expuso— en que el Tribunal sancionó las lesiones en atención a que la pérdida del dedo pulgar de la mano constituyen perturbación funcional permanente y no defecto físico como lo reconoció en el auto de proceder.

Como lo que se ataca es la disconformidad, en

cuanto a la calificación del delito, entre el auto de proceder y la sentencia, es indispensable, precisamente, referir las normas procesales que establecen la relación entre esas providencias. Tales normas son:

a) Art. 431, según el cual el auto de proceder debe contener, en su parte motiva, la calificación genérica del hecho imputado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen, y en la parte resolutiva el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, determinado con la denominación que le dé en el Código Penal en el respectivo Capítulo o en el correspondiente Título (cuando éste no se divida en capítulos), con exclusión de la especie a que pertenezca y de la norma aplicable;

b) El Art. 159, según el cual, en la parte motiva ("Considerandos") de la sentencia, deben expresarse los fundamentos jurídicos de la calificación de los hechos probados, de su imputación al procesado, y de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, o eximentes de la responsabilidad o agravantes o atenuantes de la sanción, y en la parte resolutiva, la condena por las infracciones que motivaron el llamamiento a juicio, y

c) El Art. 567 (3º) según el cual hay lugar a casación cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

La falta de consonancia —y tal es la doctrina de la Corte— se refiere, no a la especie sino al género del delito, ya que es por éste (y no por aquélla) por el que se llama al procesado a responder en juicio criminal, y ya que durante el juicio podría la especie, si no el género, sufrir modificaciones sustanciales; de modo que el recurso de casación se dirige, en este caso, a que se sancione el delito de lesiones que en su género fundó el auto de proceder y no otro género no referido en la parte dispositiva de aquel auto, en cuyo último caso podría impugnarse la sentencia o porque se dictó en desacuerdo con aquél o porque se dictó en un juicio nulo por error en la denominación jurídica del delito.

Habiendo sido García, pues, llamado a juicio por el delito genérico de lesiones y condenado por el mismo, aunque en la especie del Art. 374. (2º), y no en la del Art. 373 equivocadamente calificada en el enjuiciamiento, no incurrió el Tribunal en el desacuerdo alegado.

El otro aspecto del problema —el referente a la consecuencia de las lesiones —requiere otras consideraciones, desde el punto de vista de la casación. El demandante objetó la especie sancionada, es decir, la calificación de perturbación funcional en vez del defecto o deformidad física afirmado en el enjuiciamiento. Tratándose de la pérdida de un dedo, como el pulgar, elemento tan importante del **órgano de la aprehensión**, especialmente si el lesionado es obrero agrícola, hay —es cierto— deformidad física por la falta estética que la amputación dejó, pero también —lo que es más importante— la falta o perturbación de la función, por cuanto es ésta el criterio directivo de la calificación de la lesión.

Pero si el Tribunal, al adoptar el criterio de la función en vez del de la deformidad, hubiera incurrido en equivocación, el demandante debería haber sustentado la objeción con base en la causal primera si con la equivocación se consideró haber violado la ley material, o en la segunda si la equivocación se cometió al apreciar la prueba pericial.

La Sala observa, finalmente, lo siguiente, que refuerza aún más, en cuanto a esta causal, la carencia de fundamento del recurso:

a) El perito médico declaró una incapacidad definitiva de quince días, y, como consecuencia, la pérdida total del dedo pulgar derecho;

b) El Tribunal, en el auto de proceder de segundo grado, apenas se limitó a admitir la consecuencia sin calificarla, y

c) El Tribunal, en la sentencia, lo calificó como perturbación funcional.

Significa ésto que no es posible establecer el desacuerdo, por falta de uno de los términos, y que, por lo tanto, la causal tercera no prospera.

V.—Decisión del recurso

Del estudio anterior se deducen las siguientes conclusiones:

a) Que la incompleta narración que el procesado hizo ante el funcionario carece de los elementos esenciales de la confesión, sin que de tal narración aparezcan en modo alguno los de la justificación;

b) Que lo que regula la concordancia entre la sentencia y el auto de proceder es el género y no la especie del delito;

c) Que la pérdida del dedo pulgar, implica perturbación funcional del **órgano** de la aprehensión;

d) Que la calificación de las consecuencias de las lesiones es objetable por la primera o segunda causales mas no por la tercera, y

e) Que el Tribunal no apreció erradamente las

declaraciones del procesado y lesionado ni dictó sentencia en desacuerdo con el auto de proceder.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado, **no casa** la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, del siete de septiembre del año pasado, por la cual condenó a Francisco García a la pena de un año de presidio por el delito de lesiones en Victor Manuel Cardona, cometido en el Municipio de Marsella ("La Convención") el diez de enero de mil novecientos cuarenta y nueve.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — **Francisco Bruno**— **Alejandro Camacho Latorre** — **Agustín Gómez Prada**—**Angel Martín Vásquez**—**Julio E. Argüello R.**, Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD (DEMORAS)

La morosidad que la ley penal reprime es la nacida de la falta de asistencia a la oficina, de la no dedicación a las labores oficiales, de la negligencia, pereza o desidia, pero no la morosidad causada por la verdadera imposibilidad física de tramitar y resolver un considerable número de asuntos, en un tiempo determinado, porque esto sería exigir algo contrario a la capacidad humana, y por lo tanto absurdo e injurídico.

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

(Magistrado ponente Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Manizales su auto de fecha veintiseis de marzo pasado, por el cual sobresee definitivamente a favor del doctor David Maldonado Escudero, por los cargos que se le hacen en esta investigación, consistentes en demoras observadas en un proceso de que conoció en su calidad de Juez Promiscuo del Circuito de Neira.

Este negocio, había estado ya en la Corte en consulta del auto de sobreseimiento definitivo fechado el veinte de marzo de mil novecientos cincuenta, dictado por el Tribunal Superior de Manizales a favor de aquel procesado, pero la Corte revocó esa providencia y en su lugar, sobreseyó temporalmente, ordenando la práctica de varias diligencias encaminadas al perfeccionamiento del asunto.

Hechos

Se deduce del proceso, que el Tribunal Superior de Manizales al conocer del auto de proceder dictado por el Juez Promiscuo del Circuito de Neira, doctor David Maldonado Escudero, en el proceso seguido contra Patricio Valencia Osorio y otros, por el delito de lesiones personales, dijo en aquel auto que tiene fecha veinte y siete de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, lo siguiente:

"...A folio 65 del expediente aparece una providencia del Juzgado del conocimiento, por la cual y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23 de la ley 4ª de 1943, se concede el beneficio de excarcelación al procesado Valencia. En dicho auto, solamente se tuvo en cuenta la primera parte de dicho artículo, en cuanto ordena conceder excarcelación y se olvidó cumplir la segunda parte del mismo, que, imperiosamente, ordena que se investiguen las demoras que hicieron obligatoria la libertad del reo. Y como la ley debe cumplirse en su integridad, es del caso ordenar que se expidan las copias correspondientes para adelantar la investigación del caso, tal como se dispone y ordena en la disposición que se comenta".

Fue el hecho que se relaciona en la providencia cuyo aparte se deja trascrito, el que dió lugar a la presente investigación.

La calidad oficial del funcionario sindicado, doctor David Maldonado Escudero, se estableció con las copias del Acuerdo del Tribunal Superior de Manizales del que aparece que fué elegido para el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Neira; con la copia de la respectiva diligencia de posesión; y con una certificación del Alcalde de Neira, según la cual ejerció dicho cargo en el lapso comprendido entre el primero de enero de 1948 y el nueve de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, cargo que venía desempeñando desde el ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

El resumen de las actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Neira en el proceso adelantado contra Patricio Valencia y otros, por el delito de lesiones personales (fl. 18), acredita que las demoras investigadas, ocurrieron entre el siete de junio de mil novecientos cuarenta y ocho y el ocho de octubre del mismo año, pues en el tiempo que corrió entre estas dos fechas, no hubo actuación del Juzgado en tal proceso.

En la indagatoria que rindió el doctor Maldonado Escudero al comienzo de la investigación, contesta el cargo que se le hace, diciendo que en su carácter de Juez Promiscuo del Circuito de

Neira dictó auto de excarcelación mediante fianza a favor de Patricio Valencia, porque habían transcurrido más de ciento ochenta días desde su detención, sin que se hubiera calificado el mérito del sumario, y que esta demora se debió a las maniobras rabulescas del apoderado de Valencia, que hizo diez o doce solicitudes que tuvo que resolver mediante la correspondiente providencia; que al Tribunal le correspondió conocer de varios de los recursos interpuestos por el apoderado y así se vencieron los ciento ochenta días; que le causa extrañeza que quien ordenó la investigación no hubiera tenido en cuenta la acuciosidad que desplegó en la perfección del sumario, pues no se debe ordenar la instrucción de procesos por el mero prurito de dar la sensación de un celo exagerado en el cumplimiento del deber. Finalmente, manifiesta, que para acreditar que no hubo morosidad, descuido ni pereza de su parte en la perfección del precitado negocio, solicita que con vista en el proceso contra Valencia por lesiones personales, se tome copia de todos los autos recaídos en él, desde que llegó por primera vez al Juzgado del Circuito de Neira, hasta cuando fué calificado.

En posterior indagatoria, al ser interrogado sobre las causas o motivos que le impidieron la calificación oportuna del proceso contra Patricio Valencia y otros, manifiesta que ello se debió a que el doctor Roberto Acevedo Gómez, apoderado del sindicado se dedicó a solicitar repetidamente la excarcelación de éste, haciendo peticiones cada quince días y como no accedía a sus pretensiones, interponía el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación; que también solicitó dicho apoderado numerosas pruebas y hubo que librar exhortos que tardaban en regresar auxiliados, todo lo cual unido al cúmulo de trabajo existente en el Juzgado Promiscuo del Circuito, fueron las circunstancias que le impidieron calificar el citado proceso dentro de los términos establecidos por la ley 4ª de 1943.

En conformidad con el auto de sobreseimiento temporal dictado por la Corte, se practicó en el Juzgado del Circuito Promiscuo de Neira una diligencia de Inspección Ocular, con el objeto de establecer de manera concreta y precisa el movimiento de trabajo en dicha Oficina, durante el tiempo en que tuvieron lugar las demoras investigadas y dió el siguiente resultado:

Sentencias en negocios penales 20
Autos interlocutorios penales 55
Sentencias en negocios civiles 31
Autos interlocutorios civiles 59

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario dice en su concepto, que en la diligencia de Inspección Ocular nada se afirma acerca del número de negocios que cursaban en el Juzgado del Circuito Promiscuo de Neira, pero que un promedio de cuarenta y una providencias mensuales "no es un coeficiente despreciable"; que además explica en su indagatoria por qué causa no calificó el negocio dentro de los términos legales y sostiene que la ausencia de dolo en el hecho que se le imputa, se deduce de la circunstancia de haber calificado el sumario contra Patricio Valencia a los siete u ocho meses de iniciada la investigación y en esta forma, la conducta del funcionario está explicada satisfactoriamente y como no hay ningún hecho indiciario sobre dolo o culpa de su parte, solicita que se confirme el sobreseimiento pronunciado por el Tribunal.

Se considera:

Está acreditado que el sindicado doctor David Maldonado Escudero, ejercía las funciones de Juez Promiscuo del Circuito de Neira, en el lapso en que tuvieron lugar las demoras que dieron origen a este proceso.

El hecho investigado con cargo a dicho funcionario, también es una circunstancia plenamente establecida en los autos con el resumen de las actuaciones que el doctor Maldonado Escudero, adelantó en dicho negocio en la calidad mencionada, a lo cual se agrega que, en las dos indagatorias que se le recibieron reconoce que no calificó el proceso contra Patricio Valencia y otros dentro de los términos señalados por la ley.

Pero si lo anterior está demostrado en el expediente, de otro lado no puede desconocerse que las explicaciones que da el procesado son satisfactorias y lo relevan de toda responsabilidad penal en el hecho que se le imputa. Ha dicho en su defensa el doctor Maldonado Escudero, que el cúmulo de trabajo en el Juzgado a su cargo, tanto en los negocios penales como en los civiles, fué una de las causas que le impidieron calificar oportunamente el asunto en que ocurrió la demora y esta explicación, encuentra fundamento en la diligencia de Inspección Ocular practicada en el Juzgado con el objeto de establecer el movimiento

de trabajo en el tiempo en que el hecho investigado tuvo lugar. El resumen que se consigna en esta providencia sobre el trabajo realizado por el nombrado Juez en dicho lapso, arroja un balance satisfactorio a su favor y es demostrativo de su actividad y consagración en la tramitación y despacho dé los negocios a su cargo. Y si a esto se agrega que, la misma promiscuidad de los negocios constituye una circunstancia que dificulta de modo apreciable la pronta solución de los problemas legales y jurídicos que el Juez Promiscuo tiene que resolver, entonces su diligencia y efectividad en las labores a él encomendadas se deduce en forma clara y concluyente.

Además, no hay fundamento alguno para deducir que la demora en mención se debió a dolo de parte del funcionario sindicado, como lo sería el hecho de que en esa forma quiso favorecer a los sindicados para que pudieran obtener la libertad provisional.

Tampoco, puede exigírsele responsabilidad penal a título de omisión, porque precisamente la causa determinante de la demora en la calificación del precitado asunto, se debió a un obstáculo material, a un imposible físico resultante del exceso de trabajo en la Oficina y entonces, estaría ausente en este caso aquella negligencia o descuido del funcionario en el cumplimiento de sus deberes, que daría base para deducirle responsabilidad por ese motivo.

En lo que respecta a las demoras que sufren los negocios cuando están al despacho del Juez, ha dicho la Corte:

"La morosidad que la ley penal reprime es la nacida de la falta de asistencia a la oficina, de la no dedicación a las labores oficiales, de la negligencia, pereza o desidia, pero no la morosidad causada por la verdadera imposibilidad física de tramitar y resolver un considerable número de asuntos en un tiempo determinado, porque esto sería exigir algo contrario a la capacidad humana y, por lo tanto absurdo e injurídico.

"Estas frecuentes demoras justificadas en que incurren los Jueces Superiores y los Jueces de Circuito, sólo indican la necesidad de aumentar su número para que todos los asuntos criminales puedan instruirse y fallarse con la prontitud que su naturaleza requiere". (Fallo de 7 de junio de 1949).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** el sobreseimiento definitivo que es materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE INTERVENCION EN POLITICA POR PARTE DE FUNCIONARIOS PUBLICOS — DIFERENCIA CON LA CAUSAL DE MALA CONDUCTA QUE TRAE UNICAMENTE SANCION DISCIPLINARIA

Ni la Constitución ni la ley privan a los funcionarios o empleados públicos del ejercicio del sufragio, que es a la vez un derecho y una función constitucional, según el artículo 179 de la Carta, que aquellos ciudadanos pueden ejercer libremente. El artículo anterior de la misma obra exceptúa expresamente el derecho del sufragio como una función que pueden cumplir sin restricción alguna los funcionarios o empleados públicos, sea cual fuere su categoría.

En otro orden de actividades la ley determina o señala cuáles son las prohibiciones a esos ciudadanos y las limita a dos exclusivamente:

Hacer parte de directorios políticos o intervenir en debates de ese carácter. Fuera de éstas, y si se quiere taxativas prohibiciones, los otros hechos pueden ser causales de mala conducta, pero no acciones penalmente reprimidas.

De manera que si la actividad que se señala en el empleado o funcionario dentro de la ingerencia en materias políticas, está marginada de aquellas dos modalidades delictuosas, es porque escapa al control penal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Nuevamente debe ocuparse la Corte en la calificación del presente sumario, adelantado contra el doctor Luis Enrique Conde Girón, Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, por actividades del mismo que han sido consideradas como intervención en política militante (abuso de autoridad).

Hechos

En auto de septiembre veintinueve de mil novecientos cincuenta, esta Sala acogió como hechos el informe rendido por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pamplona, sobre la actuación del Magistrado denunciado, así:

"En Pamplona como en Bogotá y en otros lugares del país, el partido conservador conmemoró y celebró el centenario de la proclamación de los principios básicos que informan el credo político de esa colectividad tradicional; aquí se escogió para tal celebración el lapso comprendido entre el dos y el nueve de octubre pasado (1949) y se elaboró un programa de festejos para cada uno de los días de la que fue llamada "Semana Conservadora"; al final de ésta y para participar en su clausura llegaron a la ciudad los doctores Carlos Albornoz, Alfonso Muñoz Botero y Luis Parra Bolívar, pamplonés este último, miembros de la Cámara de Representantes por los Departamentos de Nariño, Caldas y Santander del Norte, respectivamente. Los conservadores de Pamplona dieron en honor de los distinguidos visitantes un banquete en la casa de propiedad de la familia González Valencia, en la noche del 8 de octubre, y al cual concurrieron unos ochenta conservadores, de los más salientes de la localidad; me informan que aprestigiaron el acto algunas damas con su presencia y su colaboración, aunque ellas no ocuparon puesto en la mesa. En la fiesta llevaron la palabra o pronunciaron discursos los tres representantes prenombrados y los doctores Hernando Gómez Rodríguez, Luis Chacón Hernández, Alfonso Valdivieso Guerrero y Rafael González Ferrero; el Magistrado del Tribunal Superior, doctor Luis Conde Girón, asistió al banquete, pero no pronunció discurso alguno; "no hizo uso de la palabra", como dice el telegrama acusatorio.

"Como acto final de la conmemoración a que he venido refiriéndome, se realizó en la mañana del nueve de octubre una peregrinación a la tum-

ba del señor general Ramón González Valencia, ilustre hijo de la ciudad, ex-Presidente de Colombia, eximio hombre público suficientemente conocido. También a este acto concurrieron únicamente afiliados al partido conservador, en número de unas cuatrocientas personas, más o menos, entre ellas varias distinguidas damas. Allí, en el cementerio, ante los asistentes, sí habló públicamente el Magistrado doctor Conde Girón, quien espontáneamente entregó el texto original del discurso que pronunció autorizándome para que, si lo estimaba conveniente, lo enviara a ese Ministerio. Haciendo uso de esa autorización me permito remitir ese documento, pues es el mejor medio de que el señor Ministro o la Corte Suprema de Justicia conozcan en concreto y del modo más exacto posible, cuál fue la intervención de que se acusa al susodicho Magistrado".

Actuación procesal

Por medio de la providencia de veintinueve de septiembre del año pasado, la Corte calificó el mérito del sumario y en aquélla se hizo un recuento pormenorizado de las pruebas allegadas al proceso hasta esa fecha, de las cuales se dedujo:

a) El carácter de funcionario público (Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona) del doctor Luis Enrique Conde Girón, en la época en que los hechos investigados tuvieron su consumación; y

b) Que las actividades reprobables del funcionario acusado, por lo mismo que no habían sido encaminadas "a sostener debate político o a provocarlo, ni a intervenir en uno ya suscitado", no constituían el delito de abuso de autoridad (intervención en política) de que trata el Capítulo VI, del Título III, Libro II del Código Penal, aunque sí podrían tener el carácter de "una participación reprobable en actividades prohibidas a los funcionarios, susceptible de aparejarle sanciones distintas de la penal".

Como consecuencia de lo anterior, la Sala Penal de la Corte, con salvamento de voto de dos de sus Magistrados, concluyó sobreseyendo definitivamente a favor del doctor Luis Enrique Conde Girón, por el delito de que se ha hablado.

En esta determinación de la mayoría de la Sala, se hicieron entonces las siguientes consideraciones:

Sobre la intervención de los funcionarios públicos en actividades políticas, conviene hacer antes de decidir el caso **sub judice** una reseña de las disposiciones legales que rigen al respecto y de las sanciones que cada una asigna a las distintas modalidades que el legislador ha tenido en cuenta para formular aquella prohibición.

El congreso de 1930 expidió la ley 60 del mismo año, cuyo artículo 8º dice:

"Ninguno de los funcionarios del poder judicial, de lo contencioso administrativo y del Ministerio Público ni ningún empleado administrativo nacional, departamental o municipal, podrá formar parte de directorios o comités políticos, ni poner al servicio de la política las funciones que ejerza.

"La violación de lo dispuesto en este artículo constituye causal de mala conducta".

Después, el Código Judicial, en el Libro Primero, sobre "Organización Judicial" (Ley 105 de 1931), estatuyó al respecto:

"Artículo 18.—Los empleados del orden judicial y los del Ministerio Público no pueden ser mandatarios de profesión en negocios de ninguna especie, ni abogar en asuntos judiciales ni administrativos, ni ejercer el cargo de albaceas o ejecutores testamentarios, aunque estén en uso de licencia. Cuando tengan que litigar en causa propia, deben constituir apoderado. Tampoco pueden hacer parte de Directorios políticos ni intervenir en debates de ese carácter".

La reforma de 1945 quiso elevar a cánon constitucional el mismo principio, y en el artículo 178 de la Codificación vigente, que corresponde al artículo 70 del Acto Legislativo número 1º del año antes nombrado, dispuso:

"Artículo 178. — Los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público no podrán ser miembros activos de partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio. La desobediencia a este mandato es causal de mala conducta que ocasiona la pérdida del empleo".

Por su parte el Decreto Ejecutivo emanado del Ministerio de Justicia, número 0671 (febrero 24 de 1947), "Por el cual se reglamenta el artículo 5º de la ley 95 de 1946", relativo a las causales en virtud de las cuales pueden ser destituídos los empleados subalternos allí mencionados (rama jurisdiccional y del Ministerio Público), cuando exista causa legal y por medio de una resolución motivada, dispuso en su artículo 4º lo siguiente:

"Artículo 4º — Constituye también causa legal

para decretar la destitución cualquier intervención en política por parte del empleado.

"Para efectos de la destitución constituye intervención en política:

"a) Formar parte de juntas, comités, o directorios políticos o de juntas o comisiones asesoras de aquéllos;

"b) Tomar parte en reuniones de carácter político, públicas o privadas; prestar su nombre para que figure en listas de contribuyentes para fondos de partidos o en listas de candidatos para posiciones que naturalmente conlleven cualquier clase de representación política;

"c) Firmar o autorizar la firma de manifiestos o declaraciones de carácter político, de manifestaciones de adhesión o rechazo a jefes políticos, candidatos o programas del mismo carácter;

"d) Tomar parte en manifestaciones o desfiles de carácter político o en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio, según lo dispuesto por el artículo 178 de la Constitución Nacional".

De lo dicho se tiene:

Que la Constitución y el Código de organización judicial, sancionan con pena disciplinaria la intervención política de empleados y funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público. Esta prohibición la hace extensiva la ley 60 de 1930 a los empleados del orden administrativo, nacional, departamental o municipal, siempre que formen parte de directorios políticos o pongan al servicio de la política las funciones que ejerzan, castigando también como falta disciplinaria esas actividades.

Las faltas disciplinarias a que se contraen los mandatos de la Constitución, del Código Judicial y de la ley 60 de 1930, así como el Decreto antes mencionado, y que acarrean sanciones de aquel carácter, hacen referencia concretamente a los funcionarios en ellas comprendidos, lo que significa que al contrario de lo que ocurre en el texto penal (artículo 180), no son sancionados de aquella manera sino esos mismos empleados, quedando los demás sometidos a la regla común a todos, contenida en la norma citada del Código de las penas.

Cuáles son los hechos que constituyen causal de mala conducta y hacen acreedores a penas disciplinarias?

Son dos las prohibiciones contenidas en el precepto mencionado:

a) Ser miembro activo de partidos políticos; y

b) Intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio.

Nótese que esta última parte hace más precisa y concreta la prohibición, pues la condiciona a "debates de carácter electoral" y no a "debates políticos", como el Código Penal lo dispone en el artículo 180.

Es obvio que todo debate electoral implica un debate político, porque la materia comicial si en algo tiene relación íntima es con la política en su forma beligerante de imponer determinada tendencia en el país. Mas no siempre el "debate político" es concomitante con el electoral. Generalmente así ocurre; pero sí existen excepciones.

Estas excepciones son prohibidas como falta disciplinaria, siempre que se reúnan los presupuestos legales para atribuírlas como tales a quienes incurren en hechos de esa índole.

En cuanto a esos presupuestos el segundo de los señalados, esto es, participar en debates de carácter electoral, no ofrece dificultad alguna en la apreciación de lo que constituye como causal de mala conducta. Ya fueron expuestas las razones de este sencillo entendimiento.

En lo tocante con la primera, o sea "ser miembro activo de partidos políticos", no cabe duda que esta expresión tiene un sentido muy amplio y extenso, porque abarca muchos conceptos y es por lo mismo susceptible de ser interpretada de manera diferente y con distinto criterio, según el plano en que se sitúe la cuestión.

Mas puede decirse, en términos generales, que pueden entenderse como comprendidas en esa expresión actividades como éstas: asistir a juntas de carácter político; hacer propaganda de este carácter, hablada o escrita y, en general, toda acción o hecho que convierta a la persona del empleado en miembro militante de un partido político.

La locución empleada por la ley, "miembros activos", puede dar la tónica para acertar en la interpretación frente a un caso dado. Y en cuanto a los funcionarios a que expresamente hace referencia la Constitución (Jueces, Magistrados y subalternos), la ley les exige que sean miembros **pasivos** de los partidos a que pertenezcan, no permitiéndoles sino el ejercicio del sufragio, pues si cumplen otras actividades pueden incurrir en penas de carácter disciplinario.

Por otra parte, el artículo 180 del Código Penal, no discrimina entre los distintos empleados o funcionarios públicos, sino que se refiere a todos

ellos, sea cualquiera su jerarquía o categoría jurisdiccional o administrativa.

Constituyen elementos esenciales de esta infracción:

a) Calidad de funcionario o empleado público; y

b) Que en ejercicio de tal calidad se forme parte de directorios políticos o se intervenga en debates de ese carácter.

De manera que una vez establecida la calidad de empleado público, sin distinción alguna, la norma penal que se estudia sanciona o prohibe dos cosas:

1º Formar parte de directorios políticos;

2º Intervenir en debates de tal carácter.

La primera ocurrencia resulta fácil de establecer, y por lo mismo no presenta ninguna dificultad su entendimiento. Basta pertenecer a una entidad de tal clase, para que se incurra en la infracción sancionada por la norma punitiva, como **delito.**

El segundo elemento es sin duda alguna más lato y por lo mismo, circunscribirlo jurídicamente tiene mayores dificultades. La Corte, sin embargo, ha ido señalando su alcance: intervención en las elecciones populares y todas aquellas actividades en las cuales exista un proceso de lucha, disputa, controversia encendida de los partidos, todo ello en forma concreta y precisa, sin que sea menester en todos los casos, o por mejor decir en general, que dicha actividad se realice en un tiempo concomitante o al menos inmediato o subsiguiente a los comicios populares.

Siendo, pues, elemento constitutivo de la infracción que castiga el artículo 180 del Código Penal la circunstancia de intervenir en debates políticos, cuandoquiera que ese elemento no se estructure en las acciones del agente, no puede decirse que el cuadro legal que tipifica tal hecho se encuentre demostrado; y eso es precisamente lo que ha de estudiarse en el caso **sub judice.**

Puede decirse que en esta infracción y tratándose de la modalidad concreta de participación en debates políticos, esta circunstancia hace parte integrante del cuerpo del delito, si por éste se tiene, como lo define el artículo 272 del Código Procesal Penal, "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal".

Por consiguiente, precisa determinar previamente qué se entiende por debate político.

El léxico asigna a la voz "debate" las acepciones rigurosas de controversia, disputa y cada uno de estos vocablos significa a su vez algo que dice relación a la idea de debatir, o a la acción o efecto de discutir alguna cosa. En todo caso, gramaticalmente aquella palabra no puede separarse del concepto de discusión o disputa, pues todas esas locuciones guardan entre sí cierta sinonimia y pueden emplearse indistintamente para expresar la misma idea que va envuelta en la voz "debate".

Es evidente, como se ha visto, que el Código no sanciona la intervención en política de un empleado o funcionario público de cualquier categoría administrativa o jurisdiccional, sino cuando uno de los elementos constitutivos que señala el artículo 180, en este caso la intervención en debate político, se ha cumplido. De otra manera aquella actividad apenas tendría el carácter de una falta sancionada con pena disciplinaria, por la mala conducta que implica una actividad de esa índole. No cumpliéndose ese requisito puede decirse que no existe uno de los supuestos que estructuran como constitutivo de delito, en su significación jurídica y con fundamento en el artículo 180 del Código Penal, la acción del agente dentro de aquellas actividades.

Los partidos por el mismo hecho de su existencia, dentro de un régimen democrático, mantienen laténte la controversia ideológica sobre las bases de los principios que forman su credo doctrinario. Pero esta sola aserción no autoriza extender tanto el significado de debate político, hasta atribuírselo a todo acto individual que cumpla el ciudadano dentro de una determinada ideología política, porque de ser ello así, el hecho de pertenecer a uno de los partidos existentes en el país significaría la posibilidad de infringir la ley penal.

Ni la Constitución ni la ley privan a los funcionarios o empleados públicos del ejercicio del sufragio, que es a la vez un derecho y una función constitucional, según el artículo 179 de la Carta, que aquellos ciudadanos pueden ejercer libremente. El artículo anterior de la misma obra exceptúa expresamente el derecho del sufragio como una función que pueden cumplir sin restricción alguna los funcionarios o empleados públicos, sea cual fuere su categoría.

En otro orden de actividades la ley determina o señala cuáles son las prohibiciones a esos ciudadanos y las limita a dos exclusivamente:

Hacer parte de directorios políticos o interve-

nir en debates de ese carácter. Fuéra de éstas, y si se quiere taxativas prohibiciones, los otros hechos pueden ser causales de mala conducta, pero no acciones penalmente reprimidas.

De manera que si la actividad que se señala en el empleado o funcionario dentro de la ingerencia en materias políticas, está marginada de aquellas dos modalidades delictuosas, es porque escapa al control penal.

En síntesis, la mayoría de la Sala sostuvo entonces que las pruebas allegadas al proceso no aportaban los elementos necesarios para estructurar el delito de abuso de autoridad (intervención en política) de que se sindica al Magistrado doctor Conde Girón.

Por su parte, los HH. Magistrados disidentes, así como el señor Procurador Delegado en lo Penal, consideraron que se encontraba plenamente tipificada la infracción, a la luz de los elementos probatorios existentes y de doctrinas anteriores de la Corte, en apoyo de cuya tesis, transcribieron los apartes que creyeron pertinentes de unos y de otras.

Consecuente con su criterio, el señor Agente del Ministerio Público, por medio de alegato escrito que obra a folios 125 a 132, y ampliando las razones expuestas en el concepto de fondo, interpuso el recurso de reposición contra el auto de sobreseimiento definitivo para que fuera revocado y en su lugar se profiriera un llamamiento a juicio contra el funcionario sindicado o, en subsidio, se decretara un sobreseimiento temporal, a fin de que, perfeccionado eficientemente el sumario, con pruebas que en el mismo escrito enumeró se obtuviera la convicción de que el elemento "debate político", que para la mayoría de la Sala no existía hasta entonces, llegara a tener completa vigencia.

Como la petición subsidiaria del señor Procurador en el alegato de reconsideración, envolviera implícitamente el reconocimiento de que la investigación no aportaba la plena prueba del elemento tipificador del delito atribuído al procesado, la Sala accedió a reponer su providencia de fecha veintinueve de septiembre del año pasado, en el sentido de sobreseer temporalmente a favor del doctor Luis Enrique Conde Girón, Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, por los cargos que le han sido formulados.

"Con todo —dijo la Corte en esa ocasión— si el propósito que guió a la mayoría de la Sala fue acertar para interpretar la ley, su misma buena fe al considerar faltos algunos elementos del delito, la inhiben para rechazar la búsqueda de más medios probatorios que procuren establecer lo que hasta aquí no ha sido plenamente comprobado.

"En este orden de ideas, acepta la Sala la proposición subsidiaria de su colaborador y al efecto decide que sean practicadas las pruebas que allí se mencionan, junto con las que la Corte estime también útiles para mejor estudio posterior del negocio".

En la nueva etapa investigativa, se allegaron al informativo los siguientes elementos probatorios:

a) Un ejemplar del **Diario Oficial**, de fecha 24 de octubre de 1949, en el que aparece publicada la Ley 16 del mismo año (octubre 14), "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones". Según constancias que aparecen en el mismo ejemplar del **Diario Oficial**, el segundo debate de la mencionada ley fue abierto en el Senado el 9 de septiembre del mismo año y aprobada el 13 del citado mes. Recibió la sanción ejecutiva, el 14 de octubre siguiente.

b) Varios ejemplares de **Anales del Congreso**, correspondientes al año de 1949, en los cuales consta que el proyecto de ley antes citado, fue presentado a la Cámara de Representantes el 26 de julio de 1949; con ponencia favorable el 9 de agosto del mismo año. En ellos también consta la relación de los debates agitados que en la discusión del mencionado proyecto se suscitaron, tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes.

c) Certificación del señor Gobernador del Departamento de Norte de Santander, de que en los días comprendidos entre el dos y el nueve de octubre de 1949, no hubo en el Departamento "situación grave de agitación política, como tampoco actos anormales de orden público".

d) Declaraciones de los señores:

Domingo Sixto Peñalosa, quien dice que no recuerda si entre los días 2 y 9 de octubre del año citado, existía campaña electoral para elegir Presidente de la República. "Recuerdo sí —dice— que se celebró una semana conservadora, una de tantas, porque aquí ha habido varias semanas conservadoras, y en una de ellas hubo una peregrinación a la tumba del general González Valencia, pero no recuerdo con exactitud la fecha en que esto sucedió".

Leocadio Vera (fol. 150): "Sí existía campaña electoral. Por entonces (2 de octubre a 9 del mismo mes —1949—) se estaba adelantando la cedu-

lación y, por lo que respecta al conservatismo, se hicieron fiestas en la casa conservadora".

Doctor Luis Chacón Hernández (fol. 151): "Es lógico que debiendo verificarse las elecciones presidenciales en noviembre de ese año, ya en octubre debía estar agitado el ambiente político con ese motivo. Para esa fecha y hasta pasado el debate electoral para Presidente de la República, fui miembro consultor del Directorio Provincial Conservador, y asistí a casi todas las deliberaciones; pero no ha existido una fecha anual dedicada a Semana Conservadora, sino que ese movimiento viene cuando las circunstancias políticas nacionales lo hacen oportuno".

Hernando Gómez Rodríguez (fol. 152): "Campaña electoral no existía, porque no había todavía candidatos, por lo menos que yo recuerde. Agitación política sí había, porque Colombia vive en una permanente agitación política y con mayor razón en los días porque se me pregunta, en octubre y noviembre, en los que se ventilaban en el parlamento problemas de vital importancia para los dos partidos políticos de Colombia".

Nicomedes Rangel Acevedo (fol. 154): "Estando cercano el día de las elecciones, lo más natural sería que en esa fecha se estuviera agitando la política o hubiera campaña política en favor de la candidatura presidencial del doctor Laureano Gómez. Es muy posible que la agitación y la intranquilidad públicas fueran causadas por los debates candentes que había en las cámaras legislativas".

Gustavo A. Canal (fol. 155): "Recuerdo que había exaltación política, pero no campaña electoral, porque en ese entonces me parece que no había elecciones en perspectiva próxima. Yo atribuyo esa exaltación existente entonces a la forma como el congreso trataba de llevar a la práctica lo que se llamaban proyectos heroicos, como eran la acusación al Presidente de la República y la expedición de algunas leyes que se consideraban opuestas a la Constitución".

Jorge Téllez Ortiz (fol. 161): "Yo fui miembro del Directorio Conservador, pero no recuerdo con precisión la fecha". Agrega este declarante, que la semana conservadora celebrada en Pamplona, entre el 2 y el 9 de octubre de 1949, fue organizada por el Directorio Provincial Conservador y termina así: "La peregrinación a la tumba del general Ramón González Valencia era uno de los actos acordados dentro de la celebración de la semana conservadora. No recuerdo si ese acto tuviera o no alguna relación con la agitación política entonces existente en el país, ni con los debates que se llevaban a cabo en las Cámaras Legislativas".

e) Finalmente, aparece la ampliación de la indagatoria del funcionario sindicado, doctor Conde Girón (fols. 162 y 163) en la cual reafirma lo dicho en su primera declaración instructiva y su convicción de que el homenaje rendido a la memoria del general González Valencia en octubre de 1949, en que dirigió la palabra a los asistentes a dicho acto, fue de carácter cívico y no político.

Como se ve, la discrepancia fundamental de opiniones producida en este proceso, no ha dimanado de otra cosa de si las pruebas aportadas al mismo destacan una actividad política de las que el Código Penal consagra como infracción, tipificándola como abuso de autoridad.

La mayoría de la Sala no encontró que el acervo probatorio anterior al sobreseimiento temporal que subsidiariamente pidiera la Procuraduría General de la Nación, al solicitar la reposición de la providencia que sobreseyó definitivamente, demostrara que las actividades del doctor Conde Girón fueran delictuosas, porque entonces no se habían llenado los presupuestos probatorios indispensables para configurar el delito sobre la base de elementos de juicio que lo establecieran legalmente.

La nueva etapa del juicio, propiciada por el sobreseimiento temporal, que modificó el **status** jurídico anterior, establece que en realidad de verdad las actividades del procesado se desarrollaron dentro de circunstancias que admiten la denominación de políticas, porque se cumplieron dentro de condiciones que están vedadas absolutamente a quienes les está confiada la misión de administrar justicia.

De los elementos probatorios aportados en la última etapa del proceso se desprende que en la ciudad de Pamplona se llevó a cabo una semana conservadora, en la cual se desarrollaron múltiples actos tendientes a darle eficacia y solemnidad a ese hecho, que dentro de las circunstancias generales del país tenía firmes caracteres políticos, porque trataba de producir, dentro del ambiente de aquella ciudad, consecuencias que derivaban necesariamente hacia una más grande actividad política de los elementos componentes de uno de los partidos históricos de la República.

Así las cosas, la actitud del Magistrado doctor Conde Girón necesariamente tenía que cumplirse

como parte de los programas y actos solemnes que se llevaban a cabo por aquella tendencia política. Uno de los declarantes afirma enfáticamente que "La peregrinación a la tumba del general González Valencia era uno de los actos acordados dentro de la celebración de la Semana Conservadora" (fol. 161). Si, pues, intervino en aquellos actos y en su carácter de Magistrado del Tribunal, es claro que infringió la ley penal porque tomó parte en debates de índole política.

Ya fue ampliamente debatido el alcance que la ley da a lo que denomina "debates de carácter político". Con anterioridad se estudió este aspecto de la cuestión confrontándolo con las pruebas que aportaba el proceso y la mayoría de la Sala decidió que éstas no eran adecuadas a estructurar ese elemento de infracción.

La nueva etapa en virtud de las pruebas aportadas, muchas de las cuales se han transcrito en su parte pertinente, demuestran que dentro de las circunstancias de ambiente, de la situación general del país, de los candentes debates que se desarrollaban en las cámaras, con motivo de la ley de anticiapción de las elecciones presidenciales, y la misma jornada electoral que se cumplía para elegir Presidente de la República, todo en una palabra lleva a concluir que la actividad de un ciudadano investido de la categoría de Magistrado de Tribunal Superior, dentro de ese marco general de ambiente político, no podía sustraerse a ser tachado de infractor de la ley en el caso de que tomara parte en los actos que con finalidades de aquella índole, se realizaron en la ciudad de Pamplona con motivo de la semana conservadora.

Es claro, entonces, que al producirse una modificación fundamental de los elementos de juicio aportados al debate, que por su mayor precisión sí tienden a establecer la actividad política de un funcionario a quien la ley veda esa intervención, so pena de violar el Código Penal, las consecuencias jurídicas tienen que ser diferentes y en este orden de ideas la petición formulada por el señor Agente del Ministerio Público de que el procesado responda del cargo denunciado, en juicio criminal, debe ser admitida.

Por tanto, 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:

Abrese causa criminal contra el doctor **Luis Enrique Conde Girón,** Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en la época de los hechos investigados, hijo de Protacio Conde Hernández y Victoria Girón, natural de Chinácota, vecino de Pamplona, casado, de treinta y ocho años de edad, abogado titulado, por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones, de que trata el Código Penal en su Capítulo VI, Título III, Libro Segundo, cuyos hechos tuvieron lugar en la misma ciudad de Pamplona, en los días comprendidos del dos al nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Notifíquese personalmente esta providencia al procesado, dando cumplimiento al artículo 432 del Código Procesal Penal, para lo cual se comisiona al señor Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pamplona, a quien se librará despacho con los insertos del caso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El señor defensor del doctor Luis Enrique Conde Girón, ex-magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, contra el cual dictó la Corte auto de proceder por el delito de abuso de autoridad (intervención en política), interpuso recurso de reposición de dicha providencia en tiempo oportuno.

Surtidos los trámites legales, la Sala entra a decidir dicho recurso, previas las siguientes consideraciones:

Las incidencias de este proceso revelan que desde un principio se agotaron por la Corte todos los medios para llegar a un amplio análisis de los hechos sobre los que se fundaban los cargos contra el ex-magistrado doctor Conde Girón por su intervención en actividades, que dentro de las circunstancias en que fueron cumplidas daban a su acción las modalidades propias de un delito de abuso de autoridad, en cuyo capítulo incluye el código aquellos hechos.

En primer término, se hizo un completo análisis de los elementos constitutivos del delito y de la prueba aportada al proceso, para concluir que ésta no era bastante en orden a estructurar la infracción de que se acusa al doctor Conde Girón. Fue menester que se produjeran nuevos elementos de juicio, para que la Corte, después de meditado estudio sobre esos nuevos hechos, concluyera por establecer en la providencia calificadora que las actividades del ex-magistrado, constituían por las circunstancias, por la época y por la forma de realizarse, una participación en hechos que la ley prohibe a los funcionarios públicos y que éstos no pueden ejecutar, so pena de infringir la ley penal y hacerse acreedores a una sanción.

El memorial de reposición otorga otra vez a la Sala la oportunidad de reafirmar su anterior criterio, porque las razones en él contenidas para buscar una modificación de aquél, no alcanzan a lograrla.

Fue motivo de especial escudriñamiento si los elementos de juicio aportados al sumario eran suficientes para tener demostrada la responsabilidad del acusado en esta primera etapa del juicio penal; y precisamente, el concepto de que la comprobación de los hechos no era bastante a configurar el delito fue lo que motivó la primera providencia de la Corte, que después, cuando se produjeron nuevas pruebas en virtud de la reposición solicitada por el señor Procurador General de la Nación, consiguieron modificar el criterio de la Sala para producir el auto de llamamiento a juicio.

No es exacto, como lo sostiene el recurrente, que la demostración de que el ex-magistrado doctor Conde Girón, hubiere intervenido en debates de carácter político la haya fundado la Corte en los dos últimos hechos que el memorial de reposición menciona, es a saber la concurrencia del doctor Conde Girón a una comida de carácter social a la casa de familiares del general González Valencia y en la circunstancia de haber pronunciado un discurso en el cementerio de la ciudad de Pamplona como homenaje a aquel eminente hombre público.

El primer hecho no figuró para nada en la apreciación global del cargo de intervención política que se formuló al ex-magistrado del Tribunal de Pamplona. Y en cuanto al segundo, él fue apreciado no en consideración al hecho mismo del discurso, sino en atención a las circunstancias en que fue proferido y a los términos de algunos apartes de dicho discurso en que se hace referencia a contingencias políticas que en ese momento patentizaban una manifestación de ideas que por las circunstancias que rodeaban el acto que se realizaba —la peregrinación a la tumba del general González Valencia— hacían parte de un programa para la celebración de una semana de carácter político, de la cual por el mismo cargo que desempeñaba el acusado, debió mantenerse alejado, para no verse envuelto en una acusación, como la que fue formulada por haber tomado parte en ella.

La prueba en estos casos, por lo mismo que se relaciona con una actividad impropia de los funcionarios, tiene que fundarse en una apreciación global de los hechos mismos que constituyen los cargos de intervención en política. Si las ocurrencias todas establecen que un funcionario público toma parte en actividades que no corresponden a su cargo, sino que extralimita sus funciones para participar en menesteres que por una u otra razón son susceptibles de llevar el sello de manifestaciones partidistas, es apenas natural que todos esos hechos se conjuguen para establecer en un momento dado si hubo una actividad ilícita por parte del funcionario.

No otra cosa hizo la Sala al estudiar este proceso, lo cual significa que no fue "una coincidencia incierta de haber estado próximo a celebrarse un debate político" lo que dio origen al auto de llamamiento a juicio. Esto apenas se tuvo como una circunstancia que unida a las otras establecidas en el proceso, revelaba la participación del ex-magistrado Conde Girón en actos que por su índole y el carácter del cargo que entonces ejercía, le estaba vedado ejecutar.

Aislados como los presenta el memorial de reposición los hechos en que se basa la providencia enjuiciatoria es claro que apenas constituyen una parte de la verdad judicial que el proceso contiene. Por ello, para analizar el caso, la Corte tuvo que tomarlos todos en su conjunto, sin discriminaciones o individualizaciones, para ver la realidad en ellos contenida y concluir de esta suerte si los presupuestos legales que autorizan un auto de proceder, estaban cumplidos.

Así lo sostiene también ahora, cuando el recurso de reposición interpuesto le ha dado ocasión de meditar nuevamente sobre los distintos aspectos del problema, el que no considera susceptible de modificación alguna en el estado actual del juicio, porque la conclusión a que llegara está conforme tanto con el aspecto jurídico de la cuestión, como de las pruebas recogidas en el proceso.

Las anteriores consideraciones son bastantes para que la Corte administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ACCEDA A REPONER la providencia recurrida.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — LA CORTE NO PUEDE TOMAR EN CUENTA CAUSALES DE CASACION CUANDO EL INTERESADO NO RECURRIO — MANERA COMO DEBEN FORMULARSE LOS CUESTIONARIOS AL JURADO

1. — El hecho alegado en la demanda de que uno de los procesados careció prácticamente de defensa en el acto de la controversia pública, hubiera podido fundar una causal de nulidad constitucional; mas como ese procesado no interpuso casación, si la Corte no tiene competencia para considerar causales no propuestas cuando el recurso fue admitido, menos cuando el interesado se abstuvo de ocurrir ante la Corte.

2. — La presentación de dos cuestionarios en vez de uno solo, en los casos en que el delito se cometió en estados distintos a los del artículo 29 del Código Penal, no implica violación del artículo 28 de la Ley 4 de 1943. Lo estrictamente legal es presentar una sola cuestión, que comprenda no sólo el hecho material sino también las circunstancias que lo especifican, pero si el hecho material y las circunstancias se propusieron separadamente, ello no afecta los intereses del procesado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Deogracias Oliveros Peña (de 54 años en 1947, ganadero, comerciante y agricultor, analfabeto) por medio de apoderado especial impugnó la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa, del veintiuno de julio del año pasado, por la cual —con aplicación de los artículos 19 (2º) y 363 del estatuto penal— impuso al citado Oliveros la pena de quince años de presidio, **como autor intelectual o instigador** (se subraya) del homicidio cometido por Víctor Julio Daza en su esposa legítima Delfina Silva, en la madrugada del nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, en el sitio "El Topón", en la vía de Susacón a Soatá.

La Corte, previo estudio de la demanda y del concepto fiscal, decide el recurso en este fallo, previo resumen de las causas y modos del delito y de las tesis expuestas en aquellos documentos.

I. — El proceso contra Daza y Oliveros

Víctor Julio Daza —según su propia confesión ante el funcionario instructor— dio muerte, mediante ocho o nueve puñaladas, a Delfina Silva, en cumplimiento del contrato celebrado días antes con su esposo Deogracias Oliveros quien, en pago del delito, debía darle quinientos pesos. Como aquélla, que era mujer trabajadora, viajó a Soatá el día y la hora ya citados, Daza la asechó en la vía y al pasar la atacó a puñal por la espalda, y le causó heridas tan graves, dos de ellas en la región lumbar y estomacal, que le quitaron la vida en el acto.

Calificado el delito por el Juez 2º Superior, como homicidio en la especie del artículo 363 del Código Penal, con la confirmación en segundo grado, en el proceso se realizaron los actos y se dictaron las providencias que por tener relación con el recurso en seguida se resumen:

a) Sorteo general de jurados, el 24 de enero de 1949, entre los cuales resultó elegido el señor Luis Tores Camacho;

b) Posesión del doctor Faustino Camacho, pariente del jurado Torres Camacho, el día once de agosto del mismo año;

c) La primera cuestión propuesta al jurado, sobre si Deogracias Oliveros es responsable de la muerte de su cónyuge Delfina Silva, **"en su condición de autor intelectual o instigador"** (subraya la Sala), contestada afirmativamente;

d) La segunda cuestión, sobre si el mismo procesado ejecutó el hecho con premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, con asechanza y alevosía, poniendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad y ofreciendo remuneración, también contestada afirmativamente;

e) La audiencia pública, en la cual el doctor

Víctor Arenas Sandoval, nombrado defensor de oficio de Daza reiteró su impedimento —que no fue aceptado— porque como Fiscal había pedido el enjuiciamiento de Daza por asesinato, y así, limitó su intervención a solicitar se le aplicara el mínimo de la sanción establecida en el Código Penal, y

f) Las sentencias de primero y segundo grado mediante las cuales se condenó a cada uno de los responsables —Daza y Oliveros— a la pena de quince años de presidio.

III. — La demanda

Varias objeciones hace el demandante a la sentencia con el propósito de fundar una sola causal, la cuarta o sea la de que el Tribunal violó la ley procesal porque dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Tales objeciones o motivos de nulidad, según se expusieron en la demanda son —sintetizados— los siguientes:

a) Víctor Julio Daza, el autor material, no tuvo defensor en la audiencia porque el nombrado por el Juez (el mismo que hoy representa al autor intelectual ante la Corte) no pudo defenderlo en la audiencia dado que, como Fiscal, lo había acusado de homicidio en la especie de asesinato, impedimento éste que, manifestado varias veces (la última en la audiencia) no le fue aceptado por el Juez, lo que induce a nulidad sustancial por violación de los artículos 107 y 432 del Código de Procedimiento Penal;

b) El jurado fue integrado, entre otros por el señor Luis Torres Camacho, pariente en quinto grado con el doctor Faustino Camacho Reyes, defensor de Oliveros, sin que, por haber sido nombrado el doctor Camacho meses después del sorteo, se hubiera podido reclamar en el plazo legal (en el acto de la diligencia o cinco días después), incurriéndose así —por violación de los artículos 493 y 498 del Código citado— en la nulidad determinada en el artículo 199 (numeral 3º) del mismo;

c) La formulación del cuestionario relativo a Oliveros fue presentada en dos cuestiones —la del acto material del procesado en su condición de cónyuge y autor intelectual o instigador y la de las circunstancias de asesinato— violando así el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, que sólo permite presentar divididas las cuestiones cuando se trata de delito cometido en estado de grave anomalía psíquica, o intoxicación crónica o enajenación mental;

d) En el cuestionario referente a Oliveros se incurrió en el grave error de haber propuesto al jurado una cuestión de derecho —la de que si su responsabilidad correspondía a la condición de autor intelectual o de instigador— violando así la misma norma de la Ley 4ª (artículo 29), y además, creando el problema de si el jurado al contestar afirmativamente, reconoció la primera o segunda de aquellas condiciones que, según los expositores, no son idénticas, y

e) La segunda cuestión —la relativa a los elementos del asesinato— se formuló en oposición al auto de proceder, por cuanto en esta providencia no se imputaron a Oliveros las circunstancias de la asechanza, la alevosía, la inferioridad o indefensión, sólo atribuibles al autor material, incurriéndose también aquí en la violación de la norma citada de la Ley 4ª (artículo 28).

El Procurador General, como consecuencia de su estudio sobre estas objeciones, solicita no se case la sentencia.

IIII. — Estudio del recurso

Separadamente, no obstante las conexiones procesales entre uno y otro por cuanto todas convergen a idéntico objetivo, se analizan en seguida —en el orden en que fueron presentadas— las objeciones antes resumidas.

a) La falta de defensa para Daza

La tesis del demandante es jurídica en cuanto a que el Juez incurrió en error al considerar infundado el impedimento que el doctor Arenas Sandoval —Fiscal que acusó a Daza por asesinato— manifestó al ser nombrado defensor de oficio y también al iniciarse la audiencia. Daza fue prácticamente desamparado en el acto de la controversia pública, ya que su defensor de oficio —inhibido por la incompatibilidad de funciones a que el Juez lo sometió— concretó su actuación a invocar sentimientos humanitarios.

Este hecho, alegado por un representante de Daza, hubiera podido fundar una causal de nulidad constitucional; mas como no interpuso casación, si la Corte no tiene competencia para considerar causales no propuestas cuando el recurso fue admitido, menos cuando el interesado se abstuvo de ocurrir ante la Corte.

b) Integración ilegal del jurado

No pueden ser jurados en determinado proceso —prescribe el artículo 493— los parientes dentro del sexto grado de consanguinidad o tercero de afinidad de las personas que intervienen en la audiencia, de modo que si el jurado señor Luis Torres Camacho es pariente (dentro del quinto grado) del defensor doctor Camacho, se configuró la nulidad establecida por el artículo 199 (numeral 3º), y hubiera podido alegarse —lo que no se hizo— dentro del término en la misma norma fijada.

Evidentemente, una cuestión de hecho, imprevisible —la designación del doctor Camacho siete meses después del sorteo— impidió se alegara el motivo, y la Corte —con base en el artículo 201— habría examinado tal objeción si en el proceso resultara comprobado el vínculo entre jurado y defensor, pero faltando este punto de referencia, no puede pronunciarse —no obstante su importancia— sobre dicha cuestión.

c) La división del cuestionario

La presentación de dos cuestionarios en vez de uno solo, en los casos en que el delito se cometió en estados distintos a los del artículo 29 del Código Penal, no implica violación del artículo 28 de la Ley 4ª. Lo estrictamente legal es presentar una sola cuestión, que comprenda no sólo el hecho material sino también las circunstancias que lo especifican, pero si —como en el caso **sub judice**— el hecho material y las circunstancias se propusieron separadamente, ello no afecta los intereses del procesado. Los afectara, y sustancialmente, la decisión sería otra.

d) La cuestión de derecho

La inclusión, en el primer cuestionario, del carácter de autor intelectual o instigador imputado a Oliveros, es —ciertamente— un acto irregular, no sólo por ser de derecho sino también por el uso de los términos, que si, por su significado técnico no se excluyen totalmente, la doctrina no los considera sinónimos como parece derivarse de la manera como fueron presentados. No se presta aquí, sin embargo, a confusión alguna, por cuanto se trata de una cooperación principal, aunque no material, claramente reafirmada en el proceso. Vista la anomalía en el plano estrictamente procesal, no está ella enumerada entre los motivos que inducen a nulidad (artículo 199).

e) Desacuerdo del veredicto y el auto de proceder

La objeción del demandante —inclusión en el cuestionario de circunstancias de asesinato no mencionadas en el auto de proceder— no es fundada. Daza, mediante convenio anterior con Oliveros, dio muerte a la esposa de éste con circunstancias de asesinato (indefensión, premeditación acompañada de motivos innobles, oferta de remuneración) que ambos acordaron, todo lo cual fue referido en el auto de proceder. La cooperación, por lo demás, fue tan estrecha, no obstante la discrepancia de actividades, que son unas y comunes las circunstancias que uno y otro acordaron, y de igual grado la responsabilidad, si se exceptúa el vínculo matrimonial de Oliveros y la Silva.

IV. — Decisión del recurso

Analizados, en la forma expuesta, los motivos de nulidad que el demandante alegó como fundamento del recurso, se observa que si en verdad en el proceso —especialmente en la forma y contenido de los cuestionarios— incurrieron Juez y Tribunal en errores procesales, éstos no fueron incluídos en la enumeración taxativa del Código, ni menos alcanzan —por su relativa importancia— a estructurar la nulidad constitucional alegada.

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 General, NO CASA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Santa Rosa por la cual condenó a **Deogracias Oliveros** a la pena de quince años de presidio, como autor intelectual del homicidio en su esposa Delfina Silva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD. — COMO DEBE EJERCERSE LA FACULTAD DE IMPONER SANCIONES CORRECCIONALES A QUIENES FALTAN AL RESPETO A LOS FUNCIONARIOS CUANDO SE HALLAN EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES Y POR MOTIVO DE ESE EJERCICIO

De cómo debe ejercerse la facultad de imponer sanciones correçcionales a quienes les faltan a los funcionarios al respeto cuando se hallan en ejercicio de sus atribuciones y el ultraje o injuria se deben precisamente a actos oficiales, trata el artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal.

Para que el ejercicio de esa facultad se ajuste al mencionado precepto, es preciso desarrollar la sanción sobre esas dos bases: la existencia del hecho irrespetuoso cometido contra el funcionario en ejercicio de sus funciones y por razón de ellas; y la sujeción a los términos y modalidades de procedimiento que una ley preexistente determine y concrete.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

Por segunda vez debe calificar la Corte el mérito de las presentes diligencias sumarias adelantadas contra el Teniente Coronel Jaime Cuéllar, en virtud de denuncia formulada por el señor Jorge Báez Becerra por hechos cometidos por el sindicado en su carácter de Comisario Especial del Amazonas, cargo que ejercía en la fecha a que se refieren los hechos denunciados.

Por auto de tres de abril del año en curso, se declaró cerrada la investigación y se ordenó dar traslado al señor Procurador para concetpo de fondo. Este funcionario es de opinión de que se dicte auto de proceder en contra del ex-Comisario Especial del Amazonas, Teniente Coronel Jaime Cuéllar, como infractor de alguna de las disposiciones contenidas en el Libro II, Título III y Capítulo VI del Código Penal, que tratan de los abusos de autoridad y otras infracciones.

Da cuenta el proceso que el señor Jorge Báez Becerra, en su carácter de Juez Territorial de la Comisaría del Amazonas, con sede en Leticia, con fecha 12 de septiembre de 1947, dirigió una comunicación al señor Presidente y demás miembros del Consejo Comisarial, insinuándoles la conveniencia de que se le aumentara su asignación o sueldo. A esta petición dio contestación el Comisario, Teniente Coronel Jaime Cuéllar, manifestándole que pondría en consideración del Consejo Comisarial la solicitud del Juez, pero que anticipaba que como Presidente del referido Consejo, no apoyaría el aumento de sueldo solicitado "por considerarlo injustificado por razón del pequeño volumen de negocios que cursan en su Despacho y la escasa importancia de ellos".

Los términos comedidos de la anterior respuesta no fueron del agrado del Juez, doctor Báez Becerra, quien seguidamente, en oficio número 155 —15 de septiembre— le manifestó al Comisario que debía tener en cuenta que el Juez no había solicitado un favor especial al pedir el aumento de sueldo, "sino el cumplimiento de una ley, que es obligatoria para usted como para todos los colombianos, máxime cuando se ejerce un cargo de responsabilidad y se ha prestado un juramento para cumplir fielmente con la Constitución y las leyes de la República.

"Cuánta gravedad encierran, señor Comisario, aquellas frases de su nota a que hago referencia: 'el suscrito como Comisario y Presidente del H. Consejo Comisarial no apoyará el aumento de sueldo que usted solicita por considerarlo injustificado por razón del pequeño volumen de negocios que cursan en su Despacho y por la escasa importancia de ellos'. Quiere decir esto que usted desconoce la Ley, la incumple, se declara en franca rebeldía contra ella y aún más, la califica de injusta".

Con anterioridad —13 de septiembre— el Comi-

sario había dirigido al Juez el oficio número 177, en donde dice:

"He tenido conocimiento de que con frecuencia usted se encuentra fuéra de su Despacho en las horas de trabajo con el consiguiente perjuicio para la buena marcha de la oficina y del público que a ella acude; como caso concreto el día de ayer a las diez de la mañana fue un empleado de la Comisaría a llevar un expediente y la oficina estaba cerrada".

"En uso de la atribución que me confiere el numeral a) del artículo 1º del Decreto número 2451 de 1943, reglamentario de la Ley 2ª del mismo año, me permito llamar a usted la atención sobre la obligación que tanto usted como sus empleados tienen de asistir puntualmente a la oficina en las horas de Despacho, advirtiéndole que en caso de llegarme nuevas quejas al respecto, informaré sobre el particular a la respectiva dependencia del Ministerio".

El anterior oficio del Comisario fue contestado por el Juez, señor Báez Becerra, manifestándole, con trascripción del artículo 180 del Código Judicial, que "el Juez concurre a su Despacho las horas necesarias para mantenerlo al corriente, bien sean cinco, ocho o una hora diaria", y agrega:

"Ahora que el Juez se encuentra fuéra de la oficina en horas de Despacho, no es para que el señor Comisario le vaya a llamar la atención porque el modesto ciudadano que ocupa el cargo de Juez Territorial del Amazonas tiene un gran sentido de responsabilidad y sabe cumplir fielmente con los deberes de su cargo como lo ha prometido, porque ha sido educado en la escuela de honradez y del trabajo. Además señor Comisario, si el numeral a) del artículo 1º del Decreto 2451 de 1943 le da la atribución de vigilar a los empleados nacionales, no le da la facultad para dudar de la honorabilidad y rectitud profesional del Juez Territorial del Amazonas".

Las anteriores expresiones las consideró el Comisario Especial como descorteses y agresivas para él, constituyendo ellas "una falta de respeto a la primera autoridad del Territorio", y para sancionar dicha falta, dictó la Resolución número 35 de 16 de septiembre de 1947, por medio de la cual impuso una multa por la suma de cincuenta pesos ($ 50.00) al Juez, señor Báez Becerra, y cuyo texto dice:

"RESOLUCION Nº 35 DE 1947

(septiembre 16)

por la cual se impone una multa.

El Comisario Especial del Amazonas

en uso de sus atribuciones y

CONSIDERANDO:

Que el señor Jorge Báez Becerra, Juez Territorial, en oficio Nº 155 de fecha de ayer, en el cual contesta una nota en que se le llamaba la atención por la inasistencia a su Despacho, de que se tenía conocimiento por informes particulares, y por encontrarse cerrado el Juzgado el día 12 de los corrientes a las 10 de la mañana, se expresa en términos descorteses y agresivos para el suscrito Comisario, y

Que desplantes de tal naturaleza —que no es la primera vez que el señor Báez los comete con el Comisario— constituyen una flagrante (sic) falta de respeto a la primera autoridad del Territorio y deben sancionarse a fin de que en lo sucesivo se guarden las debidas consideraciones en las relaciones oficiales,

RESUELVE:

Artículo único—Imponer, como en efecto se impone, una multa de cincuenta pesos ($ 50.00) m. cte. al señor Jorge Báez Becerra, Juez Territorial del Amazonas, por los motivos anotados en los considerandos de la presente Resolución y con la atribución contenida en el numeral 18 del artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal.

Pásese copia de esta resolución al Sr. Pagador de la Comisaría para que haga efectivo el pago de la multa impuesta.

Notifíquese.

Dada en Leticia a dieciseis de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete.

El Comisario Especial, (fdo.) **Jaime Cuéllar M.** (fdo.) Benedicto Ramírez, Srio. Gral.".

Al folio 22 del informativo, figura el recibo original —de fecha 7 de octubre de 1947— expedido por el Recaudador de Hacienda respectivo, que prueba el pago de la multa impuesta.

Al ser indagado el sindicado, Teniente-Coronel Jaime Cuéllar sobre los cargos formulados por el denunciante, dijo:

"A fin de formar un mayor criterio sobre todos los antecedentes de este asunto, debo manifestar que el primer motivo de disgusto y mala voluntad del señor Juez Territorial de Leticia hacia el suscrito nació del hecho de haberme negado en mi condición de Comisario a aprobar unos viáticos que solicitara el señor Juez para él y su Secretario por una comisión de ochenta (85 sic) días en Leguízamo y La Tagua, viáticos que formulara el señor Juez a razón de diez ($ 10.00) diarios para él y cinco para su Secretario, cuando por disposiciones vigentes en ese entonces el Comisario como Primera autoridad tenía derecho a cinco pesos ($ 5.00) diarios de viáticos dentro del territorio de su jurisdicción. Como antes digo yo me negué a que se pagara dicha suma de viáticos fijándoles si mal no recuerdo, la suma de tres pesos para el Juez y dos para el Secretario. Debo aclarar que en ningún momento se justificó tan larga permanencia del Juez Báez Becerra y su Secretario en los Corregimientos de Léguizamo y la Tagua. Que como a él personalmente se lo manifesté en alguna ocasión hubiera podido terminar su trabajo en dichos corregimientos en el término máximo de un mes y, haber regresado a Leticia. Más tarde se presentó el proyecto de aumento de sueldos para el personal del Juzgado Territorial, al cual también me opuse por considerarlo injustificado como le manifesté en mi nota por el muy poco volumen de trabajo que el Juzgado tenía, y especialmente por la penuria del presupuesto que la Comisaría la cual vivía en ese entonces única y exclusivamente del auxilio nacional, el cual apenas si alcanzaba a cubrir las múltiples necesidades de dicho territorio. Con bastante frecuencia tenía yo quejas verbales de distintas personas de la localidad por la falta de asistencia de dicho funcionario a su despacho. En atención a lo que antecede, un día me vi obligado a pasarle una nota llamándole la atención por su falta de interés en sus obligaciones. A esta nota me contestó el Juez un oficio que yo lo consideré irrespetuoso para la primera autoridad y como consecuencia basado en disposiciones legales le impuse una multa de cincuenta pesos ($ 50.00) multa que fue aprobada por el Ministerio de Gobierno, Sección de Territorios Nacionales".

Hay constancias de que el Teniente-Coronel Jaime Cuéllar fue nombrado Comisario Especial del Amazonas por medio del Decreto Nº 1982 de 6 de julio de 1946, que el citado Teniente-Coronel Cuéllar desempeñó el cargo desde el 12 de septiembre del mismo año (1946) hasta el 13 de diciembre de 1947, día en que encargó del Despacho Comisarial al Secretario General del mismo, para viajar a Bogotá, después de haber presentado renuncia de su cargo, y que fue reemplazado por Decreto Nº 02356 de 13 de julio de 1948.

Se considera:

Ya se ha visto que el fundamento de la Resolución Nº 35 fue el hecho de haber dirigido el señor Jorge Báez Becerra, Juez Territorial de la Comisaría del Amazonas, al Comisario Especial, Teniente-Coronel Jaime Cuéllar, el oficio Nº 155 de fecha 15 de septiembre de 1947, en el cual contesta una nota en la que el Comisario le llama la atención por la inasistencia al Despacho del Juzgado, usando el Juez Báez Becerra de términos "descorteses" y "agresivos", para el Comisario, quien consideró una grave falta de respeto a la primera autoridad del Territorio, falta que debía ser sancionada "a fin de que en lo sucesivo se guarden las debidas consideraciones en las relaciones oficiales"; y que el Comisario apoyándose en el artículo 127, ordinal 18, del Código de Régimen Político y Municipal, determinó en una multa de cincuenta pesos al autor del escrito.

De cómo debe ejercerse la facultad de imponer sanciones correccionales a quienes les faltan a los funcionarios al respeto cuando se hallan en ejercicio de sus atribuciones y el ultraje o injuria se deben precisamente a actos oficiales, trata el art. 310 del Código citado, que dice:

"Para imponer una pena correcional es necesario probar primero la falta, bien con una certificación escrita del Secretario, o con declaraciones de dos o más testigos presenciales.

"Obtenida esa prueba, el empleado dicta su resolución y la manda notificar al penado.

"Si éste reclamare en los dos días siguientes a la notificación, el empleado examina y resuelve la reclamación. Esa decisión es inapelable, pero el empleado que abusó de su poder a pretexto de ejercer la facultad referida, será castigado con arreglo a la ley penal.

"Dictada o notificada la resolución definitiva o trascurrido el término que hay para reclamar, sin que haya solicitud alguna, se procederá a la

ejecución de la pena; pero el empleado que la impuso puede en cualquier tiempo revocar su resolución o rebajar la pena, de oficio o a solicitud de parte...".

Más adelante agrega:

"Cuando la falta constare en memorial y otro escrito, éste constituirá la prueba necesaria para la aplicación de la pena".

Por manera que para que el ejercicio de esa facultad se ajuste al precepto legal trascrito es preciso desarrollar la sanción sobre estas dos bases: la existencia del hecho irrespetuoso cometido contra el funcionario en ejercicio de sus funciones y por razón de éllas; y la sujeción a los términos y modalidades de procedimiento que una ley preexistente determine y concrete.

El denunciante, señor Báez Becerra, fue sancionado por una falta de respeto al Comisario Especial del Amazonas Teniente-Coronel Jaime Cuéllar, cuando se hallaba en ejercicio de sus funciones y por razón de éllas; pues, no hay que olvidar que la nota del Juez dirigida al Comisario y que éste consideró lesiva de su dignidad personal, fue dirigida por actos del Comisario en ejercicio de sus atribuciones, como son el de llamar la atención al Juez Territorial sobre la marcha del Juzgado, y el no patrocinar un aumento de sueldos a los empleados de dicha oficina, solicitados por el Juez al Consejo Comisarial del cual el Comisario Especial era su Presidente.

Y en realidad de verdad las notas dirigidas por el denunciante, señor Báez Becerra, al Comisario, Teniente-Coronel Jaime Cuéllar, no están concebidas en términos adecuados y de consideración que son los que deben emplearse entre gentes de mediana cultura, con mayor razón al tratarse de la primera autoridad del lugar y entre funcionarios al servicio de la Nación.

Porque no está bien que el Juez, por el hecho de que el Comisario manifieste que no es partidiario del aumento de sueldo solicitado "por considerarlo injustificado por razón del pequeño volumen de negocios que cursan en su Despacho y la escasa importancia de éllos", le conteste, que no es un favor especial el solicitado sino el cumplimiento de una ley que no debe ser incumplida por el Comisario, "máxime cuando se ejerce un cargo de responsabilidad y se ha prestado un juramento para cumplir fielmente con la Constitución y las leyes de la República". Es decir, dándole claramente a entender que viola la ley, no obstante haber prestado un juramento para acatarla. Increpándole que "desconoce la ley, la incumple y se declara en franca rebeldía contra élla", razón por la cual le pide retire el "heróico concepto que puede dar lugar a llevarlo a responder de un proceso de responsabilidad ante la Corte Suprema de Justicia por infractor de las leyes".

Además en el oficio Nº 15, dirigido al Comisario el Juez señor Báez Becerra, no acepta que aquel funcionario tenga la facultad de llamarle la atención, por el hecho de no asistir debidamente al Despacho del Juzgado, alegando en tono petulante y poco cortés que ha sido educado en la escuela de la honradez, advirtiéndole al Comisario que si está autorizado para vigilar a los empleados nacionales, "no le da la facultad para dudar de la honorabilidad y rectitud del Juez Territorial del Amazonas".

Estas notas concebidas en los términos expresados dieron motivo para que el Comisario Especial se sintiera ofendido e irrespetado en su carácter de primera autoridad del Territorio Comisarial. Y no podía ser de otra manera, pues el decirle a un funcionario, que no solamente está investido de autoridad administrativa sino también de un alto grado militar, que ignora la ley, que la incumple, que se declara en franca rebeldía contra élla, no obstante haber prestado juramento de acatarla; y que, no tiene atribución para llamar la atención, sobre el cumplimiento de sus deberes a quien, como el denunciante, "se ha educado en la escuela de la honradez y del trabajo", son conceptos que hieren la dignidad personal y menoscaban la autoridad de que está investido el funcionario a quien van dirigidos, máxime cuando han sido expresados por persona investida también de dignidad oficial.

De tal suerte que el Comisario Especial Teniente-Coronel Jaime Cuéllar, ejercitó la facultad que le otorga el Art. 127, ordinal 8º del Código de Régimen Político y Municipal en armonía con el Art. 310 ibidem, ya que, se comprobó la existencia del hecho irrespetuoso cometido contra dicho funcionario en ejercicio de sus funciones y por razón de éllas; y hubo sujeción a los términos y modalidades de procedimiento que la ley determina.

Por último, debe aceptarse, por ser verosímil, la manifestación del procesado en su indagatoria cuando dice que la Resolución en virtud de la cual impuso la multa de cincuenta pesos al Juez Territorial, señor Báez Becerra, fue aprobada por

el Ministerio de Gobierno, Sección de Territorios Nacionales. Y si tal comprobación no fue traída a los autos se debió a que fue imposible para el Ministerio de Gobierno enviar copia de la Resolución confirmatoria, por haberse incendiado el archivo correspondiente en los sucesos del 9 de abril de 1948. Pero si aquéllo fue así, y no hay prueba para no aceptarlo, hay que admitir que la conducta del Comisario Especial del Amazonas fue aprobada legalmente por su Superior.

De todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que el hecho imputado al Teniente-Coronel Jaime Cuéllar por el denunciante, no es constitutivo de delito; en consecuencia, debe finalizarse este proceso dictando, a favor del sindicado un sobreseimiento definitivo de acuerdo con lo dispuesto por el art. 437 del Código de Procedimiento Penal.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **sobresee definitivamente** a favor del Teniente-Coronel Jaime Cuéllar, ex-Comisario Especial del Amazonas, por los cargos que le formuló el denunciante, señor Jorge Báez Becerra y por los cuales se le recibió indagatoria.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA EXTRADICION DE CONFORMIDAD CON EL CODIGO PENAL Y CON EL ACUERDO BOLIVARIANO — PARA QUE LA CORTE PUEDA EMITIR CONCEPTO SOBRE EXTRADICION, NO ES NECESARIO QUE SE HALLE COMPROBADO QUE EL EXTRADITANDO SE ENCUENTRA DENTRO DEL TERRITORIO DEL PAIS

De acuerdo con el artículo 9º del Código Penal colombiano, la extradición se ofrece o se concede, teniendo en cuenta los tratados públicos y, a falta de éstos, el Gobierno puede conceder u ofrecer la extradición observando los trámites establecidos por el Código de Procedimiento Penal, previo el concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia.

Entre Colombia y el Ecuador, rige un acuerdo sobre extradición, suscrito por países bolivarianos el 18 de julio de 1911, que nuestro país ratificó por la Ley 26 de 1913 y de ahí que sean aplicables de modo preferente las normas de dicho Acuerdo, al caso presente.

Los estados que suscribieron el Acuerdo en cita, convinieron en entregar a los individuos condenados o procesados por las autoridades judiciales de los respectivos países, en calidad de autores, cómplices o encubridores que busquen asilo o se encuentren en territorio de alguno de ellos. Pero este principio no se consignó en el tratado público en mención como una norma absoluta y libre, sino como un precepto restringido o condicionado, unas veces a la calidad de la persona cuya extradición se solicita, otras veces a las especiales modalidades que hayan podido acompañar la perpetración del hecho y que den lugar a tipificarlo como delito común o como delito político o bien a la cuantía de la pena imponible, con que cada Estado reprima la infracción de que se trate.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Gobierno de Colombia solicita de la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, concepto sobre el pedimento de extradición formulado por la Embajada de la República del Ecuador en Bogotá, del ciudadano ecuatoriano Subteniente Julio César Mariscal García, a quien se sindica como autor del delito de peculado por haber dispuesto en su provecho personal de dineros que le fueron entregados en su condición de Oficial Pagador de la Compañía Reforzada número diez y siete (17) "Zumba".

Pruebas

A la solicitud de extradición se acompañaron copias de los siguientes documentos:

a) Del auto cabeza de proceso, dictado por el doctor Luis Alfredo Vergara, Capitán de Justicia Militar y Juez de Instrucción de la Cuarta Zona Militar, por el que se ordena investigar el delito de desfalco de que aparece sindicado el Subteniente Julio César Mariscal García;

b) Del auto de detención preventiva que tiene fecha nueve de enero del año en curso, en cuya parte resolutiva se dice:

"En consecuencia, encontrándose probada la existencia de la infracción y existiendo graves presunciones de que el Subteniente de Comisariato Julio César Mariscal es autor del delito de desfalco que se investiga, se ordena su detención en el interior del Batallón de Ingenieros Nº 1 "Montufar", en esta ciudad, a cuyo primer Comandante, en tiempo oportuno, se le girará la respectiva boleta constitucional de detención. Como dicho subteniente se encuentra prófugo se ordena enviar despachos requisitorios, a los Juzgados Militares y a las autoridades de Policía de la República, encareciéndoles la captura del mencionado Subteniente Julio César Mariscal"; y

c) Del artículo pertinente del Código Penal Mi-

litar, que se presume violado con el acto imputado del ciudadano cuya extradición se solicita, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Art. 168. Serán penados con dos a cinco años de reclusión, los que, con el fin de favorecer a otras personas o por utilidad propia, perpetraren cualesquiera de los hechos siguientes :

"1º—Los que enajenaren, dispusieren, malgastaren, ocultaren o retuvieren ilegalmente: fondos, sueldos, documentos, haberes, gratificaciones, pensiones, reintegros, anticipos, raciones, retenciones, víveres, ranchos, forrajes, uniformes, equipos, medicamentos, materiales, ganado, artículos y otros efectos o especies destinados al aprovisionamiento, uso o consumo del Ejército o la Armada, cuyo cuidado, guarda, depósito, conducción, distribución o reparo, administración o dirección se les hubiera confiado".

Procedimiento

La solicitud de extradición ha sido tramitada en conformidad con el artículo 15 del Decreto Número 2200 de diciembre 2 de 1938 y como se trata de persona incierta, cuya residencia no es conocida, se dió aplicación a lo dispuesto por el artículo 317 del Código de Procedimiento Civil, emplazándola por medio de edicto y nombrándole curador ad-litem para que la represente.

Los elementos probatorios exigidos por el artículo 409 del Código de Procedimiento Penal y por el artículo 1º del Decreto ya citado, se cumplen en el caso presente y por lo tanto, procede la Corte, a emitir concepto sobre la solicitud de extradición hecha por el Gobierno de la República del Ecuador, en virtud de la atribución que le confiere la ley procedimental en su artículo 710.

De acuerdo con el artículo 9º del Código Penal Colombiano, la extradición se ofrece o se concede, teniendo en cuenta los tratados públicos y a falta de éstos, el Gobierno puede conceder u ofrecer la extradición observando los trámites establecidos por el Código de Procedimiento Penal, previo el concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia.

Entre Colombia y el Ecuador, rige un acuerdo sobre extradición, suscrito por los países Bolivarianos el 18 de julio de 1911, que nuestro país ratificó por la ley 26 de 1913 y de ahí, que sean aplicables de modo preferente las normas de dicho Acuerdo, al caso presente.

Los estados que suscribieron el Acuerdo en cita, convinieron en entregar a los individuos condenados o procesados por las autoridades judiciales de los respectivos países, en calidad de autores, cómplices o encubridores que busquen asilo o se encuentren en territorio de alguno de ellos. Pero este principio no se consignó en el tratado público en mención, como una norma absoluta y libre, sino como un precepto restringido o condicionado, unas veces a la calidad de la persona cuya extradición se solicita, otras veces a las especiales modalidades que hayan podido acompañar la perpetración del hecho y que den lugar a tipificarlo como delito común o como delito político o bien a la cuantía de la pena imponible, con que cada Estado reprima la infracción de que se trate.

Respecto de las condiciones que el Acuerdo Bolivariano exige, para que haya lugar a la extradición y en el caso presente, del ciudadano Julio César Mariscal García, se hallan acreditadas, así:

1º—La infracción de que se sindica a este sujeto, es de las que dan lugar a la extradición, de acuerdo con lo previsto por el numeral 17 del artículo 2º del precitado Acuerdo, que dice que hay lugar a concederla por el delito de desfalco;

2º—La pena con la cual se sanciona el hecho cometido por el procesado, según el numeral a) del artículo 5º del Tratado en mención, es privativa de la libertad y excede de seis meses;

3º—El artículo 168 del Código Penal Militar de la República del Ecuador, fija para dicho delito como sanción privativa de la libertad la de dos a cinco años de reclusión y el Código de Justicia Penal Militar Colombiano en sus artículos 191 y 193 fija como pena la de uno a seis años de prisión; y

4º—Contra el sindicado Julio César Mariscal García fue dictado auto de detención preventiva por las autoridades respectivas de la República del Ecuador, cumpliéndose así el requisito exigido por el artículo 8º del citado Acuerdo Bolivariano, y los documentos que acreditan esa situación, obran en el expediente en copias debidamente autenticadas.

El doctor Jorge Gutiérrez Gómez, designado curador ad-litem de Julio César Mariscal García, en escrito que obra en los autos, solicita de la Corte que se abstenga de conceptuar sobre la extradición pedida, mientras no se establezca que el extraditando reside en territorio colombiano y la razón principal aducida por él, la expone en el siguiente aparte:

"Si extraditar es entregar, no es viable la extradición de un sujeto que no puede ser entregado por la imposibilidad consistente en que el procesado o condenado no está bajo el imperio físico del país solicitado".

A este respecto, la Corte en situaciones semejantes ha dicho que, no es a esta entidad a la que compete la función de entregar al individuo cuya extradición se solicita, sino al Gobierno, lo cual no impide que se emita concepto sobre la extradición, pues la ausencia del procesado del país donde se cometió el delito es la causa que da lugar a la actuación y por lo que hace a la tramitación del incidente, nuestro estatuto procesal contiene normas que proveen a la defensa y representación de los ausentes, "entre ellas —para este caso— las que prescriben que se adopte el sistema de articulación, el emplazamiento mediante edicto, y, finalmente la curaduría ad-litem, normas que aquí han sido aplicadas y cumplidas". (Concepto de 10 de mayo de 1944. G. J. Nos. 2010-2014, pág. 722).

En consecuencia, se reúnen las exigencias del artículo 1º del Decreto número 2200 de 1938 y demás normas legales sobre la materia, y de manera especial los preceptos del Acuerdo Bolivariano, por lo cual debe conceptuarse favorablemente respecto de la extradición solicitada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con fundamento en la facultad que le confiere el artículo 710 del Código de Procedimiento Penal, emite **concepto favorable** sobre la extradición del ciudadano ecuatoriano Julio César Mariscal García, solicitada por la Embajada de la República del Ecuador en Bogotá, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Cópiese, notifíquese al curador y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

EL ESTADO DE IRA O INTENSO DOLOR Y EL DE LEGITIMA DEFENSA DEBEN, PARA QUE CONSTITUYAN CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA DE LA RESPONSABILIDAD, EL PRIMERO, Y CIRCUNSTANCIA EXIMENTE, EL OTRO, SER RECONOCIDOS CON TODOS LOS ELEMENTOS QUE LES SON ESENCIALES — CUANDO EL VEREDICTO NO ES CONTRARIO A LA EVIDENCIA DE LOS HECHOS PROBADOS, LO UNICO QUE PUEDE HACER EL JUEZ DE DERECHO ES INTERPRETAR ESA DECISION — VEREDICTO CONTRADICTORIO — LA CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO ES UNA IRREGULARIDAD PROCESAL QUE A LA CORTE NO COMPETE SUBSANAR

1—Tanto el estado de legítima defensa, como el de ira o intenso dolor, para que constituyan la circunstancia eximente, el primero, y la modificadora, el otro, una y otra de la responsabilidad, es indispensable que sean reconocidos en toda su integridad, esto es, con todos los elementos que les son esenciales, y no fragmentariamente.

Esto se desprende del contenido jurídico de los arts. 28 de la Ley 4 de 1943 y 480 del C. de Procedimiento Penal, así como también de las excepcionales facultades de que el Jurado goza en relación con la adquisición de la verdad procesal.

2—Si el Jurado, interrogado sobre un hecho y sus circunstancias específicas, los admite o rechaza total o parcialmente o cambia por otros, los falladores no pueden por causa de los diversos criterios de apreciación y valoración probatorias —impuestos a los Jueces del hecho y del derecho— rechazar o admitir lo que el Jurado admitió o rechazó, ni restringir o ampliar lo que aquél amplió o restringió, al menos que su decisión contraríe en forma y grado tales la verdad procesal, que haga necesario e imprescindible la integración de un nuevo Jurado que corrija los yerros del primero. La preeminencia del Jurado es, pues, tánta en estos procesos, que sólo otro Jurado puede reafirmar o modificar su decisión, al menos que pueda ser interpretada en forma que no afecte tales preeminencia o soberanía.

Lo único que puede hacerse cuando no hay contradicción con los hechos probados, es interpretar esa decisión, esto es, desentrañar, con el recurso que dan los datos del proceso (las actas de la audiencia especialmente), cuál fue la intención del Jurado, cuál el alcance de su decisión o veredicto.

3—Según la doctrina, hay veredicto contradictorio cuando lo integran dos proposiciones que se excluyen, que no pueden lógicamente coexistir, afirmativa la una, negativa la otra, como ser responsable y no serlo. Pero esto es muy distinto del veredicto contrario a la evidencia de los hechos del proceso, irregularidad ésta que no compete a la Corte subsanar, porque —como tanto se ha repetido— implicaría la restauración, de JURE CONDENDO, de una causal expresamente eliminada en la nueva ley procesal.

4—Ciertamente, por mandato del art. 37 del C. P., los jueces de derecho sólo pueden imputar circunstancias de mayor peligrosidad cuando no constituyen elementos esenciales o modificadores del delito. Esta facultad, la de apreciar las primeras, está consagrada por el art. 499 del estatuto procesal penal, como la de apreciar las segundas corresponde al Jurado, por mandato del art. 29 de la Ley 4ª de 1943. Del contenido de estas normas se deriva la doctrina, que no es absoluta, de que negada por el Jurado una circunstancia del artículo 362 del Código Penal, no puede aplicarse como circunstancia de mayor peligrosidad cuando entre una y otra hay identidad completa, apreciación que es privativa del Juez de derecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de **Teofilo Muñoz Realpe,** con base en las causales primera, tercera y séptima del Código de Procedimiento Penal, impugna la sentencia del Tribunal de Cali por la cual impuso a Muñoz, como autor del homicidio intencional en Alfonso Meneses, la pena de nueve años de presidio.

Antes de examinar las tesis que el Procurador y el recurrente han expuesto ante la Corte, es indispensable resumir la versión sobre el origen y modalidades del delito, y los autos y providencias que tengan relación con las causales invocadas.

A) Causas y modos del delito

Teofilo Muñoz Realpe, después de un altercado con algunos miembros de la familia Meneses, fue a su casa, sacó una escopeta, la disparó y dio muerte a Alfonso. Sobre el origen de las diferencias entre los Muñoz y los Meneses (habitantes del poblado de Felidia, en el Municipio de Cali), sobre el motivo ocasional que impulsó a Teófilo al delito, y sobre las circunstancias dentro de las cuales fue cometido, sólo existen las versiones que dieron unos y otros, naturalmente interesados en dar la que menos pudiera comprometerlos.

Según la parte en que ellos coincidén, la separación de los esposos José Vicente Muñoz (hijo de Teófilo) y Concepción Meneses, fue lo que acabó con la cordialidad entre las dos familias. El matrimonio Muñoz-Meneses habitaba una modesta casa que parece pertenecía a la sociedad conyugal, aunque ambos reclamaban para sí la totalidad de sus derechos, pero decidida la separación, Concepción quedó en la casa con la compañía de una mujer. José Vicente, mediante un documento que redactó su padre, vendió sus derechos a su hermano Luis Enrique quien, desde ese momento, respaldado en el documento y resuelto a ejercer el condominio traspasado, pernoctaba o quiso pernoctar la noche del delito (6 de noviembre de 1947) en la casa mencionada.

Como la persona que la acompañaba no fue aquella noche, Concepción llamó a sus hermanos Alfonso e Isidoro. Aquélla o éstos —el proceso no determina cuál o cuáles— sacaron a la calle la cama de Luis Enrique. Teófilo Muñoz, informado de lo que sucedía, se dirigió, con Luis Enrique y su sobrino Guillermo Realpe, a la casa de Concepción a inquirir por qué habían procedido así y a exigir la entrada de Luis Enrique, pero como no les abrieran la puerta, la forzaron —según se comprobó en la diligencia de reconstrucción o inspección— lo que fue origen de un choque en el que Teófilo recibió de algunos de los Meneses muy insignificantes lesiones en la cabeza y en el muslo.

No se sabe con certeza si entre los Muñoz y Realpe de una parte, y los Meneses por la otra siguió la contienda, ni si los primeros se hallaban en peligro de perder su vida. Lo cierto fue que Teófilo corrió hacia su casa, sacó su escopeta, regresó y la disparó contra Alfonso Meneses, quien cayó muerto en la sala de la casa.

b) El proceso

El Inspector de Policía de Felidia primero y el Inspector 4º Superior Municipal de Cali después, hicieron la investigación del delito, el que —imputado a Teófilo Muñoz— fue calificado por el Juez 1º Superior de aquella ciudad como homicidio ejecutado con la modalidad de la asechanza. Esta calificación la confirmó el Tribunal, e impugnada mediante reposición, el recurso se declaró infundado.

Abierto y desarrollado el juicio, en él se ejecutaron y dictaron, respectivamente, los actos y providencias que en seguida se mencionan:

a) La cuestión propuesta al jurado, sobre si el acusado Teófilo Muñoz Realpe es responsable de haber dado muerto, de propósito, a Alfonso Meneses, por medio de dos heridas producidas por arma de fuego (escopeta), y localizadas en la región pectoral izquierda, las que le interesaron el corazon, el hígado, el pulmón derecho y el estómago (habiendo sido la hemorragia fulminante del corazón la causa de la muerte), hecho que el acusado Muñoz Realpe ejecutó con asechanza, en el sitio y hora anteriormente dichos;

b) La decisión unánime del Jurado, según la cual Muñoz Realpe sí es responsable "pero en estado de ira o intenso dolor, y en defensa de su hijo, sin asecho";

c) La sentencia del Juez 1º Superior de Cali, del veinticinco de mayo del año pasado, por la cual —con aplicación de los artículos 37 (ordinal 7º) y 362 del Código Penal— se le impuso la pena de nueve años de presidio, y

d) La sentencia del Tribunal Superior de aquel Distrito, del diez y seis de octubre del mismo año, por la cual confirmó la de primer grado.

c) La demanda

Mediante tres causales —primera, tercera y séptima del artículo 567— se ha impugnado la sentencia, de cuyos fundamentos, por ser el punto de partida del estudio del recurso, se hará a continuación el resumen.

En cuanto a la primera, el demandante afirma que el aumento de la pena en un año, basado en condiciones de inferioridad de la víctima o en condiciones desfavorables al mismo, implica indebida aplicación y por lo mismo violación de la ley penal, pues que además de que el jurado no reconoció la circunstancia de la asechanza, debe tenerse en cuanto que Teófilo Muñoz actuó en un estado (de ira o intenso dolor) que no permite avaluar la situación de inferioridad o las circunstancias desfavorables al mismo, y, finalmente, eran los Meneses los que se hallaban armados, y no los Muñoz lo que descarta la inferioridad de la víctima.

La tercera la funda en que el Tribunal ha debido absolver, o en el caso menos favorable reducirle la pena, ya que si el jurado omitió calificar de legítima la defensa del hijo, su intención fue justificar el acto o al menos reconocerle el estado emocional o pasional que lo impulsó al delito, y ya que disparó su escopeta contra los Meneses y no precisamente contra Alfonso, al ver o suponer que éstos agredían en la sala a su hijo. Finalmente, considera que el Jurado quiso absolver a Muñoz y que no es posible, como la Corte lo ha reafirmado, que la omisión de una palabra o frase pueda llevar a la interpretación, que puede no ser la de su conciencia o la de su intención, de un veredicto.

En cuanto a la causal séptima, advierte que el veredicto si no es de absolución sí es contrario a la evidencia de los hechos, lo que no es difícil demostrar "si se tiene en cuenta —dice— el buen recaudo de pruebas en favor del procesado y de su responsabilidad".

El Procurador Delegado conceptúa debe casarse la sentencia, pero únicamente en cuanto el Tribunal imputó al procesado la circunstancia de peligrosidad o sea la condición de inferioridad de la víctima o circunstancia desfavorable a ella.

d) Estudio del recurso

Tres objeciones hizo el demandante a la sentencia: las de haberla dictado en oposición al veredicto y siendo éste evidentemente contradictorio, y la de haber violado —por aplicación indebida— la ley penal sustantiva. Serán estudiadas en orden a su importancia.

a) Desacuerdo del veredicto y la sentencia

Afirma el demandante —como se expuso— que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto por estas razones: porque a la defensa del hijo reconocida por el Jurado como motivo del delito no le dio el Tribunal el contenido de la eximente del artículo 25 y porque, además, le negó el estado de ira o intenso dolor, igualmente reconocido por el Jurado, el valor de la circunstancia modificadora del artículo 28.

Es ésta una cuestión ya en muchas oportunidades planteada y resuelta. Tanto el estado de legítima defensa como el de ira o intenso dolor, para que constituyan, el primero la circunstancia eximente y el otro la modificadora, una y otra de la responsabilidad, es indispensable que sean reconocidos en toda su integridad, esto es, con todos los elementos que les son esenciales, y no fragmentariamente como en el presente caso.

Esto se desprende del contenido jurídico de los artículos 28 de la Ley 4ª y 480 del Código de Procedimiento Penal, así como también de las excepcionales facultades de que el Jurado goza en relación con la adquisición de la verdad procesal. Si el Jurado, interrogado sobre un hecho y sus circunstancias específicas, los admite o rechaza total o parcialmente o cambia por otros, los falladores no pueden por causa de los diversos criterios de apreciación y valoración probatorias —impuestos a los Jueces del hecho y del derecho— rechazar o admitir lo que el Jurado admitió o rechazó, ni restringir o ampliar lo que aquél amplió o restringió, al menos que su decisión contraríe en forma y grado tales la verdad procesal, que haga necesario e imprescindible la integración de un nuevo Jurado que corrija los yerros del primero. La preeminencia del Jurado es, pues, tanta en estos procesos —como esta doctrina lo reitera— que sólo otro Jurado puede reafirmar o modificar su decisión, al menos que pueda ser interpretada en forma que no afecte tales preeminencia o soberanía.

Lo único que puede hacerse —cuando no hay contradicción con los hechos probados— es interpretar esa decisión, esto es, desentrañar, con el recurso que dan los datos del proceso (las actas

de la audiencia especialmente), cuál fue la intención del Jurado, cuál el alcance de su decisión o veredicto. En el caso **sub judice** el defensor alegó con admirable persistencia la tesis de la legítima defensa y, subsidiariamente, la de la provocación Muy clara e inequívocamente las explicó ante el Jurado y señaló cuáles eran las consecuencias penales que tendrían las varias y posibles respuestas, de modo que si el Jurado no calificó de legítima la defensa, ni de grave e injustamente provocado el estado de ira o intenso dolor, fue porque no consideró probadas tales condiciones.

Es importante transcribir lo que pidió el defensor, porque ello es la prueba fehaciente de que el Jurado no reconoció ni la eximente ni la excusa.

'Lee (el defensor) el inciso segundo del artículo 25 del Código Penal —se lee en el acta de la audiencia— y dice a los Jurados: "Con base en este artículo os conmino a absolver a Teófilo Muñoz. Soy abogado a sostener tesis absolutas. Allí hay otras modalidades que no invoco. Por ejemplo: qué más que decirle (aquí una frase injuriosa). Yo podría implorar un veredicto con base en el artículo 28 del Código Penal (lee ese artículo). Podría deciros que contestéis: 'sí es responsable, pero en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación'." (Hace una explicación). Lo que lo provocó y llenó de ira fue y empuñó la escopeta. No puedo convenir en que Teófilo Muñoz sí es un homicida. Si yo pido que respondáis: 'Sí, en legítima defensa' sale libre; si voy por la ira e intenso dolor, sería considerarlo homicida, y no es así. El veredicto que saque a Teófilo Muñoz de la cárcel es ese que vosotros debéis proferir: 'Sí es responsable, pero en legítima defensa de su hijo, de sus bienes y del mismo procesado' ".

Más adelante dice el acta lo siguiente: "En este estado, el orador pide permiso para formular por escrito al Jurado las respuestas entre las cuales deberá escoger el veredicto. Luégo de entregárselas dice a los Júrados: "Os dejo en libertad para que respondáis que fue en estado de ira o intenso dolor por grave e injusta provocación. He querido concretar como solicitud postrimera, dos fórmulas para responder el cuestionario; la primera es la que se compadece: "Sí, pero en legítima defensa de su persona y de la persona y bienes de su hijo..." Pero os presento esta segunda fórmula, porque se conoce que los Jueces de conciencia dudan en ocasiones: "Sí, pero en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación". (Hace una explicación sobre provocación y violencia). Aquí apenas estarían las dos terceras partes de la justicia. En la otra está la justicia entera".

Si, pues, el defensor explicó e invocó con tanta claridad, ya la legítima defensa, ya la provocación, y el Jurado omitió la condición de legítima de la defensa y la de la provocación grave e injusta de los estados emocionales o pasionales, es necesario concluir que deliberadamente no quiso reconocer ni la eximente ni la excusa. Sin estas condiciones, por lo tanto, los motivos declarados por el Jurado —la defensa de su hijo y el estado de ira o intenso dolor— adquieren categoría de circunstancias de menor peligrosidad (artículo 28, numeral 3º), que el Juez, aún sin el reconocimiento del Jurado, habría podido calificar y apreciar.

La tacha de desacuerdo del veredicto y la sentencia es, pues, infundada.

b) Veredicto contradictorio

Las razones que expuso el demandante en apoyo de esta causal, no son las conducentes. Hay veredicto contradictorio, según la doctrina, cuando lo integran dos proposiciones que se excluyen, que no pueden lógicamente coexistir, afirmativa la una, negativa la otra, como ser responsable y no serlo. Lo que se planteó en la demanda no es el veredicto contradictorio sino el veredicto contrario a la evidencia de los hechos del proceso, irregularidad que no compete a la Corte subsanar porque —como tanto se ha repetido— implicaría restauración, de **jure condendo**, de una causal expresamente eliminada en la nueva ley procesal. El veredicto relativo a Muñoz, por lo demás, no contiene términos contradictorios, por cuanto afirmó la responsabilidad, con exclusión de la asechanza como también los motivos del delito. Tampoco puede, pues, prosperar esta causal.

c) La violación de la ley penal

El demandante objeta, mediante esta causal, el hecho de que —no obstante haber descartado el Jurado la asechanza como circunstancia de asesinato y antes bien haber reconocido que Muñoz actuó en estado de ira o intenso dolor y en defensa de su hijo— se le haya imputado la 7ª de

mayor peligrosidad. La objeción es fundada, como en seguida se explica.

Los Jueces de derecho, ciertamente, por mandato del artículo 37 del estatuto penal, sólo pueden imputar circunstancias de mayor peligrosidad cuando no constituyen elementos esenciales o modificadores del delito. Esta facultad, la de apreciar las primeras, está consagrada por el artículo 499 del estatuto procesal penal, como la de apreciar las segundas corresponde al Jurado por mandato del artículo 29 de la Ley 4ª de 1943. Del contenido de estas normas se deriva la doctrina, que no es absoluta, de que negada por el Jurado una circunstancia del artículo 362, no puede aplicarse como circunstancia de mayor peligrosidad cuando entre una y otra hay identidad completa, apreciación que es privativa del Juez de derecho.

El problema reside aquí en aclarar si la circunstancia de la asechanza negada por el Jurado es o no la de mayor peligrosidad imputada, y si siendo distinta, está plenamente probada. Ello requiere el examen de lo que Juez y Tribunal tuvieron como noción de la asechanza y del estado de indefensión o inferioridad.

Las tesis expuestas en el auto de proceder de primera y segunda instancia, que fundaron el cuestionario fueron las siguientes:

"Es por lo tanto —dijo el Juez Superior— el caso de considerar el homicidio cometido por Teófilo Muñoz en la persona de Alfredo Meneses, **con carácter de asechanza,** porque Teófilo Muñoz cuando regresó con la escopeta, estando dentro de su propia casa con los Meneses, **se colocó en acecho, es decir, que miró a escondidas,** con cuidado, apuntó en forma precisa y disparó contra aquél que luégo murió. Con esta modalidad —termina— el Juzgado llamará a juicio a Teófilo Muñoz".

El Tribunal, en su auto de proceder, da una más clara noción: "Ahora bien —dice— teniendo en cuenta la manera como el procesado ejecutó su designio criminal, esto es, disparando desde un sitio seguro y eficaz para conseguir el fin propuesto, **sin correr el menor riesgo de su parte,** ello equivale y quiere decir que el acto homicida se agotó en momentos en que la víctima se encontraba **en condiciones de inferioridad e indefensión,** que en sí es una de las características cualitativas de la asechanza".

En la sentencia de segundo grado y después de acoger como circunstancia de menor peligrosidad los estados de ira o intenso dolor y de defensa del hijo, reconocidos por el Jurado, el Tribunal acogió la siguiente tesis expuesta por el Juez en la de primer grado: "Como circunstancia de mayor peligrosidad en contra del procesado, encuentra el Juzgado el haber abusado de las circunstancias desfavorables en que se hallaba el ofendido (ordinal 7º del artículo 37 del Código Penal), como que no otra cosa significa que Alfonso Meneses recibió el disparo estando dentro de su casa, **mientras que el agresor se hallaba fuéra de su alcance.** Alfonso Meneses no tuvo oportunidad de prever siquiera que la muerte le iba a llegar, como que habiendo pasado el primer incidente, al decir de los Muñoz, fue ya después de un rato, estando dentro de su casa, o de la de su hermana, cuando Teófilo Muñoz había desaparecido de la escena, que éste surgió con la escopeta y disparó contra aquél, **asegurando su delito con el menor riesgo para su integridad personal,** como que el arma y la distancia así lo indican, todo lo cual muestra cierta cobardía en el procesado".

Sin embargo de que, jurídicamente, no hay equivalencia, entre las circunstancias 7ª del artículo 37 y 5ª del artículo 363, un examen a fondo de las razones que los falladores expusieron para acoger la asechanza en los autos de proceder y la circunstancia de mayor peligrosidad en las sentencias, sugiere la duda de que la noción de indefensión e inferioridad la vinculan más a la actitud del agresor, constitutiva de la asechanza, que al mismo estado de desprevención o de impreparación del agredido. Esta deducción, vista frente a la realidad procesal, no crea la certeza de que esté plenamente probado el estado de inferioridad, ya que —según el proceso— cuando Muñoz llegó (según su afirmación) no había terminado la controversia o choque (entre los Meneses y su hijo y sobrino) y aquéllos se hallaban armados. Parece extraño, en todo caso, que si Muñoz disparó en estado de ira o intenso dolor al ver o creer que los Meneses atacaban a su hijo, pudiera imputársele una actitud innoble como la del aprovechamiento de un estado, como el de la indefensión o inferioridad del agredido.

Frente a esta incertidumbre sobre el estado de indefensión e inferioridad (afirmado por unos y negado por otros), lo racional es decidir en favor del procesado. La causal primera, por lo dicho,

prospera y habrá de reducírsele al mínimo la pena.

e) Fallo de la Corte

Fundada que ha sido la causal primera, e infundadas la tercera y la séptima por las razones expuestas anteriormente, es el caso de dar aplicación a los artículos 569 y 570 (1º) del estatuto procesal.

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 reducir a ocho (8) años de presidio la pena que el Tribunal Superior de Cali impuso a Teófilo Muñoz Realpe por el homicidio en Alfonso Meneses.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE FALSEDAD Y PREVARICATO

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de 23 de febrero del año en curso, que debe la Corte revisar por virtud de consulta, el Tribunal Superior de Barranquilla ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Jorge Tarud, acusado de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones como Juez 3º Penal del Circuito de Barranquilla.

Agotada la tramitación que corresponde a la segunda instancia, se procede al estudio de la providencia consultada.

Las presentes diligencias tuvieron su origen en los siguientes hechos:

El doctor Gnecco Rangel Pava, obrando en nombre de la parte civil en el negocio que por el delito de abuso de confianza se seguía contra Antonio Pájaro, presentó ante el Tribunal Superior de Barranquilla un memorial en el cual denunciaba la tramitación impropia que se había dado al proceso, apartándose del procedimiento ordinario y llegando "a los límites de donde no se puede pasar adelante sin notorio menoscabo de la dignidad y el decoro". Al efecto, el denunciante afirma que el negocio contra Antonio Pájaro se inició el día 21 de marzo de 1950, por denuncia que contra dicho sujeto formulara Francisco G. Tolosa, por el delito de abuso de confianza; que aquel mismo día se dictó auto cabeza de proceso y se recibió la declaración de Miguel Granados; al día siguiente, o sea el 22 de marzo del mismo año, se recibieron las declaraciones de varios testigos que depusieron sobre los hechos investigados y después de practicadas estas pruebas, el señor Inspector 10 Municipal de Barranquilla, funcionario que instruía el sumario de que se ha venido hablando, recibió una nota del doctor Jorge Tarud, Juez 3º del Circuito Penal de aquella ciudad, en la cual le ordenaba el envío inmediato de las diligencias en el estado en que se hallaran. Que en estas condiciones, y en obedecimiento a la anterior orden del Superior, el señor Inspector 10 Municipal remitió las sumarias, las cuales fueron recibidas en el Juzgado 3º del Circuito Penal, el mismo día 22 a las cuatro de la tarde, y que como en dicho despacho se hallaba el reparto en aquella época, el sumario en cuestión se sometió a tal diligencia, habiendo correspondido "como por una sorprendente coincidencia" al mismo Juez 3º Penal del Circuito de Barranquilla, doctor Jorge Tarud. Más adelante el denunciante agrega que no fue solamente lo antes narrado lo que ocurrió aquella tarde, sino que el negocio "fue descaradamente embutido fuéra del margen donde se sentó la diligencia del reparto" y que tal diligencia no se hallaba firmada por ninguno de los funcionarios que debieron intervenir en ella. Continúa el denunciante relatando cómo posteriormente se sentó una nueva diligencia de reparto con fecha 24 de marzo del mismo año, y que anuló la anterior con la frase "NO VALE", pero que esta última diligencia, o sea la del 24, tampoco se practicó en forma legal "y para lavar el fraude del reparto anterior de las sumarias contra Antonio Pájaro, se tacharon ambas diligencias, las del 22 y 24 con la consabida frase "NO VALE", para aceptarlas posteriormente con todas las de la ley, quedando como es natural la costancia de otra falsedad, que es la de haber sentado la diligencia del 22 en una fecha posterior, ya que por una imposibilidad física, no podía esto ocurrir sino después del día 24, que fue la fecha de la diligencia anterior".

Así, pues, el doctor Rangel Pava, afirma que el mismo día 22, después de repartido el negocio se tomó indagatoria al sindicado Antonio Pájaro, se recibieron las declaraciones de los testigos que éste solicitó, y luégo se dictó un auto por medio del cual se ordenaba poner en libertad al sindicado, por no existir hasta ese momento fundamento alguno para detenerlo.

En la diligencia de inspección ocular, practicada sobre el libro de reparto, y que obra al fl. 24 a 27 del negocio, aparecen las copias de los

repartos de que habló el denunciante en su denuncia; así, después de la copia del reparto verificado el 22 de marzo de 1950 hay una constancia que dice:

"Lo anterior es copia fiel de lo escrito a los folios 454 y 455 del libro que se ha tenido a la vista. El personal de la diligencia observa que en lápiz rojo aparece superpuesta la leyenda 'NO CORRE' en ambos folios, de arriba hacia abajo. Igualmente, se observó que la columna que dice: '9.—Antonio Pájaro.—Ctra. la Pdad. Con. 3º' está escrita en el margen inferior de la plana correspondiente, esto es, fuéra del trazado lineal correspondiente, o en otras palabras, debajo de la última línea".

A continuación obra la copia del reparto verificado el día 24 de marzo y debajo de esta diligencia, otra constancia que dice:

"El personal de la diligencia observa que sobre lo antes transcrito aparece superpuesta la leyenda 'NO CORRE' manuscrita con lápiz rojo y en grandes caracteres...".

Después de las anteriores diligencias, aparece la copia del nuevo reparto verificado el 22 de marzo de 1950, pues de acuerdo con las constancias transcritas anteriormente, las dos diligencias posteriores, o sean la del 22 y la del 24 de marzo, quedaron totalmente anuladas.

Llamado a rendir indagatoria el doctor Jorge Tarud, Juez 3º del Circuito Penal de Barranquilla, y contra quien recaían las inculpaciones hechas por el denunciante, explicó satisfactoriamente su actuación, en los siguientes términos:

"Recuerdo que el día del reparto del negocio por el cual se me pregunta, estando dentro de la hora judicial para esa diligencia —la de reparto— y habiendo sido citados los demás Jueces del Circuito en lo Penal y estando ellos presentes en mi Juzgado, en la Secretaría, se iba a proceder a repartir los negocios que ya habían sido relacionados en el libro de reparto, según costumbre ya establecida en los Juzgados del Circuito, cuando llegó el expediente o las sumarias por abuso de confianza contra el señor Pájaro remitidas por el señor Inspector Décimo de Policía Municipal, en vista de que se trataba de un proceso con capturado a quien no se le había recibido indagatoria y como también había una queja de una de las partes de ese mismo negocio en el sentido de que había transcurrido el término legal sin recibirle indagatoria al sindicado, se resolvió incluir ese expediente en la lista de negocios que se iban a repartir en ese momento lo que hizo la señorita Anita de Crespo, Oficial Mayor del Juzgado 3º del Circuito. Así las cosas, se hizo el reparto respectivo por medio del sorteo de fichas debidamente insaculadas, habiéndose anotado en el acta el resultado de ese sorteo. Cumplido lo anterior y cuando se iba a proceder a la firma del acta nos dimos cuenta de que el Oficial Mayor había anotado el negocio en mención contra el señor Pájaro en la parte final de la hoja, o sea, fuéra del margen. Como observamos que fuera irregular ese hecho o asiento del negocio, resolvimos copiar la citada diligencia con el mismo resultado del sorteo en el libro de reparto con el fin de salvar esa irregularidad y tanto es así, que la citada diligencia no fue firmada por ninguno de los jueces y se le puso "no corre". La Oficial Mayor procedió a copiar la misma diligencia en el libro de reparto y con el mismo resultado del sorteo verificado, habiendo sido firmada por todos los jueces esa diligencia posterior. Firmada que fue el acta cada Juez recibió el o los negocios que le tocaron. Posteriormente fui informado de que la señorita Oficial Mayor incurrió en un error involuntario al hacer el nuevo asiento de la diligencia de reparto a que me acabo de referir consistente en haber usado no el folio inmediatamente siguiente, sino otro posterior, es decir, que se saltó una hoja, error que no advertimos ninguno de los presentes. Dos días después, al hacer el siguiente reparto, que tocaba, la Oficial Mayor, por su propia cuenta e iniciativa resolvió usar la hoja en blanco que se había saltado el día 22 de marzo, cometiendo así otro error ,porque lo que debía hacer era proceder a inabilitar (sic) esa hoja, pero ese error no tuvo ninguna consecuencia porque al empezar la diligencia del 24 de marzo y darse cuenta que estaba intercalada la diligencia esa del 24 en el folio en blanco que dejó anteriormente cuando se procedió a escribir la diligencia del 22, dicha Oficial Mayor suspendió la diligencia que estaba sentando del negocio que se iba a repartir en esa fecha, o sea el 24, y fue así como se anuló dos o varios "no corre", volviendo a empezar esa diligencia en el folio siguiente a la del 22 de marzo...".

En cuanto al hecho de que en el negocio de Antonio Pájaro apareciera el sello del reparto sin ponerle el Juzgado al cual había correspondido, el doctor Tarud dijo:

"Primero que todo eso es cuestión de secre-

taría. He observado que en los sellos que se ponen en los negocios que se reparten en los Juzgados de Circuito, se pone solamente la fecha del día de reparto y la firma del Juez y su secretario y no se pone el nombre del Juzgado a quien le tocó. Esto es costumbre en esos Juzgados y lo encontré cuando me encargué del cargo y creo que esto se deba a la cantidad de trabajos que hay en esas oficinas..." .

También se recibieron las declaraciones de los doctores Máximo Tinoco Hoyos, José Vicente Amarís Díaz y Luis Carlos de la Torre Rojas, Jueces 1º, 2º y 4º respectivamente, quienes afirmaron por separado, pero de común acuerdo, que no recordaban qué negocios habían sido repartidos el día 22 de marzo de 1950, y que ninguno se dio cuenta de si durante tal diligencia de reparto hubo alguna irregularidad, pero que en caso de que ello hubiere ocurrido, tenía que existir una constancia a continuación, como era de costumbre en esos casos.

Para probar la calidad de empleado público que como funcionario de la rama jurisdiccional, tenía el doctor Jorge Tarud, se allegaron a las presentes diligencias copia del Acuerdo número 15 de fecha 24 de junio de 1949, por medio del cual se designó al doctor Tarud Juez 3º del Circuito en lo Penal de Barranquilla, y la copia de la correspondiente diligencia de posesión del mismo funcionario en tal cargo.

De lo anteriormente expuesto se deduce que los cargos que hiciera el doctor Rangel Pava contra el doctor Jorge Tarud en el desempeño de sus funciones de Juez 3º del Circuito Penal de Barranquilla, no tienen ningún fundamento legal, puesto que las afirmaciones del denunciante no fueron respaldadas ni confirmadas a través de la investigación, sino que por el contrario, quedaron desvirtuadas con las explicaciones claras y satisfactorias que diera el sindicado doctor Tarud, en su indagatoria.

El señor Procurador en su concepto de fecha 16 de julio del año en curso, manifiesta que "a través de la investigación no aparece comprobado que en el texto de las diligencias tachadas de falsas se hubiera mudado la verdad, con ánimo de crear determinada relación jurídica distinta a la del reparto que se debía realizar.

"Acusa también el demandante al doctor Jorge Tarud por el delito de prevaricato 'consistente en la largueza de concederle a un extraño el proceso, por amistad o influencia, el antojo de arrebatarle las sumarias al Inspector Décimo Municipal llevándose de calle los términos señalados por la ley para la instrucción del sumario y el concepto de honorabilidad y rectitud en que debe ser tenido todo funcionario instructor...'.

"Se refiere el denunciante al hecho de que, el Juez Tercero Penal del Circuito, por solicitud que le formulara el doctor Ramón Castro González, quien no figuraba como parte, solicitó al Inspector Décimo Municipal le remitiera el proceso contra Antonio Pájaro".

Al ser interrogado el doctor Jorge Tarud sobre el particular, manifestó que efectivamente había solicitado el inmediato envío de las diligencias contra Antonio Pájaro, en vista de una solicitud escrita que le hiciera el doctor Ramón Castro González y por haber comprobado que se trataba de un negocio con un detenido que no había sido indagatoriado hasta el momento, irregularidad que él enmendó sometiendo el negocio a reparto y después de corresponderle el negocio a su Despacho, procediendo a recibirle indagatoria al procesado.

En cuanto a la acusación de que el memorial del doctor Castro González apareciera legajado en un folio posterior al que le correspondía, de acuerdo con la fecha de su presentación, el doctor Tarud expuso: "En primer lugar esa es una actuación propia de la Secretaría y no del Juez. Ahora bien, creo y es lo más seguro, que lo que pasó fue esto: los memoriales se reciben en la Secretaría y aveces (sic) los secretarios debido al recargo de trabajo que tienen no acompañan los memoriales a los expedientes a que se refieren lo cual pudo suceder en ese caso particular; seguramente entró el negocio al despacho del Juez, se tomaron las declaraciones, se foliaron éstas y después el secretario se dio cuenta de que el memorial de queja estaba en su escritorio y lo agregó foliándolo con el número siguiente". Estas afirmaciones se confirmaron plenamente con la declaración rendida por el señor Secretario del Juzgado 3º del Circuito en lo Penal.

En cuanto a las acusaciones formuladas contra el doctor Tarud, en lo referente al hecho de haber pedido el negocio contra Antonio Pájaro, sin estar vencido el término de instrucción, hay que tener en cuenta que el Juez 3º Penal del Circuito de Barranquilla, obró en tal forma basándose en lo dispuesto por el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Todo funcionario de instrucción que inicie un

sumario dará cuenta de ello, inmediatamente después de su iniciación, al respectivo Juez del Circuito, quien podrá pedirlo en cualquier tiempo u ordenar que se pase a otro funcionario competente; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 64 respecto de los Jueces Superiores".

En estas condiciones, se llega a la conclusión de que las actuaciones del doctor Jorge Tarud en el desempeño de sus funciones como Juez 3º del Circuito en lo Penal de Barranquilla, no fueron ilegales o arbitrarias, ni mucho menos pueden constituir delito alguno, ya que por el contrario el Juez acusado obró en ejercicio de una facultad legal ajustándose al procedimiento que señala la ley.

Basta lo expuesto para que se confirme la providencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla, en favor del doctor Jorge Tarud, como lo solicita el señor Procurador, ya que como se dijo anteriormente ninguno de los hechos denunciados son constitutivos de delito. Sólo que debe adicionarse la providencia en el sentido de declarar que la cesación del procedimiento se debe a la no existencia del delito.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada, ADICIONANDOLA en el sentido de declarar, como en efecto declara, que los hechos imputados no son constitutivos de delito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDADES.—CUANDO NO PUEDE DECLARARSE UNA NULIDAD POR UNA NOTIFICACION HECHA ILEGALMENTE.—ASESINATO. — CUAL ES EL HECHO CONSTITUTIVO DEL ASESINATO. — NO ES NECESARIO QUE EL VEREDICTO EXPRESE CUAL FUE LA CIRCUNSTANCIA QUE DETERMINO LA INFERIORIDAD O INDEFENSION DE LA VICTIMA.— TAMPOCO ES INDISPENSABLE QUE SEAN VARIAS ESAS CIRCUNSTANCIAS, PARA QUE SE CONFIGURE EL ASESINATO. — EL VEREDICTO PUEDE SER INTERPRETADO POR EL JUEZ DE DERECHO

1.—La Corte estima que no puede declararse la nulidad de lo actuado, por notificaciones hechas ilegalmente, cuando en forma escrita y expresa se da por hecha la notificación (artículos 7º del C. de P. P. y 321 del C. J.), o cuando ha habido aquiescencia tácita o conocimiento y consentimiento presunto, por tanto, de lo que ha debido notificarse (ordinales 3º, 4º y 5º del artículo 198 y ordinales 1º y 2º del artículo 199 del C. de P. P.).

2.—Lo esencial del hecho constitutivo de asesinato es que el victimario obre "con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad", según expresa el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal. Así, puede leerse que tal precepto añade, a modo de ejemplo: "COMO la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento", y no ha de olvidarse que se inicia con la expresión "con CUALQUIER CIRCUNSTANCIA".

No es, por tanto, necesario, aunque sí conveniente, de acuerdo con el espíritu de la ley, que el veredicto exprese, previa la pregunta del juez, cuál fue la circunstancia que determinó la indefensión o inferioridad de la víctima.

Tampoco resulta indispensable que las circunstancias sean varias, pues basta una sola para que se tenga por establecido el estado o condición de que se viene hablando.

3.—Es doctrina de la Corte la de que el veredicto puede y debe interpretarse cuando sus términos ofrezcan motivo de duda, aunque con interpretación muy restringida y acudiendo, entre otras fuentes, a la inmediata cuya culminación es, o sea, a lo expuesto en la audiencia pública.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Bogotá condenó a **Eulises Quintero** a la pena principal de diez y seis años de presidio, como responsable del homicidio (asesinato) cometido en la persona de Daniel Castañeda o Vega.

Contra la sentencia, que lleva fecha de 5 de diciembre del año pasado, interpuso el procesado el recurso de casación, e invoca las causales primera, segunda, tercera y cuarta del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Hechos. En la noche del 15 de noviembre de 1948 —relata el Tribunal— Eulises Quintero y Daniel Castañeda se encontraron en la población de Vergara, y comenzaron a hablar de un incidente baladí, ocurrido entre los dos, por unos daños causados por unos cerdos del primero en sembrados del segundo. Algunos amigos intervinieron para que suspendieran la conversación y se retiraran a sus viviendas, y no degenerara en un serio altercado, como parecía que iba a suceder. Así lo hicieron y tomaron opuestas direcciones, Quintero hacia el centro de la población y Castañeda hacia su casa campesina; pero aquél se volvió y anduvo detrás de éste y, cuando se hallaba desprevenido orinando, lo atacó a machetazos que le causaron bien pronto la muerte.

Actuación procesal.—El Juzgado 1º Superior de Bogotá llamó a juicio a Quintero por el homicidio en Castañeda y consideró que revestía los caracteres de asesinato, por la alevosía y la sevicia con que había ejecutado el hecho (f. 155 del c. 1º).

El jurado declaró a Quintero como responsa-

ble del homicidio "voluntariamente en un acceso de ira" y con "cualquier circunstancia" que colocó a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad pero negó que hubiera obrado con sevicia (fls. 200 y 201).

Por eso el Juzgado lo condenó a sufrir la pena indicada al principio (16 años de presidio), en sentencia de 11 de julio del año pasado, que fue confirmada en la que es objeto del recurso de casación.

Causal cuarta.—Nulidad del juicio

Se estudia esta causal primeramente, porque su prosperidad haría inútil el análisis de las otras.

Varios son los motivos de nulidad que invoca la demanda, y se analizarán en seguida uno a uno.

a) Una de las personas sorteadas para desempeñar el cargo de jurado fue el señor **Manuel Castellanos**, y no el señor **Manuel Castellanos P.** Y fue a este último al que se le corrió el traslado, por cierto sin la autorización del secretario, y quien fue reemplazado luégo.

Se contesta sobre el particular que esta causal de nulidad sería la del ordinal 4º del artículo 199 del código de procedimiento, pues habría servido el cargo una persona que no pertenecía a la lista general de doscientos nombres de la cual se toman a la suerte los miembros de cada jurado.

Pero la coincidencia del nombre y apellido del sujeto hacen pensar que existe identidad entre ese nombre y apellido y la persona designada. De todos modos, el hecho generador de la nulidad no aparece probado, esto es, que Manuel Castellanos P., a quien se le corrió el traslado del expediente, que aceptó ser miembro elegido del jurado y presentó una excusa para desempeñarlo, no era el Manuel Castellanos inscrito en la lista.

b) No se le corrió el traslado legalmente a Manuel Castellanos P., "ya que no aparece autorizado por el secretario".

Efectivamente, al pie de la notificación no figura la firma del secretario (f. 182).

Mas la Sala estima que no puede declararse la nulidad de lo actuado, por notificaciones hechas ilegalmente, cuando en forma escrita y expresa se da por hecha la notificación (arts. 7º del c. de p. p. y 321 del c. j.), o cuando ha habido aquiescencia tácita o conocimiento y consentimiento presunto, por tanto, de lo que ha debido notificarse (ords. 3º, 4º y 5º del art. 198 y ords. 1º y 2º del art. 199 del c. de p. p.).

Y en este caso, al hacerle saber el secretario o el comisionado por él, el sortéo recaído en su persona, escribió el señor Manuel Castellanos P. que estaba impedidc para actuar como miembro del jurado y que posteriormente presentaría por escrito sus razones, como en efecto las presentó. Hubo, pues, no sólo aquiescencia tácita a la tramitación, sino manifestación expresa y por escrito de que se conocía.

c) El Juez reemplazó al señor Manuel Castellanos, "quien había sido el sorteado, cuando éste no era quien solicitaba la excusa, ni quien acreditaba la razón o causa legal; fundamento de tal excusa".

A esto se replica que no hay prueba de que Manuel Castellanos P. no sea el mismo Manuel Castellanos que figuraba en la lista general de jurados, como ya se expresó con anterioridad.

d) Igual razón cabe invocar para la de que el señor Manuel Castellanos fue reemplazado ilegalmente por el señor Julio Carvajal León. Y, además, que si consideró el procesado que el reemplazo se había hecho violando la ley, ha debido alegarlo "en el acto del sortéo o dentro de los cinco días siguientes" (ord. 3º del art. 199 del c. de p. p.), y no lo hizo en ninguno de esos dos tiempos sino cuando el proceso entró al despacho del Tribunal para sentencia de segunda instancia.

e) Se formuló al jurado "un cuestionario amplio y extensivo a circunstancias no contempladas en la providencia encausatoria", "cuando el auto de proceder no contemplaba sino la alevosía concretamente".

En realidad, al jurado se le preguntó si Quintero había dado muerte a Castañeda "dentro de cualquier circunstancia que colocara a su víctima Daniel Castañeda o Vega en condiciones de indefensión o inferioridad".

Defectuosa manera de interrogar, sin duda, como que una circunstancia tan importante que hace que un homicidio tome la denominación de asesinato, debe calificarse por los jueces de conciencia y, por tanto, sobre ella ha de interrogárseles en forma clara y determinada, según doctrina de esta Sala y de acuerdo con los artículos 28 de la ley 4ª de 1943, y 431 del código de procedimiento penal (Casación de 7 de octubre de

1949, G. J. tomo LXVI, números 2077-78, página 689).

Sin embargo, este defecto no alcanza a constituir causal de nulidad en el presente caso, porque lo esencial del hecho constitutivo de asesinato de que se viene hablando es que el victimario obre "con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad", según expresa el ordinal 5º del artículo 363 del código penal. Así, puede leerse que tal precepto añade, a modo de ejemplo: "como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento", y no ha de olvidarse que se inicia con la expresión "con **cualquier circunstancia**".

Se repite que no es necesario, aunque sí conveniente, de acuerdo con el espíritu de la ley, que el veredicto exprese, previa la pregunta del juez, cuál fue la circunstancia que determinó la indefensión o inferioridad de la víctima".

Tampoco resulta indispensable que las circunstancias sean varias, pues basta una sola para que se tenga por establecido el estado o condición de que se viene hablando.

Por lo demás, al hablar en seguida de la causal tercera, seguirá estudiándose este problema.

Causal tercera: desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder.

En efecto —arguye el recurrente— en el auto de proceder se imputaron al sindicado dos circunstancias constitutivas de asesinato, o sea, la alevosía y la sevicia, y resulta que al jurado se le preguntó si había cometido el hecho dentro de cualquier circunstancia que hubiera colocado a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad. La sentencia condenó, pues, a Quintero como autor de un asesinato con base "dada por el jurado en forma general en el citado veredicto", pero sin fundamento en el auto de proceder.

Mas el propio demandante se encarga de refutar su aseveración al reconocer que el auto de enjuiciamiento admitió la alevosía y la sevicia como constitutivas de la indefensión o inferioridad del ofendido, pues transcribe este párrafo de aquella providencia:

"El acto cometido por Quintero, lejos de justificarse, o de aparecer atenuado, hállase agravado por dos circunstancias que lo convierten en asesinato: la alevosía y la sevicia de que se hizo gala en la ejecución".

Y el señor Procurador cita estos otros apartes:

"Con efecto, de acuerdo con su confesión y con el dicho de todos los testigos presnciales, Quintero atacó a Castañeda, cuando éste, de espaldas y totalmente desprevenido, cumplía una función fisiológica...

"Y Quintero no sólo puso a su víctima en condiciones de indefensión, sino que usó con ella de una despiadada e inútil crueldad, como que viéndola en el suelo y reducida a la impotencia, le asestó tres nuevos golpes, tan feroces como innecesarios. La sevicia puesta en juego por Eulises Quintero es, en consecuencia, innegable...". (Fs. 158, cuaderno 1º)".

Como se ve, la sentencia no se apartó del auto de proceder, no sólo en lo referente al género del delito que es lo esencial, sino al reconocer que el homicidio se había realizado cuando la víctima se hallaba desprevenida e indefensa, o sea con alevosía.

Pero como la demanda alega también tácitamente el desacuerdo con el veredicto del jurado, cabe anotar que las circunstancias que el jurado tuvo en cuenta fueron la alevosía y la sevicia, para aceptar la primera y rechazar la segunda.

Al efecto es oportuno traer a colación la doctrina de que el veredicto puede y debe interpretarse cuando sus términos ofrezcan motivo de duda, aunque con interpretación muy restringida y acudiendo, entre otras fuentes, a la inmediata cuya culminación es, o sea, a lo expuesto en la audiencia pública.

En el acta de esta audiencia se lee que el fiscal dijo que era de todo punto evidente que Quintero había acometido a Castañeda "por la espalda, cuando éste se encontraba orinando y le había asestado seis bárbaros golpes" (f. 193 del c. 1º); que "había ultimado a Castañeda prevalido en su indefensión y ejecutado el hecho con innegable sevicia" (f. 198); y que el defensor sostuvo que "no podía admitirse que hubiera aprovechado friamente la indefensión de su víctima ni empleado la sevicia en la consumación del hecho" y solicitó del jurado que contestara negativamente la pregunta sobre la circunstancia de la indefensión o inferioridad de que se viene hablando (f. 199).

Como se ve, esto guarda armonía con el auto de proceder, y aclara plenamente el veredicto del jurado, lo cual lleva a concluir que no hay el desacuerdo que alega la demanda.

La causal invocada tampoco puede, por lo tanto, prosperar.

Causal segunda: errada interpretación de los hechos.

Hubo en la sentencia acusada —dice la demanda— "errada interpretación de los hechos" y "errada apreciación de los mismos" pues se basó en un veredicto "no sólo inoperante por ser extensivo y basado en un cuestionario ilegal y no respaldado en el auto de proceder, dando por establecido que el jurado había daclarado la alevosía, cuando éste no se pronunció concretamente sobre ella".

Como se ve, el motivo en que se fundamenta la causal es el desacuerdo de la sentencia con el veredicto, que ya se dejó estudiado.

Y, además, la causal segunda no es admisible en los juicios en que el jurado interviene, como en tántas oportunidades lo ha dicho la Corte.

No prospera, en consecuencia, esta causal.

En mérito de 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.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

INDIVIDUALIZACION DE LAS SANCIONES DE CONFORMIDAD CON EL CODIGO PENAL VIGENTE

Dentro de la técnica del Código para efectos de la aplicabilidad de la pena, no se puede prescindir de aquellos factores que el mismo estatuto tiene en cuenta para individualizar la sanción a los delincuentes, dentro de la pauta que fija el artículo 36 de esa obra.

En efecto, en dicho artículo se determina que dentro de los límites señalados por la ley debe aplicarse la sanción al delicuente, teniendo en cuenta:

a) Gravedad y modalidades del hecho delictuoso;

b) Los motivos determinantes del mismo;

c) Circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen; y

d) La personalidad del agente.

Es entendido que todas estas modalidades deben entrar en juego para el cómputo o cálculo de la pena en la tarea de individualización que corresponde al Juez. Por ello, si en determinado proceso puede suceder que no se presenten circunstancias de mayor o menor peligrosidad que hagan necesario aumentar la pena por este concepto, de conformidad con las circunstancias de uno y otro carácter que determinan los arts. 37 y 38 del Código, puede sin embargo ocurrir que los otros aspectos que contiene el artículo 36 a que se ha hecho referencia impliquen la necesidad de que el Juez los tome en cuenta para determinar la pena.

Así se comprende por qué en el caso el Tribunal por no encontrar circunstancias de mayor peligrosidad en contra de los reos tomara como pena base el mínimo del señalado en el artículo 363, es decir, 15 años de presidio. Pero como existe una concurrencia delictuosa, producida por los varios delitos cometidos por los procesados, la norma del artículo 33 necesariamente debía tenerse en cuenta para señalar el monto de la pena; y una vez señalado éste, hacer la disminución prevista en el artículo 385.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de diez y seis de agosto de mil novecientos cincuenta, reformó la del Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, de fecha veinticuatro de mayo del mismo año, en el sentido de aumentar a diez y seis años de presidio la de nueve que les fué impuesta a los procesados Esteban Gutiérrez, Arturo Gutiérrez y Clemente Castro; y a la de diez y seis años y seis meses de presidio la de nueve y seis meses de la misma pena impuesta por el Juzgado a José Mancilla y José Rosario Mancilla, como autores de homicidio y otros delitos.

Los procesados Gutiérrez y el defensor de los Mancilla y Castro, interpusieron en tiempo oportuno el recurso de casación y concedido éste, vino a la Corte el expediente, donde surtida la tramitación propia de la instancia, es procedente decidir acerca del recurso interpuesto.

En la demanda respectiva se señalan para interponer el recurso, las causales primera y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos

Los que se investigan en el proceso ocurrieron en el sitio de "La Esmeralda", fracción de Babilonia, de la comprensión municipal de Tona y se resumen así:

El sábado cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, regresó a su casa el muchacho Ventura Gutiérrez, quien había salido de ella horas antes con el objeto de hacer mercado; y como llegó herido en la cabeza, fué interrogado al respecto por sus familiares y contestó diciendo que Guillermo Lache lo había atacado en el camino,

donde ambos se encontraron. Y así fué efectivamente, pues esa tarde Gutiérrez y Lanche tuvieron una disputa de palabra, y durante ella sacacaron también sus armas, adelantándose Lache a herir a su contendor, aunque no de gravedad. Noticiados de este hecho los hermanos de Ventura y ofendidos por eso, decidieron trasladarse a la casa del policía rural José Mancilla a pedirle que fuera con ellos a la casa de Lache, con el objeto de capturarlo o hacer con él algún arreglo. Mancilla reunió unos cuantos hombres de la región para que le ayudaran en la captura de Lache, y fué así como se formó un grupo compuesto por José Mancilla, José Rosario Mancilla, Esteban Gutiérrez, Luis Arturo Gutiérrez, Clemente Castro, Sebastián Leguizamón, Sebastián Rueda Santamaría, Isidro Arias Jerez y Eduardo Niño quienes en horas de la noche y alumbrados por una linterna se trasladaron armados a la casa del sindicado Lache. Al llegar a esa casa, el policía los distribuyó en dos grupos: uno formado por los dos Mancillas, Esteban y Arturo Gutiérrez y Clemente Castro, los cuales se situaron frente a la puerta principal de entrada; y otro formado por los demás de la comisión, que se colocó en la parte posterior de la vivienda para vigilar que nadie saliera. El comisario llamó a la puerta y pidió la casa franca y fué entonces cuando sucedió dentro de la habitación el gravísimo incidente que dió origen a este proceso, suceso relatado de diverso modo por quienes estaban en la casa de Lache, y por quienes iban en la comisión de captura.

Los primeros, los de la casa, dicen que la comisión llegó y llamó a la puerta con grandes golpes, y al abrir entró el grupo de hombres en la sala; que le preguntaron a qué iban y dijeron que ellos iban a lo que iban, que acto seguido empezaron a disparar con armas de fuego y a atacar con cuchillo a los que estaban acostados, en tal forma que ahí mismo quedaron muertos Olivo Rivera, Isaías y Fermín Villamizar y Gregorio Nacianceno Sarmiento y herido Alfonso Rivera. Esto es lo que en líneas generales cuentan Ana Victoria Villamizar esposa de Guillermo Lache, Marcelina Flórez v. de Lache, Alfonso Rivera, Miguel Lache, Rosa Barrios y sus hijos Maximino y Cristina, menores de edad, quienes estaban en la habitación junto con los cuatro hombres que fueron muertos.

El otro grupo, el de los hombres de la comisión, dice que ésta llegó a la casa y se distribuyó en dos; que el grupo de que formaba parte el comisario llamó a la puerta, y que al abrirse ésta, los que estaban dentro los atacaron furiosamente con diversas armas, de modo que salieron heridos los dos Mancillas, y todos los demás tuvieron que salir en fuga para evitar iguales o peores consecuencias. Así exponen José y José Rosario Mancilla, quienes dicen que a ellos los hirió Alfonso Rivera a cuchillo (16, 45, 22, 60) y los demás hombres de la comisión, a saber: Isidro Arias Jerez, Sebastián Leguizamón (30), Sebastián Rueda Santamaría (34), Esteban Gutiérrez (51), Arturo Gutiérrez (54) y Clemente Castro (71), de los cuales el último es el único que confiesa que ellos también, al verse atacados por los que estaban adentro de la casa, atacaron a su vez con las armas que portaban, sin saber los resultados. Ninguno de los otros confiesa haber atacado a nadie, cuando lo cierto es que de los habitantes de la casa hubo cuatro muertos, con numerosas lesiones cada uno, causadas con distinta clase de armas y además un herido, fuera de los que resultaron lesionados entre el grupo de la comisión.

Adelantado el proceso, con fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos cincuenta, el Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga, profirió sentencia en la cual, como se dejó expresado al principio, se impuso a Esteban y Luis Arturo Gutiérrez y Clemente Castro, la pena principal de nueve años de presidio; y a José Rosario Mancilla, la de nueve años y seis meses de presidio a cada uno, más al pago de los perjuicios que hubieren ocasionado. El Tribunal aumentó las penas en la forma relacionada ya, fallo contra el cual se interpuso el recurso de casación.

Demanda de Casación

Fundamenta el recurso el apoderado de los procesados ante la Corte así:

"Invoco ante vosotros las causales **primera, tercera** del artículo 567 del C. de P. P., esto es, que acuso el fallo del H. Tribunal Superior por ser violatorio de la ley penal, por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma, y también porque no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y en desacuerdo con el veredicto del jurado.

"El H. Tribunal no dió aplicación al artículo 385 del C. P., y así erróneamente impuso una pena que no corresponde a lo determinado en el veredicto, cuando aceptó la complicidad correlativa.

"En efecto, la disminución de que trata dicho artículo no puede ser únicamente de la sexta parte de la pena sino de la mitad de ella, desde luego que los sentenciados carecen de antecedentes, y la gravedad del hecho con sus circunstancias y detalles no pueden tomarse como base para un aumento de la pena, sino tan sólo para situarlo dentro de lo prescrito por el artículo 363 del C. P. Una pena como la impuesta es la que generalmente se fija para los casos de homicidio con características de asesinato, sin que se tenga en cuenta la complicidad correlativa. Es manifiesta y abiertamente visible la base de esta consideración que pongo de presente ante vosotros.

"Si en la complicidad existe —como dice la Corte— una transacción para los efectos de la fijación de la imputabilidad, también ha de haberla para cuanto se relaciona con la pena correspondiente. "La complicidad correlativa es una transacción legal en los casos de coparticipación criminosa cuando se sabe con certeza que varias personas tomaron parte en la ejecución del delito, pero no se sabe con exactitud cuál de estas personas es el autor material. Esta incertidumbre, naturalmente, distingue esta hipótesis de aquella en que sabe ya con precisión cual fué la especie o forma de participación de cada uno en el delito, y así también la individualización de la responsabilidad y de la pena: autores, cómplices necesarios, cómplices en la resolución, en la preparación del delito o en su consumación". (G. J. Tomo LIX, números 2025-2027 bis, página 986).

Concepto de la Procuraduría

Pasado el asunto al señor Procurador General de la Nación, dicho funcionario solicita no se invalide la sentencia recurrida y en uno de sus apartes se expresa:

"La crítica más vehemente que el autor del libelo formula contra lo resuelto por el Tribunal, se refiere exclusivamente al sistema por él empleado en la adaptación de la pena impuesta a los recurrentes. Es decir, se reconoce que la base de la penalidad tiene que ajustarse a lo dispuesto por el artículo 363 del Código Penal, disminuída en la proporción exigida en el artículo 385 ibidem y progresivamente calculada en virtud del fenómeno de la acumulación jurídica prevista en el artículo 33 del mismo estatuto".

Concluye expresando que la pena ha debido ser la de 19 años de presidio así: por pena mínima 15, menos 1/3 parte de disminución por razón de complicidad correlativa, subtotal 10, más el aumento por concurso material de delitos 9, lo que dá un total de 19 años. Que la infracción de la ley penal, lejos de llevar al Tribunal a sancionar a los recurrentes con una pena más severa, lo condujo a disminuirla en tres años; pero que como esto no puede producir la invalidación de la sentencia y no siendo procedente en su concepto, la casación por la causal primera alegada, como tampoco por la tercera, toda vez que el Tribunal no desconoció la modalidad de la complicidad correlativa, pide no se case la sentencia recurrida.

Causales primera y tercera. Indebida aplicación de la ley penal y desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder y el veredicto del Jurado.

La demanda involucra las dos causales mencionadas, porque el argumento básico contra la sentencia lo hace consistir en que por no habérsele dado aplicación al artículo 385 del Código Penal, en cuanto a la complicidad correlativa que fué reconocida a los procesados en los autos de calificación de los delitos por ellos cometidos, el Tribunal erró en la aplicación de la ley penal, a la vez que no tuvo en cuenta el auto de proceder y el veredicto del jurado al sentenciar a los reos, precisamente por la no aplicación en el fallo del mencionado artículo de la ley penal.

Todo el problema planteado se reduce a confrontar si en realidad el Tribunal al aplicar la ley penal a los procesados tuvo en consideración el artículo 385, porque una vez demostrado que esto es así, cae por su base la acusación contra la sentencia formulada sobre la causal tercera de casación. Por ello la Corte estudiará conjuntamente ambas causales propuestas en la demanda.

Puede decirse que el problema radica en estudiar si tiene razón el recurrente al considerar que hubo indebida aplicación de la ley penal porque el Tribunal al tiempo de imponer la pena efectuó equivocadamente los cálculos concernientes a la calidad del delito cometido, cuatro homicidios y violación de domicilio de los que se declararon responsables a Esteban y Luis Arturo Gutiérrez y Clemente Castro, y aquellos mismos delitos, más el de lesiones personales a Alfonso Rivera, cuya responsabilidad se dedujo a José y José Rosario Mancilla; concurso de infracciones que por ello mismo implicaba el aumento de la penalidad sobre la base de esas circunstancias, al mismo tiempo que la pena así deducida debía atemperarse o disminuirse en la proporción señalada por el ar-

tículo 385, ya que en aquellos delitos se había reconocido la figura de la complicidad correlativa.

El Tribunal al condenar a los reos elevó la penalidad a diez y seis años para los Gutiérrez y Castro y a diez y seis años y seis meses, para los Mancilla, cálculo éste en desacuerdo con el Juzgado de instancia, que para los mismos procesados, respectivamente, había impuesto las penas de nueve (9) y nueve (9) años seis (6) meses de presidio.

Es pués, sobre el **modus operandi** en la aplicación de las penas en un caso como el que ofrece el proceso, lo que constituye la esencia misma o el fundamento del recurso. En efecto, la demanda hace hincapié en que la pena impuesta por el Juez de instancia es la que más se acomoda a la técnica del Código para el cálculo de la penalidad; mientras que la forma de proceder del Tribunal de instancia implica el desconocimiento de una modalidad que fué reconocida en los delitos y que constituye al mismo tiempo una circunstancia modificadora con capacidad legal para disminuir la pena a los procesados.

El sistema adoptado por el Juzgado de instancia parte de la base de que los delitos de homicidio de que el Jurado por unanimidad reconoció responsables a los procesados tienen la fisonomía de un asesinato por las circunstancias en que fueron cometidos y que también aceptó el veredicto. Pero al hacer el cómputo de la pena sobre la base de los quince años como mínimo que merece cada uno de los reos, reduce esa pena básica en la proporción señalada en el artículo 385, es decir, hasta el máximo de la reducción o sea la mitad, quedando así en siete años y medio, que aumentados por el concepto de la concurrencia delictuosa en la forma que señala el artículo 33, pero sin llegar hasta el máximo, o en "otro tanto", que señala dicha disposición, con lo cual la pena resultante fue de nueve años para los demás procesados distintos de José y José Rosario Mancilla, a quienes dicho cómputo se elevó a nueve años y seis meses, porque también fueron declarados responsables por el delito de lesiones personales.

En cambio el procedimiento seguido por el Tribunal tomó un rumbo diferente sobre la base de la pena mínima autorizada por el artículo 363 por la categoría de asesinato reconocida a los delitos de homicidio, pena mínima que no podía aumentarse porque los procesados no aparecen con circunstancias de mayor peligrosidad que hagan necesario elevarlo, dió aplicación inmediatamente al artículo 33 por la concurrencia delictuosa, aumentando de esta suerte la pena a nueve años por tal concepto, lo cual daba un cómputo de veinticuatro años, para hacer después la reducción prevista en el artículo 385 por el fenómeno de la complicidad correlativa, pero no reduciendo esta pena hasta el mínimo que señala dicha disposición, sino en una tercera parte, con un cómputo total de diez y seis años para los procesados distintos de José y José Rosario Mancilla, a quienes les fué impuesta, mediante el mismo procedimiento, la pena de diez y seis años y seis meses, pues éstos cometieron, como ya se ha dicho, el delito de lesiones en la persona de Alfonso Rivera, aparte de los homicidios y violación de domicilio.

No cabe duda que la pena impuesta por el Juez de instancia resulta excesivamente benigna dada la extrema gravedad de los delitos cometidos por los procesados. Dentro de la técnica del Código para efectos de la aplicabilidad de la pena, no se puede prescindir de aquellos factores que el mismo estatuto tiene en cuenta para individualizar la sanción a los delicuentes dentro de la pauta que fija el artículo 36 de esa obra.

En efecto, en dicho artículo se determina que dentro de los límites señalados por la ley debe aplicarse la sanción al delicuente teniendo en cuenta:

a) Gravedad y modalidades del hecho delictuoso;

b) Los motivos determinantes del mismo;

c) Circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen; y

d) La personalidad del agente.

Es entendido que todas estas modalidades deben entrar en juego para el cómputo o cálculo de la pena en la tarea de individualización que corresponde al Juez. Por ello, si en determinado proceso puede suceder que no se presenten circunstancias de mayor o menor peligrosidad que hagan necesario aumentar la pena por este concepto, de conformidad con las circunstancias de uno y de otro carácter que determinan los artículos 37 y 38 del Código, puede sinembargo ocurrir que los otros aspectos que contiene el artículo 36 a que se ha hecho referencia impliquen la necesidad de que el Juez los tome en cuenta para determinar la pena..

Así se comprende por qué en el caso el Tribunal por no encontrar circunstancias de mayor peligrosidad en contra de los reos tomara como pena

base el mínimo del señalado en el art. 363, es decir 15 años de presidio. Pero como existe una concurrencia delictuosa, producida por los varios delitos cometidos por los procesados, la norma del artículo 33 necesariamente debía tenerse en cuenta para señalar el monto de la pena; y una vez señalado éste, hacer la disminución prevista en el artículo 385.

No de otra suerte puede determinarse la pena en casos como éste, porque así surge del texto mismo de esa disposición, pues no de otra manera debe interpretarse ese mandato, que para los casos en él previstos señala que los cómplices correlativos "quedarán todos sometidos a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuída de una sexta parte a la mitad". Por tanto, la misma disposición prevé el procedimiento a seguir, que no es otro que el de tener en cuenta el artículo correspondiente infringido. Es claro que si se trata de un concurso de delitos, dicho artículo correspondiente no es sólo el que señala para el delito de mayor gravedad —base sobre la que gira el cómputo— sino las demás infracciones que de conformidad con el sistema de la acumulación jurídica, en lugar de sumar las penas que a cada una le corresponde se computen jurídicamente sobre el principio de la concurrencia real, y es a este fenómeno al que se atiende para determinar en definitiva cuál es la pena imponible, la que se reduce en la proporción que señale la circunstancia aminorante de la responsabilidad que pueda presentarse en el proceso, bien sea ella constituída por una modalidad atenuante, propiamente dicha, o por una figura típica como la que consagra el artículo 385.

No puede decirse que el procedimiento así explicado consagre la arbitrariedad de los falladores en la imposición de las penas. Por el contrario, este sistema tiene la ventaja de que evita la dosimetría penal, porque lleva elementos distintos de cálculos puramente aritméticos a la justicia penal, a fin de procurar la individualización de la condena al reo. Y que no es arbitrario fácilmente se demuestra con sólo tener en cuenta que así como no se elevó "hasta otro tanto", que es el límite fijado por el artículo 33 en la concurrencia real de infracciones, el monto de la pena, tampoco podía disminuírse en el mínimo del artículo 385, es decir, en una mitad aquel cálculo, porque es menester buscar una justa proporción entre el aumento proveniente del concurso y la disminución surgida de la complicidad correlativa, entre otros motivos porque el fallador tiene que considerar factores diferentes a la propia peligrosidad que autorizan para esos cómputos, como son en este caso los que provienen de la gravedad misma de los delitos y de las modalidades en que ellos fueron cometidos, así como de los motivos determinantes de los mismos, circunstancias todas éstas bastantes a comprobar que el cómputo de las penas hecho en la sentencia no es acreedor a tacha alguna desde el punto de vista técnico legal.

No prospera por tanto la causal primera de casación.

Lo mismo puede decirse de la causal tercera, porque la demanda no demuestra que haya habido desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder y el veredicto del Jurado. Por el contrario, el acuerdo entre esas distintas providencias judiciales queda patentado al considerar que en el auto de proceder se atribuyó a los reos la responsabilidad por concepto de la complicidad correlativa, que esa misma circunstancia se tuvo en cuenta al proponer los cuestionarios al Jurado hasta el extremo de que en la primera vista pública en el proceso, por no haber estructurado los cuestionarios de conformidad con el auto de proceder, la causa fue anulada, a pesar de que los veredictos habían sido rotundamente afirmativos en cuanto a la responsabilidad de los procesados.

Al efectuarse las segundas audiencias los cuestionarios fueron adicionados con la pregunta relativa al fenómeno de la complicidad y así fueron absueltos por el Jurado. La sentencia, tuvo en cuenta esa modalidad, si bien al efectuar los cómputos lo hizo con un procedimiento distinto al del juzgador de primer grado, que como se ha visto realiza a plenitud el tecnisismo de la ley penal en cuanto a la forma de computar las penas. Por consiguiente tampoco puede prosperar la causal tercera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, no invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha diez y seis de agosto de mil novecientos cincuenta, por la

cual se condena a Esteban y Arturo o Luis Arturo Gutiérrez y Clemente Castro a diez y seis años de presidio, y a diez y seis años y seis meses de igual pena a José y José Rosario Mancilla, como responsables de los delitos relacionados en el proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PARA QUE PUEDA DECRETARSE LA SUSPENSION DEL JUICIO CIVIL DE CONFORMIDAD CON LO ORDENADO POR EL ARTICULO 11 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, SE REQUIERE QUE EL JUEZ CIVIL, CON BASE EN DOCUMENTOS QUE APAREZCAN EN EL CURSO DEL PROCESO, ENCUENTRE UN DELITO PERSEGUIBLE DE OFICIO

El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal reglamenta el caso de una suspensión del proceso civil cuando se considere, en vista de una documentación que debe aparecer en el curso de ese proceso, que el fallo sobre "algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio" puede influir en la solución de la controversia civil.

Ese artículo 11 expresa que "cuando en el curso de un proceso civil se presentare algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio", se dará noticia a la autoridad correspondiente. Al Juez Civil corresponde CONSIDERAR el caso, es decir estudiarlo, y estudiarlo a la luz de las informaciones, autos y documentos de que trata el mismo artículo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

El veintidos de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete descendían por la calle 24 de esta ciudad los esposos José Ignacio Talero Losada y Marina Gutiérrez de Talero a tiempo que un agente de la policía perseguía a unos hombres que iban en fuga, disparando sobre ellos con tan mala suerte, que un disparo hizo blanco en la señora Gutiérrez, lesionándole una pierna. La señora Gutiérrez fue trasladada en el acto a una clínica, donde permaneció dos días, y allí llegó el citado agente de policía, llamado Marco J. Molano, a presentar excusas a los esposos Talero-Gutiérrez, quienes aprovecharon esta oportunidad para tomarle el número distintivo y otros datos de identificación.

Quizá creyó el señor Director de la Policía Nacional que en el hecho narrado no había culpa de parte del policía, pues celebró un contrato con los esposos mencionados por la suma de $ 2.880.77 que debía pagar la Nación, por concepto de indemnización y gastos hechos para atender a la operación, clínica, tratamiento, drogas, etc., de la señora Marina de Talero, con motivo de las lesiones sufridas a consecuencia de un disparo de revólver hecho por el agente Molano y que hirió a la señora en mención. "Según ese contrato, dicen los esposos en memorial que figura en las pruebas, éstos se comprometieron a desistir de la iniciación o intento de cualquier acción judicial o administrativa tendiente a obtener pago de gastos de indemnización proveniente de las lesiones sufridas por la contratante Marina Gutiérrez de Talero a consecuencia del disparo hecho por Marco J. Molano en ejercicio de funciones como agente de la policía nacional...".

El contrato cuestionado debía ser aprobado por el Ministerio de Gobierno, y estando en ese trámite ocurrieron los acontecimientos del 9 de abril de 1948, y se dice que el contrato fue consumido por el fuego, aunque es la verdad que en el expediente figura en copia debidamente autorizada. Uno de los hechos de la demanda dice que "copia auténtica de ese contrato, compulsada por la Dirección General de la Policía Nacional y tomada de otra que reposa en sus archivos, se acompaña a este escrito de demanda".

Por cualquier circunstancia los esposos "resolvieron desistir del contrato", según ellos lo dicen, y resolvieron también demandar a la Nación, ante el Tribunal Superior de Bogotá, en acción indemni-

zatoria, según escrito de nueve de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, en el cual se lee lo siguiente (hecho 9º) sobre el contrato mencionado y su intención de acudir a la justicia ordinaria: "Los señores Dr. José Ignacio Talero Losada y Marina Gutiérrez de Talero celebraron con la Dirección General de la Policía Nacional un contrato de transacción por medio del cual dicha entidad reconoció su responsabilidad en los perjuicios sufridos por los dichos señores con las lesiones personales de que fué víctima la expresada señora Gutiérrez de Talero, y se comprometió a pagar una determinada suma como indemnización de los perjuicios materiales ocasionados con ese hecho. Este contrato no tuvo nunca vigencia legal, por cuanto, una vez firmado por el señor Director General de la Policía Nacional, fue llevado al Ministerio de Gobierno para el cumplimiento de los otros trámites legales, en donde el original fue destruído durante el incendio que sufrieron las oficinas de ese Ministerio el día nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, según es de pública notoriedad, luego de lo cual los señores Talero resolvieron desistir de él o de su reconstrucción, para acudir en cambio a la justicia ordinaria".

La demanda fue contestada por el señor Fiscal rechazándola en todas sus partes, los actores produjeron pruebas, el señor Agente del Ministerio Público alegó, y llegado el momento de sentencia, el Tribunal no la dictó ni hizo estudio del contrato mencionado, ni de la responsabilidad atribuída por los actos a la Nación, sino que, previa una somera historia del negocio, expresó simplemente en auto de veintiocho de septiembre de mil novecientos cincuenta:

"Se considera:

"El pleito se origina en el hecho de un agente de policía, causante de lesiones personales a la señora Marina Gutiérrez de Talero. Este hecho es constitutivo de una infracción definida y castigada por el código penal, perseguible de oficio, según lo preceptuado en el Título XV, Capítulo 2º del Libro II del C. P. Además la calificación del hecho por el brazo penal de la jurisdicción influye en la decisión civil por tratarse de una culpa cuya declaración corresponde primordialmente al juez penal.

"Es de aplicación el artículo 11 del Código de Procedimientos Penales.

"En consecuencia el Tribunal ordena:

"Póngase el hecho imputado al Agente Molano en conocimiento del Juez Penal del Circuito de Bogotá: transcríbasele lo resolutivo de la presente providencia y copia de la demanda. El juez penal se servirá dar aviso inmediato a este despacho de la iniciación del procedimiento penal.

"Cumplido lo anterior, y con el aviso que dé el funcionario penal, vuelva al despacho para resolver sobre la suspensión del presente proceso".

Consideraciones de la Sala

Lo resuelto por el Tribunal, copiado arriba, equivale a lo siguiente:

a) Una orden dada al Juez Penal para que inicie un procedimiento con base en la parte resolutiva del proveído de esa corporación, y en la copia de la demanda; y

b) Aviso que debe dar al Tribunal el citado Juez de haber iniciado la investigación, "para resolver sobre la suspensión del presente proceso".

El artículo 11 invocado por el Tribunal reglamenta el caso de una suspensión del proceso civil cuando se considere, en vista de una documentación que debe aparecer en el curso de ese proceso, que el fallo sobre "algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio" puede influir en la solución de la controversia civil. Y se observa de una vez que el Tribunal, por medio del auto analizado arriba, no suspende el proceso civil.

Ese artículo 11 expresa que "cuando en el curso de un proceso civil se presentare algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio", se dará noticia a la autoridad correspondiente. Al Juez Civil corresponde **considerar** el caso, es decir, estudiarlo. Y estudiarlo a la luz de las informaciones, autos y documentos de que trata el mismo artículo. Pero aquí no ha habido elementos para formar ese criterio, pues nada existe en el expediente que pueda dar razón de un delito perseguible de oficio, por lo cual el Tribunal deja esa consideración para lo futuro, y pide que la investigación se inicie, y que se le dé noticia de esa simple iniciación para resolver acerca de la suspensión.

El presente juicio civil avanzó hasta el momento de dictar sentencia; no la dictó el Tribunal, ni suspendió el juicio de acuerdo con el artículo 11 que invocó, sino que dictó un auto ordenando una investigación y ordenando que se le dé aviso de su iniciación, para resolver si es o

no el caso de suspender el juicio. Lo cual no tiene fundamento legal.

No ha encontrado el Tribunal, en el curso del proceso, que es lo que dice el artículo 11, un hecho delictuoso que autorice o pueda autorizar una suspensión, y como no lo ha encontrado, dicta reglas para crear ese hecho fuera del proceso, lo que es anómalo.

Si el Tribunal busca que se levante un proceso sobre la responsabilidad de que tratan los autos, en realidad se busca así una prueba que pueda mejorar la situación de la Nación demandada, para disminuir o eliminar la responsabilidad que se le atribuye, y esta tarea corresponde a los representantes de la Nación en el juicio, y es desleal contra la otra parte adelantarla por el juzgador.

Hay una subordinación de la acción civil a la penal si se demanda al responsable directo de la infracción presunta o real, ha dicho esta Sala; pero no existe esa subordinación si la demanda se dirige contra un tercero responsable.

Lo que quiere decir que es preciso revocar el auto apelado, a fin de que el juicio siga su curso.

Por las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— revoca el auto apelado, de fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos cincuenta, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Rafael Robles—Gerardo Arias Mejía—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

SE DECLARA NULO UN JUICIO PORQUE EL MANDATO CONFERIDO A QUIEN OBRO EN REPRESENTACION DEL DEMANDANTE EXPIRO ANTES DE QUE HUBIESE SIDO ADMITIDA LA DEMANDA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos cincuenta y uno.

El doctor Mauricio Ospina Devia, obrando cómo apoderado de los señores Enrique Zalaméa Lleras, José Ignacio Garcés, Matilde Urzona v. de Molina y Rogelio Maya López, con fecha 2 de marzo de 1950, presentó demanda ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que se condenara a la Nación a "entregar o devolver a los poseedores, o sea mis mandantes, en las porciones que luégo se expresarán y en las calidades que alegan respecto a estas porciones de terreno, un lote o globo de tierra situado en el barrio de San Cristóbal de esta ciudad de Bogotá, sobre la carretera llamada de circunvalación de Vitelma", por linderos que se detallan en la primera petición de la demanda.

Con fecha seis de marzo del mismo año de 1950, el Tribunal admitió la demanda propuesta, y ordenó el traslado de rigor al señor Fiscal de la Corporación. El 17 del mismo mes de marzo fue notificado el auto admisorio de la demanda al Dr. Ospina Devia, y el 27 siguiente, se notificó al señor Fiscal 3º del Tribunal.

Este funcionario contestó la demanda oponiéndose "en todo sentido al derecho que pretenden los demandantes", negando el derecho y fundamento de ella.

Abierto a pruebas el juicio, el Fiscal pidió e hizo allegar a los autos las que estimó pertinentes, y con fecha treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta, el Tribunal dictó sentencia negando las peticiones de la demanda, y absolviendo a la Nación de los cargos que en ella se le formularon.

Del anterior proveído apeló el apoderado de los actores, y en tal virtud han venido los autos a esta Superioridad, en donde el juicio pasó por los trámites del traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, y fijación en lista.

Dentro de la ejecutoria de este último auto, el doctor Ospina Devia presentó copia de la partida de defunción expedida por el Notario Séptimo de esta ciudad, en la que consta que el Dr. José Ignacio Garcés murió el día 3 de marzo de 1950, y un memorial manifestando que "de conformidad con la partida de defunción que adjunto, resulta que uno de quienes forman el grupo litigante murió el 6 de marzo de 1950, poco después de presentar esta demanda.... En estas condiciones existe una causal de nulidad de conformidad con lo dispuesto en el art. 448 del C. J., por lo cual solicito, antes de seguir adelante la actuación, se sirva declararla según el art. 455 del C. J.".

Abierta la correspondiente articulación para decidir sobre la nulidad propuesta, el señor Procurador Delegado en lo Civil, a quien se le corrió el traslado legal, manifestó su conformidad con la petición sobre nulidad, observando que la responsabilidad recae exclusivamente sobre el apoderado, quien se notificó de la demanda y de su reconocimiento como personero de los actores, días después del fallecimiento del Dr. José Ignacio Garcés.

La Sala considera:

El artículo 264 del C. Judicial dice que "el mandato judicial no termina por la muerte del mandante si está ya notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal". En el caso de autos, como se ha visto, la muerte del poderdante Garcés, **acaecida al día siguiente de presentada la demanda,** y por tanto, antes de la primera intervención del Tribunal, terminó el mandato judicial del doctor Ospina Devia.

La Sala estima que aquí no es del caso aplicar el numeral 2º del artículo 370 del C. Judicial, in-

vocado por el Dr. Ospina y el señor Procurador Delegado en lo Civil, ya que este artículo trata de suspensión de términos en un juicio, y, como se ha dicho, con la muerte del representado, antes de la notificación de la demanda, terminó automáticamente el mandato judicial del señor apoderado que ha venido actuando.

Resumiendo: el doctor Ospina Devia no ha tenido la representación judicial del doctor Garcés, y por tanto es nula la actuación adelantada en tales circunstancias desde el auto en que se admitió la demanda, por virtud de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 448 del C. Judicial.

Como lo anota el señor Procurador Delegado, no hay lugar a hacer la especial condenación en costas prevista en el artículo 458 del mismo Código, ya que la culpa recáe exclusivamente en el señor apoderado Dr. Ospina Devia.

Por tanto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, **declara nulo** lo actuado en este juicio, a partir del auto admisorio de la demanda, fechado el seis de marzo de mil novecientos cincuenta, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION PARA EL PAGO DE UNOS EMOLUMENTOS COMO MIEMBRO DEL CONGRESO NACIONAL — INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE ESTA CLASE DE CONTROVERSIAS

1—La controversia pecuniaria planteada en este proceso no es de origen civil sino de derecho público, como acontece con las que generalmente provienen de las relaciones entre el Estado y sus funcionarios. Las disposiciones constitucionales y legales invocadas por el demandante así lo indican claramente, pues ellas se refieren a los emolumentos a que tienen derecho los miembros de uno de los órganos del Estado.

De donde deduce la Sala que estas controversias, en razón de su índole y origen, son del conocimiento del Consejo de Estado, de acuerdo con la cláusula general de competencia prevista en el artículo 51 del Código de lo Contencioso Administrativo, que dice:

"Toda contención administrativa para la cual no se hubiere señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores o en el Título siguiente, o en ley especial, será decidida por el Consejo de Estado en una sola instancia".

2. — Cuando el fallador carece de competencia para conocer de la controversia, lo procedente no es desestimar las peticiones de la demanda, sino que debe declararse la nulidad de todo lo actuado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cinco de julio de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor José Domingo Arias Bernal, obrando como apoderado del señor Aquileo Parga N., presentó demanda ante el Tribunal Superior de Ibagué para que, en juicio ordinario contra la Nación, representada por el respectivo Agente del Ministerio Público, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—La parte demandada está en la obligación de pagar inmediatamente quede ejecutoriada la sentencia que tal disponga, a favor de mi cliente, el valor de sus sueldos como Representante al Congreso Nacional, Cámara de Representantes, por la Circunscripción Electoral del Tolima, desde el día diez y siete de febrero de mil novecientos cuarena y cinco (17 de febrero de 1945) hasta el día veintitrés de junio inclusive del expresado año de 1945, o sea por un lapso de ciento veintisiete días.

"Segunda.—Igualmente la parte demandada se halla obligada a pagar a mi cliente el valor de sus dietas como Representante al Congreso, Cámara de Representantes, comprendidos en ellas no solamente los sueldos señalados por la ley, sino los gastos de representación a que tenía derecho, de acuerdo con la ley.

"Tercera. — Que como consecuencia de las dos peticiones anteriores, la Nación debe pagar a mi cliente los expresados valores, de acuerdo con lo que se les pagó en total dentro del expresado tiempo a los demás Representantes al Congreso Nacional, tanto por concepto de sueldos como de gastos de representación y demás".

Como fundamento de sus peticiones, el demandante enunció los hechos que pueden sintetizarse así:

a) El señor Aquileo Parga fue elegido suplente del doctor Alejandro Bernate a la Cámara de Representantes, para el período constitucional que principió el 20 de julio de 1943;

b) Con ese carácter de suplente, el señor Parga tomó posesión de su cargo de Representante y ocupó puesto en la Cámara, tanto en las sesiones extraordinarias de 16 y 17 de mayo de 1944 como en las sesiones ordinarias de dicho año;

c) Al señor Parga se le pagaron los sueldos de todo ese período de sesiones ordinarias y los de receso hasta el 21 de enero de 1945;

ch) El principal doctor Alejandro Bérnate entró a la Cámara de Representantes el 22 de enero de 1945 y actuó en todas las sesiones extraordinarias de ese año, que duraron desde aquella fecha hasta el 16 de febrero siguiente; y

d) Por haber actuado en las sesiones ordinarias de 1944 y haber recibido los sueldos de todo ese

período, el señor Parga tiene derecho al pago de la totalidad de las vacaciones o receso del Congreso, con excepción del tiempo de sesiones extraordinarias en que actuó el principal doctor Bernate.

Contestada la anterior demanda por el señor Fiscal del Tribunal, el juicio siguió adelante por sus cauces normales, hasta llegar al estado de citar a las partes para sentencia.

Solicitó entonces el señor Fiscal se decretara la nulidad de lo actuado, fundándose en que el asunto era del conocimiento de la justicia del trabajo, de conformidad con el artículo 7º de la ley 24 de 1947.

De este incidente se derivó después otro de competencia negativa entre el Tribunal Superior y el Seccional del Trabajo, incidente que fue resuelto por el Tribunal Supremo del Trabajo, en el sentido de que esta jurisdicción especial carecía de atribuciones para conocer del negocio.

Vuelto luégo el proceso al Tribunal Superior, éste terminó por fallarlo por sentencia de fecha veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, sentencia en que se decide desestimar la demanda y no hacer las declaraciones solicitadas, con fundamento en que el asunto es de competencia de la justicia cotencioso-administrativa.

A virtud de apelación interpuesta por la parte demandante, procede ahora esta Sala de la Corte a revisar la sentencia mencionada, con la advertencia de que en esta instancia sólo ha expresado sus puntos de vista el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien ha encontrado acertadas y jurídicas las razones del Tribunal.

Dice así el señor Agente del Ministerio Público:

"La demanda de que se trata fue presentada bajo la vigencia del Código de lo Contencioso Administrativo, que en su artículo 34, numeral 10, establece que el Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia, 'de los recursos contencioso administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuídos a una jurisdicción distinta'.

"Es claro que la presunta negativa del Pagador de la Cámara a cubrir el valor de las dietas mencionadas, constituye un acto de un funcionario administrativo del orden nacional, de la naturaleza de aquellos a que se refiere la disposición legal antes citada. Por tanto, si el señor Parga no estuvo conforme con el acto dé ese funcionario, hubiera debido adelantar su reclamación por la vía gubernativa hasta obtener de la entidad competente la resolución que pusiera fin a esa actuación administrativa. Y agotada la vía gubernativa, el peticionario habría tenido abierto el camino para acudir a la justicia de lo Contencioso Administrativo, presentando la correspondiente demanda ante el Consejo de Estado, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, a que se ha hecho mención.

"Así, pues, el hecho fundamental que razonablemente se supone dio origen a este litigio, constituye un típico acto administrativo que en casos como el de estudio, debe sujetarse al procedimiento señalado en nuestras leyes y reclamarse ante las autoridades competentes para tal efecto. Y como se ha visto, la competencia para su conocimiento la ha fijado la ley en forma expresa y de manera privativa en el Consejo de Estado.

"Por lo tanto, como lo dice la H. Corte en el fallo transcrito por el Tribunal, no es posible aceptar que negocios de esta naturaleza estén comprendidos dentro de los atribuídos a los Tribunales Superiores por el ordinal 1º del artículo 76 del C. J., porque en ellos no se discuten cuestiones de derecho privado, ya que la obligación en que está la Nación de pagar los servicios de los parlamentarios, no tiene su origen en un contrato de derecho privado".

Se considera:

Tal como ha sido planteada la demanda con que se inició este juicio, no puede hablarse de actos administrativos del Pagador de la Cámara de Representantes, como un medio para llegar a las conclusiones adoptadas por el Tribunal y prohijadas luégo por el señor Procurador Delegado en lo Civil. Ni en la demanda se trata de la negativa del Pagador a cubrir las dietas y gastos de representación que ahora se reclaman, pero ni siquiera puede decirse que dicho Pagador tenga poderes o facultades de decisión, de suerte que sus actos constituyan verdaderos actos administrativos. Sus funciones se limitan a realizar las erogaciones o gastos debidamente autorizados.

Lo que ocurre es que la controversia pecuniaria planteada en este proceso no es de origen civil sino de derecho público, como acontece con las que generalmente provienen de las relaciones

entre el Estado y sus funcionarios. Las disposiciones constitucionales y legales invocadas por el demandante así lo indican claramente, pues ellas se refieren a los emolumentos a que tienen derecho los miembros de uno de los órganos del Estado.

De donde deduce la Sala que estas controversias, en razón de su índole y origen, son del conocimiento del Consejo de Estado, de acuerdo con la cláusula general de competencia prevista en el artículo 51 del Código de lo Contencioso Administrativo, que dice:

"Toda contención administrativa para la cual no se hubiere señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores o en el Título siguiente, o en ley especial, será decidida por el Consejo de Estado en una sola instancia".

Ahora, que para promover el juicio ante el Consejo de Estado se requiera reclamación administrativa previa ante la autoridad competente, de modo que el reconocimiento del derecho pueda pedirse como una consecuencia de la nulidad del acto que ponga fin a ese reclamo, es esa una cuestión que depende únicamente de nuestra organización contencioso administrativa al respecto. Mas en todo caso, lo fundamental en este asunto es que la naturaleza de la controversia no permite que de ella conozca la justicia ordinaria sino el Consejo de Estado.

Pero si, como se ha visto, la Corte llega a las mismas conclusiones del Tribunal por motivos distintos, no por ello habrá de confirmarse la providencia apelada, pues lo que procede en estos casos es declarar la nulidad de toda la actuación procesal, "por incompetencia de jurisdicción improrrogable e inallanable" (artículos 151 y 455 del C. J.).

Y en mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia DECLARA nulo todo lo actuado en el presente juicio.

Las costas son de cargo de los Magistrados del Tribunal que dictaron el fallo reclamado (artículo 458 del C. J.).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Rafael Robles—Gerardo Arias Mejía—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

LA JUSTICIA ORDINARIA ES COMPETENTE PARA CONOCER DE CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN OCUPACIONES DE PROPIEDADES PRIVADAS POR CAUSA DE TRABAJOS PUBLICOS

En varios fallos ha aceptado esta Sala que la justicia ordinaria es competente para conocer de la acción declarativa de dominio sobre terrenos ocupados por razón de trabajos públicos, pero agregando, en algunos de estos fallos, que no lo es para conocer de la indemnización o pago de tales terrenos, con fundamento en que esta última acción le está atribuída a la justicia contencioso-administrativa, de acuerdo con especiales disposiciones de la ley 167 de 1941.

Esta misma tesis la acoge en su alegato el señor Procurador Delegado en lo Civil, pues al solicitar que se declare la excepción perentoria de petición de modo indebido, lo hace fundándose en que la justicia ordinaria es competente para conocer de la acción declarativa de dominio y de la acción reivindicatoria, pero no para conocer de la reclamación sobre pago de la zona ocupada.

Todos estos antecedentes jurisprudenciales y los muy importantes alegatos de las partes, llevan ahora a la Sala a plantearse los siguientes interrogantes:

¿Es acaso congruente que la justicia ordinaria pueda declarar el dominio privado sobre terrenos ocupados por la Administración para trabajos públicos, pero que no pueda deducir ninguna de las consecuencias inherentes a ese derecho?

Y más concretamente todavía: ¿si se demuestran los hechos necesarios para la reivindicación pero se llega a la conclusión de que ésta no puede decretarse por razones superiores de interés público, es posible que la justicia ordinaria carezca de competencia para ordenar el pago de los terrenos ocupados de hecho por la Administración, aún habiéndosele pedido subsidiariamente?

Planteado así el problema, estima la Sala que la cuestión suscitada por la Procuraduría no puede desatarse a la luz de las simples normas legales, sino tomando especialmente en cuenta los preceptos constitucionales que garantizan la propiedad privada frente a la Administración, como en seguida ha de verse:

Dice el artículo 76 del Código Judicial que los Tribunales Superiores conocen en primera intsancia 'de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado...', entre las cuales indudablemente están comprendidas las que se relacionan con la propiedad; pero como la ley 167 de 1941, que es posterior a dicho Código, establece que la justicia contencioso-administrativa conoce privativamente de las indemnizaciones a cargo de la Administración por causa de trabajos públicos, incluyendo de modo expreso el pago de las zonas ocupadas por este motivo (artículo 33, ordinal 2; artículo 52, ordinal 7º; y capítulo XXII del C. de lo Contencioso), de ahí se ha venido deduciendo que la justicia común no tiene hoy competencia para ordenar el pago de esas zonas.

Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es el poder judicial o justicia ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o interés social.

En efecto: el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o interés social no puede realizarse sino mediante SENTENCIA JUDICIAL E INDEMNIZACION PREVIA. Y el artículo 33 estatuye que "en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial..."; agregando además, de modo expreso, que en tal caso la

propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable de las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Corte cualquier acción que tienda a que se respete por la Administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de estas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la Administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

"La jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la autoridad judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la Administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien, desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la Administración en condiciones regulares y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir A FORTIORI cuando tales formalidades se han omitido". (Curso elemental de lo Contencioso-Administrativo, pág. 153).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Ante el Tribunal Superior de Barranquilla, el doctor Arturo Fabio Manotas, mediante apoderado, inició, en febrero de 1945 y abril de 1946, respectivamente, dos juicios civiles ordinarios contra la Nación, que adelantados fueron por los trámites correspondientes hasta culminar con decisiones definitivas, adversas a las pretensiones del demandante, producidas el 14 de diciembre de 1946 y 11 de marzo de 1947, con el voto disidente, en ambas, de uno de los miembros de la Sala Civil de aquella Corporación.

Contra las decisiones mencionadas se alzó la parte demandante y por tal motivo llegaron a esta Sala de Negocios Generales de la Corte los respectivos juicios en diversas fechas, para iniciarse y adelantarse su sustanciación por los señores Magistrados a quienes hubo de repartírseles hasta ser decretada su acumulación, a instancia del señor Procurador Delegado en lo Civil por auto proferido el catorce de mayo de 1948, por el suscrito Magistrado ponente, que estaba conociendo del juicio más antiguo, esto es, del iniciado en febrero de 1945, en razón de ser una misma acción ejercitada en ambos juicios, provenir de una misma causa y ser también unos mismos los litigantes.

Ya acumulados los dos juicios de la referencia, distinguidos, el iniciado en 1945 con el número 218, y el otro en 1946, con el número 215, se continuó su tramitación en la forma ordenada por el artículo 412 del C. J., hasta llegar al momento actual en que se procede a darles término con el fallo definitivo de segundo grado.

Las demandas

En la demanda con que se inició en el año de 1945 el juicio número 218 se impetraron las siguientes declaraciones, con audiencia del representante legal de la Nación demandada:

"**Primero.**—Que es del dominio privado de mi poderdante, por tener sobre él títulos inscritos que comprueban tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, y debe serle restituído, el siguiente inmueble, ubicado en jurisdicción de este Municipio: "Una porción de te-

rreno situado en esta ciudad, en el punto llamado 'La Loma', que tiene estas medidas y linderos: al norte, predios de Miguel A. Bula y Rafaela Bula y mide ciento treinta (130) metros; al sur, setenta y uno (71) metros y linda con el Canal del Centro; al este, trescientos veintidós (322) metros y predio de María C. B. de Palacio y al oeste, en una línea que parte en dirección norte a sur, en una distancia de ciento noventa y siete (197) metros, linda con predio de Mercedes Bula, siguiendo la línea en dirección oeste en una distancia de ochenta metros, y siguiendo la línea en dirección norte a sur, en una distancia de ciento veinticinco (125) metros, linda con predio de Jenaro Pérez, que hacía parte del que se deja descrito.

"Como subsidiaria de la anterior declaración pido que se declare que el inmueble individualizado en el párrafo anterior es de propiedad privada del doctor Arturo F. Manotas, por haberlo poseído en las condiciones legales necesarias para que la ocupación confiera el dominio, o sea, realizando la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño.

"Segundo.—Que, como consecuencia de la declaración principal o de la declaratoria pedida en subsidio, se condene a la Nación a pagar a mi representado el valor de la parte de terreno de propiedad del doctor Arturo F. Manotas que ocupó para las obras del Puerto local de Barranquilla, conforme a estimación en dinero de ese valor hecho con arreglo a la Ley".

Como hechos fundamentales de la acción se aducen los siguientes:

"1º El inmueble delimitado en el punto primero de la parte petitoria, se halla comprendido dentro del área urbana de la ciudad de Barranquilla;

"2º Sobre el inmueble dicho tiene mi poderdante títulos inscritos que comprueban tradiciones de dominio por lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, otorgados con anterioridad al treinta (30) de diciembre de mil novecientos treinta y seis (1936), fecha en la cual entró a regir la Ley 200 del mismo año, cosa que comprobaré en el respectivo término de prueba;

"3º El inmueble materia de la presente demanda, además de estar amparado por una cadena de títulos inscritos, ha estado en posesión material por parte de particulares poseedores inscritos de él durante un período mayor de treinta (30) años contados con anterioridad a la vigencia de la Ley 200 de 1936. Esa posesión material ha consistido en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como la ocupación con ganados, construcción y conservación de cercas y edificios y otros de igual significación económica, habiendo sido tal ocupación continua, quieta y pacífica, durante un lapso mayor del que señalan las leyes para la prescripción treintenaria.

"4º El Gobierno Nacional, por Decreto Ejecutivo número 2250 y la Resolución 223 de 1932 estimó como baldíos sin serlo, una zona de terrenos dentro de la cual se encuentra el inmueble materia de esta demanda, zona que destinó a la obras del Puerto local de Barranquilla. El Gobierno Nacional en desarrollo del Decreto y de la Resolución anteriormente mencionados, ocupó el inmueble de mi poderdante que es materia de esta demanda".

El juicio distinguido con el número 215, se inicia en 1946, con el correspondiente libelo, en que se suplica:

"Primera.—Que es del dominio privado de mi poderdante, por tener títulos inscritos que comprueben tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes civiles a la prescripción extraordinaria, el siguiente inmueble, situado en jurisdicción de este Municipio, a saber: Una porción de terreno ubicada en el punto que en esta ciudad se denomina 'La Loma', con una figura irregular de ocho lados, como lo demuestra el plano que acompaño y con una cabida total de cuarenta mil cuatrocientos sesenta y ocho metros cuadrados, porción que tiene las siguientes medidas laterales: por el primer lado norte, mide ciento cuarenta y siete metros, por el segundo lado norte mide sesenta y siete metros con setenta centímetros, por el tercer lado norte mide doscientos noventa y un metros, y por el cuarto lado norte, ciento seis metros; por el este mide noventa y tres metros; por el mayor lado sur mide trescientos setenta y ocho metros; por el menor lado sur mide ciento veintiocho metros; por el oeste con el cual se cierra la figura, ciento cincuenta y un metros con ochenta y ocho centímetros y linda: por todo el norte con terrenos de sucesores de Pedro Antonio Roca o que fueron de ellos; por el sur con el lote número dos (2) del plano general de los terrenos de la familia Bula perteneciente tal lote a la señora Rafaela Bula; por el este, con el lote número seis (6) de los mismos terrenos, pertenecientes a María C. Bula

de Palacio: por el oeste con el Caño de las Compañías.

"**Segunda.** — Que como del terreno delimitado anteriormente el Estado o Nación destruyó diez y ocho mil quinientos dos metros cuadrados con los trabajos de canalización del Caño de las Compañías y por lo mismo no podrá restituir tal terreno, debe pagar en dinero la suma que resulte del avalúo hecho por peritos, dentro del presente juicio, ya que la parte destruída quedó ocupada por las aguas del Caño de las Compañías.

"**Tercera.**—Que el terreno que ha quedado después de la destrucción de los metros de él hecha por el Estado o Nación al abrir el Canal de las Compañías debe ser restituído a mi poderdante dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo ordene, por cuanto posee una tradición inscrita del terreno que es mayor del término señalado por las leyes para fundar el derecho de dominio.

"**Cuarta.**—Que en cuanto a la extensión de terreno destruída por la apertura del Canal de las Compañías, en número de diez y ocho mil quinientos dos metros cuadrados, debe ser pagada por el Estado o Nación a mi poderdante en el mismo término arriba mencionado de acuerdo con el avalúo que le den peritos nombrados en el juicio y en la forma legal.

"**Quinta.**—Que el Estado o Nación debe pagar a mi poderdante, por concepto de frutos civiles de la totalidad del inmueble relacionado en la petición primera, o sea, de los diez y ocho mil quinientos dos metros cuadrados destruídos por los trabajos del Caño de las Compañías junto con los veintiun mil novecientos sesenta y seis metros cuadrados restantes, la cantidad de un centavo ($ 0.01) moneda legal por cada metro y por mes desde el primero de enero de mil novecientos treinta y tres en adelante. En subsidio del monto por frutos civiles señalado por mí en esta petición, el Estado o Nación debe pagar a mi poderdante lo que por tal concepto se fije por medio de peritos".

Esta demanda se sustenta en hechos semejantes a los aducidos en aquélla primeramente incoada, tal como fueron reproducidos.

Y en derecho se dijo, en ambas demandas, fundamentarlas en "el Título VII, Capítulos I y II del Código Civil, el Título XII del mismo Libro II, de la ley 200 de 1936, las disposiciones concordantes del Código Civil y de las leyes vigentes que sean pertinentes, el Libro II, Título XVIII, Capítulo I y sus concordantes del Código Judicial y las doctrinas de la Corte Suprema de Justicia, contenidas en fallos sobre cuestiones semejantes".

Surtido el traslado de la demanda, a que se refiere el juicio número 218, al Fiscal del Tribunal, éste lo descorrió manifestando no aceptar ni negar los hechos que se aducen como sustentatorios de la misma, con excepción del cuarto que dijo aceptarlo en cuanto "el Gobierno Nacional legalizó el carácter de baldíos de dichos terrenos, carácter congénito con ellos, por virtud de las disposiciones citadas en el libelo de demanda", para interponer, finalmente, "la excepción perentoria de inexistencia del derecho reclamado".

Y con relación a la demanda, origen del juicio número 215, expresó negarle su asentimiento a los hechos y asimismo las razones de derecho invocadas, proponiendo por último "la excepción de carencia de acción y la genérica de todo hecho en virtud del cual la ley declara inexistente la obligación o extinguida si alguna vez existió".

Como al principio hubo de expresarse, surtido el trámite correspondiente a la primera instancia, el Tribunal falló los indicados juicios Nos. 218 y 215 por sentencias fechadas respectivamente, el 14 de diciembre de 1946 y 11 de marzo de 1947, declarando en ambas, no acceder a ninguna de las peticiones de la demanda, para absolver, en consecuencia, a la Nación de los cargos que se le han formulado.

Dicho está que la parte actora interpuso recurso de apelación contra estos fallos, por lo cual vinieron acá los expedientes respectivos, en donde se cumplió el trámite de la segunda instancia, con producción de pruebas en ambos juicios de parte del actor; presentación de alegatos, cuando ya estaban acumulados, del señor apoderado del demandante y del Procurador Delegado en lo Civil, y asimismo por aquél, como resumen de las alegaciones orales que hiciera durante la audiencia.

Competencia de la Corte

Las demandas, origen de estos dos juicios acumulados, contienen, en común, una súplica principal encaminada a obtener declaración de dominio privado sobre los dos lotes de terreno tal como fueron allí singularizados, ubicados ambos en el punto denominado "La Loma" de la ciudad de Barranquilla; una segunda, también principal, en el juicio distinguido con el número 218, para

que como consecuencia de la primera, se decida que la Nación debe pagar el valor de la parte de este terreno que ocupó para las obras del puerto local de Barranquilla; y en el juicio número 215, segunda, tercera, cuarta y quinta súplicas, igualmente principales, tendientes a obtener decisión u orden de pago del valor de los terrenos en cuanto resulten ocupados por las obras del Terminal y de restitución de los mismos en cuanto no estén ocupados por esas obras, con las consecuenciales prestaciones a cargo de la Nación, en relación con la totalidad del lote.

En la primera instancia, el tópico de la competencia no fue planteado y el Tribunal no lo trató siquiera en forma incidental. Mas como acá el señor Procurador Delegado en lo Civil lo suscitó bajo la forma de nulidad procesal, al proponer el incidente respectivo en los dos juicios de la referencia, incidente que fue resuelto, por auto de veintiséis de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, en forma adversa para el proponente; y, como luégo, el mismo funcionario, en su alegato final, vuelve sobre el mismo tema, al proponer y solicitar se reconozca la excepción perentoria de petición de un modo indebido, por haberse adelantado el litigio ante jurisdicción incompetente, procede consecuencialmente examinar si el Tribunal de Barranquilla tenía o no competencia para conocer y fallar esos juicios y si la tiene la Corte para pronunciarse ahora en relación con el fondo de todas las acciones en ellos ejercitadas.

Concretamente, el señor Procurador Delegado en lo Civil, refiriéndose al juicio número 218, expone como razones sustentatorias de la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de la acción de pago o indemnizatoria de la zona de terreno que allí se menciona, las siguientes:

"Lo pedido en este juicio, según está visto, es el valor de la parte del terreno del señor Manotas que la Nación "ocupó para las obras del puerto local de Barranquilla, conforme a la estimación en dinero de ese valor hecho con arreglo a la ley". Nada más. La causa de la demanda no radica en que la Nación haya enajenado el inmueble a otro en cuyo poder se haga imposible o difícil la restitución, presupuesto que haría viable la acción trasmisora del dominio consagrada en el artículo 955 del C. C. La causa, pues, está en la ocupación permanente del terreno por la Nación para un servicio público, caso en el cual procede exclusivamente la acción indemnizatoria, tanto a la luz de la ley 38 de 1918, bajo cuyo imperio se efectuó la ocupación o "expropiación", como de los artículos 261 y ss. del Código Contencioso Administrativo. Y ante esta realidad indiscutida e indiscutible, la competencia para conocer de la acción se fija improrrogablemente en el Consejo de Estado por las dos leyes citadas".

Y con relación al juicio número 215, expresa, que como el caso en él planteado "es en el fondo idéntico al que se discutió en el juicio de Andrés García H., Llach y Compañía, S. A., Amelia Quintero v. de Valle y otros contra la Nación, de que conoce el Magistrado doctor Robles", considera pertinente reproducir las consideraciones formuladas ante la Corte en el alegato de conclusión presentado en ese juicio, "sin perjuicio —dice— de que se tengan en cuenta las consideraciones que acabo de exponer respecto de la acción reivindicatoria...".

Efectivamente, en el juicio a que alude el señor Procurador Delegado en lo Civil suscitado fue también por este funcionario el mismo tema de la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de las acciones encaminadas a obtener el pago o indemnización de la zona o zonas de terreno, materia de dicho juicio, que en verdad es idéntico en el fondo a los dos juicios acumulados que hoy ocupan la atención de la Sala. Sobre ese particular, en el juicio de la referencia, esta Sala de la Corte tuvo oportunidad, al fallarlo definitivamente, de estudiar el problema para decidirlo en forma adversa a la tesis de la Procuraduría, sentando al respecto la doctrina que estimó más jurídica y que hoy ratifica de manera expresa.

En ese fallo, que lleva fecha 23 de mayo último, se dijo:

"En varios fallos ha aceptado esta Sala que la justicia ordinaria es competente para conocer de la acción declarativa de dominio sobre terrenos ocupados por razón de trabajos públicos, pero agregando, en algunos de estos fallos, que no lo es para conocer de la indemnización o pago de tales terrenos, con fundamento en que esta última acción le está atribuída a la justicia contencioso-administrativa, de acuerdo con especiales disposiciones de la ley 167 de 1941.

Esta misma tesis la acoge en su alegato el señor Procurador Delegado en lo Civil, pues al solicitar que se declare la excepción perentoria de petición de modo indebido, lo hace fundándose en que la justicia ordinaria es competente para conocer de la acción declarativa de dominio y de

la acción reivindicatoria, pero no para conocer de la reclamación sobre pago de la zona ocupada.

Todos estos antecedentes jurisprudenciales y los muy importantes alegatos de las partes, llevan ahora a la Sala a plantearse los siguientes interrogantes:

¿Es acaso congruente que la justicia ordinaria pueda declarar el dominio privado sobre terrenos ocupados por la administración para trabajos públicos, pero que no pueda deducir ninguna de las consecuencias inherentes a ese derecho?

Y más concretamente todavía: ¿Si se demuestran los hechos necesarios para la reivindicación pero se llega a la conclusión de que ésta no puede decretarse por razones superiores de interés público, es posible que la justicia ordinaria carezca de competencia para ordenar el pago de los terrenos ocupados de hecho por la administración, aún habiéndosele pedido subsidiariamente?

"Planteado así el problema, estima la Sala que la cuestión de competencia suscitada por la Procuraduría no puede desatarse a la luz de las simples normas legales, sino tomando especialmente en cuenta los preceptos constitucionales que garantizan la propiedad privada frente a la administración, como en seguida ha de verse.

"Dice el artículo 76 del Código Judicial que 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...", entre las cuales indudablemente están comprendidas las que se relacionan con la propiedad; pero como la ley 167 de 1941, que es posterior a dicho Código, establece que la justicia contencioso-administrativa conoce privativamente de las indemnizaciones a cargo de la administración por causa de trabajos públicos, incluyendo de modo expreso el pago de las zonas ocupadas por este motivo (artículo 33, ordinal 2º; artículo 52, ordinal 7º; y Capítulo XXII del Código de lo Contencioso), de ahí se ha venido deduciendo que la justicia común no tiene hoy competencia para ordenar el pago de esas zonas.

"Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es al poder judicial o justicia ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o interés social.

"En efecto: el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o interés social no puede realizarse sino mediante **sentencia judicial e indemnización previa.** Y el artículo 33 estatuye que "en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial...;" agregando además, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

"De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización: lo que además implica que para la Corte cualquier acción que tienda a que se respete por la administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de estas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

"La jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la autoridad judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien, desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la posesión definitiva y total se opera en provecho de la administración en condiciones regulares y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir

a fortiori cuando tales formalidades se han omitido". (Curso Elemental de lo Contencioso Administrativo, pág. 163).

"Así, pues, para la Corte es incuestionable la competencia de la justicia común para conocer de las distintas acciones ejercitadas en el presente juicio, a pesar de las disposiciones del Código de lo Contencioso Administrativo a que alude la Procuraduría en su alegato; y ello porque estando estas disposiciones, como se ha visto, en oposición a claros principios constitucionales, es apenas natural que sean éstos los que deben prevalecer, máxime cuando el artículo 76 del C. J. establece, en armonía con tales principios, que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia "de todos los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado".

El dominio privado de los terrenos

Para comprobar el dominio privado de los lotes de terrenos a que se refieren los dos juicios acumulados se aducen títulos traslaticios de dominio entre particulares, que comprenden un período mayor que el de la prescripción extraordinaria contado desde el año de 1936 hacia atrás y aún desde la época en que el Gobierno Nacional, por Decreto Ejecutivo número 2250 de 1932 consideró como baldíos y destinó al servicio público nacional para las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, una zona de terreno, dentro de la cual se encuentran los dos inmuebles materia de las demandas.

Este extremo no fue puesto siquiera en duda por el Tribunal sentenciador ni acá por el señor Procurador Delegado en lo Civil. Con todo se procede a relacionar los títulos demostrativos del dominio invocado.

Lote referente al juicio número 218.

I. — Este lote, delimitado como lo fue en la demanda, fue adquirido por el actor Arturo Fabio Manotas mediante diligencia de remate y auto aprobatorio del mismo, verificado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla el 28 de noviembre de 1942, en que igualmente le fueron adjudicados a aquél "los derechos y acciones que se han derivado de los actos del Gobierno a cargo del Estado y a favor de la señora Amelia B. viuda de Whelpley por haber ocupado y destruído parte del terreno descrito con motivo de la canalización de unos caños", todo ello en el ejecutivo iniciado contra esta señora por Héctor Marino y seguido luégo por el mencionado Manotas, como cesionario del mismo Marino, según copia auténtica de dicha diligencia y auto aprobatorio, expedida por el Juzgado, como asimismo resulta de la protocolización hecha de esas diligencias en la Notaría Primera de Barranquilla mediante escritura número 1278 de 27 de agosto de 1943;

2. — Sobre el lote en referencia Amelia B. v. de Whelpley constituyó hipoteca a favor de Héctor Marino, conforme a escritura número 2235 de 22 de septiembre de 1928 pasada ante el Notario Primero del Circuito de Barranquilla;

3. — La expresada señora viuda de Whelpley había adquirido dicho lote por compra hecha a Candelaria Bula de Manjarrés, según aparece de la escritura número 647 de 10 de mayo de 1918 de la Notaría Primera de Barranquilla;

4. — La señora Candelaria Bula de Manjarrés había adquirido el expresado lote —como parte de otro de mayor extensión en la división extrajudicial de que da cuenta la escritura número 304 de 18 de marzo de 1916, de la Notaría Segunda de Barranquilla, relacionada con un terreno de cuarenta hectáreas de extensión; terreno este último que a su turno se había adjudicado a la señora Bula de Manjarrés y a sus hermanos —en comunidad— dentro del juicio de sucesión de sus padres Manuel María Bula y Victoria O. de Bula, como consta en la escritura de protocolización número 519 de 17 de junio de 1915, de la Notaría Segunda de Barranquilla; y

5. — Por último, según se expresa en el juicio de sucesión antes mencionado, el terreno de cuarenta hectáreas que se adjudicó en dicha sucesión lo había adquirido el señor Manuel María Bula por compras sucesivas de distintas porciones, cuyos títulos también se han traído a este proceso.

Lote referente al juicio número 215

1. — Este lote, delimitado como se indica en la demanda, fue adquirido por el demandante Arturo Fabio Manotas mediante diligencia de remate y auto aprobatorio del mismo, verificado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla el 3 de septiembre de 1943, en que asimismo le fueron adjudicados a aquél los derechos y acciones que corresponden a la señora Amelia Bula de Welpley, derivados por los actos

del Gobierno con motivo de los perjuicios ocasionados a esa finca con los trabajos de canalización que allí realizó, en el ejecutivo seguido por dicho Manotas contra la herencia de la señora Amelia v. de Welpley, como cesionaria de Héctor Marino, según aparece de la protocolización de esas diligencias verificada en la Notaría Primera de Barranquilla por escritura número 526 de 7 de abril de 1945;

2. — La señora Amelia Bula viuda de Welpley, había adquirido el lote mencionado —como parte de otro de mayor extensión— en la división extrajudicial, de que da cuenta la escritura 303 de 18 de marzo de 1916 de la Notaría Segunda de Barranquilla, relacionada con un terreno de cuarenta hectáreas de extensión; terreno este último que a su turno se había adjudicado a la señora Bula de Welpley y a sus hermanos —en comunidad— dentro del juicio de sucesión de sus padres Manuel María Bula y Victoria O. de Bula, como consta en la escritura de protocolización número 519 de 17 de junio de 1915, de la Notaría Segunda de Barranquilla; y

3. — Finalmente, según se expresa en el juicio de sucesión antes mencionado, el terreno de cuarenta hectáreas que se adjudicó en dicha sucesión lo había adquirido el señor Manuel María Bula por compras sucesivas de distintas porciones, cuyos títulos se trajeron a este proceso y se remontan al año de 1892.

Por otra parte, de acuerdo con los certificados números 768 y 1483, expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla, respectivamente, el 14 de mayo de 1945 y 9 de agosto de 1946, relativos el primero al juicio número 218 (fs. 7 a 9 del c. 18) y el segundo al número 215 (fs. 11 a 21 del cuaderno respectivo), en que consta la tradición de los dos lotes de la referencia por un período mayor de treinta años, la propiedad actual de esos lotes, corresponde al demandante Arturo Fabio Manotas.

Quedó dicho que los referidos juicios fueron decididos por el Tribunal de Barranquilla, mediante los fallos indicados, absolviendo a la Nación de los cargos que le fueron formulados en las respectivas demandas.

A esta conclusión llegó el **a quo** después de afirmar y aceptar, en ambos juicios, que el actor demostró con títulos inscritos entre particulares una tradición de dominio, con anterioridad a la vigencia de la ley 200 de 1936, por un lapso superior a treinta años, respecto de cada uno de los lotes de terreno a que se refieren dichos juicios, hecho éste insuficiente, en su sentir, para demostrar la propiedad privada que se alega por cuanto dichos terrenos no formaban parte del área urbana de la ciudad de Barranquilla, y se encuentran en el caso de excepción previsto en el ordinal segundo del artículo 3º de aquella ley, por estar reservados en razón de formar parte integrante de una isla de un río navegable, y además por cuanto habiéndose realizado la ocupación de estos terrenos por la Nación legítimamente, precisamente por tener entonces el carácter de baldíos, no es dable aceptar que una ley posterior a la iniciación de esa posesión, como es la precitada ley 200 de 1936, venga a desconocer esa situación.

Este último concepto aparece expuesto en los siguientes términos:

"...el artículo 7 de la ley 200 de 1936 produjo la insubsistencia del artículo 45 del Código Fiscal aunque el legislador no lo dijo expresamente, por el hecho de que la nueva ley reglamenta la materia sobre baldíos y le da primacía a aquél sobre éste, pero para casos o hechos ejecutados con posterioridad a la nueva ley que no tiene efecto retroactivo para anular derechos ya adquiridos a lamparo de la vieja ley, porque una cosa es la insubsistencia de una norma legal frente a otra posterior, y muy otra el derecho adquirido al amparo de la norma insubsistente, porque sería confundir el efecto con su causa, y lo que es más absurdo, jurídicamente hablando, anular por medio de una ley, sin decirlo expresamente, el principio constitucional de que "los derechos adquiridos a justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores que los anulen o cercenen".

En relación con las anteriores tesis que se aducen como sustentatorias de los mencionados fallos, parece oportuno poner de presente, antes de proceder a su estudio y análisis, que el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato final, guardó absoluto silencio al respecto, circunstancia que traduce, a no dudarlo, su inconformidad con ellas y por ende con la consecuencial decisión materia de la alzada.

Y ello se pone de manifiesto ante la siguiente perentoria declaración que formula con referencia al dominio, que afirma demostrado por el actor Manotas sobre los terrenos a que se contrae el litigio.

"A la luz de las probanzas, particularmente de las producidas en segunda instancia, es incuestionable la titularidad del dominio del actor en los terrenos urbanos determinados en las demandas acumuladas. Su derecho se hizo inequívoco desde la vigencia del artículo 7 de la ley 200 de 1936, con efecto retroactivo, por la cadena de títulos que acreditan transmisiones de dominio en un lapso anterior no menor al requerido para la prescripción adquisitiva, sin que fuera necesario demostrar posesión material en las condiciones legales. Su constitución, de conformidad con dicha ley, es completa, sin que se oponga a considerarlo así el hecho de que la Nación, sin ánimo **nocendi**, ocupara los inmuebles a título de dueña en una época en que realmente lo era por virtud de la legislación entonces imperante. A esa prueba legal de dominio, poseída por el actor antes de iniciar los juicios comentados, ha debido él atenerse exclusivamente para considerar adquirido su derecho, sin necesidad de recurrir a la vía jurisdiccional para que se lo declarara, ya que en ésta ninguna nueva adquisición ventajosa puede lograr en orden al reconocimiento de este derecho".

Más adelante ratifica la preinserta declaración, manifestando: "He reconocido que la situación jurídica del señor Manotas está legitimada por el artículo 7 de la ley 200 de 1936 respecto de los terrenos individualizados en sus demandas. Pero me he opuesto a que en sentencia definitiva se haga la declaratoria de dominio, dada la finalidad que el actor persigue, pues distintos son la prueba del dominio que debe acreditarse para obtener con base en él un **fallo de condena** y la **declaración de dominio**, fin principal del pleito y objeto exclusivo de la sentencia, que sólo puede alcanzarse cuando hay interés para obrar".

No niega el Tribunal que los terrenos materia del litigio tengan a partir del año de 1942 la calidad de urbanos, en virtud de Acuerdo del Concejo de Barranquilla, que en dicho año señaló los límites del área urbana de esta ciudad, y por quedar incluídos en esa delimitación en forma indiscutible. Mas estima, que tal circunstancia en nada afecta los derechos de la Nación, precisamente por haberse verificado por ésta su ocupación en 1933, cuando no tenían aquella calidad.

Sin necesidad de entrar a estudiar el punto así planteado, suficiente es advertir que el mencionado Acuerdo, en relación con los terrenos de que se viene hablando, no hizo sino reconocer esa calidad que ya tenían desde antes de la ocupación, esto es que formaban parte integrante del núcleo urbano de la ciudad de Barranquilla.

Con efecto, en estos juicios acumulados se produjo copiosísima prueba demostrativa de aquel hecho, es decir, que los terrenos materia de los litigios desde mucho antes de la ocupación de ellos por el Gobierno Nacional, formaban parte integrante o mejor se encontraban ubicados dentro del área urbana de la ciudad de Barranquilla, como así lo expresa el certificado expedido por el Director de las Empresas Públicas Municipales (f. 28, c. número 10), cuyos registros arrancan —se dice— desde el año de 1925, figurando desde entonces inscrito uno de los lotes como predio urbano, por encontrarse no solamente dentro del perímetro de la ciudad, sino por estar rodeado de construcciones también urbanas; asimismo lo demuestra la certificación expedida por el Secretario de Obras Públicas Municipales de Barranquilla (f. 85 del mismo cuaderno) aludiendo al hecho de encontrarse los terrenos conocidos con el nombre de La Loma, a menos de cien metros de edificaciones que hacían parte del núcleo urbano con anterioridad al año de 1930; también acreditan ese hecho las declaraciones producidas en esta instancia y rendidas por Enrique Insignares Serra, Miguel Vergara Palacio, Néstor González Rubio y otros (fs. 34 v., 35 v., 37), quienes dando razón de sus afirmaciones expresan que desde antes del año de 1932 los lotes en referencia formaban parte del área urbana, tenían servicios de agua y luz y quedaban muy próximos a muchas edificaciones que entonces existían; por último, los dictámenes periciales rendidos aluden asimismo a tal circunstancia. La Sala, en consecuencia, considera debidamente acreditado el hecho de encontrarse ubicados los inmuebles en el área urbana de la ciudad de Barranquilla con anterioridad a la época en que los ocupó el Gobierno Nacional.

Como ya hubo de anotarse, el representante legal de la Nación en esta instancia, acepta y reconoce que la situación jurídica del demandante señor Manotas "está legitimada por el artículo 7º de la ley 200 de 1936 respecto de los terrenos individualizados en sus demandas". Y ello es así por cuanto, según quedó visto, los dos lotes de terreno objeto de los juicios, demuestran tradiciones de dominio entre particulares por más de veinte años con anterioridad a la vigencia de la ley 200 de 1936 (abril de 1937), y por encontrar-

se, además, según acaba de indicarse, dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla.

Ahora bien, para acoger, como se acoge, el concepto autorizado de la Procuraduría en relación con la aplicabilidad al caso en estudio del artículo 7º de la citada Ley 200 de 1936 y para refutar las tesis que informan las decisiones del Tribunal, suficiente es reproducir lo dicho por esta Sala de la Corte, al referirse a un caso similar, con referencia a terrenos ocupados por el Gobierno Nacional con destino a las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, en fallo de 30 de junio de 1948, a saber:

"Según lo dispone el artículo 7º de la ley 200 de 1936, "Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraodinaria." Y agrega el artículo citado: "Las otras disposiciones de esta ley no se aplican a la propiedad urbana". Conforme a este precepto legal se puede demostrar, en juicio con el Estado, la propiedad privada territorial urbana con títulos inscritos anteriores a la vigencia de la ley 200 de 1936, **"en que consten tradiciones de dominio"** por un tiempo no menor del de la prescripción extraordinaria. Otras disposiciones de la misma ley, los artículos 1º, 2º y 3º se refieren a la propiedad rural privada, frente a la Nación, y establecen algunas reglas para destruir la presunción a favor del Estado de las tierras baldías, y el artículo 3º previene que los títulos inscritos otorgados entre particulares con anterioridad a esa ley no demuestran propiedad privada respecto de terrenos que no sean adjudicables, que están reservados o destinados a cualquier servicio o uso público. El artículo 7º referente a la propiedad urbana, admite la validez de los títulos inscritos para comprobar la propiedad privada y expresa que las otras disposiciones de la ley —entre ellas se halla la que se traslada del artículo 3º— no se aplican a la propiedad urbana. Respecto de ésta no es pertinente considerar lo que la ley establece para la propiedad rural en relación con terrenos no adjudicables, reservados o destinados al servicio o uso público. A la propiedad urbana no se aplica, para la comprobación del dominio privado, frente a la Nación, sino la norma expresa del artículo 7º que permite acreditar tal propiedad privada con los títulos otorgados con anterioridad a la ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término exigido para la prescripción extraordinaria.

La ocupación de los dos lotes de terrenos por parte de la Nación en desarrollo y cumplimiento del Decreto Ejecutivo número 2250 de 1932 y de la Resolución número 223 del mismo año, con destino a la construcción de las obras nacionales del puerto local de Barranquilla, es un hecho que aparece plenamente establecido mediante las sendas inspecciones oculares practicadas por el Tribunal, con intervención de peritos, en dichos terrenos, el 25 de abril de 1945 y 25 de julio de 1946, respectivamente, en los juicios números 218 y 215, y con las declaraciones rendidas por Enrique Insignares, Víctor M. Betancourt (fs. 43, 54 v. y 56 v. c. número 8 del juicio 218), Carlos Rippe, Diego Martínez Capella, Miguel Vargas Palacios, Néstor González Rubio, Virgilio Correa, Manuel Páez y otros (fs. 9 y 13, c. número 5, y fls. 33 v., 35 v., 37, 40 y 41, c. número 10 del juicio 215), quienes dando razones de sus afirmaciones expresan que la ocupación y los trabajos se iniciaron desde principios del año de 1933.

Además, con referencia al lote tal como fue individualizado en la demanda origen del juicio número 218, la inspección ocular constató que ese terreno se encuentra ocupado con algunas construcciones, como lo afirman asimismo los peritos que intervinieron en tal acto, quienes aseveran además que las construcciones forman parte de los talleres de la canalización, y quienes además de señalar en su dictamen una área total para el terreno de 33.000 metros cuadrados, aseveran que de esa área se cortaron 4.000 metros cuadrados para la construcción del nuevo canal, quedando por consiguiente 29.000 metros cuadrados de terreno, ocupado, según se acaba de indicar, con construcciones que forman parte de los talleres de la canalización, al paso que con relación al lote materia del juicio número 215, la inspección ocular constató "la existencia de agua del Caño de Las Compañías en el terreno materia de la disposición, aguas que ocupan parte del terreno citado" y asimismo, "que sobre el mencionado Caño está construído el muelle del Puerto local de Barranquilla", como asimismo y en forma detallada lo expresa el dictamen de los peritos que intervinieron en esa diligencia, a afirmar que dicho terreno está atravesado de S. a N. por el nuevo Caño de Las Compañías construído por el Gobierno para el puerto y de E. a O. por un

canal accesorio, construído también por el Gobierno, quedando en consecuencia dividido el terreno en tres (3) porciones de tierra y una de agua, resultando de consiguiente patentizado el hecho de haber sido destruídos 18.502 metros cuadrados de terreno que vino a ser ocupado por las aguas, quedando solamente tres porciones de tierra con una área total de 21.966 metros cuadrados (fs. 10 y 13, c. número 1, juicio número 218 y 6 y 11, c. número 4, juicio número 215).

En resumen, de acuerdo con los hechos acreditados en estos juicios acumulados en relación con la ocupación por parte del Gobierno de los dos lotes de terrenos, ocupados ambos por obras y construcciones del puerto de Barranquilla, solamente procede decretar el pago de ellos, ya que no es dable ordenar su restitución en todo o en parte por estar afectos a obras de servicio público, teniendo en cuenta los graves perjuicios que con ello se ocasionarían a la Administración, como así ha procedido la Corte en casos similares a los presentes.

Avalúo de los terrenos

En la primera instancia del juicio número 218, los peritos Efraín Pereira y Antonio Moreno Vives, le asignaron un avalúo de $ 12.00 por metro cuadrado al terreno materia de la litis, refiriendo ese valor a la época en que fue producido el experticio y con fundamento en antecedentes de operaciones de compraventa verificadas en los últimos años y a la circunstancia de estar situado el terreno en la esquina que forman los Caños de Las Compañías y Los Tramposos, al tiempo que en la segunda instancia los peritos Gabriel Abello Grau y H. B. Smith, en un total desacuerdo, le señalan como valor al metro cuadrado, la cantidad de $ 16.00 y $ 2.25, respectivamente, refiriendo ese señalamiento al precio actual del dictamen, y a $ 0.30 según el perito Smith, teniendo en cuenta el precio de esos terrenos en la época de la ocupación.

Y en relación con el lote correspondiente al juicio número 215, los peritos Antonio Moreno Vives y Juan J. Berdugo, quienes dictaminaron en la primera instancia, de común acuerdo le asignan como valor por metro cuadrado de la parte de terreno que fue ocupada por las aguas la cantidad de $ 3.00 y las de $ 50.00 y $ 12.00 por cada metro cuadrado a los lotes de terreno en que quedó dividido el inmueble.

Los dictámenes periciales en referencia discrepan notablemente unos de otros en cuanto al precio asignado al metro cuadrado de terreno del respectivo lote, advirtiéndose además una disparidad muy notable en el precio asignado al metro cuadrado de los tres lotes en que quedó dividido el correspondiente al juicio iniciado en abril de 1946 ($ 50.00 y $ 12.00) o sea el distinguido con el número 215, además de no haberse tenido en cuenta el descuento de valorización que adquirieron esos terrenos en razón de las obras realizadas allí por el Gobierno con destino al Terminal. Ante esta situación, los mencionados dictámenes no pueden ser acogidos por la Sala como prueba suficiente al respecto y, consecuencialmente, la condenación en relación con ese extremo se hará en abstracto, para fijar luégo, mediante el procedimiento indicado por el artículo 553 del C. J. el monto de la indemnización debida al demandante, ya para lo cual los peritos deberán tener en cuenta las siguientes bases:

a) La cabida en metros del terreno por justipreciar;

b) El avalúo catastral de otros predios de ubicación y naturaleza análogos a aquél, modificado, de acuerdo con los índices diferenciales entre dicho avalúo y los precios comerciales, y

c) El valor en que estimen valorizada la zona por concepto de las obras del Terminal, el cual deducirán, para determinar la suma indemnizable.

Ahora bien, como en el juicio distinguido con el número 215 se suplica condenación a cargo del Estado por concepto de frutos civiles de la totalidad del terreno objeto del litigio y a razón de un centavo por cada metro cuadrado y por mes desde el 1º de enero de 1933, fecha de la ocupación, es decir, como reconocimiento de lucro cesante, preciso se hace advertir que tal reconocimiento o condenación no procede, no obstante haber dictaminado los peritos al respecto, señalando la cantidad indicada por el demandante, en consideración —dicen— de "la posición céntrica del terreno de que nos ocupamos, sus admirables facilidades de acceso y el hecho primordial de encontrarse en plena zona portuaria de Barranquilla", por la sencilla razón de no haber demostrado el demandante, con prueba adecuada al caso, haber dejado de percibir beneficio de ese terreno, ya porque lo tuviera arrendado o bien bajo alguna explotación.

Quiere ello decir que no hay constancia en el

expediente sobre el hecho de que al ocupar el Gobierno el inmueble materia del juicio, le fuera inferido al demandante no sólo el daño **emergente** cuya reparación se decreta en esta sentencia, sino también el **lucro cesante** consistente en los frutos civiles que ese inmueble estuviera produciéndole al actor en el momento en que dicha ocupación se produjo. En tales circunstancias, la Corte carece de base sólida para disponer, como se impetra en la demanda, que el renglón atinente a **frutos civiles** deba figurar en el incidente destinado a fijar el monto total de la indemnización a cargo del Estado y a favor del demandante doctor Manotas.

SENTENCIA

Por 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, REVOCA las sentencias pronunciadas en estos juicios acumulados por el Tribunal de Barranquilla, el 14 de diciembre de 1946 y 11 de marzo de 1947, y en su lugar, FALLA:

1º Declárase que son de propiedad privada y pertenecen al demandante Arturo Fabio Manotas, los siguientes lotes de terreno, situados en el sitio denominado La Loma, del área urbana de la ciudad de Barranquilla:

A) Una porción de terreno que tiene las siguientes medidas y linderos: al norte, predios de Miguel A. Bula y Rafaela Bula y mide ciento treinta (130) metros; al sur, setenta y un (71) metros y linda con el canal del Centro; al este, trescientos veintidós metros (322) y predio de María C. B. de Palacio y al Oeste, en una línea que parte en dirección norte a sur, en una distancia de ciento noventa y siete metros (197), linda con predio de Mercedes Bula, siguiendo la línea en dirección oeste en una distancia de ochenta metros, y siguiendo la línea en dirección norte a sur, en una distancia de ciento veinticinco metros (125), linda con predio de Jenaro Pérez, que hacía parte del que se deja descrito".

B) Una porción de terreno, con figura irregular de ocho lados y con una cabida total de cuarenta mil cuatrocientos sesenta y ocho metros cuadrados, con las siguientes medidas laterales: Por el primer lado norte, mide ciento cuarenta y siete metros, por el segundo lado norte mide sesenta y siete metros con setenta centímetros, por el tercer lado norte, mide doscientos noventa y un metros, y por el cuarto lado norte, ciento seis metros; por el este mide noventa y tres metros; por el mayor lado sur mide trescientos setenta y ocho metros; por el menor lado sur mide ciento veintiocho metros; por el oeste, con el cual se cierra la figura, ciento cincuenta y un metros con ochenta y ocho centímetros y linda: por todo el norte con terrenos de sucesores de Pedro Antonio Roca o que fueron de ellos; por el sur, con el lote número dos (Nº 2) del plano general de los terrenos de la familia Bula perteneciente tal lote a la señora Rafaela Bula; por el este, con el lote número seis (número 6) de los mismos terrenos, pertenecientes a María C. Bula de Palacio; por el oeste con el caño de Las Compañías.

2º Condénase a la Nación a pagar al demandante Arturo Fabio Manotas el valor de los dos lotes de terreno a que se refiere la declaración anterior, con la obligación a cargo de aquél de transferir a la Nación, en razón de ese pago, el derecho de dominio sobre ellos, corriéndole la correspondiente escritura.

La liquidación o fijación del valor de cada uno de esos lotes que debe pagarse al demandante Manotas, se hará en incidente separado (artículo 553 del C. J.) de conformidad a lo dicho en la parte motiva.

3º Absuélvese a la Nación de los demás cargos formulados en las respectivas demandas.

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

Luis Rafael Robles—Gerardo Arias Mejía—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

REGULACION DE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CIVILES. — DEL MONTO TOTAL DE DICHA INDEMNIZACION NO SON DESCONTABLES LAS CANTIDADES PAGADAS A LA VICTIMA O A SU CAUSAHABIENTE POR CONCEPTO DE PRESTACIONES SOCIALES

No considera la Corte que del monto total a que ascienda la indemnización deban descontarse las sumas que los demandantes hubieran recibido por concepto de prestaciones sociales por los mismos hechos en que se funda la acción indemnizatoria civil, porque las prestaciones sociales (seguro de vida, indemnización por accidente de trabajo, etc.) se deben por causas distintas a la culpa del demandado. Ellas se deben por el solo hecho de ocurrir el accidente; en cambio la indemnización de que se trata en este juicio se debe por culpa de la parte demandada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

En sentencia de fecha 17 de mayo de 1947, la Corte Suprema de Justicia declaró a la Nación Colombiana civilmente responsable de la muerte de Antonio Perilla Morales, ocurrida el día 15 de agosto de 1941 en la Base Aérea Germán Olano (Palanquero) a consecuencia del accidente sufrido por el avión Ford número 642 de las fuerzas aéreas nacionales. Como consecuencia de esta declaración condenó a la misma entidad a pagar a Pompeyo Perilla, Carlina Morales de Perilla y Cecilia Aurora Perilla, por terceras partes iguales, el valor de los perjuicios materiales causados a éstos con motivo de la muerte de Antonio Perilla Morales. La fijación del monto de estos perjuicios se ordenó hacer en la forma determinada por el artículo 553 del C. J. y teniendo en cuenta las siguientes bases:

"Para este efecto y como base que ha de tenerse en cuenta al seguirse el incidente del cual se acaba de hacer mención, habrá de partirse del hecho de que los autos ofrecen asidero suficiente para admitir que en realidad de verdad el señor Perilla Morales atendía alguna ayuda económica de sus padres, sin que sea dado fijar de antemano en esta sentencia el monto o cuantía de los suministros, materia ésta sujeta por lo demás a dictamen pericial, en el cual desde luego no habrán de perder de vista los peritos que Perilla Morales naturalmente habría de reservar para sus gastos personales propios parte de los emolumentos por él obtenidos. Base necesaria de la liquidación será también la de la vida probable de los padres a efecto de determinar el lapso durante el cual habrían de prolongarse los suministros periódicos del hijo desaparecido. Constituirán, por otra parte, elementos admisibles para tal fijación las tablas de vida probable elaboradas por las Compañías de Seguros de Vida. Fácil es comprender que durante la vida de los padres aunque hubiera hermanos del occiso menores de edad, mal podría admitirse que hiciera suministros distintos y especiales a favor de tales hermanos. Llegados los varones a la mayor edad no ofrece dificultad alguna el aceptar que tales suministros estaban normal y lógicamente llamados a desapacer, y de ahí que no puede hoy existir condenación alguna por perjuicios materiales a favor de los hermanos varones del señor Perilla Morales. En cuanto a la señorita Cecilia Aurora Perilla Morales, ofrece la solución del punto una mayor dificultad dada la condición de mujer de aquélla. Teniendo ella otros hermanos, la pérdida del posible apoyo económico de su hermano Antonio no presenta el grado de certeza a que podría quizás llegarse si se tratara de un hermano único. Con todo, parece la solución que más se avecina a lo probable y a la vez a lo equitativo, el considerar que el monto de los suministros periódicos ha de considerarse compuesto de tres partes alícuotas, es a saber: Una tercera parte para el padre, y en atención a su vida probable, como término de duración. Otra tercera parte para la madre, también en atención a su vida probable, como término de duración. La tercera parte restante para la hermana Cecilia Aurora y

en este caso en atención a la vida probable de Antonio, desde luego por ser éste de más edad que su hermana mencionada".

La parte actora, con base en este fallo, por medio de apoderado fijó como monto total de la indemnización, la suma de $ 77.620.23 descompuesto así:

Indemnización de Cecilia Perilla.....	$ 29.464.13
Indemnización de Carlina Morales de Perilla	24.800.33
Indemnización de Pompeyo Perilla.....	23.355.23
TOTAL.....	$ 77.620.23

El Fiscal del Tribunal **a quo** objetó la liquidación, por lo cual se procedió a hacerla de acuerdo con las bases indicadas y previa la tramitación correspondiente.

La liquidación la fijó el Tribunal en la cantidad de diez y siete mil sesenta y tres pesos con setenta y tres centavos ($ 17.063.73) distribuída así:

A Pompeyo Perilla	$ 5.138.39
A Carlina Morales de Perilla.....	5.138.39
A Cecilia Aurora Perilla Morales.....	6.786.95

De esta providencia en que se reguló la liquidación apelaron ambas partes, recurso que les fue concedido, por lo cual se encuentra el negocio al estudio de esta Sala. Rituado el procedimiento de segundo grado, se procede a resolver:

Consideraciones previas:

a) Las bases que fijó la Corte en la sentencia de cuyo cumplimiento se trata en este incidente, no dicen que deben tenerse en cuenta para efectos de la liquidación los probables ascensos de Perilla Morales en su carrera militar. De manera que ha de liquidarse la indemnización con base en el sueldo que como Alférez devengaba Perilla al ocurrirle la muerte. Si bien los peritos en su dictamen tienen en cuenta los probables ascensos de Perilla Morales, el Tribunal desestimó este factor y consideró únicamente que debía tenerse en cuenta el grado que Perilla Morales tenía en la fecha de su fallecimiento. La Sala está de acuerdo con éste criterio, pues considera que los ascensos en la carrera militar están sujetos al cumplimiento de determinados requisitos, y tenerlos en cuenta sería dar por sentado, sin base ninguna, que Perilla Morales habría llegado a tener esos ascensos en su carrera si no hubiera muerto en el siniestro de aviación.

b) Considera el Procurador Delegado en lo Civil que no se deben tener en cuenta en la liquidación los aumentos de sueldo que según la ley corresponden a un Alférez, pues sería concluir sin base seria alguna que Perilla Morales no habría llegado a tener ascensos en su carrera militar. Anota igualmente el señor Procurador que en las bases fijadas por la Corte y en el contexto mismo de la sentencia no se dice que se deban tener en cuenta estos factores, por lo cual deben desestimarse para efectos de la liquidación.

La Sala no acoge este criterio de la Procuraduría, pues si se comprobó que Perilla Morales tenía el grado de Alférez al ocurrir su muerte, dada la certeza de esta circunstancia es lógico que se tengan en cuenta los aumentos de sueldo correspondientes a este grado.

c) Por las razones que se dejan anotadas, debe descartarse para efectos de la liquidación la consideración de que Perilla Morales se hubiera retirado del servicio a los 30 años, como lo estipula la legislación militar para quien llegue a tal edad con el grado de Alférez, gozando en adelante de sueldo de retiro. Esta consideración es aleatoria y además, en las bases de que se ha hablado tampoco se dice que deba tenerse en cuenta esta circunstancia.

Por manera que el Tribunal, al considerar en el auto apelado el sueldo de retiro que recibiría a partir de la edad de 30 años el Alférez Perilla Morales, no tuvo en cuenta las bases fijadas por la Corte y las anteriores consideraciones, por lo cual se ha de hacer en esta providencia la correspondiente rectificación.

d) Para el cómputo de la remuneración mensual que recibía Perilla Morales se ha de tener en cuenta el certificado del Ministerio de Guerra, tenido por auténtico al reconstruírse el juicio, el cual obra a folios 13 y ss. del cuaderno número 1. Asimismo, como se han de tener en cuenta los aumentos de sueldo correspondientes al grado de Alférez, la liquidación se ha de hacer de acuerdo con los decretos y resoluciones provenientes del Ministerio de Guerra y citados en el certificado que obra a los folios 10 v., 11, y 11 v. del cuaderno número 2 sobre asignaciones del personal militar, cuyas disposiciones se refieran a las remuneraciones de los alféreces.

e) Según se desprende del dictamen de los peritos y de las constancias procesales, Perilla Mo-

rales nació el 4 de enero de 1918, por lo cual en la fecha de su muerte (15 de agosto de 1941) tenía 23 años, 7 meses y 11 días, y su vida probable en esa fecha era de treinta y siete años, según las tablas de la Compañía de Seguros de Vida. La indemnización a Cecilia Aurora Perilla Morales se ha de hacer teniendo en cuenta la vida probable de Antonio Perilla, por ser éste mayor que su hermana Cecilia Aurora, al tiempo de su fallecimiento.

f) Para efectos de la indemnización se ha de descontar de la remuneración que recibía mensualmente Perilla Morales, la parte correspondiente a sus gastos personales, cuestión que por otra parte ordena la Corte en la sentencia de que se trata. Los peritos estimaron que esa reserva debía fijarse en la tercera parte de la remuneración mensual hasta cuando el Alférez contrajera matrimonio, que calculan tendría lugar cuando cumpliera los treinta y cinco años de edad. Consideran también que a partir de esa edad, como consecuencia del matrimonio, la ayuda económica de Perilla Morales a sus padres y hermana disminuiría y que si en un principio esa ayuda podría considerarse en las dos terceras partes de su sueldo, después del matrimonio se reduciría a la tercera parte, disponiendo del resto para los gastos de su matrimonio.

No comparte la Sala esta apreciación de los peritos, pues teniendo en cuenta la condición de soltero del Alférez, lo normal es que se reservara el 50% de su sueldo para gastos personales y el resto lo dedicara a la ayuda de su familia, que es lo que ordinariamente destina un individuo soltero para su familia. Que el Alférez Perilla al cumplir los treinta y cinco años de edad contrajera matrimonio y como consecuencia de ello disminuyera el apoyo económico a su familia en la tercera parte de su remuneración mensual, es una suposición únicamente, por lo cual la Sala no la comparte.

De tal manera que se fija en el 50% de la remuneración mensual lo que el Alférez Perilla destinaba para sus gastos personales, y el 50% restante por considerarse que era la ayuda económica que prestaba a sus padres y hermana, constituirá la base de la indemnización para los beneficiarios.

g) Para efectos de la indemnización se ha de dividir en dos períodos el tiempo sobre el cual se ha de hacer aquélla. El primero se cuenta sin la aplicación de las tablas de Garuffa y corre desde la fecha del fallecimiento de Perilla Morales hasta la fecha de la ejecutoria de esta providencia que se calcula para el 15 de los corrientes, dado que esa suma ya se adeuda a los beneficiarios de la indemnización. El otro período se ha de calcular con la aplicación de las tablas del ingeniero Garuffa, puesto que la suma correspondiente a ese período se anticipa a los beneficiarios y por consiguiente se han de deducir los intereses que corresponden a tal cantidad.

h) Solicita el Procurador en su alegato ante la Sala, que al resolverse la apelación se disponga que del monto total a que ascienda la indemnización, deberán descontarse las sumas que los beneficiarios hubieren recibido del Estado por concepto de los mismos hechos a que se refiere este juicio. A esta petición del Procurador no accede la Sala puesto que las prestaciones sociales (seguro de vida, indemnización por accidente de trabajo, etc.), se deben por causas distintas a la culpa del demandado. Ellas se deben por el solo hecho de ocurrir el accidente; en cambio, la indemnización de que se trata en este juicio se debe por culpa de la parte demandada.

Hechas estas consideraciones, se procede a hacer la liquidación para cada uno de los tres beneficiarios, previa fijación de la remuneración mensual que recibía Perilla Morales al tiempo de su fallecimiento y la que le correspondería hasta el término de su vida probable, de acuerdo con los decretos y resoluciones citados.

Dice la certificación del Ministerio de Guerra (fs. 10 v., 11 y 11 v. del cuaderno número 2) que en cuanto a sueldos de Oficiales del personal militar han regido: del 1º de abril de 1938 al 30 de mayo de 1942, los fijados por la Ley 55 de 1938; que del 1º de junio de 1942 al 30 de junio de 1944, los fijados por el Decreto número 1123 de 1942. Pero ni la ley anteriormente citada ni el decreto hablan nada acerca de remuneraciones de suboficiales (alféreces, etc.), por lo cual son inoperantes para aplicarlos al caso en estudio.

De manera que en lo que se refiere al período comprendido entre el 15 de agosto de 1941 al 30 de mayo de 1944 y en cuanto al sueldo, se debe hacer la liquidación según el certificado del Ministerio de Guerra que obra a folios 13 y ss. del cuaderno número 1 y que en uno de sus apartes (f. 14) dice: "Al punto b) El sueldo mensual que devengaba el Alférez Antonio Perilla Morales era el asignado para su grado, que tiene fijada una asignación mensual de sesenta y cinco pesos;...".

Del 1º de junio de 1944 al 30 de marzo de 1945, se deben tener en cuenta los fijados por el Decreto número 1.500 de 1944, que señala una asignación mensual para los alféreces de la fuerza aérea de $ 95.00, con la aclaración de que dicha asignación comprende, según el artículo 5º de ese Decreto, la prima móvil. Se hace igualmente la aclaración de que se encuentra una discrepancia acerca de la fecha en que empiezan a regir estas asignaciones entre el texto del Decreto (artículo 6º) y el certificado del Ministerio de Guerra que obra a fs. 10 v., 11 y ss. del cuaderno Nº 2. En efecto: el artículo 6º del Decreto señala: "Las asignaciones fijadas por este Decreto regirán a partir del 1º de junio del corriente año", y en discrepancia con este texto se encuentra la certificación aludida que señala como fecha en que entran en vigencia esas asignaciones, el día 1º de julio de 1944. Por considerarse que hay un error en la certificación del Ministerio de Guerra, la Sala se acoge al texto del artículo 6º del Decreto, el cual señala como fecha en que empieza su vigencia el día 1º de junio de 1944.

Del 1º de abril de 1945 al 30 de abril de 1946, los fijados por el Decreto número 1286 de 1946, que en cuanto a sueldos superiores a $ 100.00 señaló un aumento del 15%.

Dice el certificado que se ha tenido a la vista, en cuanto a sueldos, que del 1º de enero de 1947 al 31 de diciembre de 1948 los sueldos del personal militar son los fijados por la ley 52 de 1946. Y que del 1º de enero de 1949 en delante, los fijados por la ley 100 de 1948. Pero estas leyes no se refieren en nada a sueldos o asignaciones de alféreces.

De manera que como las leyes 52 de 1946 y 100 de 1948 no se refieren a asignaciones de alféreces de la fuerza aérea, la liquidación del sueldo a partir del 1º de enero de 1947, debe hacerse de acuerdo con los últimos decretos citados, el 772 de 1945 y el 1286 de 1946, ya que según la certificación del Ministerio de Guerra estos decretos son respecto a los alféreces de la fuerza aérea, los últimos en que aparecen modificaciones a sueldos.

Sobresueldos

El certificado del Ministerio de Guerra dice que por prestar sus servicios en Palanquero (Base Germán Olano) Perilla Morales tenía un sobresueldo mensual del quince por ciento. De manera que hay que computarle como indemnización a Pompeyo Perilla y a los restantes, por todo el tiempo a que se extienda la indemnización, el sobresueldo del 15%. Se aclara que respecto al certificado que obra a folios 11 y ss. del c. número 1, respecto a sobresueldos, expresa que son distintos según la guarnición o base, y que como en el pedimento del certificado no se dice en cuál servía Perilla Morales, no se expresa nada al respecto. Hay que atenerse entonces a la otra certificación del c. número 1 que respecto al sobresueldo de Perilla Morales al tiempo de ocurrirle la muerte lo fija en el 15% por corresponder ese sueldo a la base Germán Olano.

Prima móvil

Según el certificado del cuaderno número 1, se desprende que al tiempo de ocurrirle la muerte, el Alférez Perilla Morales no gozaba del beneficio de la prima móvil.

Ahora: Del certificado del cuaderno número 2 se concluye que tal prima empezó a regir para el personal de las fuerzas militares desde el 1º de junio de 1943. Tal certificado señala distintos porcentajes en lo referente a tal prima y dice que se estabilizó por Decreto 1500 de 1944. Tal Decreto en su artículo 5º dice que las asignaciones a que se refiere el presente Decreto no dan derecho a liquidación de prima móvil, por hallarse incluído su equivalente en las mismas. Los porcentajes que fija el certificado del Ministerio de Guerra son los siguientes:

Del 26% sobre el sueldo del 1º de junio al 30 de septiembre de 1943; del 27% sobre el sueldo del 1º de octubre al 31 de diciembre de 1943; del 36% sobre el sueldo del 1º de enero al 30 de junio de 1944. Esta prima se liquidó solamente sobre los primeros ciento veinte pesos ($ 120.00) del sueldo y se estabilizó por Decreto número 1.500 de 1944, cuyo artículo 5º se acaba de citar atrás.

Prima de vuelo

Dice el certificado que obra al cuaderno número 1º "...cuando volaba cuatro horas al mes, ganaba la prima de vuelo que en su caso era de sesenta pesos...".

Aunque es condicional la prima de vuelo, según este certificado, la Sala considera que debe incluirse por todo el tiempo a que se extienda

la indemnización, pues al f. 26 del c. Nº 1 aparece una certificación del Ministerio de Guerra que refiriéndose a sueldos pagados al citado Alférez dice que en cuatro meses y medio recibió $ 270.00 por concepto de esta prima de vuelo a razón de $ 60.00 mensuales, es decir, por todo el tiempo en que alcanzó a disfrutar del grado de piloto ya que según otra certificación que obra al f. 13 del cuaderno Nº 1 recibió tal grado con fecha 1º de abril de 1941.

Además, es de presumirse, dado el ínfimo número de horas de vuelo mensuales que se requerían para obtener el beneficio de esa prima de vuelo, que siempre habría recibido el Alférez Perilla esa remuneración. El certificado que obra a folios 11 y 11 v. del cuaderno Nº 2 dice que la prima de vuelo se ha pagado desde el 15 de agosto de 1941 en adelante de acuerdo con los decretos 283 de 1940, 1230 de 1942, 773 de 1945 y 35 de 1947. Según el certificado del folio 26, c. Nº 1, a Perilla Morales se le pagó la prima da acuerdo con el decreto 283 de 1940. Los decretos 1230 de 1942 y 773 de 1945 no se encuentran publicados en el Diario Oficial. El decreto 35 de 1947 (art. 5º) establece que para que los pilotos aviadores gocen del beneficio de la prima de vuelo, deben comprobar que han volado por lo menos cuatro horas en el mes, es decir, el mismo número de horas que establece el decreto 283 de 1940. Como este último decreto citado (37 de 1947) no hace ninguna modificación en cuanto al valor de la prima de vuelo establecida por el decreto 283 de 1940, se ha de liquidar por todo el tiempo a que se extienda la indemnización, a razón de $ 60.00 mensuales por concepto de esta prima.

Partida de alimentación.

Dice el certificado del cuaderno Nº 1: "...Igualmente por prestar sus servicios en la Base "Germán Olano", tenía una partida diaria de alimentación de cincuenta centavos;...".

Y en el certificado del cuaderno Nº 2 se citan diversas resoluciones y decretos acerca de esta partida de alimentación.

Empieza citando la resolución Nº 711 de 1940 que se refiere a partidas de alimentación, lavado y peluquería de las diferentes Brigadas, sin que se hable nada acerca de los aviadores, ni menos del personal de la Base "Germán Olano". La resolución 363 de 1941, se refiere a partidas de alimentación, lavado y peluquería del personal que tiene derecho a ellas en algunas guarniciones. No habla nada acerca de la Base "Germán Olano". Y aunque las mencionadas resoluciones trataran acerca de partidas de alimentación de alféreces de la fuerza aérea, no se podrían tener en cuenta, ya que tales providencias, dado su carácter concreto, deben traerse en copia debidamente autenticada al juicio para que pueda dárseles mérito probatorio.

La resolución 1013 de 1941, como las anteriores, tampoco hace referencia a alféreces de la fuerza aérea.

Se cita luégo el decreto Nº 567 de 1943, el cual no se encuentra publicado en el Diario Oficial, por lo cual no se puede tener en cuenta. Luégo se cita el decreto 1589 de 1943 que se refiere a partidas de alimentación del ejército terrestre y no habla nada de la fuerza aérea.

Continúa el certificado citando el decreto 1708 de 1944, el cual hace referencia a partidas para alimentación, lavado y peluquería, para las distintas reparticiones del ejército terrestre, y no habla nada acerca del personal de las fuerzas militares. Luégo se cita el decreto 466 de 1945 el cual no se encuentra publicado en el Diario Oficial por lo cual no se puede tener en cuenta.

El decreto que se cita a continuación, número 1899 de 1946 se refiere a la 6ª Brigada y no dice nada acerca de aviación.

Se cita como último el decreto 1904 de 1946, el cual en su artículo 2º dice: "Señálase en un peso con veinte centavos ($ 1.20) diarios la partida individual de alimentación, lavado y peluquería de los Alféreces y Cadetes alumnos de aviación que adelantan cursos de pilotaje en la Base Aérea Germán Olano (Palanquero). El artículo 4º de este decreto expresa que el artículo acabado de citar rige desde el 1º de junio del año de 1946. De manera que en cuanto a prima de alimentación se le ha de liquidar como remuneración a Perilla Morales, desde el 1º de junio de 1946 en adelante, la suma de $ 1.20 diarios, según este decreto.

Hechas estas consideraciones, se procede a liquidar la indemnización correspondiente a cada uno de los beneficiarios:

a) **Indemnización de Pompeyo Perilla.**

Debe tomarse, según las bases de la Corte, la vida probable del beneficiario puesto que es más corta que la de su hijo Antonio.

De acuerdo con la partida de bautismo que obra al f. 15 v. del cuaderno Nº 2, Pompeyo Perilla nació el 17 de abril de 1890. Su edad en el día del

accidente (15 de agosto de 1941) era de 51 años, 3 meses, 28 días. Para esta edad hay un período de vida probable, según las tablas de la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, de 17,95 años, por aproximación 18 años. Luego presuntivamente vivirá hasta 1959. La indemnización se extiende hasta el 15 de agosto de 1959.

Primer período. Del 15 de agosto de 1941 al 15 de junio de 1951. 9 años, 10 meses.

Remuneración que habría recibido el alférez Perilla Morales durante este lapso de tiempo.

Remuneración de 15 de agosto de 1941 a 30 de junio de 1943,

Sueldo (certificado c. Nº 1)	$ 65.00
Sobresueldo, 15% (certificado c. Nº 1)	$ 9.75
Prima de vuelo	$ 60.00
Partida de alimentación (certificado c. Nº 1)	$ 15.00
Total	$ 149.75

Remuneración de 1º de julio de 1943 al 30 de septiembre de 1943,

Sueldo (certificado c. Nº 1)	$ 65.00
Sobresueldo, 15% (certificado c. Nº 1)	$ 9.75
Prima de vuelo	$ 60.00
Prima móvil, 26% sobre el sueldo (certificado c. Nº 1)	$ 16.90
Partida de alimentación (certificado c. Nº 1)	$ 15.00
Total	$ 166.65

Remuneración de 1º de octubre de 1943 a 31 de diciembre de 1943,

Sueldo (certificado c. Nº 1)	$ 65.00
Sobresueldo, 15% (certificado c. Nº 1)	$ 9.75
Prima de vuelo	$ 60.00
Prima móvil, 27% sobre el sueldo (certificado c. Nº 2)	$ 17.55
Partida de alimentación (certificado c. Nº 1)	$ 15.00
Total	$ 167.30

Remuneración de 1º de enero de 1944 a 30 de mayo de 1944,

Sueldo (certificado c. Nº 1)	$ 65.00
Sobresueldo, 15% (certificado c. Nº 1)	$ 9.75
Prima de vuelo	$ 60.00
Prima móvil, 36% sobre el sueldo (certificado c. Nº 2)	$ 23.40
Partida de alimentación (certificado c. Nº 1)	$ 15.00
Total	$ 173.15

Remuneración de 1º de junio de 1944 a 30 de marzo de 1945,

Sueldo (decreto 1500 de 1944)	$ 95.00
Sobresueldo, 15% (certificado c. Nº 1)	$ 14.25
Prima de vuelo	$ 60.00
Partida de alimentación (certificado c. Nº 1)	$ 15.00
Total	$ 184.25

Remuneración de 1º de abril de 1945 a 30 de abril de 1946,

Sueldo (decreto 772 de 1945)	$ 105.00
Sobresueldo, 15% (certificado c. Nº 1)	$ 15.75
Partida de alimentación (certificado c. Nº 1)	$ 15.00
Prima de vuelo	$ 60.00
Total	$ 195.75

Remuneración de 1º de mayo de 1946 a 30 de mayo de 1946,

Sueldo (decreto 1286, aumento del 15% sobre el anterior sueldo)	$ 120.75
Sobresueldo 15% (certificado c. Nº 1)	$ 15.75
Partida de alimentación (certificado c. Nº 1)	$ 15.00
Prima de vuelo	$ 60.00
Total	$ 211.50

Remuneración de 1º de junio de 1946 al 30 de mayo de 1951,

Sueldo (Decreto 1286 de 1946)	$ 120.75
Sobresueldo, 15% (certificado c. Nº 1)	$ 15.75
Alimentación (D. 1904 de 1946, a. 2º, $ 1.20 diarios)	$ 36.00
Prima de vuelo	$ 60.00
Total	$ 232.50

Liquidación de la indemnización de Pompeyo Perilla de acuerdo con lo anterior:

De 15 de agosto de 1941 a 30 de junio de 1943= 1 año, 10 meses quince días,
Sueldo .....$ 149.75
Mitad para gastos personales, según las bases sentadas por la Corte .....$ 74.87
Base de la indemnización: $ 74.87
Tercera parte de $ 74.87: $ 24.95
En 1 año, 10 meses, 15 días= 22 meses, 15 días a razón de $ 24.95 .....$ 561.37
De 1º de julio de 1943 a 30 de septiembre de 1943: 3 meses, sobre un sueldo de $ 166.65
Mitad para gastos personales, según las bases de la Corte .....$ 83.32
Base de la indemnización .....$ 83.32
Tercera parte de $ 83.32 para Pompeyo Perilla .....$ 27.77
En 3 meses .....27,77 x 3 = $ 83.31
De 1º de octubre de 1943 a 31 de diciembre de 1943 = 3 meses,
Sueldo .....$ 167.30
Mitad para gastos personales .....$ 83.65
Base de la indemnización .....$ 83.65
Tercera parte para Pompeyo Perilla ....$ 27.88
Indemnización en 3 meses ..27,88 x 3 = $ 83,64
De 1º de enero de 1944 a 30 de mayo de 1944 5 meses,
Sueldo .....$ 173.15
Mitad para gastos personales .....$ 86.57
Tercera parte de $ 86,57 para Pompeyo Perilla = $ 28.85
En 5 meses .....28.85 x 5 = $ 144.25
de 1º de junio de 1944 a 30 de marzo de 1945= 10 meses.
Sueldo .....$ 184.25
Mitad para gastos .....$ 92.12
Base de la indemnización .....$ 92.12
Tercera parte de $ 92.12 para Pompeyo Perilla = $ 30.70
Indemnización en 10 meses: $ 30.70 x 10 = ...$ 307.00
De 1º de abril de 1945 a 30 de abril de 1946: 13 meses,
Sueldo .....$ 195.75
Mitad para gastos personales .....$ 97.87
Base de la indemnización .....$ 97,87
Tercera parte de $ 97.87 para Pompeyo Perilla .....$ 32.62
Indemnización en 13 meses: 32.62 x 13 = ...$ 424.06
De 1º de mayo de 1946 a 30 de mayo de 1946= 1 mes,
Sueldo .....$ 211.50
Mitad para gastos personales = ...$ 105.75
Tercera parte de $ 105.75 = ...$ 35.25
Indemnización en 1 mes .....$ 35.25
De 1º de junio de 1946 a 15 de junio de 1951 = 5 años, 15 días,
Sueldo .....$ 232.50
Mitad para gastos personales = ...$ 116.25
Base de la indemnización = ...$ 116.25
Indemnización, tercera parte de $ 116.25 .....$ 38.75
En 5 años, $ 38.75 x 60 = ...$ 2.325.00
Total, indemnización en 5 años, 15 días = ...$ 2.344.37
De 15 de junio de 1951 a 15 de agosto de 1959= 8 años 2 meses,
Sueldo .....$ 232.50
Base de la indemnización.....$ 38.75
Remuneración en 1 año: $ 38.75 x 12= .....$ 465.00
En 8 años con aplicación de las tablas de Garuffa: 6.202 x 465.00 = ...$ 2.883.93
Suma la indemnización a Pompeyo Perilla = 561.37 más 83.31 más 83.64 más 144.25 más 307.00 más 424.06 más 35.25 más 2.344.37 más 2883.93= $ 6.867.18.

Indemnización de Carlina Morales de Perilla.

Tenía la edad de 46 años al morir su hijo Antonio, período de vida probable, según las tablas de la Compañía de Seguros: 21 años.

1er. período. Lo mismo que el anterior o sean $ 3.983.25.

2º período. Con aplicación de las tablas de Garuffa, de 1º de junio de 1951 a 15 de agosto de 1962=11 años, 2 meses...465.00 x 7.887=$ 3.667.45.

Indemnización total ....3.983.25 más 3.667.45 = $ 7.650.70.

c. **Indemnización de Cecilia Aurora Perilla Morales.**

Se ha de tomar, según las bases de la Corte, la vida probable de Antonio Perilla Morales, para los efectos de esta indemnización, o sea, según las tablas de la Compañía de Seguros, 37 años, correspondientes tales años de supervivencia a la edad de 23 años.

1er. período. Lo mismo que los anteriores $ 3.983,25.

2º período. De 13 de junio de 1951 a 15 de agosto de 1978, 27 años ...13.221 x 465.00 = 6.147.76

Suma la indemnización...$ 3.983.25+6.147,76= $ 10.131.01.

Suma la indemnización a los tres beneficiarios:

A Pompeyo Perilla	$ 6.867.18
A Carlina Morales de Perilla	$ 7.650.79
A Cecilia Aurora Perilla	$ 10.131.01
Total	$ 24.648.89

A mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— **revoca** la providencia apelada y en su lugar **resuelve:** Regúlase en la suma de **veinticuatro mil seiscientos cuarenta y ocho pesos con ochenta y nueve centavos** ($ 24.648.89) **moneda legal,** la indemnización que debe pagar la Nación a Pompeyo Perilla, Carlina Morales de Perilla y Cecilia Aurora Perilla Morales, por concepto de los perjuicios materiales a que fue condenada en el presente juicio.

La suma indicada se pagará a las personas citadas, en la siguiente forma:

A Pompeyo Perilla	$ 6.867.18
A Carlina Morales de Perilla	$ 7.650.70
A Cecilia Aurora Perilla Morales....	$ 10.131.01

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Rafael Robles — Gerardo Arias Mejía— Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Con salvamento de voto, **Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR GUALBERTO RODRIGUEZ PEÑA

Con pena me aparto de la opinión de la mayoría de la Sala, en cuanto incluye en la liquidación del perjuicio, la suma correspondiente a prima de vuelo.

De acuerdo con el certificado respectivo que la Sala transcribe, "cuando —el alférez Perilla— volaba cuatro horas al mes, ganaba la prima de vuelo que en su caso era de sesenta pesos". Lo cual quiere decir, como lo reconoce el auto, que aquella prestación no era cierta, sino condicional, o sea, para "cuando volaba cuatro horas al mes". El alférez Perilla podía no volar ese mínimo de cuatro horas mensuales, y entonces no tenía derecho a la prima correspondiente.

Pero sí es sabido que **mientras pende la condición nada se debe,** y que en la reparación del perjuicio, el responsable sólo está obligado por el daño cierto y determinado, y no por el eventual e hipotético. Me parece un grave error de la Sala, aceptar como **pura y simple** una obligación que ella misma reconoce **condicional,** y como cierto un perjuicio, que así mismo declara ella **presumible,** "dado el ínfimo número de horas de vuelo mensuales que se requerían para obtener el beneficio de esa prima de vuelo".

Bogotá, junio 6 de 1951.

(Fdo.) GUALBERTO RODRIGUEZ PEÑA.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Sustanciado el recurso de reposición interpuesto por ambas partes contra el auto de seis de junio último, se considera:

El representante de la Nación sustenta la reposición en los siguientes puntos:

A) Que no se debe liquidar la indemnización, como se hizo en el auto reclamado, con base en los futuros aumentos de sueldo correspondientes al grado de Alférez que ostentaba Perilla Morales al tiempo de su fallecimiento. Expresa que lo único cierto a este respecto es que Perilla Morales estaba devengando un sueldo al morir y que sobre ese sueldo debe hacerse la liquidación, y no en consideración al cargo o grado que tenía al morir.

Discrepa la Sala sobre esta apreciación del Sr. Procurador Delegado, y sigue sosteniendo que si Perilla Morales tenía el grado de Alférez al ocurrirle su muerte, lógico es que sus parientes se beneficien de los aumentos de sueldo posteriores a su muerte y correspondientes a ese grado. No cree la Sala que deba desecharse la consideración del cargo o grado y tenerse únicamente en cuenta el sueldo que devengaba el Alférez a su muerte, pues no hay razón jurídica alguna para esta apreciación. Ambas circunstancias deben tenerse en cuenta.

La cita que hace el Procurador de un fallo reciente de esta Sala (Caso de Jaime Benavides Cifuentes) en el que no se tuvieron en cuenta los aumentos de sueldo del empleado judicial subalterno, para efectos de la indemnización a sus deudos, se anota que así se procedió porque en la sentencia condenatoria y en las bases fijadas por ella para la liquidación de los perjuicios se dijo expresamente que no se debían tener en cuenta los futuros aumentos de sueldo, cuestión que no ocurrió en el caso presente pues las bases de la sentencia condenatoria no dijeron nada sobre el particular.

B) Insiste nuevamente el reclamante en su tesis consistente en que del monto total de la indemnización se ha de descontar lo que los beneficiarios hayan recibido del Estado por concepto de prestaciones sociales (seguro de vida, indemnización por accidente de trabajo), pues estas prestaciones hacen parte de la indemnización y que ese criterio fue el seguido por el legislador en las leyes 6ª de 1945 y 110 de 1938.

Pero la Sala discrepa de esta tesis y reafirma la sostenida en el auto impetrado y en el juicio de Amalia Pira v. de Glausser c. la Nación, de fecha 13 de febrero pasado, en que se dijo: "De la cantidad a que ascienda el monto de la indemnización, conforme a las bases indicadas, no cabe deducir la que, por concepto de seguro o de prestaciones sociales, han podido recibir los demandantes, como lo solicita el Sr. Procurador Delegado en lo Civil, porque tales cantidades no corresponden a un concepto indemnizatorio del perjuicio que éstos recibieron por la muerte de su esposo y padre, sino a prestaciones de índole específica previstas en el contrato: el seguro, por ejemplo, resultaba del solo hecho de la muerte del contratista en el servicio; pero es claro que si el fallecimiento se producía no simplemente por causas naturales sino por culpa del Estado, la fuente de la obligación de indemnizar no es ya el contrato, sino el hecho culposo; si lo recibido fueron las prestaciones sociales, el derecho a ellas tiene una fuente distinta e independiente a la de la culpa que obliga a la reparación del daño, cual es la ordenación legal que así lo prescribe".

Por otra parte, se trata del auto de cumplimiento de la sentencia en la que no se dijo que debía hacerse ese descuento y mal puede dicho auto reformarla.

C) Se acoge el señor Procurador al salvamento de voto del Magistrado doctor Rodríguez Peña. sobre el cómputo de la eventual prima de vuelo. Pero esta Sala ya expresó sus motivos con suficiente claridad para el cómputo de la mencionada prima: Aunque se reconoce que es condicional, la comprobación de que el Alférez alcanzó a disfrutarla en vida por todo el tiempo en que ostentó el grado de piloto y el escaso número de

horas de vuelo que necesitaba para hacerse acreedor a ella, hace que se compute por todo el tiempo a que ascienda la indemnización.

El apoderado de los demandantes pide también reposición de la providencia aludida atrás, la que fundamenta en lo siguiente:

A) Reconocimiento de la carrera que habría hecho Perilla Morales. Vuelve a sustentar la misma tesis que en su primitivo alegato: Que la Sala ha debido reconocer la carrera que habría hecho Perilla Morales si no hubiera muerto, pues lo que ordinariamente sucede es que un militar que llegue al grado que tenía Perilla Morales continúe su carrera. Parece inútil insistir más sobre este punto, pues la Sala fijó su criterio de manera clara en el auto reclamado, si tiene certeza el hecho de que Perilla Morales murió siendo Alférez, no puede predicarse la misma certeza respecto a que si no hubiera muerto habría llegado a escalar todos los grados de la carrera militar, pues bien podría haberse retirado por cualquier motivo o no haber pasado del grado de Alférez, es decir, los probables ascensos son algo hipotético.

B) El cálculo de la indemnización debe hacerse sobre la calificación de "La vida probable de los demandantes en el momento actual y no en el momento en que murió Perilla Morales". Y agrega: "El avalúo de los perjuicios debe tener en cuenta todos los cambios que han ocurrido entre el momento en que se causaron y el momento del fallo definitivo, según la doctrina universalmente aceptada".

A esto contesta la Sala:

La sentencia definitiva no dice que se deba calcular la vida probable de los demandantes en el momento actual, ni siquiera a partir de la fecha de la sentencia o ejecutoria de ésta, por lo cual se comprende que el cálculo de esa vida probable debe arrancar desde la fecha del fallecimiento del Alférez, que por otra parte es lo más lógico.

C) En tercer lugar solicita el reclamante —apoderado de los demandantes— que se rectifique la liquidación efectuada en caso de insistirse en no tener en cuenta los ascensos, porque hay errores en la liquidación consistentes en que no se tomó razón de determinadas disposiciones legales sobre sueldos y prima de vuelo de un Alférez Piloto aviador militar, tales como las de los Decretos-leyes 772 y 773 de 1945.

El Decreto-ley 772 de 1945 sí se tuvo en cuenta para el cálculo de la indemnización por concepto de sueldos, como puede comprobarse al folio 25 v. en que se dice: "De manera que como las leyes 52 de 1946 y 100 de 1948 no se refieren a asignaciones de alféreces de la fuerza aérea, la liquidación del sueldo a partir del 1º de enero de 1947, debe hacerse de acuerdo con los últimos decretos citados, el 772 de 1945 y el 1286 de 1946...".

Y al especificarse la indemnización de Pompeyo Perilla de acuerdo con estos decretos, aparece al folio 28 v. lo siguiente:

"Remuneración de 1º de abril de 1945 a 30 de abril de 1946.

"Sueldo (Decreto 772 de 1945).....$ 105.00".

A partir del 1º de mayo de 1946, se tuvo en cuenta para la computación del sueldo el Decreto 1286, que señala un aumento del 15% al sueldo fijado por el Decreto 772 de 1945.

Para los demás beneficiarios se tuvieron en cuenta en la liquidación los mismos Decretos que para la de Pompeyo Perilla, como se desprende de la simple lectura de la providencia.

Respecto del Decreto 773 de 1945, fue explícito el auto en la consideración del motivo por el cual no se tuvo en cuenta: allí se dijo (f. 26 v.) que no se tuvo en cuenta porque no se publicó en el Diario Oficial.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala NIEGA la reposición solicitada.

Cópiese y notifíquese.

Luis Rafael Robles—Gerardo Arias Mejía—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry — Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

NO SOLO LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN JUICIO ORDINARIO, SINO TAMBIEN LAS PROFERIDAS EN JUICIOS ESPECIALES Y QUE NO SEAN REVISABLES, DE CONFORMIDAD CON LA LEY, POR LA VIA ORDINARIA PUEDEN FUNDAR EXCEPCION DE COSA JUZGADA

En ninguna parte dice la ley que la sentencia que ha de servir para alegar la cosa juzgada debe haber sido dictada en juicio ordinario. Exige solamente que en procesos sobre ella haya habido controversia, es decir, que hayan actuado partes en discusión de la materia del pleito. Y lejos de tratarse en el artículo 473 del C. J. de juicio ordinario, el texto de él está mostrando que se refiere a cualquier juicio, pues se lee allí esta excepción: los fallos de juicio especial que puedan ser revisados en juicio ordinario cuando así lo disponga la ley. Lo que quiere decir que los fallos de juicios no ordinarios, cuya revisión la ley no autoriza, sí entran como componentes de la cosa juzgada. La sentencia en caso de expropiación —póngase como ejemplo— la cual no entra en la excepción, sirve de fundamento a la cosa juzgada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, once de julio de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Mediante escrito presentado ante la Corte el día quince de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, el General Jorge Martínez Landínez, mayor y de esta vecindad, demandó a la Nación representada por su Procurador General, "para que por el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía se liquide la participación que me corresponde en los bienes que se reintegraron a su patrimonio a virtud de mis gestiones judiciales y en cumplimiento del contrato que celebré con el Ministerio de Agricultura y Comercio, órgano del Gobierno, el día 14 de diciembre de 1920, liquidación que se hizo en forma equivocada en juicio breve y sumario al cual recayó el fallo provisional de 24 de mayo de 1929 proferido por la Sala de Negocios Generales de esa Superioridad, derecho que me reservé de conformidad con el ordinal 31 del artículo 11 de la ley 39 de 1921, de manera especial", y se hagan las siguientes declaraciones principales:

"**Primero.**—La sentencia de 24 de mayo de 1929 dictada por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, en juicio breve y sumario promovido por el peticionario contra la Nación, se revisa y queda revisada en el presente juicio ordinario;

"**Segundo.**—Los bienes reintegrados al patrimonio del Estado debido a mis gestiones se estimarán y apreciarán, por la tasación justa que aparezca pericialmente comprobada en el incidente que debe tramitarse dentro de este mismo juicio como lo dispone el precepto 553 del Código Judicial;

"**Tercero.**—El cuarenta y cinco por ciento (45 por 100) de los bienes ocultos denunciados y que entraron al patrimonio de la Nación, a que tengo derecho por el contrato celebrado con el Gobierno el 14 de diciembre de 1920, es proporcional no solamente a los reales beneficios que obtuvo la Nación sino también a los que debió obtener manejando el Estado o sus órganos esos bienes con mediana inteligencia y cuidado, y será sometido también a justa tasación pericial;

"**Cuarto.** — Las liquidaciones contenidas en la sentencia de 24 de mayo de 1929, se adicionan y reforman con los datos indicados en los numerales 12 y 13 de los hechos de esta demanda; y

"**Quinto.**—A esa liquidación se agrega el derecho proporcional del cuarenta y cinco por ciento (45%) obtenido por la Nación al haberse hecho viable la caducidad de la concesión privilegiada en el término de setenta y dos (72) años, en los cuales no solamente fueron y serán efectivas las participaciones en las utilidades en las cuotas indicadas en el contrato primitivo de concesión privilegiada sino la totalidad de las utilidades en la explotación de la vía férrea".

Y estas subsidiarias que se sintetizan:

A. — Que se declare que los asientos, liquida-

ciones y deducciones en un juicio de cuentas de la Nación contra The Colombian Northern Railway Company Limited (fallado por sentencia del año de 1923), acogidas en el juicio breve y sumario que terminó con la sentencia de la Corte, de 24 de mayo de 1929, fueron equivocados, y que se ordene rectificar esas liquidaciones y deducciones "por peritos nombrados dentro del presente juicio ordinario, **en el incidente previsto por el artículo 553 del C. J....**" (La Sala subraya).

B. — Que se declare que la Nación debe a Martínez Landínez perjuicios compensatorios por las participaciones en la explotación del Ferrocarril de Bogotá a Zipaquirá desde el 1º de julio de 1924 hasta el fin de la concesión privilegiada, por haber adquirido el peticionario la participación estipulada en el contrato de bienes ocultos que celebró con el Gobierno; "y en consecuencia, que esos perjuicios compensatorios **se estimarán en el incidente previsto en el precepto 553 del C. J. dentro de este mismo juicio...**". (La Sala subraya).

Los hechos fundamentales de la demanda que interesa conocer en el presente fallo, son los siguientes, tomados textualmente uno, y otros sintetizados, sin necesidad de dar razón de todos.

a) El actor celebró con el Gobierno un contrato sobre bienes ocultos, relativos al Ferrocarril del Norte, contrato por el cual correspondía al General Martínez Landínez un 45% del valor de los bienes y derechos denunciados (hecho 1º);

b) Se siguió un juicio sobre bienes ocultos, en que el actor representó a la Nación, juicio que fue fallado por la Corte en sentencia de 1º de diciembre de 1923, condenándose a la compañía inglesa mencionada atrás, concesionaria del Ferrocarril del Norte, a pagar a la Nación sus participaciones, a reembolsar las subvenciones, a garantizar la efectividad del contrato, restableciendo las facultades públicas sobre los bienes nacionales (hechos 2, 3, 4, 5, 6 y 7).

c) La Nación está obligada a reconocerme y pagarme un 45% del valor de los beneficios obtenidos, dice el actor, y enumera algunos, para rematar así: "Prefiero no sumar ni hacer más apreciaciones, dejando el trabajo y la estimación de esos esfuerzos y resultados efectivos a los peritos que se nombren dentro del juicio" (hecho 13);

d) La Nación recuperó los bienes denunciados, por convención que celebró con la Compañía, fechada el 10 de junio de 1929, la cual convención fue aprobada por la ley 29 del año citado, que no puede perjudicar mis derechos, dice el actor (hechos 9 y 10);

e) "La sentencia proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia el 24 de mayo de 1929, en el juicio breve y sumario que promoví con el libelo de que trata el punto anterior, al estudiar la excepción de petición de un modo indebido, que propuso el señor Procurador General, dice lo siguiente: 'La excepción de petición de un modo indebido, consistente en no ser procedente la vía sumaria elegida por el demandante para la determinación del valor de las acciones del Gobierno contra la Compañía que fue explotadora del ferrocarril y de las que ésta tuvo contra el Gobierno, debe resolverse a la luz del ordinal 31, artículo 11, Ley 39 de 1921, en que se apoyó de manera especial la demanda. Conforme a dicho ordinal, son susceptibles de tramitarse por la vía sumaria de que trata el Título 12, Libro 2º del Código Judicial sin perjuicio de la vía ordinaria, las controversias que versen sobre 'liquidación del monto de daños y perjuicios, frutos, réditos y cualesquiera otras prestaciones que se hubieren declarado en abstracto en sentencias condenatorias que deban ejecutarse...' Y aunque el artículo 874 del Código Judicial prescribe para casos análogos al presente, la prosecución de un juicio ordinario de cuentas, tal disposición ha sido reformada con la del artículo 11 de la Ley 39 de 1921, ya conocida, en razón de ser posterior esta última disposición. De lo anterior se sigue que no es fundada la excepción que se considera' " (hecho 16);

f) 'Los artículos vigentes del anterior Código Judicial al tiempo de dictarse el precitado fallo, respecto a las sentencias ejecutoriadas eran los números 831 y 832; y el Código Judicial que rige desde el 1º de enero de 1933 trae el artículo 473 que dice: 'La sentencia firme dada en materia contenciosa, tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. **Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la Ley'.** He subrayado el texto legal en vigor para afirmar que este artículo es el mismo 831 del Código anterior y que la ley 39 de 1921 está vigente en lo pertinente, que he invocado expresamente" (hecho 17).

g) El juicio sumario de 1929 terminó con sen-

tencia en que se aprueban dos liquidaciones, a saber: las erogaciones y compensaciones efectuadas por la Nación en virtud de la sentencia de 1º de diciembre de 1923, estimadas en la suma de $ 273.724.82, y la participación del actor estimada en $ 123.176.16, pero esas liquidaciones están erradas, dice el actor, y así sirvieron de base para mi liquidación, que resultó muy inferior a lo que me corresponde (hechos 18 y 19);

h) En los hechos 20 y 21 el actor ACUSA las liquidaciones por motivos que allí se enuncian;

i) "Por la exposición que antecede y los hechos especificados, una apreciación justa y verdadera de los bienes reintegrados a la Nación debido a mis gestiones contractuales solamente se podrá hacer dentro de un juicio ordinario de la mayor amplitud, como el que propongo, por verdaderos peritos idóneos, con las pruebas que se alleguen a los autos dentro de él" (hecho 22).

Como causa o razón de la demanda invocó el actor las siguientes:

El contrato sobre bienes ocultos, acordado con base en los principios del Código Fiscal, y el cual obliga no solamente a lo que en él se expresa, sino a todo aquello que es de su naturaleza o que por la ley pertenece a ella, conforme a lo prevenido por el artículo 1603 del Código Civil;

El error de hecho en la liquidación de la participación efectuada dentro del juicio sumario, que no es fuente de obligaciones y vicia por lo tanto los resultados numéricos de aquélla (artículos 1510, 1511 y 2313 del C. C., y 214 del C. Co.);

El principio de que "nadie puede enriquecerse sin causa o a costa ajena", el cual se violaría en el caso de que la Nación no solucionara al demandante la participación o indemnización a que tiene derecho en razón de haber ella acrecentado su patrimonio con la declaración de caducidad del contrato de concesión privilegiada, y que sólo fue posible a virtud de las gestiones judiciales de éste, que culminaron con la sentencia de 1º de diciembre de 1923, proferida por la Corte; y

El hecho de no haberse extinguido las obligaciones emanadas del contrato sobre bienes ocultos, por ninguno de los medios previstos por la ley.

Admitida la demanda y ordenado el traslado correspondiente, el señor Procurador General de la Nación la contestó por escrito de fecha 24 de mayo siguiente: declaró no constarle ninguno de los hechos fundamentales de la acción; negó la aplicabilidad de las disposiciones legales al caso propuesto, y se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas. En cuanto al hecho del ordinal 17 observó que se trataba en él de un punto de derecho, y que "sólo puede revisarse por la vía ordinaria la sentencia proferida en juicios especiales para los cuales la ley haya establecido expresamente la revisión". Y por último, propuso la excepción de **cosa juzgada**.

Trabada así la controversia, el juicio se abrió a pruebas, produciéndose las que eran procedentes; vencido el término, se dio el traslado para alegar; y después de presentadas las correspondientes alegaciones, se citó a las partes para sentencia. Se halla, pues, agotado el trámite respectivo; y como no se observa causal de nulidad que pudiera afectar la validez de la actuación, es llegado el caso de proferir la correspondiente decisión. Para hacerlo, se considera:

Procedencia de la acción

Dados los antecedentes procesales invocados por el actor para fundar sus pretensiones, y de los que precisamente se ha servido el señor Procurador para oponer la excepción de "cosa juzgada" a que antes se hizo referencia, se hace indispensable establecer, en primer término, la forma como tales antecedentes han podido incidir sobre la vida misma de la acción.

Con fecha 14 de diciembre de 1920, el señor Jorge Martínez Landínez, formalizó con la Nación un contrato sobre denuncia de bienes ocultos, para reincorporarlos al patrimonio del Estado, mediante una retribución equivalente al 45% del valor de dichos bienes. En ejecución de este contrato promovió el General Martínez Landínez las acciones judiciales conducentes a la reversión de tales bienes, las cuales finalizaron con la sentencia de la Corte de diciembre de 1923, acorde en lo fundamental con las pretensiones de la demanda.

Más tarde, y ante las dificultades para llegar a un acuerdo privado sobre el monto de la retribución que se había pactado, promovió el mismo señor Martínez Landínez un juicio ordinario contra la Nación, para que se le reconociera esa retribución estipulada. Como consecuencia de esta acción, sobrevino la sentencia de 1º de julio de 1927, mediante la cual se decidió al respecto lo siguiente: "Declárase que el señor Jorge Martínez L. tiene derecho y la Nación está obligada a reconocerle, un cuarenta y cinco por ciento (45

por 100) del valor a que, por obra de las erogaciones y compensaciones que tenga que hacer la Nación en virtud de la sentencia de 1º de diciembre de 1923 de esta Sala, quede reducido el de los bienes especificados en las letras A), C), D), E), F) y G) del punto primero de la demanda de diez y siete de agosto de mil novecientos veinticinco, y cuando todos esos bienes hayan entrado a formar parte efectiva del patrimonio del Estado y se haya avaluado la antigua carretera del Norte de que se habla en este fallo, en la forma indicada por el artículo 29 del Código Fiscal".

Con base en esta decisión y lo establecido por el artículo 11 de la ley 39 de 1921 según el cual, "se tramitarán también por la vía sumaria prescrita en el Título XII, Libro II del Código Judicial, sin perjuicio de la vía ordinaria, las controversias que versen sobre los asuntos siguientes:... 31.— La liquidación del monto de daños y perjuicios, frutos, réditos y cualesquiera otras prestaciones que se hubieren declarado en abstracto en sentencias condenatorias que deban ejecutarse", el General Martínez Landínez demandó a la Nación "para que en juicio sumario se haga la liquidación de las erogaciones y compensaciones que haya efectuado la Nación en virtud de la sentencia proferida por esta Sala el primero de diciembre de mil novecientos veintitrés en el juicio ordinario seguido entre la Nación y The Colombian Northern Railway Limited, y se liquide la participación del cuarenta y cinco por ciento que le corresponde al demandante conforme a lo fallado en el punto segundo de la sentencia de primero de junio de mil novecientos veintisiete pronunciada en el juicio ordinario del nombrado Martínez Landínez contra la Nación, y para que mediante el mismo juicio sumario, se haga la liquidación del monto de los intereses, determinación de moneda y de todas las prestaciones que se declararon en abstracto en los expresados fallos". Esta demanda fue decidida por la Corte en sentencia de fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos veintinueve, en el sentido de declarar que "la Nación debe pagar al señor Jorge Martínez L. de acuerdo con la sentencia de esta Sala de fecha primero de julio de mil novecientos veintisiete y por concepto del cuarenta y cinco por ciento que le corresponde conforme al contrato sobre bienes ocultos de fecha catorce de diciembre de mil novecientos veinte, celebrado entre el Ministerio de Agricultura y Comercio y el nombrado Martínez L., la cantidad de **ciento veintitrés mil ciento setenta y seis pesos diez y seis centavos** ($ 123.176.16) oro legal, dentro de los seis días siguientes a la notificación de este fallo".

Quince años más tarde y, por lo tanto, mucho después de hallarse en vigencia el actual Código Judicial (Ley 105 de 1931), decidió el General Martínez Landinez, con base en lo que establecía el artículo 11 de la ley 39 de 1921, promover la acción ordinaria de que aquí se trata, para que mediante revisión del fallo pronunciado en el juicio breve y sumario, se decrete: a) el equitativo justiprecio pericial "de los bienes reintegrados al patrimonio del Estado debido a mis gestiones"; b) la nueva liquidación del 45 % estipulado como honorario, proporcionándola no sólo a los reales beneficios que obtuvo la Nación, sino a los que hubiera podido obtener, manejados dichos bienes con mediana inteligencia y cuidado; y c) el reajuste de la misma liquidación, adicionándola con el 45% del valor correspondiente a los renglones que no fueron tenidos en cuenta en dicho fallo, y que la demanda enumera. Y fuéra de esto, ya se vieron dos peticiones subsidiarias de que trata la misma demanda.

En presencia de estos antecedentes, y muy particularmente, frente al hecho de haberse propuesto esta demanda cuando ya había entrado en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Civil, se ofrece como cuestión previa por dilucidar, la de si no obstante el cambio de legislación que para la fecha de la demanda se había operado, continuó subsistiendo, o por el contrario desapareció, el derecho que consagra la ley 39 de 1921 en su artículo 11; que enumera las controversias que se tramitarán por la vía sumaria, "sin perjuicio de la vía ordinaria", derecho a que se refiere el ordinal 31 del citado artículo, repetidamente invocado por el actor y que se copió atrás.

Es interesante entonces estudiar la sentencia dictada en mil novecientos veintinueve a favor del General Martínez Landínez para ver si allí se trata de prestaciones **declaradas en abstracto** que es el caso a que se refiere aquel texto legal; mas antes, conviene examinar en conjunto el aspecto legal de que da razón la demanda que aquí está sometida a decisión.

Aspecto legal

Es muy imprecisa la demanda en los fundamentos de derecho que se invocan en ella, como se verá:

En su encabezamiento se habla de un juicio ordinario de mayor cuantía sobre liquidación de unas participaciones, liquidación que se hizo en un juicio breve y sumario que terminó con sentencia de 24 de mayo de 1929 dictada por la Corte. Que esa liquidación ya se hizo en el juicio breve y sumario, se repite en varias partes. De manera que según el actor, se trata de un juicio ordinario sobre liquidación de participaciones, que ya se había hecho en un juicio sumario. Lo cual no tiene explicación jurídica. Pero en todo caso, el juicio ordinario de que se habla no puede ser otro que el que regula el actual código procedimental.

Mas, a renglón seguido, dice el actor: "derecho que me reservé de conformidad con el ordinal 31 del artículo 11 de la Ley 39 de 1921, de manera especial". No se sabe a qué derecho se refiere el actor, ni cómo pudo ser hecha la reserva. El derecho debió ser el de proponer acción de acuerdo con este texto legal. Pero se observa que tal texto hace parte del Código Judicial antiguo, y que en él se fundamentó la acción que fue decidida por la sentencia de mil novecientos veintinueve, de que se queja el actor. En todo caso, en esta parte el actor está invocando el Código Judicial ya sustituído por el actual.

Dice el actor que cita unas dipsposiciones del Código Civil, otras de la ley 110 de 1912 (Código Fiscal), "y desde luego la ley procesal y sus concordantes que la adicionan y modifican, de manera especial y singular el ordinal 31, artículo 11, Ley 39 de 1921". La ley procedimental de que se habla debe ser el Código Judicial actual; y la ley 39 citada hace parte del Código Judicial antiguo, como se ha dicho y se explicará adelante. De manera que se están invocando dos códigos.

Repite la demanda que se trata de un juicio de revisión. No lo ha entendido así la Sala, porque resultaría un contrasentido: un juicio tramitado bajo las normas del Código Judicial antiguo, que se quiere revisar con disposiciones del nuevo Código. En todo caso, la imprecisión de la demanda es aquí demasiado notoria.

En varias partes el actor expresa que la liquidación a que aspira debe hacerse dentro del juicio ordinario, en el incidente del artículo 553 del C. Judicial, a lo cual hay que decir que dentro de un juicio ordinario no hay lugar a aquel incidente. Dictada una sentencia condenatoria en abstracto, se promueve el incidente de liquidación a que aquel artículo se refiere. Pero resulta que el actor aspira a esa liquidación, y a la rectificación de la que ya se hizo, dentro de un incidente del juicio ordinario. Así se expresa en las peticiones subsidiarias de la demanda, y en otras partes, entre ellas al finalizar el Capítulo VI de esa demanda, donde se lee: "Y, en consecuencia, que esos perjuicios compensatorios se estimarán en el incidente previsto en el precepto 553 del C. J., dentro de este mismo juicio...".

Pero la mayor confusión y desorientación en los fundamentos legales de la demanda, aparece del hecho 17 copiado atrás, que se analiza en seguida:

Dice que los artículos vigentes del anterior Código, al dictarse la sentencia de 1929, respecto de las sentencias ejecutoriadas, eran los números 831 y 832, y que el primero de éstos es igual al 473 del actual código, que se reproduce en la demanda, subrayando esta parte: **"Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley".** No son iguales en doctrina los dos textos. En el primero se decía que las sentencias ejecutoriadas deben cumplirse; pero que las sentencias en los juicios sumarios podían ser revisadas en juicio ordinario "en los casos expresamente previstos por la ley". Según el segundo, la sentencia firme tiene la fuerza de cosa juzgada, sin perjuicio: a) del recurso de revisión; b) de que pueda ventilarse en juicio ordinario un caso ya ventilado en juicio especial, "cuando así lo disponga la ley". Y la ley dispone esto en casos muy contados.

Parece que con dos finalidades se ha hecho comparación de los dos textos: la una, para tratar de justificar el juicio ordinario que se está examinando, y lo que se expresa repetidamente sobre revisión de la sentencia de 1929; y la otra, que la expresa el actor en estos renglones: "He subrayado el texto legal en vigor, para afirmar que este artículo es el mismo 831 del Código anterior, y que la ley 39 de 1921 está vigente en lo pertinente, que he invocado expresamente".

Lo que se dice sobre la vigencia de la ley 39 de 1921 es claramente erróneo. Esta ley es un integrante del Código antiguo, que fue sustituído por el actual. Esa ley versa "sobre reformas judiciales". El artículo 21 de ella dice que "queda adicionado el Código de Organización Judicial". El número 31 del artículo 11, que es lo pertinente invocado a cada paso por el actor, es una

modificación del artículo 874 del antiguo Código, modificación expresa en el citado artículo 21. El artículo 874 decía que si en una sentencia se condena a pagar una cantidad ilíquida, a indemnizar perjuicio o a cosa semejante, se ejecutará mediante un juicio ordinario de cuentas; y la modificación de que da cuenta aquel número consiste en autorizar para el caso, también, un juicio sumario. Y se dice también, porque el artículo 11 enumera los casos de juicios sumarios, advirtiendo que "sin perjuicio de la vía ordinaria". Lo que quiere decir que para la liquidación de condenas en abstracto, quedaban dos caminos: el juicio sumario y el juicio ordinario. El actor, en el juicio fallado en 1929, optó por el primer camino. Y es claro que dentro de esa antigua legislación, ya le quedaba cerrado el caminó del juicio ordinario, naturalmente más cerrado hoy.

Y aquí es oportuno decir lo que se enunció atrás: el número 31 del artículo 11 de la ley 39 de 1921 se refiere a prestaciones declaradas en abstracto en sentencias. Y en la sentencia de mil novecientos veintinueve, contra la cual se queja el actor, que bien puede ser poco equitativa, se declaró una condenación concreta, por la cantidad de $ 123.176.16, según el mismo actor lo dice en la demanda, y se vio en el capítulo sobre Procedencia de la Acción. No hubo, pues, condenación en abstracto, por lo cual el actor no puede invocar ese texto de la ley de 1921.

Sobre esto de que la ley 39 de 1921 hace parte del Código Judicial antiguo, y que el número 31 del artículo 11, tan repetido por el actor, es una modificación del artículo 874 de ese extinguido Código, ya en la sentencia de mil novecientos veintinueve se expresaron estos mismos conceptos, según lo relata el actor en el hecho 16 de su demanda, que quedó copiado atrás.

Acerca de este aspecto legal del juicio, se transcriben algunos párrafos del alegato del señor Procurador Delegado en lo Civil, muy pertinentes y bien fundados:

"Aceptando en gracia de discusión que lo estatuído en este artículo (el 11 de la Ley 39 de 1921) no es la facultad opcional otorgada a un presunto demandante para escoger entre el procedimiento ordinario y el sumario a fin de que en sentencia definitiva y con fuerza de cosa juzgada se le liquiden las aludidas prestaciones, sino que escogido el último trámite con el mismo fin, aún le queda el juicio ordinario para revisar el fallo de ejecución proferido por la vía sumaria, considero, no obstante, que el artículo 11 de la ley 39 citada hallábase derogado a la época en que el presente juicio fue iniciado y, por tanto, la sentencia de que se trata ya no es revisable por la vía señalada, única a la cual quizá hubiera podido acogerse antes de la derogatoria del artículo. Para sostenerlo, invoco los artículos 3º, parte final, 40 de la ley 153 de 1887, en relación con los artículos 473, inciso 2º y 553 del C. J., que a mi juicio derogaron aquella otra disposición.

"En efecto: la ley 105 de 1931 —Código de Procedimiento Civil— regula íntegramente la materia a que se refería el Código Judicial que estuvo en vigencia hasta el 1º de enero de 1932, del que formaba parte la ley 39 de 1921, "sobre reformas judiciales", al cual sustituye; y en materia de ejecución de sentencias relativas a condena de pago de cantidades ilíquidas por frutos, perjuicios u otra cosa semejante, establece un incidente regulatorio (artículo 553) —no un juicio sumario separado, u otro ordinario de cuentas, como lo establecían la citada ley 39 y el art. 874 del C. Judicial reemplazado por el actual. Estas disposiciones, en consecuencia, no tienen en la actualidad aplicación, como se desprende del artículo 3º, parte final, de la ley 153 de 1887, según el cual se estima insubsistente una disposición legal por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

".....

"La ley nueva —105 de 1931— expresa en su artículo 473: 'La sentencia firme dada en materia contenciosa, tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. Entiéndese esto —agrega el inciso 2º— sin perjuicio del **recurso** de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto **que ha sido fallado en juicio especial**, cuando así lo disponga la ley'.

"Para que el juicio sumario decidido el 24 de mayo de 1929 fuera hoy revisable por la vía ordinaria sería preciso que el Código así lo dispusiera. Pero tal disposición no existe, entre otras razones, por la fundamental de que en la actualidad la ejecución de condenas en abstracto se ventila en **incidente** (artículo 553 C. J.) y no en **juicio**, como antes. Además, son contadas las sentencias en juicios especiales que hoy pueden revisarse en juicio ordinario. Tales son, salvo involuntaria omisión: a) La sentencia de excepcio-

nes y la de pregón y remate en juicio ejecutivo (artículo 1030 C. J.); b) La proferida en juicio especial sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre o el modo de ejercerla, y pago de las indemnizaciones correspondientes (artículo 876 ibidem); c) El fallo sobre cuestiones ventiladas entre cónyuges a que se refiere el artículo 8º de la ley 28 de 1932; y d) La sentencia en juicio sumario de oposición a la exploración y explotación del petróleo (artículo 8º de la Ley 37 de 1931, modificada por la 160 de 1936).

"....

"Por todo lo expuesto, considero que la sentencia de 24 de mayo de 1929, tiene hoy la fuerza de cosa juzgada, y que su revisión, intentada por la vía ordinaria, bajo la vigencia del nuevo Código, quince años después de proferida, es legalmente improcedente".

Otras consideraciones

De todos estos elementos incongruentes relacionados con los textos legales que el actor tiene invocados en el juicio, se pueden hacer las siguientes consideraciones que han de fundamentar lo resuelto en el presente fallo:

Aceptando que lo aquí instaurado es un juicio ordinario simple, sobre liquidación de unas participaciones que ya fueron liquidadas en otro juicio, es preciso afirmar que la presente acción no es viable, porque la liquidación ya se hizo en un juicio sumario, en el cual fueron invocadas las mismas disposiciones procedimentales que se han querido poner en juego en el presente proceso, como se ve:

En la sentencia de primero de julio de mil novecientos veintisiete se declaró que el General Martínez Landínez tiene derecho, y la Nación está obligada a reconocerle, un 45 % del valor sobre varias prestaciones. Después de esto el General Martínez Landínez demandó a la Nación "para que en juicio sumario" se liquide la participación del 45% que me corresponde conforme a lo fallado en el punto 2º de la sentencia de 1º de julio de 1927". El actor apoyó su demanda en el artículo 874 del C. Judicial y en el inciso 31 del artículo 11 de la ley 39 de 1921; y en sentencia de veinticuatro de mayo de mil novecientos veintinueve, que el actor quiere hacer a un lado, dijo la Corte: "Se declara que la Nación debe pagar al señor Jorge Martínez L., de acuerdo con la sentencia de esta Sala de 1º de julio de 1927 y por concepto del 45 % que le corresponde conforme al contrato sobre bienes ocultos celebrado ante el Ministerio de Agricultura y Comercio y el nombrado Martínez L., la cantidad de $ 123.176.16 oro legal, dentro de los seis días siguientes a la notificación de este fallo". Esta sentencia fue registrada el 17 de junio de 1929 en el Libro 2º, pág. 90, número 2088.

Como se ve, ya se hizo, en forma concreta la liquidación del 45% que corresponde al General Martínez Landínez, según sentencia ejecutoriada y registrada. Y no se trata de una condenación en abstracto, sino concreta. Se trata en la sentencia de mil novecientos veintinueve precisamente de hacer liquidación de una condena en abstracto decidida en sentencia de julio de mil novecientos veintisiete.

¿Cómo ahora se vuelve a pedir liquidación de unas participaciones por valor del 45% que correspondió al General Martínez Landínez, invocando textos legales que ya fueron también invocados en el juicio breve y sumario que se decidió por la sentencia de 1929?

Cosa juzgada

El representante de la Nación ha propuesto como perentoria la excepción de cosa juzgada, y es preciso estudiarla.

Según el Código de Procedimiento Civil, para que se opere el fenómeno de la cosa juzgada se necesitan los siguientes elementos, formales unos y otros sustanciales, a saber:

Artículo 473: 1º Sentencia firme.
2º Materia contenciosa.
Artículo 474: 3º Identidad de objetos.
4º Identidad de causas.
5º Identidad jurídica entre las personas de los litigantes.

En ninguna parte dice la ley que la sentencia que ha de servir para alegar la cosa juzgada, debe haber sido dictada en juicio ordinario. Exige solamente que en el proceso de ella haya habido controversia, es decir, que hayan actuado partes en discusión de la materia del pleito. Y lejos de tratarse en aquel artículo de juicio ordinario, el texto de él está mostrando que se refiere a cualquier juicio, pues se lee allí esta excepción: los fallos de juicio especial, que puedan ser revisados en juicio ordinario cuando así lo disponga la ley. Lo que quiere decir que los fallos de juicios no ordinarios, cuya revisión la ley no autoriza, sí

entran como componentes de la cosa juzgada. La sentencia en caso de expropiación —póngase como ejemplo— la cual no entra en la excepción, sirve de fundamento a la cosa juzgada.

La sentencia dictada por la Corte en mil novecientos veintinueve, de que se ha hecho mención, cumple todas las condiciones enumeradas atrás.

Se trata de una sentencia firme que fue registrada de acuerdo con el artículo 2652 del C. Civil.

Se trata de una sentencia dictada en juicio contencioso: se demandó a la Nación, el Procurador intervino y propuso excepciones, se produjeron pruebas y se dictó sentencia que fue notificada a ambas partes.

Son idénticos los objetos y las causas de aquel juicio y del presente: liquidación de unas participaciones del actor provenientes de un contrato sobre bienes ocultos que celebró con la Nación.

Son unos mismos los litigantes en aquel juicio y en el presente: allá demandó el actor a la Nación, y aquí también.

Es un claro caso de cosa juzgada.

En atención a lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reconoce en el presente proceso instaurado contra la Nación por el señor General Jorge Martínez Landínez la excepción perentoria de COSA JUZGADA, y ABSUELVE a la Nación de los cargos de la demanda fechada el trece de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Luis Rafael Robles—Miguel Aguilera, Conjuez. **Gerardo Arias Mejía — Luis A. Flórez — Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano,** Secretario.

NO ES EL CASO DE ACLARAR LA SENTENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintiocho de agosto de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Es demandada en este juicio la Nación, a la cual se absuelve en la sentencia que puso fin a aquél, y es demandante el General Jorge Martínez L., representado a última hora por el doctor Diego Llinás Pimienta, quien se dirige a la Sala pidiendo "que se hagan las aclaraciones a la comentada sentencia, a fin de disipar las dudas que dejo expuestas, esclarecer tantos pasajes oscuros y conseguir que se haga luz sobre la naturaleza intrínseca del fallo, sobre su planteamiento y alcances...". Ya en otra parte de su escrito el peticionario había manifestado sus "serios motivos de duda en cuanto a la lógica de los argumentos por esa Sala aducidos, como en el planteamiento de las cuestiones básicas del pleito".

Invoca el peticionario la doctrina del artículo 482 del C. Judicial, pero a juzgar por los mismos términos de su memorial, que se acaban de copiar, se le da a esa doctrina un alcance que no tiene. El artículo en cuestión permite aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, pero no autoriza para resolver cosa alguna sobre la naturaleza intrínseca de la sentencia ni sobre su planteamiento, conceptos éstos que tienen que ver más que todo con la parte legal y jurídica del fallo, parte ésta que no está ni puede estar comprendida dentro de esa doctrina que el peticionario invoca.

En ninguna parte de su largo escrito el peticionario señala la frase o el concepto, concretos, que debieran ser aclarados. Se trata en ese escrito de una crítica a la sentencia, invitando a la Sala a una controversia académica sobre el planteamiento legal y general del asunto, controversia que no puede aceptarse porque se desvirtuaría el recurso de aclaración para convertirlo en recurso de apelación o de reposición o de súplica, donde sí se pueden plantear y discutir las cuestiones de derecho y la aplicación que se haga de textos legales, con miras a cambiar lo resuelto en la decisión judicial.

Todo el escrito del peticionario tiende a establecer que se han debido aplicar unos textos legales en lugar de otros. ¿Y para qué? Según argumentación, no puede ser para cosa distinta de un cambio en lo resuelto por la sentencia. Mas esto, lo sabe el peticionario, no sería posible, porque la sentencia no es reformable por el mismo Juez que la pronuncia, según lo proclama el mismo artículo que ha sido invocado.

Lo que quiere decir que las aclaraciones sobre conceptos o frases de derecho, fuéra de que no encajan dentro de la doctrina que el peticionario invoca, a ningún fin práctico conducirían, porque la parte resolutiva de la sentencia no podría cambiarse en el presente caso.

Sobre esta materia dijo hace poco la Sala: "Una sentencia puede aclararse cuando hay conceptos o frases 'que ofrezcan verdadero motivo de duda', según doctrina del artículo 482 del C. Judicial. Si la ley habla de **verdadero motivo,** es porque quiere que no se promueva la cuestión por motivos baladíes y sin resultados prácticos ningunos. Lo común es que la aclaración se refiera a la parte resolutiva de la sentencia; mas puede haber lugar a una aclaración de la parte motiva, cuando la sentencia puede dar ocasión a posteriores decisiones judiciales. Y dentro de estas consideraciones, no se ve motivo para una aclaración tratándose de una sentencia absolutoria en juicio ordinario, en que la parte resolutiva no da margen a una duda, ni la sentencia deja campo para posteriores decisiones".

Lo expresado por la Sala es aplicable al presente caso: la parte resolutiva de la sentencia es muy clara y no da campo entonces para una aclaración; y en cuanto a la parte motiva, fuéra de que no se señalan en concreto las frases o conceptos que debieran ser aclarados, lo expuesto en el memorial del peticionario, como ya se ha dicho, versa sobre lo que él considera mala apli-

cación de textos legales e ilógica argumentación, todo lo cual, a ser fundado y aceptado en una aclaración, llevaría a una revocatoria de la sentencia, que la ley no autoriza porque no se trata de recurso alguno que dé lugar a esa revocatoria.

A última hora el doctor Llinás hace nuevo esfuerzo, en otro memorial en que adiciona el primero, para tratar de convencer, con cita de las actas relacionadas con la discusión del que es hoy Código Judicial, que un derecho consagrado en la Ley 39 de 1921, que formó parte del Código Judicial antiguo, quedó vigente por reserva que hizo el código nuevo. Mas sobre esto cabe replicar que la Sala, en las decisiones que debe dictar, se tiene que regir por lo que expresa el código vigente, y no por conceptos aislados emitidos durante su discusión en las Cámaras. Y con respecto a reservas sobre anteriores leyes, el código actual dice solamente, en sus artículos 1228 y 1229, que sus disposiciones se aplicarán a los juicios pendientes en el momento en que entren a regir, con algunas salvedades; y que subsistirá la acción accesoria del demandante llamada "de suspensión", que tenía reglamentada el Código Judicial antiguo en sus artículos 407 y siguientes, pero únicamente para los efectos del artículo 28 de la ley 37 de 1931 (del petróleo). No hay más reservas y ninguna otra, por tanto, puede considerar la Sala.

Por lo expuesto, no se puede acceder a lo solicitado en el memorial de tres de agosto, adicionado por el de veintitrés del mismo mes, presentado por el apoderado de la parte actora en este juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese.

Luis Rafael Robles—**Miguel Aguilera**, Conjuez. **Gerardo Arias Mejía** — **Luis A. Flórez** — **Rafael Leiva Charry**—**Jorge García Merlano**, Secretario.

AVISO SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS DE PROPIEDAD PRIVADA.— LA ADQUISICION DEL DOMINIO DE TIERRAS POR EL MEDIO DE LA JUSTA PRESCRIPCION DURANTE LA EPOCA COLONIAL

De conformidad con la aplicación que la doctrina ha dado a los principios legislativos que rigieron la adquisición del dominio territorial por el modo de la justa prescripción durante la Colonia, la posesión de las tierras debía precisamente consistir en actos de explotación económica, o sea, en plantaciones o cultivos, pastos, ganadería, etc., sobre las tierras en que aquélla se ejercitaba.

La ley de 11 de octubre de 1821 no modificó ese principio, ya que al reconocerle determinados derechos a "los que poseyeren tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción" (artículo 5º), sin especificar el modo como dicha posesión debía ejercitarse, de hecho la subordinó a las condiciones que establecían las leyes españolas, cuyos mandatos continuaban en todo su vigor, mientras no resultaran opuestos a las disposiciones de la Carta, o a otras leyes posteriores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio diez y seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Mediante escrito presentado el día 4 de octubre de 1947, ante el Ministerio de Minas y Petróleos, el doctor Ricardo Ospina G., en nombre y representación de la Richmond Petroleum Company of Colombia, sociedad anónima domiciliada en Wilmington, Estado de Delaware, Estados Unidos de la América del Norte, con Sucursal en Bogotá, y al mismo tiempo como apoderado de los señores Abisael Rodríguez, Valeriano Alvarez Sota, Judith Osorio de Rengifo, Amalia Montalvo v. de Troncoso, Arcadio Troncoso Montalvo y Delfina Troncoso Montalvo (estos tres últimos como herederos de Sixto Troncoso B.), Félix A. Gómez R. (por sí y como curador del menor Carlos Alberto Gómez R., herederos y sucesores de Gabriel Gómez V.), Abisael Rodríguez, Eustaquio Vega, Rafael Vega, Venancio Vega, Estefanía Vega, Bonifacio Vega, Belisario Cortés, éste en nombre y representación de su hijo menor Angelino Cortés. (Los señores Vegas y Cortés como herederos y sucesores de Norberto Vega y Natividad Hernández de Vega), Ramón Hernández y Esther Cifuentes de Hernández, Fausta Trujillo v. de Troncoso, Dioselina Troncoso de Zárate, Gentil Troncoso, Sabas Troncoso, Campo Elías Troncoso, Efraín Troncoso, Martelio Troncoso, Pedro Troncoso, Alvaro Troncoso, Miguel Alcides Troncoso, Luis Felipe Troncoso, María Hernández de Urueña, Eduardo Vila Londoño, Miguel Góngora Varón y Miguel Antonio Góngora R., dio aviso al Gobierno de que "de conformidad con lo prevenido en el artículo 27 de la ley 37 de 1931, la Richmond Petroleum Company of Colombia, en virtud de contratos celebrados con las personas que se acaban de nombrar, se propone efectuar trabajos de exploración con perforación y de explotación del petróleo reputado como de propiedad privada que se encuentra en un globo de terreno, situado en jurisdicción de los Municipios de Piedras y Venadillo, en el Departamento del Tolima, cuya extensión aproximada es de dos mil seiscientos dos hectáreas con cuatro mil novecientos once metros cuadrados (2.602.4.911 hts.), determinado de manera precisa por los siguientes linderos generales:

Desde el charco de "La Palmita" en la quebrada de "Los Solares", por ésta abajo hasta su desembocadura en la quebrada del "Madroño o Toquitoqui", ésta abajo hasta donde existe la volada que sostienen los herederos del finado señor Rafael Ospina, colindando con terrenos de dichos herederos; "Toquitoqui" aguas abajo, hasta enfrentar con el extremo de otro cerco de alambre que arranca de la margen derecha de la misma quebrada, donde existe un mojón de madera; por el curso de dicho cerco hasta su término en la margen izquierda de la quebrada Norizal, donde

existe otra volada, Norizal aguas abajo hasta su desagüe en la de "Toquitoqui"; ésta aguas abajo hasta enfrentar con el extremo de otro cerco de alambre que arranca de su margen derecha y que divide los terrenos del Dr. Federico Melo; siguiendo el curso de dicho cerco, hasta su término en la margen derecha de la quebrada Toquitoque, y ésta abajo hasta su desembocadura en el río Totare; río Totare arriba hasta el charco denominado del "Guarumo", en el río Totare, frente a un peñón que hay en su mano izquierda; por este peñón arriba hasta encontrar la cuchilla de "La Vuelta de Totare", lindero común entre el potrero de "El Cajón" de Eduardo Vila Londoño, del lote denominado "Sánchez", de Miguel A. Góngora y el lote de "Los Alpes" del mismo Miguel A. Góngora R., de aquí se sigue filo abajo lindando con "Los Alpes" de propiedad del señor Miguel A. Góngora R., hasta encontrar el lindero con el predio "La Camorra o Las Abras", de propiedad de Camilo Góngora; de este punto se sigue en línea recta y en dirección noreste, lindando con el mismo predio de "La Camorra o Las Abras", hasta el extremo del cerco de alambre que viene del cerro donde existe un mojón próximo a la casa de "Los Sánchez"; de aquí se sigue lindando con este terreno por los linderos generales del globo o lote de "Sánchez", por los cercos de alambre que hoy existen, hasta otro mojón que dista del anterior ochenta (80) metros; de aquí se sigue el cerco a otro mojón que dista del anterior cien (100) metros y es lindero de Antonio García; de aquí lindando con éste en dirección occidente hasta otro mojón que dista del anterior doscientos (200) metros; de aquí lindando con García, en dirección norte magnético a un mojón que dista del anterior noventa (90) metros; de aquí lindando con el mismo señor García, se sigue el cerco hasta el mojón que se denomina del Camino, distante del anterior cuatrocientos treinta y cinco (435) metros; de aquí, se sigue lindando con Polo García, hasta un mojón que dista del anterior setenta y tres (73) metros; de aquí lindando con éste, hasta un mojón que está próximo a la puerta de la carretera, que de la boca de Totare conduce al pueblo de Venadillo; de aquí se sigue en línea recta hacia el suroeste hasta encontrar el lindero con el lote número cinco (5) adjudicado al señor Manuel Quimbayo en la partición de las tierras de "Sánchez"; de aquí, se sigue en dirección noroeste, lindando con el citado lote número cinco (5) hasta llegar a la cuchilla inmediata, lindero general del globo de "Sánchez", donde existe un mojón de piedra; de aquí, se sigue por todo el filo de la cuchilla de para arriba, llindando con Manuel Quimbayo y tierras de Policarpo Varón (hoy de Pedro J. Varón), hasta llegar al mojón común del lote número dos (2) del globo de "Sánchez", del señor Evangelista Quimbayo (hoy de Miguel A. Góngora R.), que está al noroeste del "Pico de Sánchez", de aquí se sigue en línea de para abajo, en dirección sureste, lindando con el citado lote número dos (2), hasta llegar a un mojón que está sobre una cuchilla; de aquí, se sigue siempre al sureste hasta encontrar sobre esta cuchilla y sobre la línea del lote número uno (1) del señor Miguel A. Góngora V., otro lindero; de aquí, en dirección suroeste y lindando con el lote número dos (2) del globo de "Sánchez" de propiedad de Evangelista Quimbayo (hoy de Miguel Góngora R.), hasta encontrar en la falda norte del "Pico Cónico", en una cañada un lindero de madera; de este punto en línea recta hacia el noroeste se sigue hasta encontrar un mojón de piedra que está en el alto de "Buenos Aires" sobre el filo de los cerros de "La Vuelta de Totare", en el lindero con Aristides Casasbuenas (hoy de Pedro J. Varón), y Eduardo Vila Londoño; de aquí hacia el noroeste, colindando con tierras de Aristides Casasbuenas (hoy de Pedro J. Varón), y en línea recta hacia un mojón marcado con la letra "E", hasta un punto intermedio imaginario que queda a una distancia aproximada de doscientos ochenta (280) metros del punto anterior; de aquí al suroeste en línea recta al charco de "Topapira" o "El Ordeñadero" en el río Totare, o sea a una distancia aproximada de seiscientos (600) metros; río Totare arriba hasta un peñón denominado Cauchito; de aquí a un caucho el más inmediato al Corral viejo de Tápira; de aquí línea recta a la quebrada Guiso, pasando por un mojón herrado; quebrada abajo hasta su desembocadura en el río Chipalo; río arriba hasta el confín del Hurón de arriba; de aquí línea recta a la punta de una peña; esta peña hacia arriba hasta la punta de una cerca de piedra que separa el globo general del lote del Hurón; de aquí, se sigue por esta cerca hasta su remate en la zanja del Mayoncito en su desembocadura en el río Chipalo; este río arriba hasta la desembocadura de la quebrada de Hoyones o La Compañía; de aquí, siguiendo una cerca de piedra que divide el terreno de Norberto Vega y el de Ja-

coba Hernández hasta el pie de un mojón de madera que se encuentra en dicho cerco de piedra que era lindero común de los lotes dos (2) y cuatro (4) de la comunidad denominada La Compañía; de aquí, se sigue por dicha cerca hasta encontrar la zanja de Mayoncito; de aquí, Mayoncito arriba hasta encontrar la cerca de piedra de San Pedro, que viene del río Chipalo; esta cerca hacia el occidente hasta encontrar con el charco de San Pedro en el río Chipalo; de aquí, río Chipalo arriba hasta dar a un caracolí donde hay un mojón de piedra, que se encuentra en su margen derecha; de aquí hacia el sureste a dar a un mojón que se encuentra a poca distancia del anterior y luégo torciendo hacia el noreste, en línea recta, y lindando con el lote número seis (6) de Luisa Hernández hasta hallar otro mojón, que es lindero común entre los antiguos lotes cuatro (4), cinco (5) y seis (6); de aquí, línea recta hacia el suroeste a dar a un mojón de piedra que se clavó a la orilla de la zanja de "Los Pozos", hacia el lado de abajo de unos totumos, de este mojón en línea recta a un mojón de madera marcado NB; de este mojón de madera NB hacia el suroeste a dar al mojón de madera de los Troncosos marcado NB pasando por el pie de la casa de María Hernández y que es lindero común con el terreno de Gregorio Hernández y se halla clavado en la sabana; de aquí en dirección noroeste y en línea recta a un mojón marcado con el signo .. que se halla al borde de un barranco que mira al río Chipalo; de este mojón en dirección marcada al sur, por el borde del barranco en partes, y por un cerco de piedra en otras, hasta otro mojón herrado con la misma cifra que se halla al pie de una cerca de piedra; de este mojón en dirección sureste, hasta dar con otro mojón marcado con la cifra, que se encuentra a ochenta (80) metros de la esquina noroeste del Mangón; de este mojón línea recta hasta el extremo de una cerca de piedra que cae en una zanja, como a unos cien (100) metros de distancia del mojón del Mangón; de este punto y por toda la cerca que limita el llano por el oriente, hasta encontrar la quebrada Arenosa; Arenosa abajo hasta encontrar la boca de una zanja en la banda oriental de la quebrada; zanja arriba hasta su cabecera; de aquí, en línea recta hasta la depresión más honda de la zanja llamada "El Mosqueral", donde se une con la zanja denominada "El Salto", donde hay unas palmas reales que sirven de lindero al terreno de propiedad del Municipio de Piedras; se sigue en línea recta hasta encontrar el punto donde existía una puerta vieja; de aquí siguiendo por una cerca de piedra en un trayecto como de cincuenta (50) varas hasta encontrar una zanjita volcanosa; por esta zanjita abajo hasta su desembocadura en la quebrada de La Honda; quebrada de La Honda arriba hasta encontrar en su margen oriental la desembocadura de la zanja del "Guacharaco", ésta arriba hasta enfrentar con un cerco de piedra que existe en su margen oriental; de aquí, en línea recta —más o menos— por la cerca de piedra mencionada hasta caer frente al charco de "La Palmita", en la quebrada de "Los Solares", punto mencionado como primero de esta demarcación".

Está compuesto dicho inmueble por las siguientes fincas: Arenosa y Guarapos, Tápira, Quebrada Seca, El Salado, Tlobaca, Dos y medio derechos en El Palmar, El Cacao, La Ceiba, La Honda, Tierras de Guarapo y hacienda de Guarapo, Palestina, Manga de San Pablo y lotes Nos. 1, 2 y 4 de La Compañía, Palestina, Tapira, Arenosa y Hato Nuevo, lote 5 de La Compañía, Palestina, Tapira, Arenosa y Hato Nuevo; lote 5 de La Compañía, El Espejo, Pilamita, Dos y medio derechos en El Palmar y Sánchez, identificados por los linderos que expresan los contratos acordados con los propietarios particulares arriba mencionados. Se excluye solamente, "un lote de terreno de propiedad de Manuel Bonilla, ubicado en el Municipio de Piedras, que tiene una extensión aproximada de dos hectáreas mil setecientos cincuenta y ocho metros cuadrados (2, 1.758 hts.). Este lote colinda: "Quebrada de La Arenosa de por medio, con el lindero que queda más hacia el sur de la hacienda denominada 'Tápira', de propiedad de Valeriano Alvarez Zota; continuando quebrada de por medio y hacia arriba, con lote de propiedad de Fausta Trujillo viuda de Troncoso, denominado 'La Palestina', y por los cercos de alambre que dividen el mencionado lote de Manuel Bonilla con las tierras de propiedad de Abisael Rodríguez, denominadas 'La Arenosa' ".

Con el anterior escrito se acompañaron a más de las pruebas que acreditan la existencia y legal funcionamiento de la Richmond Petroleum Company, los contratos y demás que a su juicio establecen el derecho de explotar, en el concepto de propiedad particular, el petróleo que se encuentre en los terrenos que son materia del aviso, conforme a la relación pormenorizada que de los mismos se hace en la demanda.

Pasada esta solicitud a la Sección Técnica del Ministerio, junto con los documentos anexos a ella, dicha Oficina rindió un dilatado informe en el que, luégo de analizar los títulos de propiedad más antiguos, tales como la merced otorgada a Don Gaspar Ponce de León en 1605, la solicitada por Don Antonio Portillo en 1567, algunas transacciones verificadas entre los años de 1569 y 1626, y la adjudicación que se hizo al Municipio de Piedras en 1627 para Resguardo de Indígenas, llega a las siguientes **conclusiones:**

"1ª Con los documentos aducidos por el interesado, no es posible identificar de una manera clara y precisa el predio que fue de Gaspar Ponce de León;

"2ª Sólo mediante una nueva mensura en la forma y con las medidas usadas en 1625, se podría saber si el título de Ponce de León ampara o no parte de las tierras avisadas;

"3ª Los terrenos del aviso comprenden gran parte de los terrenos que en 1826 poseía Antonio Jaramillo, al decir de algunos declarantes de la época;

"4ª El resto de los terrenos del aviso, están dentro de lo que se llamó el Resguardo de Indígenas de Piedras;

"5ª Queda pendiente definir por el aspecto legal la extensión de la merced concedida al señor Gaspar Ponce de León, de las varias que atrás se anotan, y hacer luégo su localización en el terreno en la forma usada en la Colonia y medida posteriormente de la manera actual, para saber si de ella queda comprendida la parte correspondiente avisada;

"6ª Falta la relación satisfactoria de la posesión en 1826 del señor Antonio de Jaramillo con documentos anteriores, y el título emanado del Estado, del que puedan tomarse los linderos allí descritos que requieren aclaración;

"7ª Como no fueron aprobadas las diligencias de mensura y de repartimiento del Resguardo de Indígenas de Piedras, ni se presentan otras con los requisitos ordenados en el auto de improbación, no se sabe en qué forma o sobre qué títulos de procedencia del Estado se haya procedido a efectuar los negocios recientes sobre el subsuelo, de donde puedan tomarse los datos de áreas, ubicación y linderos de fincas provenientes de ese Resguardo;

"8ª El plano topográfico del aviso tiene deficiencias con respecto a documentos coloniales y le faltan aclaraciones; y

"9ª No se estima satisfactoriamente hecha la determinación precisa del terreno indicado en el memorial de aviso por el aspecto de la salida del Estado".

Por su parte el Servicio legal de la Sección Segunda del mismo Ministerio, después de un detenido estudio, acogió las anteriores conclusiones de la Sección Técnica, en lo que a sus consecuencias jurídicas se refiere, y termina así:

"En resumen: No se ha probado que buena porción de las tierras del aviso haya salido del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, ni después de esa fecha (terrenos marcados en el plano F3502 cmo poosesión de Jaramillo Andrade); no se ha acreditado en debida forma la determinación del terreno del aviso por el aspecto de la salida del patrimonio del Estado, y no se ha presentado la alinderación del terreno del aviso a rumbo y distancia y con relación a un punto de coordenadas geográficas conocidas, de modo que pueda localizarse dicho terreno en los mapas oficiales".

Como consecuencia de estos conceptos, el negocio fué enviado a conocimiento de la Corte, para que por esta Superioridad se decida lo que corresponde, en conformidad con lo establecido por el artículo 7º de la ley 160 de 1936. Aquí el negocio ha recibido el trámite que le es propio, por lo que es el caso de entrar a decidirlo; para este efecto, se considera:

La personería de la parte actora

Tanto el señor Procurador en el concepto que con fecha 26 de octubre de 1948 rindió al Ministerio, como este Despacho en la Resolución de 26 de noviembre siguiente, expresan su conformidad con los términos como los actores acreditaron su derecho a avisar la exploración y explotación que pretenden. Pues aun cuando el primero de ellos manifiesta la posibilidad de que "—respecto de los títulos de propiedad actual— puedan surgir algunas observaciones, como la falta de liquidación de las sucesiones de Sixto Troncoso o Bocanegra y de Andrea Hernández", esta supuesta deficiencia carece de todo significado en el presente negocio, en el cual son los herederos quienes ejercitan para la sucesión el derecho que ésta cree tener, independientemente de toda la adjudicación sucesoral; y cuando además, entre los interesados en el aviso se halla figurando la entidad que contrató la exploración y explotación del petróleo considerados como de propiedad privada, y que por sí sola ten-

dría personería suficiente para dar el aviso, como lo tiene aceptado la Corte:

"Ni de la letra ni del espíritu de las disposiciones pertinentes que regulan esta clase de negocios, se infiere con certidumbre que el pretendido dueño de los terrenos a que se refiere un aviso de exploración de petróleo de propiedad particular, esté excluído de intervenir directamente en la controversia que se ventila, en el juicio sumario, entre la Nación y el "interesado particular", de que habla el artículo 7º de la ley 160 de 1936. Entiende la Sala que con la alusión a "interesado particular", la ley se refiere a quienes están interesados en el aviso; y ellos son, de una parte, el que lo dá; y de otra quien figura como dueño de los terrenos cuyo subsuelo se quiere explorar y a quien afectará principalmente el resultado del debate.

"De consiguiente, por el hecho de que la ley de petróleos no exija de modo especial la presencia de este último interesado en el juicio, no se debe entender que le veda hacerse presente directamente en éste, pues desde que él tiene interés en el pleito, surge el correspondiente derecho de intervención, de acuerdo con las disposiciones generales de procedimiento... y especialmente del artículo 233 del Código Judicial". (Auto de 10 de junio de 1942, G. J. LIV, pág. 253).

Los títulos originarios

El globo de terreno que es materia del aviso lo constituyen tres zonas que los interesados sostienen pertenecer: a la merced que en 1605 se otorgó a D. Gaspar Ponce de León (Docs. D. y E. del C. 1º Sec. 1ª); al Resguardo de Indígenas de San Sebastián de las Piedras, constituído en 1627 (documentos A. y B. ibidem); y a las tierras que formaron la antigua hacienda de "Tapira" y "La Compañía", con títulos originarios en las mercedes otorgadas a Antonio Portillo en 1567 (Doc. F. ibid.), a Gaspar Rodríguez de Olmos en 1603 (Doc. J. ibidem), y a Juan Cardoso en 1615 (Doc. C. ibidem), y enajenaciones posteriores verificadas entre particulares, presentadas como puntos de referencia y de enlace con los títulos originarios. Corresponde pues examinar lo que de cada uno de tales documentos resulta demostrado.

—**Merced de don Gaspar Ponce de León**—. A folio 37 del cuaderno Nº primero, Sección Primera documento R., se lee lo siguiente, de las copias tomadas del Archivo Histórico Nacional:

"Título de don Gaspar. El Cabildo, Justicia y Regimiento, de esta ciudad de Tocaima y su jurisdicción, por el Rey Nuestro Señor, es a saber: el Capitán Francisco de Prado, Alcalde Ordinario; y Francisco Ortiz Carvajal, Alguacil Mayor; y Cristóbal de San Juan, Regidor; por el presente hacemos saber a el Alguacil Mayor de esta dicha ciudad y a su lugarteniente, y a cualquiera de ellos, cómo estando juntos en nuestro Cabildo y ayuntamiento, según que lo sabemos de uso y costumbre, en diez días del mes de noviembre de este presente año de mil seiscientos y cinco años, pareció en él don Gaspar Ponce de León, vecino de esta ciudad, y presentó una petición, del tenor siguiente: Don Gaspar Ponce de León ante vuestras mercedes parezco y digo: **que ha más de treinta y ocho años que mi abuelo el capitán Gaspar Tavera, vecino que fué de esta ciudad, poseía y poseyó una estancia de ganado mayor en términos** de esta ciudad, de la otra banda del río Grande de la Magdalena, que empieza a correr desde la boca del río Totare, en el lugar que se juntan, corriendo el río abajo de la Magdalena, y aunque he procurado los títulos a pedimento de ello, en los libros del cabildo de esta ciudad, no los ha hallado, por tanto a vuestras mercedes pido y suplico, se sirvan de me hacer merced de la dicha estancia y mandarme dar título de ella, porque poseo la dicha estancia y mandarme dar título de ella como cosa propia, pues es justicia que pido, y para ello &. Don Gaspar Ponce de León. Y por nos visto el dicho pedimento fué acordado que debíamos mandar darle el dicho título de la estancia contenida en él, en conformidad del que tenía y tuvo el dicho su abuelo, en cuya virtud poseyó la dicha estancia el dicho Gaspar Tavera, y de presente la posee el dicho don Gaspar Ponce de León; y de nuevo se le provee, sin perjuicio de la prominencia real y de otro tercero que mejor derecho tenga, y de naturales; y mandamos dar y dimos el presente, por el cual mandamos, que siendo requeridos por parte del dicho don Gaspar Ponce de León, con este título le veais, y en su conformidad le metais en la posesión real, corporal, actual, velquasi de la dicha estancia en la parte y lugar que se declara en la petición de suso, y le amparad y defended en ella, y no consintais de ella sea despojado, removido ni quitado, sin que

primero sea oído y vencido por fuero y por derecho, y mandamos que ninguna persona se entrometa a inquietarle en la posesión de la dicha estancia, so pena de cien pesos oro de veinte quilates para la cámara de su Magestad y gastos de Cabildo, de por mitad, en que le damos por condenados lo contrario haciendo, que para dalle y metelle en la dicha posesión y defendelle en ella, os damos comisión en bastante forma. Fecha a 10 de noviembre de 1605. Fecho en Tocaima, a 10 días de el mes de noviembre de mil seiscientos y cinco años. **Francisco de Prado.— Francisco Ortiz Carvajal. — Cristóbal de San Juan.**—Por mandado del cabildo, justicia y regimiento, **Francisco Ramírez de Hinojosa,** escribano.... **Título del señor don Juan de Borja de Confirmación de Suso.** Dn. Juan de Borja, caballero de la orden de Santiago, Presidente, Gobernador y Capitán General en este Nuevo Reino de Granada &. Por cuanto por petición que ante mí presentó don Gaspar Ponce de León, vecino de esta ciudad de Mariquita, me fiso relación que había más de cincuenta años que el Cabildo de la de Tocaima había proveído a su abuelo, el capitán Gaspar Tavera, como a uno de los primeros conquistadores y pobladores de ella, estancias para ganados y maiz en la parte y lugar que señalan los títulos de que hacía demostración que la una era en el Chorrillo, y otra de Pan coger a él junto, y **otra de ganado mayor de esta banda del río grande de La Magdalena,** que corre y se entiende desde donde entra el río Totare en el dicho Riogrande, corriendo el dicho río hacia abajo, orillas de él y para poder usar de ellas con mayor justificación, de —más— del título y posesión que de ellas tenía, me suplicó le hiciese merced de mandárselas confirmar; y por mí vistos los dichos títulos he tenido por bien de aprobar y confirmar al dicho don Gaspar Ponce de León las estancias contenidas y declaradas en el dicho su pedimento y debajo de los linderos que en él se declaran, y siendo necesario, se la proveo y doy de nuevo para que las posea y goce como cosa suya propia, esto sin perjuicio de otro tercero que mejor derecho tenga, y como posición perteneciente a su Magestad, cuando se tratare de ella; y mando al Corregidor de la dicha ciudad de Tocaima y demás justicias de ella, que le amparen en la dicha posesión y no consientan será removido sin ser oído y vencido conforme a derecho. Fecha, 20 de mayo de 1616. Fecho en Mariquita, a veinte de mayo de mil y seiscientos y diez y seis años. **Don Juan de Borja.** Por mandado de su Señoría. **Hernando de Angulo.** Vuestra Señoría confirma a don Gaspar Ponce, una estancia en Tocaima".

A solicitud del propio interesado, el Alcalde ordinario de la ciudad de Tocaima comisionó al regidor perpetuo y alcalde la la santa hermandad don Francisco Ortiz Carvajal para "hacer la dicha medida, nombrar medidor, deslindar y amojonar, lanzar los que ocuparen tierras oír las contradicciones.... Y al efecto, en diligencias verificadas en los días 4, 5, y 6 de septiembre de 1625, se llevó a cabo la medida teniendo en cuenta que "la estancia de ganado mayor antigua, ha de tener seis mil varas de medida en cada frente en cuadra", con los siguientes resultados:

"...Acordaron de tomarla desde la boca del dicho Totare, el Ríogrande abajo, por la playa, hasta pasar longitud de dicho arcabuco y la medida que ocupare se quite de la frente de abajo quedando el dicho arcabuco por medir, y así se hizo; y echando la cabuya desde la dicha boca de Totare, por la playa del Ríogrande abajo, fueron midiendo en presencia del dicho Alcalde, y de mí el escribano; y hubo diez y seis cabuyas de a sesenta varas, hasta llegar al principio de la sabana, que es donde se acaba un recodo que hace el dicho Ríogrande, en frente de unas barrancas bermejas que están de la otra banda del dicho río; y respecto de ir la medida con la corriente del agua, y ser la resaca y playa muy ancha, y la longitud del agua a tierra útil, márgenes del dicho río, y que las ocupa por ello, se quitó una cabuya, de suerte que quedan quince por cuenta de la medida.... Y estando en frente de las barrancas bermejas, citadas, que es donde se acaba el recodo, encenada y arcabuco citado, para enterar a esta frente y medida, las ochenta y cinco cabuyas, de a sesenta varas, conforme a la ordenanza, que con las quince medidas, hacen las cien cabuyas que la estancia ha de tener de frente, echaron la cabuya, y fueron midiendo la sabana bajo, reconociendo siempre el Ríogrande como lindero fijo, aunque a ratos, apartándose de él, por causa de los arcabucos y caminos no andables; e yo el escribano, trayendo teniendo en cuenta de las cabuyas que se iban echando por las cuentas de un rosario, vinieron a acabarse de echar y cesó la medida por esta frente, dándole las dichas cien cabuyas, en fin de un pantano y laguna de agua, que está por

debajo de la quebrada que llaman de Paquiló, que por la otra banda entra en el dicho Ríogrande, dase por mojón fijo el dicho pantano que no puede faltar, y para los sosquines que ha habido en la medida de arcabucos y vueltas del camino, se le da una cabuya más, con lo cual se sale a lo llano, y en la entrada de él, a la orilla del río, en un árbol se hizo una cruz por más señal.... y para haber de darles frente y medida a la dicha estancia, que es entre norte y Poniente, tomaron el mojón en la cruz que quedó fecho en el árbol y desde él fueron xechando la cabuya y midiendo, e yo el escribano y teniendo cuenta con la cantidad de cabuyas que se iban echando, conforme al día antes, y atravesando la sabana por derecho, corriendo por ella para un hatillo, que solía ser de Martín Rodríguez, mulato; dejando a la parte de adentro de estas medidas unos corrales y bohíos; que al presente son de Juan Cardozo, a cuyas medidas salieron Francisco Cardozo subdiácono y Juan Cardozo, hijos del dicho Juan Cardozo; como en las de ayer lo hicieron, asistiendo a ellas y corriendo la medida se acabaron las cien cabuyas en la cabecera y nacimiento de la quebrada, que llaman de Timaná, donde se puso por señal en un cerrito, un palo hincado,.... fueron a la boca de Totare para que por aquel lado dar frente a la dicha estancia, en río arriba como lindero fijo; y llegados a la boca del dicho Río, se halló dificultad en hacerse la dicha medida el dicho Río arriba, por los muchos montes cerrados y rodeos que hay, y acordando lo más conveniente, por ser una misma cosa y distancia tornaron a salir a la sabana para tomar por ella la medida, por ser la tierra más limpia, y tomando por lindero el dicho Ríogrande, que es lo mismo, fueron echando la cabuya y medida por una cuchilla para donde vá un camino segundo, y siguiéndole con la dicha medida, e yo el escribano teniendo cuenta con las cabuyas que se iban echando e midiendo, por la orden de las demás, se fué a dar a unos bohíos de dicho Pedro Sánchez, donde tiene sus rozas y desde ello se fué siguiendo otro camino que vá a lo alto de la cordillera del río Totare; y atravesando la cordillera, se bajó a reconocer el dicho río Totare, y siguiendo la dicha medida se acabaron las dichas cien cabuyas en una barranca que está en el camino real que se lleva a Tocaima.... y para haber de dar a la dicha estancia a la frente que la acabe de cuadrar, y resta, que es la poniente, se fue a la dicha barranca de Totare, citada en la medida de ayer, y desde ella misma, como mojón fijo, se comenzó a echar la cabuya y medir conforme los días y medidas antes y se fué corriendo por una sabana que está encima de la dicha barranca, dejando parte de ella a la mano derecha, donde hace rinconada con un arcabuco y subiendo la cumbre de la cordillera que está en frente, se fué a dar a una abra que hace la dicha cordillera limpia de montaña; y desde allí se fué bajando a una hoya, en ella continuando la dicha medida,.... y se fue a dar con ella derecho al nacimiento de la quebrada Timaná, donde se acabó la medida de la frente entre Norte y Poniente, que ayer se hizo, y llegados a la señal que se había puesto por mojón, pareció haber faltado y faltar de esta frente que se va midiendo, para enterar la medida y cuadrarla, once cabuyas con que se verificó en la medida de aquella frente, haberse entrado los medidores, y para enterar la dicha medida, retirando la del día antes, se fué corriendo y continuando con la dicha medida hacia el Norte, por estar cumplidas las dichas cien cabuyas, las cuales se acabaron en un cerro alto fundado sobre peñasco, que está entre la dicha quebrada Timaná y la quebrada que llaman del Cabuyal, y allí se acabó la dicha medida...." (fls. 41 a 43-Cuad. 1º)..

Con el fin de salvar los reparos que, se ha visto, le opuso el Servicio Técnico del Ministerio a las anteriores medidas, los demandantes hicieron practicar dentro del término probatorio del juicio una diligencia de inspección ocular, con intervención de peritos, a efecto de que identificado el punto en donde desemboca el río Totare en el Magdalena, se dictaminara sobre estos dos puntos: a) Qué extensión comprende la estancia de ganado mayor adjudicada a Gaspar Ponce de León en diez de noviembre de mil seiscientos cinco y medida en mil seiscientos veinticinco; y b) Si dentro de dicha extensión se halla comprendida la parcela denominada "La Vuelta" compuesta por los potreros de La Casa, La Vega, y El Cajón y la parcela denominada "Sánchez" compuesta de los lotes números 1, 3 y 4. A lo cual contestaron los peritos:

"a) Mediante la medición practicada en 1625 los funcionarios pretendieron determinar linderos que comprendieran la extensión correspondiente a una estancia de ganado mayor adjudicada a Gaspar Ponce de León en 1605. Con las me-

diciones que practicaron, y en la forma y métodos que emplearon, determinaron unos linderos que pueden describirse así: "Desde un punto situado en la desembocadura del río Totare en el Magdalena, por el Totare aguas arriba a dar a un peñón por donde pasaba el camino real que llevaba a Tocaima, que figura en el plano F 3502 con el nombre de "Peña Sacristía"; de aquí hacia el norte lindando en línea recta hasta dar a un cerro situado cerca del nacimiento de la quebrada Timaná; de aquí línea recta hacia el oriente a dar en punto situado sobre la margen izquierda del río Magdalena, frente a la desembocadura de la quebrada de Paquiló; de aquí por la margen izquierda aguas arriba hasta dar en el punto de partida situado sobre la desembocadura hasta el río Totare (sic). A esta descripción —agregan los peritos— se ha llegado como resultado del cuidadoso examen de la relación que aparece consignada en el documento E del cuaderno 1º, de las operaciones de medición y deslinde practicadas en 1625, durante la diligencia llevada a cabo por el Regidor Perpetuo y Alcalde de la Santa Hermandad de la ciudad de Tocaima don Francisco Ortiz Carvajal comisionado al efecto.

"Dentro de los linderos que hemos descrito marcados en la copia del plano F 3502 con línea continua de color sepia, se comprende una superficie de 2693 hectáreas, medidas con planímetro.

"En el mismo plano con línea amarilla se indica el derrotero que según nuestro estudio debieron seguir en 1625 los mencionados medidores.

"b) Dentro de los linderos descritos se hallan comprendidos únicamente el potrero de El Cajón que forma parte de la parcela La Vuelta y de la parcela denominada Sánchez los lotes 1 y 3".

Sobre el anterior concepto pericial hace el señor Procurador Delegado las siguientes consideraciones, que la Sala acoge por encontrarlas en un todo conforme con la realidad de los autos:

"El dictamen pericial transcrito no está expuesto "sin lugar a la menor duda", para que pueda apreciarse como plena prueba, al tenor del artículo 722 del C. J. Pero dadas las condiciones personales de los expertos; la confianza en ellos manifestada por las partes; las razones por ellos aducidas para reconstruir, como reconstruyeron, la alinderación practicada en 1625, que quedó en firme desde el 17 de agosto de 1627, y que el área por ellos hallada está dentro de las probabilidades previstas por el Servicio Técnico del Ministerio, ese experticio bien puede aceptarse a la luz del artículo 723 del C. J."

En consecuencia, es el caso de aceptar como fundado el aviso en lo que corresponde a la parte que, conforme a la opinión de los peritos, resulta amparada con el título de Gaspar Ponce de León, o sea, la formada por el potrero de El Cajón que hace parte de la parcela de La Vuelta, y los lotes números 1 y 3 de las denominadas Sánchez, de propiedad del señor Miguel A. Góngora.

Título del Resguardo del pueblo de San Sebastián del Río de las Piedras

Es éste el segundo título originario con el cual los avisantes buscan probar la propiedad privada del subsuelo en la zona que es materia del aviso. Fue constituído dicho título por el doctor Lesmes de Espinosa Saravia, del Consejo de Su Majestad y su Oidor más antiguo, el día 5 de julio de 1627, en los términos siguientes:

"Y por cuanto su merced ha fundado, agregado y reducido otra nueva población nombrada el pueblo de San Sebastián del Río de las Piedras de los indios de doña Isabel Enríquez de Novoa, menor, y los de Chumba, de Francisco Vicaría, y los de Caimá, de Sebastián de Porras, y los de Doyma, de Alvaro Suárez. En el sitio de la quebrada de Montero, frente de estos aposentos del río de Las Piedras, y habiendo visto y paseado personalmente por vista de ojos, la mayor parte de las tierras y su comarca, y lo que no se ha visto informándose de personas cristianas de experiencia y buen celo, y prácticas y entendidas en estas tierras, y para que los dichos indios vivan juntos en su pueblo y sean adoctrinados todo el año, y que también tengan tierra suficiente para sus rocerías, labranzas y sementeras particulares y de comunidad, para cría, pasto de sus bestias y ganados, dijo: que desde luego les señaló para resguardos, límites y términos, desde la quebrada Arenosa, corriendo la quebrada abajo, hasta donde entra el río Totare, y desde esta parte corriendo el río Totare abajo hasta donde entra el río grande de la Magdalena, y desde este punto corriendo el río grande arriba, hasta donde entra el río de Las Piedras y desde este puesto corriendo al río arriba de Las Piedras hacia la banda del dicho pueblo de San Sebastián, hasta topar con el lindero de

las tierras del padre Andrés Ruiz Osorio; en que se incluye una estancia que tiene Juan Cardozo, corriendo la quebrada honda, hasta la laguna; la cual les aplico, adjudico a todos los dichos indios con que el dicho Juan Cardozo pueda hacer en la dicha estancia una roza hasta la cantidad de media fanega de maíz de sembradura, y no más; y se dé comisión a don Pedro Enríquez, el mozo, para que en todas las tierras comprendidas en los dichos resguardos, eche fuéra de ellas todo el ganado que hubiere de cualquier calidad que sea de cualquier personas, lo cual ha de hacer con los indios de la dicha nueva población....".

Dicho resguardo o comunidad tuvo existencia cierta, por lo menos hasta el 31 de diciembre de 1832, en que se dispuso por el Jefe Político del Cantón de Ibagué la medición y reparto entre los indígenas, de las tierras que lo componían, y se verificó una cabida de 8.712 fanegadas de cien varas de longitud y otras tantas de latitud, "eceptuando las veinte del área de la Parroquia, cuya mensura se ha hecho prácticamente donde lo ha permitido, y donde no, por un cálculo prudente". No obstante, aquel reparto fue luégo improbado por el Gobernador que dispuso uno nuevo, y que no aparece que se hubiera realizado por pérdida o extravío del expediente respectivo. Por este motivo, no ha podido establecerse el tiempo exacto en que jurídicamente hubo de extinguirse dicha comunidad; pero como la adjudicación del resguardo constituye título originario demostrativo de propiedad privada, y la que particularmente invocan hoy los demandantes se encuentra debidamente acreditada en lo que al tiempo actual se refiere, resulta entonces que la observación del Servicio Técnico del Ministerio en cuanto a que "no se sabe en qué forma o sobre qué títulos de procedencia del Estado se haya procedido a efectuar los negocios recientes sobre el subsuelo o el petróleo", carece de todo significado para los fines de la decisión que aquí se persigue. Por esto dice con toda razón el señor Procurador Delegado:

"No hay duda de que la adjudicación de 5 de julio de 1627 hecha por Lesmes Espinosa de 'todas las tierras inclusas y comprendidas en los dichos límites y términos, por resguardos y tierras propias de todos los dichos indios', constituye el título legítimamente emanado del Estado que acredita la propiedad privada del respectivo terreno. De ello convencen no sólo los términos en que está redactado el mencionado título, sino estas otras consideraciones hechas por esa Superioridad: 'Las leyes españolas consideraron desde el primer momento a los indios como hombres libres, súbditos de la Corona, con amplia capacidad para poseer y disfrutar de sus bienes de cualquier naturaleza; los indios eran así sujetos de toda clase de derechos, inclusive el de propiedad, sin ninguna excepción...' Las leyes de la República no fueron menos expresas en reconocer a los indios su plena capacidad y, por ende, su personalidad. Con respecto al derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, se lo otorgaron ampliamente, como lo habían hecho las leyes españolas..... Por ello el derecho pleno de propiedad que tenían en los resguardos se lo continuaron reconociendo sin cercenamiento ni limitaciones. El Libertador fue claro al decretar que los indios eran propietarios legítimos de sus tierras y resguardos. El Congreso de Cúcuta ratificó el mismo principio... Las leyes posteriores que vinieron a complementar la de 11 de octubre de 1821, parten también de la base de que los resguardos eran propiedad común y plena de los indios. Los artículos 7º y 10 de la ley de 2 de junio de 1834, reiteran expresamente tal reconocimiento". (Sentencia de 10 de octubre de 1942, G. J. número 1939, pág. 124).

"De tal suerte, el que no se hubiera aprobado la división de la comunidad, efectuada al parecer con irregularidades en 1833, en nada impide reconocer que un globo de terreno había salido del patrimonio del Estado desde la adjudicación hecha por Lesmes Espinosa Saravia, en 1627".

Así las cosas, queda sólo por examinar, en lo que a este título se refiere, estas dos observaciones del Servicio Técnico: a) Que según la mensura de 1833, la extensión del Resguardo —incluída el área de población de Piedras— era de 6.101 hectáreas con 5.919 metros cuadrados; mientras que conforme al plano del aviso, dicha extensión es de sólo 5.538 hectáreas; y b) Que "en cuanto al terreno del Resguardo de Indígenas de Piedras falta saber, en qué punto de la quebrada Arenosa principiaban los linderos señalados en 1627; hasta qué punto iba el lindero por el río de Las Piedras y cuál es el lindero entre las dos corrientes de agua; datos en parte aclarados en las diligencias de 1833, que no fueron aprobadas, lo que también se observa en el plano".

La primera de tales observaciones carece —a juicio de la Sala— de toda influencia en la valoración del título originario y consiguiente calificación del aviso; porque ni la adjudicación del

Resguardo se hizo por cabida sino por linderos, ni la diferencia anotada permite concluir que la extensión excesiva que erróneamente se le asignara en 1833 corresponda a la parte que ahora resulta incluída en la zona del aviso. Con menos razón cuando al decir de los señores peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular practicada dentro del término probatorio del juicio, "la extensión o área de dicho Resguardo comprendido dentro de los términos del aviso, medida con planímetro sobre el mencionado plano, es de 1.545 hectáreas", o sea, de mucho menos de la tercera parte de la extensión menor que ahora se le asigna a la totalidad del Resguardo.

En cuanto al segundo de los reparos anotados, se observa:

Es verdad que, conforme a la descripción de linderos con que el Dr. Lesmes Espinosa identificó en 1627 el Resguardo, y a que atrás se hizo referencia, éstos comenzaban "desde la quebrada Arenosa, corriendo la quebrada abajo, hasta donde entra el río Titare", y cerraban luégo "desde este puesto (donde entra el río Piedras en el Magdalena) corriendo el río arriba de Las Piedras hacia la banda del dicho pueblo de San Sebastián, hasta topar con el lindero de las tierras del Padre Andrés Ruiz Osorio; en que se incluye una estancia que tiene Juan Cardozo, corriendo la quebrada Honda hasta la laguna"; con lo cual queda claro que, como lo anota el Servicio Técnico del Ministerio, faltó por definir el punto de la quebrada Arenosa en donde principiaba el lindero, y por aclarar luégo el sitio en que la quebrada de Las Piedras topaba las tierras de Ruiz Osorio, o el en que la quebrada Honda llegara a la laguna.

Pero si se tiene en cuenta que, según la propia descripción del lindero, éste seguía por el río de Las Piedras arriba "hacia la banda del dicho pueblo de San Sebastián", que está ubicado muchos kilómetros al sur de la línea que por este mismo costado delimita la zona que es materia del aviso; que una línea racionalmente proyectada desde el punto del río de Las Piedras más próximo al pueblo y en dirección a la quebrada de La Arenosa, ineludiblemente ha de encerrar como propiedad privada la parte que de acuerdo con los mapas se incluye en el aviso; y, finalmente, que a juicio de los señores peritos que intervinieron en la inspección ocular "la alinderación del Resguardo de Indígenas que figura en el cuaderno número 1º, Doc. B, está de acuerdo con la descripción gráfica que figura en el plano F 3502 presentado por el avisante y que, con línea continua verde figura en la copia que presentamos", se ve claro entonces cómo la indeterminación de los puntos a que alude el Ministerio, carece de verdadero significado para impedir la aceptación como propiedad privada, de la zona que en esta parte es materia del aviso".

Las tierras de "Tápira" y de "La Compañía"

a) Merced de Gaspar Rodríguez de Olmos

Conforme al documento "J" que figura a folios 62 vtos. y siguientes del c. número 1º, acompañado con el aviso, el día 15 de enero de 1603, fue leída en el Cabildo, Justicia y Regimiento de la ciudad de Tocaima, la solicitud que en nombre de Don Gaspar Rodríguez de Olmos hizo Juan de las Olivas, suplicando se le provea y haga merced de "un pedazo de tierra vaco y sin perjuicio, el cual corre viniendo del río abajo de la Magdalena, a mano izquierda, desde donde desemboca en el dicho Ríogrande.... el río de Coello, hasta la falda de un cerro que llaman de Doima y está frontero de Guataquí, del cual tiene grandísima necesidad para un potrero; y que asimismo 'se le provea para caballería una estancia... (roto) ...tá de Totare, después de medida la estancia... (roto) ...vuestra Señoría... proveída. Diego Vicario o... (roto) ...la mano derecha sobre lo cual, etc.' Y consta además que 'Los dichos señores Cabildo, Justicia y Regimiento, habiendo visto lo pedido por Juan de las.... vecino de esta ciudad, en nombre de su parte, dijeron que se le provée la tierra que pide para potrero, en la parte y lugar donde pide, sin perjuicio de tercero y de naturales que mejor derecho tenga, con tal que no la pueda vender a clérigos ni a frailes, ni a persona religiosa; y asimismo se le provéen la estancia y sobras que hubiere, después de medidos los vecinos de esta vecindad que poseen las estancias comarcanas, la cual se le provée sin perjuicio de tercero y de naturales que mejor derecho tenga, con que acuda á las derramas que por este cabildo se le repartiere, atento a ser casado el dicho Gaspar Rodríguez con hija del Capitán Miguel de Oviedo, vecino de Ibagué, uno de los primeros conquistadores de esta ciudad y de la de Ibagué; y ansí lo dijeron que se la proveían y proveyeron y se lo pidiere".

En este mismo documento figura luégo la venta que Rodríguez de Olmos le hizo el día 1º de abril de 1615 a Francisco Vicario, de "una es-

tancia caballería, lo que sobrare poco o mucho, que es sobre el río de Chipalo, corriendo por el dicho río hasta el de Totare, que es después de medida otra estancia proveída a Diego Vicario, que es conforme al título y merced fecha por el Cabildo de la ciudad de Tocaima, a quince días del mes de enero de mil y seiscientos y trece (sic); la cual le vendo conforme a dicho título...".

Posteriormente el 3 de abril de 1615, según aparece del documento "K", Francisco Vicario le vende a Juan Cardozo, además de media estancia que dice haber heredado de su padre Diego Vicario, la estancia y sobras que adquirió del Capitán Gaspar Rodríguez "desde el paredón de piedra y puerta que el dicho Juan Cardozo tiene fecha, junto a lo de Gaspar de Oviedo, de allí corriendo el río de Chipalo arriba, hasta el paso viejo que solía ser de Diego Vicario, mi padre; y por el otro lado la quebrada Arenosa".

El primero de estos documentos alude claramente a dos adjudicaciones a favor de Rodríguez de Olmos; la del potrero que va desde la desembocadura del río Coello en el Magdalena hasta la falda del cerro de Doima, frontero de Guataquí, y que evidentemente es extraña a las tierras de que trata este juicio; y la de la estancia en el Totare, que dicho título no identifica, en razón de la destrucción parcial que ofrece. El segundo, o sea la carta de venta de Rodríguez de Olmos a Francisco Vicario, y que no obstante el error de cita en cuanto al año de la merced —se refiere indubitablemente a la estancia que le fue mercedada a Rodríguez en 1603—, especifica un poco más la ubicación, situándola sobre el río Chipalo, corriendo por el dicho río hasta el de Totare, y "después de medida otra estancia proveída a Diego Vicario. Con lo cual resulta que por un lado, la mencionada estancia delimitaba, desde la estancia de Vicario por el río Chipalo, hasta la desembocadura de éste en el Totare. Y por último, la venta hecha por Francisco Vicario a Juan Cardozo agrega a los anteriores, y como dato muy importante, el de que por el otro lado delimitaba tal estancia con la quebrada de La Arenosa.

Así las cosas, podríase hasta aceptar que la estancia mercedada a Rodríguez de Olmos se hallaba comprendida entre el río Chipalo y la quebrada de La Arenosa por sus lados, y delimitada por el Norte, por el río Totare, al que uno y otra confluyen; pero queda por establecer cuál fuera el lindero Sur de la misma, por cuanto ni se conoce el límite hasta donde llegare por el Norte la estancia adjudicada a Vicario de la que resulta ser contigua; ni tampoco se llevó a cabo la medición de la primera, para por este medio, y con base en los otros linderos conocidos, establecer aquel lindero. Que es, en definitiva, el mismo resultado a que sobre el particular llegan los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular, cuando dicen:

"A) Se puede establecer, en vista de la carta de venta (Doc. I, cuaderno 1º) de Diego González de Escalante a Diego Vicario, que las tierras materia de la venta se hallaban situadas entre los ríos Chipalo y Totare. Otro tanto se concluye de lo establecido en el Doc. J, cuaderno 1º y sobre la merced a favor de Gaspar Rodríguez de Olmos. Mas no se puede concluir **lógicamente** que el lote, cuyos linderos se describen en el punto 1º del cuestionario (o sea los que en el plano F-3502 encierran las llamadas tierras de 'Tapira' y 'La Compañía', está cubierto por dichos títulos desde luego que en ellos no se describen linderos que determinen unos polígonos ciertos y cerrados".

Con el fin de subsanar esta deficiencia se adujeron con el aviso otros títulos que, sin ser originarios del Estado, tienden a establecer puntos de conexión o de contacto con los primeros, en orden a demostrar que la parte de terrenos de "Tapira" que aparecen incluídos en el aviso, salieron realmente del patrimonio del Estado. Son ellos:

a) Copia de la escritura de venta otorgada el 4 de noviembre de 1569 por Diego González de Escalante a Diego Vicario de algunos semovientes "y más esta estancia con este bohío de paja, como ya la he y tengo, y me fue vendida y hecha carta de venta, por Bernardino de Vivero, escribano de la ciudad de Tocaima". Y una petición de Damiana Luna, viuda que fue de Diego Vicario, presentada al Alcalde de Ibagué en enero de 1608, en la cual manifiesta que "durante el matrimonio, siendo recién casados, el dicho mi marido compró un pedazo de tierra con cierto ganado vacuno y yeguas, de un Diego González, vecino de Tocaima, el cual pedazo de tierra corre y tiene sus límites desde el río de Chipalo y aposentos, hasta donde entra el dicho río en el de Totare, que son dos caballerías de tierras...; y teniendo en nuestro poder la carta de venta y título de las dichas tierras, se nos quemó la noche del incedio de los Pijaos, y aunque hemos procurado el registro en la dicha ciudad de Tocaima, en el archivo, para sacar de él un traslado autorizado, no se halló ni parece, y porque a mí y a

los dichos mis hijos nos conviene para en guarda de nuestro derecho, que se nos reciba información **ad perpetuam rey memoriam** o como derecho mejor lugar haya". Esta información testimonial fue recibida, y acordes sus resultados con lo allí manifestado, le fue otorgada la correspondiente posesión (Doc. I).

b) Diligencia en que consta la posesión que se dio el día 15 de noviembre de 1605 a Don Alonso de Vera, por remate que hizo de los derechos que Damiana Luna tenía en la estancia de que fue dueño su marido; y venta que Vera le hizo a Juan Cardozo, el 5 de noviembre de 1610 (documento L.).

c) Venta que le hizo Francisco Vicario (hijo de Diego) a Juan Cardozo el día 3 de abril de 1615, de media estancia que heredó de su padre, y de la estancia y sobras "que asimismo me vendió el Capitán Gaspar Rodríguez... de forma que se ha de entender y tener por lindero la dicha estancia y sobras, desde el paredón de piedra y puerta que el dicho Juan Cardozo tiene fecha, junto a los de Gapar de Oviedo, de allí corriendo el río de Chipalo arriba, hasta el paso viejo que solía ser de Diego Vicario, mi padre; y por el otro lado la quebrada Arenosa". (Doc. K).

d) La compra que por remate hizo Sebastián González el 17 de mayo de 1653 de un potrero de Juan Cardozo "que se entiende ser el que antiguamente el dicho Juan Cardozo tuvo las yeguas y burros en cría de mulas; que se entiende desde el paso y lugar del dicho Juan Cardozo, que está sobre el río Chipalo, corriendo por una talanquera antigua, atravesando los corrales que va a dar a la quebrada Arenosa; y de la quebrada Arenosa para abajo, hasta la puerta, caminando para Totare; y desde la dicha puerta atravesando derecho al río de Chipalo y desde el dicho río corriendo al dicho bohío y hato del dicho Cardozo". (Doc. M).

e) Venta que en 13 de mayo de 1637 le hicieron Francisco y Juan Cardozo (hijos de Juan Cardozo) a la Compañía de Jesús, de "doce estancias de ganado mayor con más las sobras que hubiere... conforme las cartas de venta a título que de ello tenía el dicho Juan Cardozo..., sin reservar más que tan solamente un girón de tierra que el doctor Lesmes de Espinosa, adjudicó y dio y señaló por resguardo a los indios que están poblados en el río de Las Piedras, y también las estancias de pan coger que también las poseía el dicho nuestro padre". (Doc. N).

f) Posesión dada por el Capitán Francisco de Leuro a la Compañía de Jesús el 30 de julio de 1657, de dos medias estancias y sobras hechas a Juan Cardozo, "en cuyo derecho y acción, por venta del licenciado Francisco Cardozo y su hermano Juan Cardozo, ha sucedido por haberlas comprado dicha Compañía", según cartas de venta de Alonso de Vera y Francisco Vicario de Ovalle. (Doc. Ñ); y

g) El testamento otorgado por don Joseph Hurbano Xaramillo y Andrade el 21 de octubre de 1744, en el cual declara por bienes suyos "las tierras que permuté con los padres de la Compañía de Jesús, que se comprenden entre los ríos Chipalo y la Quebrada de La Arenosa". (Documento O).

Fuéra de éstos se adujeron, tanto con el aviso como posteriormente en la diligencia de inspección ocular, algunos otros documentos que establecen tradiciones subsiguientes y que aclaran los linderos a que los primeros se refieren.

Desde luego, se ha dicho, ninguna de las ventas que los anteriores documentos describen, constituye título originario del Estado; de entre ellos, apenas la solicitud de Damiana Luna alude a la carta y título de las tierras que "se nos quemó la noche del incendio de los Pijaos", para indicar que era poseedora de la copia del título que don Diego González de Escalante o alguno de sus antecesores en el dominio que éste transmitió a Diego Vicario, debió obtener de las autoridades coloniales; pero no existe la prueba de esa supuesta adjudicación, ni, por lo mismo, es posible conocer —con fundamento exclusivo en las declaraciones sobre posesión material, y que por añadidura nada concreto expresan respecto de linderos— los terrenos que pudieron ser materia de ella. Por lo cual, y como es obvio, no es tampoco posible definir el límite que, según la referencia contenida en la venta que en 1615 le hizo Francisco Vicario a Juan Cardozo, tuvieron tales tierras con las que en 1603, le fueron mercedadas a don Gaspar Rodríguez de Olmos, que es, en último término lo que busca establecerse.

Pero es más. Según las deducciones a que anteriormente hubo de llegarse en el examen de los títulos, correspondientes a la merced de Rodríguez de Olmos y enajenaciones posteriores, la adjudicación de éste hallábase localizada entre el río Chipalo y quebrada de La Arenosa, hasta el Totare; por lo cual, y como lo sostiene el propio señor apoderado de los avisantes, "forzoso es con-

cluir que la de Diego Vicario, colindaba con la primera por el costado sur de ella" (folio 18 v. c. número 7). No obstante, Damiana Luna en su petición, y los testigos que declaran sobre la posesión de conformidad con aquel pedimento, sostienen categóricamente que la supuesta propiedad de Vicario corresponde a un pedazo de tierra que "corre desde el río Chipalo y aposentos, hasta donde entra el dicho río en el de Totare". Lo cual conduciría a la conclusión inaceptable, que sobre una misma tierra existieron dos mercedes; o que la pretendida de Diego González de Escalante, de quien adquirió el esposo de Damiana Luna, estaba situada a la margen izquierda del río Chipalo, en cuyo caso nada tendría que hacer con las tierras de Tapira, ni por consiguiente con la zona de éstas que aparece incluída en el aviso.

Quiere decir lo anterior, que aún aceptando que la merced concedida a Rodríguez de Olmos estaba comprendida entre el río Chipalo y La Arenosa hasta llegar al Totare, no puede sin embargo reconocerse que la zona del aviso perteneciente a tierras de Tapira haya salido del patrimonio del Estado al dominio particular, precisamente porque no se conoce, ni hay datos fehacientes que permitan deducir el lugar por donde cerrara el perímetro de la adjudicación.

b) Merced de Antonio Portillo

Según lo relaciona el documento F del c. número 1º, el día cinco de abril de mil y quinientos y sesenta y siete, el Cabildo y Ayuntamiento de la ciudad de Tocaima, proveyó a Antonio Portillo, "una estancia para ganados en el Paso Viejo de el río de El Cañal, donde todos los ríos van juntos; que son el del Cañal y la China, y el de Alvarado, de la otra banda del dicho río, donde há muchos años que ha tenido bohíos y tiene al presente".

"Sobre esta merced a Antonio Portillo —dice el Servicio Técnico del Ministerio, y es la verdad— no hay más información, en los documentos que se acompañan al aviso. Se ignora si Portillo tomó posesión de las tierras mercedadas, si hubo mensura y si se cumplieron las demás formalidades de la época.

"En estas condiciones, y en lo tocante a linderos, está indeterminado ese predio y de su ubicación sólo se sabe que debió quedar en "el paso viejo del río de El Cañal, donde todos los ríos van juntos: que son el Cañal y la China y el Alvarado". Según el mapa oficial de la Oficina de Longitudes (Carta Geográfica del Tolima) y el plano topográfico distinguido con el número 3502 incluído en el expediente del aviso, los ríos China y Alvarado (no está el Cañal) tienen su confluencia a considerable distancia del terreno materia del aviso y sobre esta base es imposible que los terrenos que le fueron mercedados estén incluídos en el aviso".

c) Merced de Juan Cardozo

El 5 de septiembre de 1615 Juan Cardozo pidió y obtuvo del Cabildo de Justicia y Regimiento de Tocaima, se le proveyera merced de "una estancia de pan coger con un jirón de tierra que está entre la quebrada Honda y la quebrada Arenosa: en una hoya que nace entre las dos quebradas, corriendo un guadual abajo, hasta una ciénaga, donde desagua la dicha quebrada Honda, de una parte y otra parte de la dicha quebrada, y el jirón de tierra que corre desde donde tengo la palizada para abajo, hacia el río Totare, las cuales dichas tierras y estancias las tengo y poseo há más tiempo de ocho años, por estar lindes con mis tierras y no tengo título de ellas".

Ni en el estudio del Servicio Técnico del Ministerio, ni en el alegato del señor apoderado de los demandantes, ni en el concepto rendido por el señor Procurador Delegado en lo Civil, se hace la menor alusión al valor probatorio que para el aviso pudiera asignarse a este título, cuya copia apenas se acompañó con los documentos antiguos de que se ha hecho mérito anteriormente. (Doc. C., c. número 1º, Sec. 1ª). Más aún: la quebrada Honda que en él se menciona, ni siquiera resulta localizada en los mapas, sino solamente la Hondita, que la diligencia de inspección ocular identificó como la vaguada de cauce más profundo que se desprende del cerro de Góngora para desembocar en el río Chipalo, y que actualmente se conoce con el nombre de quebrada o zanja de Balvino. Y si a esto se agrega que la referida quebrada no resulta siquiera localizada dentro de los terrenos de Tapira a los cuales se dice pertenecer la zona que en esta parte es materia del Aviso, sino que se encuentra ubicada precisamente en el extremo opuesto de los llamados de La Compañía; y que, además, ninguno de los otros límites de dicha merced fueron tampoco localizados, forzoso es concluir que también en este caso como en el anterior, resulta imposible que los te-

rrenos mercedados puedan estar incluídos dentro de los del Aviso.

Prescripción adquisitiva por explotación económica

Dice a este respecto el señor abogado de los actores, en su alegato ante la Corte:

"En nombre de mis mandantes aduzco, en subsidio la prescripción adquisitiva por explotación económica cumplida antes del 28 de octubre de 1873 y de que dan cuenta los documentos presentados, varios de los cuales he destacado también por este aspecto en páginas anteriores, explotación económica que hace inoficioso, especialmente en cuanto a las tierras de Tápira el estudio de las medidas antiguas de Tocaima, que figuran en el documento presentado en la diligencia de inspección ocular".

Aludiendo a esta consideración, dice el señor Procurador Delegado en lo Civil lo siguiente:

"En la sentencia de 14 de julio de 1944 (Tomo LXIII) expresó esa Superioridad: "En lo referente a la prescripción de tierras, ya dijo la Corte, con razones sacadas del estudio de la regulación indiana y española, cómo los estatutos sobre tierras en las Indias hacían parte del Derecho Público, no del Derecho Civil, y que se dictaron contemplando la situación de los dominios reales en las Indias, diferentes a la situación patrimonial del Soberano en la Península. Y que esas normas especiales del Derecho indiano no configuraban nunca la prescripción adquisitiva de las tierras realengas, con el criterio que venía desde los romanos, sino una prescripción llamada así talvez impropiamente, pues consistía en la adquisición de las tierras realengas cultivadas o explotadas, en cuya posesión se protegía y respetaba a los que la realizaban, **pero quedando sujetos siempre a la obtención del título de adjudicación a merced**". Además, el fenómeno no puede operar sino respecto de zonas territoriales precísamente determinadas.

"Como en el presente caso existe la indeterminación material del terreno salido del Estado, y por otra parte, está visto que los mismos interesados consideraron en 1637 que hasta entonces no había habido **composición**, seguramente porque muchos de los títulos anteriores a ese año hablan de enajenación de "sobras", es claro que el título constitutivo de la justa prescripción es inoperante en el caso sub-judice".

La Sala observa:

Sobre el estado de posesión que los avisantes invocan como fundamento de la justa prescripción que alegan en subsidio, apenas si cabe examinar las que dicen relación directa con la entrega y goce material de algunas de las tierras que son objeto del aviso; porque aun cuando en muchas de las escrituras de enajenación entre particulares se alude a la posesión anterior, es obvio que tales manifestaciones, ni por su origen, ni por los términos abstractos en que se formulan, pueden aceptarse como pruebas de tal estado. Se reducen aquéllas, a las siguientes: a) Las declaraciones que en el año de 1608 solicitó y obtuvo Damiana Luna, para llenar la pérdida de la carta de venta y título que tenía su esposo, y que afirma desapareció en la noche del incendio de Pijaos; b) La posesión que de parte de las mismas tierras le dió el Corregidor y Justicia Mayor de Tocaima a don Alonso de Vera en el año de 1605; c) Posesión dada a la Compañía de Jesús en el año de 1657; y d) Las declaraciones que en el año de 1826 se practicaron a solicitud de Salvador Encinales, sobre la posesión de Antonio Jaramillo de Andrade.

Las declaraciones obtenidas por **Damián Luma**, según se vió en otro lugar, no concretan un cuerpo cierto, o que dentro del curso del juicio haya podido indentificarse como tal, ya que solamente expresan, de acuerdo con el interrogatorio que entonces les fué propuesto, que el terreno poseído "corre y tiene sus límites desde el río de Chipalo y aposentos, hasta donde entra el dicho río en el de Totare..."; con lo cual, se vé muy claro, apenas se hizo una referencia de ubicación, inadecuada para identificarlo. De esta suerte, no procede ninguna consideración especial respecto del valor que pudiera darse al contenido de tales testimonios, precísamente por la ausencia de objeto al cual pudiera referirse.

Por lo que hace a la posesión dada a Alonso de Vera en 1605, de "la estancia y cercados de Damina de Vera (sic), viuda, vecina de la ciudad de Ibagué y de don Diego Vicario, su hijo, difunto, en que tiene fecha ejecución el dicho Alonso de Vera, por deuda que le debían, en conformidad de los autos en la dicha causa fechos", para que "le ampareis en las casas de la susodicha de que tiene tomada posesión por la dicha deuda, en conformidad de los dichos autos, y lanceis de ella a las personas que en ella tuvieren, para que conti-

núe su posesión". (L); y a la que en 1657 le diera el Capitán Francisco de Leuro a la Compañía de Jesús de dos medias estancias y "sobras de Juan Cardozo" (N), tienen así mismo, el defecto de la absoluta indeterminación de que adolece la anterior, por cuyo motivo es inútil entrar en consideraciones de ningún otro orden, ya que frente a este defecto fundamental, la conclusión tiene que ser invariablemente adversa a la que se proponen los actores del Aviso.

En lo que respecta a los testimonios rendidos sobre la llamada posesión de Antonio Jaramillo de Andrade, se considera:

A solicitud de Salvador Insignares y dentro de la controversia que adelantaba con Liberata Díaz, fueron recibidas en el año de 1826 las declaraciones de Pedro Jaramillo, Vicente Barón, Salvador Páramo, Francisco Izquierdo, Luciano Ramírez, Vicente Izquierdo y Gerónimo Barragán, sobre el interrogatorio que dada la forma como fue contestado, se hace necesario transcribir en lo pertinente:

"2ª Así mismo digan si les cons (roto...) conocieron a Dn. Antonio Jaramillo de Andrade, si era hermano de Dn. José Jaramillo de Andrade, y si es cierto qe. el citad (roto...) Antonio fué due ño del globo de tierras nombrado T (roto...) exponiendo con claridad si conocieron sus linderos de que límite a qe. parte comprhendian y comprehenden: si son desde el monte nombrado el Cardón línea recta a la quebrada Arenosa y de ésta al río Chipalo, el abajo hasta encontrarse con el río de Totare, este río abajo hasta dar con la voca de la quebrada Arenosa, ella arriva hta. en derechura del dicho monte del Cardon: si es po (roto...) ivoqe, estas lindan con las tierras que son del señor Vicente Pinzón, exponiendo qe. tiempo las manejó y si después de muerto este, si conocieron quien las manejó.

"3ª Igualment. absuelva si les consta qe. quando se vendieron en pública subhastación ante la autoridad del finado doctor Joaquín Camacho, Teniente Gobernador el nombrado glovo de Tapira, quien las compró y satisfiso su importe fue don José Jaramillo pa. el por mano de su hijo don Ramón, y si conocieron al citado Dn. José, que desde aquel remate en adelante fue poseedor siempre de ellas.

"4ª Iten digan si conocieron qe. el otro pedaso de tierra nombrada La Compañía era de Dn. José Jaramillo de Andrade, expresando si su primer lindero es desde el monte del Rodeo línea recta acia Chi (roto...) y de este (roto...) o a la quebrada Arenosa, ella arriba hasta (roto...) nacimiento mirando a lo alto del serro de Góngora, y desde este alto línea recta al río de Chipalo, éste abajo hasta su deresera del monte del rodeo: si en cuyo terreno tiene habitación, ha arrendado, y arrienda la señora Liberata Díaz.

"5ª Correlativamente exponta si en el derecho de abajo nombrado Tapira era y fue donde vivieron, asistieron, trabajaron, y arrendaron doña Rosa, y don Antonio Jaramillo hermanos, si los conocieron por hijos del citado don José: si es corriente qe. el nonimado Dn. Antonio trat (roto...) ya y contrataba pr. sí, y si sabia leer y escribir y rubricar bien su nombre y apellido sin necesitar jamás de agente para ello, exponiendo pr. separado el señor Luciano Ramírez, si fue cierto qe. éste le trató de venderle su parte de tierras, y si al tiempo de otorgar la escritura casó el trato, exponga pr. qe. con toda claridad; y qe. Salvador Páramo diga, si fue cierto qe. el mismo Dn. Antonio Jaramillo se valió de él pa. qe. le trajera el papel sellado pa. su testamento".

El **testigo Jaramillo** contestó, a la segunda: "Que conoció mucho tiempo al finado Dn. Antonio Xaramillo de Andrade, precisamente porque fue su padre del declarante y hermano carnal de Dn. José Xaramillo de Andrade que en igual modo le consta que el citado su padre Dn. Antonio fue dueño del globo de tierra, llamado **Tapira,** y que por lo mismo conoció todos sus linderos; que son los mismos que cita, y expresa la pregunta que se le ha leído en (roto...) enterrogo, sin estar equibocados en ninguna suerte, y que su citado padre las poseyó más de treinta años; y que como suyas arrendaba, y disfrutaba de ellas a su adbitrio, y no sólo de éste, sino del nombrado Compañía. Que en igu (roto)... rte es positivo que después de muerto su citado padre Dn. Antonio quien las manejó fue el declarante, muy cerca de seis años; y responde constarle ye. tambn. arrendaba (ilegible...) ompa. abajo". A la tercera: "Que también le consta el sentido de la pregunta por ser notorio, que aunque don Ramón hizo el pago al tpo. de remate fue con dinero de su citado padre Dn. José, para sí, y no pa. Dn .Ramón, porque así le fue necesario, usar de este valimto. en aquel (roto...) y su tío Dn. José y que como tal las poseyó hta. su final". A la cuarta: "Que le consta sin quedar nada equíboco toda la pregunta que se le hace, y qe. los linderos que expresa esos mismos son los

de pedazo de la Compañía; en donde es cierto tiene habitación, ha arrendado y arrienda la señora Liberata Díaz, y que esto lo ha poseído desde en vida de su marido Dn. Ramón Jaramillo hta. la fha." A la quinta: "Que le consta en igual suerte la preta. desde su principio hta. su fin y que es corriente que su primo Dn. Antonio hijo de Dn. José su tío dte. sabía leer, y rubricar bien su nombre sin necesidad de adjente pa. ello, y que tamben. sabe que se trataba y contrataba por sí, su citado primo Antonio".

Vicente Varón, dice: A la segunda: "Que es cierto en todas sus partes el contenido de esta pregunta y que le consta también qe. conoció pr. dueño de las tierras de Tapira al señor Antonio Xaramillo y Andrade como veinte años; y que después de su muerte las manejó su hijo el señor Pedro Xaramillo; y que también es constt. qe. lindan dhs. tierras con las del señor Vicente Pinzón, nombradas la Compañía". A la tercera: "Que es cierto y le consta en todas sus partes el contenido de esta pregunta". A la cuarta: "Que igualmente es constante el contenido de esta pregunta". A la quinta: "Que asi mismo es cierto qe. también le consta todo el contenido de la pregunta...".

El testigo **Salvador Páramo,** manifiesta: A la segunda: "Que es cierto como que le consta el contenido de la pregunta y qe. no tiene presente ni sabe el tiempo que manejó las tierras de Tapira el finado Dn. Anto. Jaramillo, pero qe. sí tiene presente que después de su muerte las tuvo el Sr. Pedro Xaramillo su hijo hta. qe. vinieron a quitárselas, y se opuso su hermano Dn. José y las compró por mano de su hijo Ramón Xaramillo". A la tercera: "Que es cierto el contenido de la pregunta según lo que le a expresado en su anterior". A la cuarta: "Que ignora el contenido de la pregunta". A la quinta "Que es cierto, como qe. le consta por haver sido arrendatario el contenido de esta pregunta...".

El testigo **Francisco Izquierdo,** depone lo siguiente: A la segunda: "Que es cierto como que le consta en todas sus partes el contenido de esta pregunta: y qe. más de veinte años conoció pr. dueño de las tierras de Tapira al finado Antonio Xaramillo: y que después de su muerte fue cierto qe. las mantubo su hijo el Sr. Pedro Xaramillo, y las manejó". A la tercera: "Que es constante en todas sus partes el contenido de esta pregunta". A la cuarta: "Que así mismo es cierto el contenido de esta pregunta". A la quinta: "Que también es constante en toda esta pregunta y que ignora el resto de las demás".

El testigo **Luciano Ramírez,** declara: A la segunda: "Que le consta parte del contenido de la pregunta, por ignorar si las tierras de Tapira heran del finado Dn. Anto. Jaramillo; pero sí le consta qe. éste vivió en ellas como veinte y dos años, y qe. después de su muerte quedó manejándolas su hijo Pedro Jaramillo y qe. pr. lo qe. respecta a los linderos de dhas. tierras ha oído decir son los linderos qe. le preguntan". A la tercera: "Que ha oído decir lo primero del contenido de esta pregunta, pero sí le consta qe. conoció pr. poseedor de dhas. tierras de Tapira al finado José Xaramillo, como que el padre del declarante le pagó diez y seis ps. de arriendo por dos años". A la cuarta: "Que ignora el contenido de la pregunta, ni consta; pero que ha pido. decir qe. ha arrendado y arrienda la sra. Liberata y qe. sólo le consta que vive en las tierras nombradas Góngora donde tiene su habitación". A la quinta: "Que le consta el contenido de la pregunta...".

El señor **Vicente Izquierdo,** atestigua: A la segunda: "Que le consta el contenido de la pregunta; y que el citado Dn. Antonio manejó las tierras de Tapira como veinte años; y qe. después corrió con ellas su hijo Dn. Pedro Xaramillo". A la tercera: "Que le consta en todas sus partes el contenido de esta pregunta". A la cuarta: "Que igualmente le es constante esta pregunta". A la quinta: "Que así mismo es cierto lo que se le pregunta, y responde no tener que decir nada sobre el particular".

Por último, el testigo **José Gerónimo Barragán,** declara: A la segunda: "Que es cierto el contenido de la pregunta; pero qe. ignora el tiempo qe. tubo tierras de Tapira el señor Dn. Anto. y si sabe qe. después de su muerte las manejó su hijo Dn. Pedro". A la tercera: "Que le consta también el contenido de la pregunta, como que fué arrendatario de él en dhas. tierras. Que igualmente, es cierto el contenido de la pregunta qe. se le hace...".

De conformidad con la aplicación que la doctrina ha dado a los principios legislativos que rigieron la adquisición del dominio territorial por el modo de la justa prescripción durante la Colonia, la posesión de las tierras debía precisamente consistir en actos de explotación económica, o sea, en plantaciones o cultivos, pas-

tos, ganadería, etc., sobre las tierras en que aquélla se ejercitaba.

La ley de 11 de octubre de 1821, bajo cuyo imperio se recibía la anterior prueba testimonial, no modificó ese principio, ya que al reconocerle determinados derechos a "los que poseyeren tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción" (artículo 5º) sin especificar el modo como dicha posesión debía ejercitarse, de hecho la subordinó a las condiciones que establecían las leyes españolas, cuyos mandatos continuaban en todo su vigor, mientras no resultaran opuestos a las disposiciones de la Carta, o a otras leyes posteriores.

Ahora bien: Si se examina con alguna atención el contenido de las anteriores declaraciones, forzoso es concluir su deficiencia, en orden a la comprobación de este requisito fundamental. A excepción del testigo Jaramillo que concreta como actos de posesión por parte de Antonio Jaramillo de Andrade, los de que "como suyas arrendaba y disfrutaba de ellas a su arbitrio", los otros testigos se limitan a aceptar como cierto ese mismo estado, que es por lo que se les pregunta, pero sin expresar ninguno, la clase, naturaleza y extensión de los supuestos cultivos, circunstancias tanto más importantes, cuanto que las propias declaraciones reconocen, de acuerdo con lo aseverado en el mismo interrogatorio, que el señor Jaramillo de Andrade disfrutaba de las expresadas tierras y las daba en arrendamiento; con lo cual queda por averiguar si aquellos arrendatarios las beneficiaron realmente y en caso afirmativo los términos y condiciones en que hubieran podido hacerlo. Y si a lo dicho se agrega la disparidad que ofrecen estos testimonios, en cuanto al tiempo a que se refieren el conocimiento de la posesión: "por más de treinta años", según el testimonio de José Jaramillo, hijo del supuesto poseedor; "como veinte años", al decir de los testigos Varón, Izquierdo y Ramírez; y por tiempo que no pueden precisar, los declarantes Páramo y Barragán; y que para emitir ese concepto sobre el tiempo, ninguno de los deponentes da razón alguna de su dicho, se concluye entonces forzosamente, la ineficacia de la prueba sobre el hecho de la ocupación con labranza y cultivos a que, se ha dicho, subordinaba la ley el modo de adquirir por justa prescripción.

Conclusión:

De las anteriores consideraciones se llega a la conclusión de que el aviso para la exploración y explotación de petróleos de propiedad privada a que aluden estas diligencias, es infundado en lo que se relaciona con la parte comprendida dentro de los antiguos terrenos de "Tapira" y "La Compañía", y con los potreros de "La Casa" y de "La Vega" que hacen parte de la parcela de "La Vuelta", y el lote Nº 4 de la parcela de "Sánchez"; y admisible dicho aviso, en lo que se refiere a los terrenos restantes, o sea: a la parte de la zona avisante y que de acuerdo con el concepto pericial practicado en el juicio, resulta amparada por la merced hecha a Gaspar Ponce de León, y a la que incluyen los linderos del citado aviso, de lo perteneciente al antiguo Resguardo de San Sebastián de Las Piedras. De esta suerte, la zona sobre la cual el aviso prospera, ha de quedar delimitada así:

"Desde el charco de 'La Palmita' en la quebrada de 'Los Solares', por ésta abajo hasta su desembocadura en la quebrada del 'Madroño o Toquitoqui', éste abajo hasta donde existe la volada que sostienen los herederos del finado señor Rafael Ospina, colindando con terrenos de dichos herederos; Toquitoque aguas abajo, hasta enfrentar con el extremo de otro cerco de alambre que arranca de la margen derecha de la misma quebrada, donde existe un mojón de madera; por el curso de dicho cerco hasta su término en la margen izquierda de la quebrada Nolizal, donde existe otra volada. Nolizal aguas abajo hasta su desagüe en la de Toquitoque; ésta aguas abajo, hasta enfrentar con el extremo de otro cerco de alambre que arranca de su margen derecha y que divide los terrenos del doctor Federico Melo; siguiendo el curso de dicho cerco, hasta su término en la margen derecha de la quebrada Toquitoque, y ésta abajo hasta su desembocadura en el río Totare; río Totare arriba hasta el charco denominado del 'Guarumo' en el río Totare, frente a un peñón que hay en su mano izquierda; por este peñón arriba hasta encontrar la cuchilla de 'La Vuelta de Totare', lindero común entre el potrero de 'El Cajón' de Eduardo Vila Londoño, del lote denominado 'Sánchez' de Miguel A. Góngora y el lote de 'Los Alpes' del mismo Miguel A. Góngora R., de aquí se sigue filo abajo lindando con 'Los Alpes' de propiedad del señor Miguel A. Góngora R., hasta encontrar el lindero con el predio 'La Camorra o Las Abras', de propiedad de Camilo Góngora; de este punto se sigue en línea recta y en dirección noreste, lindando con el mis-

mo predio de 'La Camorra o Las Abras', hasta el extremo del cerco de alambre que viene del cerro donde existe un mojón próximo a la casa de 'Los Sánchez'; de aquí se sigue lindando con este terreno por los linderos generales del globo o lote de 'Sánchez', por los cercos de alambre que hoy existe, hasta otro mojón que dista del anterior ochenta (80) metros; de aquí se sigue el cerro a otro mojón que dista del anterior cien (100) metros y es lindero de Antonio García; de aquí lindando con éste en dirección occidente hasta otro mojón que dista del anterior doscientos (200) metros; de aquí, lindando con García, en dirección norte magnético a un mojón que dista del anterior noventa (90) metros; de aquí lindando con el mismo señor García, se sigue el cerco hasta el mojón que se denomina del Camino, distante del anterior cuatrocientos treinta y cinco (435) metros; de aquí, se sigue lindando con Polo García, hasta un mojón que dista del anterior setenta y tres (73) metros; de aquí lindando con éste, hasta un mojón que está próximo a la puerta de la carretera, que de la boca de Totare conduce el pueblo de Venadillo; de aquí se sigue en línea recta hacia el suroeste hasta encontrar el lindero con el lote número cinco (5) adjudicado al señor Manuel Quimbayo en la partición de las tierras de 'Sánchez'; de aquí, se sigue en dirección noroeste, lindando con el citado lote número cinco (5) hasta llegar a la cuchilla inmediata, lindero general del globo de 'Sánchez', donde existe un mojón de piedra; de aquí, se sigue por todo el filo de la cuchilla de para arriba, lindando con Manuel Quimbayo y tierras de Policarpo Varón (hoy de Pedro J. Varón), siguiendo los cercos de alambre hasta llegar al alto del 'Amargoso'; de aquí, se sigue por el filo del cerro lindando con tierras del señor Aristides Casasbuenas (hoy de Pedro J. Varón), hasta llegar al mojón común al lote número dos (2), del globo de 'Sánchez', del señor Evangelista Quimbayo (hoy de Miguel A. Góngora R.), que está al Nor-este del 'Pico de Sánchez', de aquí se sigue en línea de para abajo, en dirección sureste, lindando con el citado lote número dos (2), hasta llegar a un mojón que está sobre una cuchilla; de aquí, se sigue siempre al Sureste hasta encontrar sobre esta cuchilla sobre la línea del lote número uno (1) del Sr. Miguel Góngora V,. y otro lindero; de aquí, en dirección suroeste y lindando con el número dos (2) del globo de 'Sánchez' de propiedad de Evangelista Quimbayo (hoy de Miguel Góngora R.), hasta encontrar en la falda norte del 'Pico Cónico', en una cañada un lindero de madera; de allí, línea recta hacia el sur, hasta encontrar el río Totare; éste aguas arriba hasta donde desemboca la quebrada Arenosa; éste aguas arriba hasta el sitio en donde se encuentra, por el costado oriental, la boca de una zanja en la cerca que delimita el llano; luégo, por dicha zanja arriba hasta su cabecera; de aquí, en línea recta hasta la depresión más honda de la zanja llamada 'El Mosqueral' donde se une con la zanja denominada 'El Salto', donde hay unas palmas reales que sirven de lindero al terreno de propiedad del Municipio de Piedras; se sigue en línea recta hasta encontrar el punto donde existía una puerta vieja; de aquí, siguiendo por una cerca de piedras en un trayecto como de cincuenta (50) varas hasta encontrar una zanjita volcanosa; por esta zanjita abajo hasta su desembocadura en la quebrada de la Honda; quebrada de la Honda arriba hasta encontrar en su margen oriental la desembocadura de la zanja del 'Guacharaco' ésta arriba hasta enfrentar con un cerco de piedra que existe en su margen oriental; de aquí, en línea recta —más o menos— por la cerca de piedra mencionada hasta caer frente al charco de 'La Palmita', en la quebrada de 'Los Solares', punto mencionado como primero de esta demarcación".

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, **falla:**

Primero. Declárase **fundado** el Aviso que para la exploración y explotación del petróleo de propiedad privada se ha dado mediante el escrito inicial de que tratan estas diligencias, en la parte comprendida dentro de los linderos descritos al final de esta providencia.

Segundo. Declárase **infundado** dicho Aviso, en cuanto recae sobre los terrenos llamados de 'Tapira' y 'La Compañía', y sobre los potreros de 'La Casa' y de 'La Vega' de la parcela de 'La Vuelta', y el lote número cuatro (4) de la parcela de 'Sánchez', en conformidad con las explicaciones que se han hecho en la parte motiva de este fallo; y,

Tercero. No hay lugar a costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la

GACETA JUDICIAL y devuélvase al Ministerio de origen.

Luis Rafael Robles — Gerardo Arias Mejía—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

Una explicación

El suscrito Magistrado, como Ponente de este fallo considera necesario hacer constar: Que uno de los problemas que le mereció su mayor atención, fué el relacionado con el aspecto jurídico de 'la antigua o justa prescripción', a través de las legislaciones Indiana y de la República, que el proyecto estudiaba con alguna detención, hasta concluir con la fijación del término correspondiente, no dilucidado aún por los expositores, ni por la Jurisprudencia; y que la no inclusión de dicha parte en la sentencia, obedece al concepto que hubo de formarse la mayoría de la Sala de que, siendo ese un tema que requería profundas meditaciones, no consideraba necesario exponerlo desde ahora, cuando, por otra parte, las conclusiones seguidas de allí, apenas contribuían a corroborar las expuestas en la sentencia.

Bogotá, julio de 1951.

GUALBERTO RODRIGUEZ PEÑA.

EL DEMANDANTE NO ESTA OBLIGADO A PRESENTAR CON LA DEMANDA LA PRUEBA DE QUE LA PERSONA A QUIEN DESIGNA COMO REPRESENTANTE DEL DEMANDADO LO ES EN REALIDAD

Expresa el artículo 232 del C.J. que 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. Y agrega: "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".

Esto no quiere decir, naturalmente, que la persona designada como representante del demandado no pueda alegar en excepciones dilatorias que no tiene tal carácter, pues en su propio interés está que el proceso no siga adelante afectado con ese vicio, como se desprende de la disposición en referencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro de este juicio contra el Departamento de Caldas propuso el apoderado de esta entidad la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandada, fundándose en que el demandante no había acreditado la calidad de Gobernador de Caldas del doctor Barnardo Mejía Rivera.

El Tribunal de Manizales decidió tal excepción por providencia de fecha nueve de octubre de mil novecientos cincuenta, en el sentido de declararla no probada. Adujo como fundamento la doctrina sentada por la Corte en auto publicado en la GACETA JUDICIAL Nº 2077 y 2078, página 817.

De dicha decisión apeló el apoderado del Departamento para ante esta Sala de la Corte. Y como aquí se ha surtido ya la tramitación correspondiente, se procede ahora a resolver el recurso mediante las siguientes consideraciones:

Expresa el artículo 232 del C. J. que 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. Y agrega: "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".

Esto no quiere decir, naturalmente, que la persona designada como representante del demandado no pueda alegar en excepciones dilatorias que no tiene tal carácter, pues en su propio interés está que el proceso no siga adelante afectado con ese vicio, como se desprende de la disposición en referencia.

Mas lo cierto es que en el presente caso el doctor Bernardo Mejía Rivera, a quien se le notificó la demanda de este juicio como Gobernador de Caldas, no ha desconocido que lleva la personería del Departamento. Por el contrario, el dóctor Mejía Rivera se expresa así en el memorial en que confirió poder al doctor Octavio Villegas Pérez, dirigido al Magistrado del Tribunal de Manizales que venía conociendo del negocio:

"Bernardo Mejía Rivera, portador de la cédula de ciudadanía número 262867, expedida en esta ciudad, obrando en mi calidad de Gobernador del Departamento de Caldas, atentamente manifiesto a usted que en uso de la facultad que me confiere el numeral 3º del artículo 194 de la Constitución Nacional, confiero poder especial al doctor Octavio Villegas Pérez, para que en su calidad de Abogado del Departamento, titulado e inscrito, represente a éste en el juicio instaurado por el doctor Jorge Preciado a nombre del señor Abraham Isaza".

De donde resulta perfectamente claro que el doctor Octavio Villegas Pérez, al formular la excepción de ilegitimidad de la personería de su mandante, no hizo otra cosa sino contradecir los términos del poder que para actuar en este juicio le con-

firiera el doctor Bernardo Mejía Rivera, en su condición de Gobernador del Departamento de Caldas. Y como el mandatario no puede obrar válidamente en oposición a su mandante, la circunstancia anotada conduce a que no pueda ser viable o procedente la excepción propuesta por el doctor Villegas Pérez.

De consiguiente, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia declara que es improcedente la excepción dilatoria propuesta en este juicio por el apoderado de la parte demandada.

En esta forma quedan modificados los términos de la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Rafael Robles — Gerardo Arias Mejía— Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE DECLARACION QUE UNAS TIERRAS Y LOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS QUE EN ELLAS SE ENCUENTREN SON DE PROPIEDAD PRIVADA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

El doctor Clemente Salazar Movilla, manifestando obrar como mandatario judicial del señor Alberto Marulanda G., en libelo fechado el 16 de noviembre de 1946, propuso, ante el **Tribunal** de Barranquilla, demanda ordinaria contra la Nación, representada por el respectivo Fiscal, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

"1ª Que el globo de terreno denominado **Sabanagrande de los Ríos**, pertenece a los poderdantes del señor Alberto Marulanda G. como condueños, así como a los demás condueños y en general a la comunidad allí constituída y en particular a los poderdantes mencionados las propiedades conocidas con las denominaciones de **Soloza, Tabladera, El Trapiche, Potero Largo, Pescaderos, Palma de Vino, Gaspadillo, El Dote, Sábalo, las Cabezas** y otros que están comprendidos dentro del globo general de **Sabanagrande** de los **Ríos**, cuyos linderos son los siguientes: "de la boca del caño Solosa a la Loma de Quintanilla, y de ésta al punto nombrado **Monsiuer** y allí al punto llamado Loma de Piedra, de este punto al caño denominado Cocabolo y de ahí a la ciénaga de Sanaguare, orillando el caño del Dique aguas abajo hasta llegar al punto de partida o sea el caño de Solosa" y que se encuentra situado en jurisdicción del Municipio de Manatí, en este Departamento con una cabida aproximada de **cuatro caballerías** de tierra.

"1ª Subsidiaria. Que pertenecen a los poderdantes y la comunidad en general el mencionado terreno de Sabanalarga de los Ríos, así como los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en el suelo y en el subsuelo de dicho terreno, según se establece en la ley sobre hidrocarburos.

"2ª Que no siendo baldío el terreno de los Sabanagrande de los Ríos ni haber sido adjudicado después de la reserva fiscal del año de 1873 no es tampoco de propiedad de la Nación el petróleos (sic) y gases y demás hidrocarburos que esos terrenos se encuentren (sic) y de consiguiente, carece de derecho la Nación para celebrar contrato para la exploración y explotación de tales petróleos sobre la base de ser de su propiedad.

"3ª Que en el evento de que la Nación haya celebrado algún contrato sobre exploración y explotación de los petróleos existentes en todo o en parte del suelo y subsuelo de los terrenos mencionados estará obligada a restituir a los propietarios todos los valores que por concepto de cánones superficiarios, regalías, indemnizaciones y otros que hayan recibido desde la contestación de la demanda".

Los hechos expuestos por el mandatario o demandante, son del tenor siguiente:

"1º Con fecha 13 de junio del año de 1944 el Ministerio de Minas y Petróleos aceptó la propuesta de contrato para explorar con taladro y explotar el petróleos (sic) de propiedad nacional, formulada por el señor Bowe Dykastra, en su carácter (sic) de Gerente, primer suplente de la Compañía de Petróleos **La Esmeralda de Colombia**, registrado en el libro respectivo bajo el número 134 y referente a un globo de terreno de 49.345 hectáreas ubicado en jurisdicción de los Municipios de Campo de la Cruz, Repelón, Manatí, Candelaria en este Departamento del Atlántico.

"2º Dentro de esa extensión de tierras se encuentra ubicado el conocido con el nombre de Sabana Grande de los Ríos, que como se ha dicho está en jurisdicción (sic) del Municipio de Repelón.

"3º Según consta de diligencias de origen oficial, desde el 10 de enero de 1746 el Licenciado Miguel de Torrecilla y Cambino, Juez Subdelegado de Tierras amparó las de Sabanagrande de los Ríos, a solicitud de D. Miguel de Vivero, en donde consta que dichas tierras habían sido mercedadas por el Cabildo de Cartagena a antecesores del solicitante señor de Viveros, a quienes se les dió posesión y luégo amparados también por

Díaz Muñoz y Bahamonde Taboada, ambos subdelegados de tierras de la Corona de españa (sic).

"4º En virtud de diferentes actos traslaticios de dominio son hoy propietarios conjuntamente con otros condueños la señora Rebeca Angulo de Castillo y el señor Julio T. Castillo.

"5º El globo de tierra de Sabanagrande de los Ríos ha venido sido (sic) explotado econimicamente (sic), con siembra de pastos, cercas, establecimiento de corrales para ganados, etc.".

Y como razones de derecho dijo alegar las siguientes:

"Ley 13 de octubre de 1821, Constitución Nacional de 1858 y 1863, Ley Nacional Nº 70 de 1866 y sus decretos reglamentarios; ley 13 de 25 de septiembre de 1866 del Estado Soberano de Bolívar; Código Fiscal de 1873 (art. 879), Constitución Nacional de 1886, art. 202, numeral 2º que corresponde a la actual vigente, Ley 37 de 1931 y 160 de 1936, especialmente los arts. 5º y 100, así como los arts. pertinentes del C. J. sobre juicios ordinarios de mayor cuantía".

Se advierte que el señor Alberto Marulanda G. poderdante del demandante Salazar Movilla confirió a éste el poder en referencia en su carácter de mandatario de Julio T. Castillo y Rebeca Angulo de Castillo, según escritura Nº 2057, otorgada ante el Notario 3º del Circuito de Barranquilla, el 18 de agosto de 1944.

Con la demanda y como pruebas fueron presentados, además del poder escriturario que se acaba de mencionar, los siguientes documentos: Escritura Nº 19 de 29 de febrero de 1928, de la Notaría de Soplaviento (Departamento de Bolívar) por la cual Tomás A. Porfirio, Joaquín Mateo y José Alcibiades Castillo L. declaran ser dueños exclusivos de las tierras de 'Sabanagrande de los Ríos', ubicadas en jurisdicción del Distrito de Manatí, con cabida aproximada de seis caballerías, por haberlas adquirido por herencia de su padre Porfirio Castillo G. quien a su turno las hubo por herencia de su antecesor, conforme a los títulos que allí se mencionan; prueba testimonial sobre propiedad de dichas tierras, a favor de Porfirio Castillo G., levantada en agosto de 1915 ante el Juzgado Municipal de Manatí; cartillas de hijuelas de Salvador Grau, Candelaria Grau y Mónica Carbaces de Grau, expedidas, por el Secretario del Juzgado de la Provincia de Sabanalarga, en los años de 1876 y 1865 respectivamente; cartillas de hijuelas de Joaquín Mateo, Porfirio, Tomás A. José A. y Porfirio Castillo L., tomadas del juicio de sucesión de Porfirio Castillo G. y con referencia, entre otras cosas a adjudicaciones hechas de derecho en las referidas tierras de Sabanagrande de los Ríos; ejemplar del Diario Oficial Nº 25593, de 14 de julio de 1944, debidamente autenticado, en donde aparece publicado el aviso de admisión de la propuesta de Contrato formulada por el Gerente de la Compañía de Petróleo La Esmeralda de Colombia, referente a un globo de terreno de 49.345 hectáreas ubicado en jurisdicción de los Municipios de Campo de la Cruz, Repelón, Manatí y Candelaria, en el Departamento del Atlántico; y por último, certificación expedida por el Ministerio de Minas y Petróleos, el 15 de septiembre de 1946, en que se indica como vencimiento del plazo de dos años señalado por el artículo 5º de la ley 160 de 1936 en relación con la mencionada propuesta Nº 134, el día 17 de noviembre de 1946.

Aceptada la preinserta demanda y corrido el traslado de rigor al Fiscal del Tribunal, éste lo descorrió, negando los hechos y las razones de derecho en que se fundamenta y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas.

Finalmente, agotada la tramitación, sin que las partes hubieran hecho uso del derecho de producir pruebas, el Tribunal le puso fin a la primera instancia con la sentencia de 8 de julio de 1947, absolviendo a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

De esta decisión y en virtud del recurso de alzada interpuesto y concedido al demandante doctor Salazar Movilla, pasa a ocuparse esta Sala de Negocios Generales de la Corte, cumplida como se encuentra la tramitación propia de este segundo grado del juicio, con la advertencia de que tampoco, en esta instancia, las partes produjeron pruebas, no obstante la solicitud formulada al respecto por el apoderado de la parte demandante, ni siquiera la encaminada a demostrar la identificación de los terrenos reclamados y la superposición en éstos de los que fueron materia de la propuesta Nº 134, y de que solamente el Señor Procurador Delegado en lo Civil, hizo uso del derecho de alegar de conclusión, para solicitar la confirmación de aquella decisión.

Evidentemente, como lo anota el Tribunal en el fallo de la referencia, de los hechos en que dijo el actor apoyar su acción, solamente fue acreditado el primero, esto es, la existencia de la propuesta de contrato para explorar y explotar petróleo, faltando de consiguiente la prueba relativa a los demás extremos que se alegan y que se

consideran básicos para la prosperidad de la acción.

Y en relación con las pruebas aportadas y su deficiencia, basta reproducir lo expuesto por el Señor Procurador, en su alegato final, a saber:

"La mentada escritura Nº 19 de 29 de febrero de 1928, como atrás se dijo, solamente expresa en la parte referente al derecho invocado en la demanda, la manifestación de los otorgantes ante el Notario respectivo, de que son dueños de los aludidos terrenos de Sabanagrande de los Ríos, por haberlos adquirido por herencia de su padre Porfirio Castillo G., citando en el mismo instrumento la cadena de transferencias de dominio hacia atrás. Este documento en consecuencia, no constituye ni intrínseca ni extrínsicamente, un título traslaticio de dominio, ya que él no manifiesta la comparecencia de las partes contratantes tendiente a expresar su voluntad de transferir la propiedad del inmueble que en dicho documento se menciona. Representa apenas, un acto unilateral, extracontrato y sin efectos jurídicos para los intereses que se pretende amparar con la acción incoada.

"En cuanto a las copias de las hijuelas de adjudicación relacionadas atrás, es de anotar que ni se expresa en ellas cómo adquirió el causante los derechos repartidos, ni aparece constancia alguna de que hayan sido registradas. Además, las hijuelas, por sí solas, no pueden invocarse como título de dominio, sino entre coadjudicatarios, no contra terceros. Pero sobre todo, falta la exhibición del título emanado del Estado con el cual se acreditara fehacientemente haber salido los terrenos a que se contrae la demanda, del patrimonio nacional, en la forma legal; y con el que, a la vez, se hubiera hecho posible la confrontación indispensable de los linderos que los títulos actuales indiquen, supuesta la idoneidad probatoria de estos últimos".

A lo expuesto solamente cabe agregar que por ningún medio se acreditó la determinación de los terrenos de Sabanagrande de los Ríos ni menos si los relativos a la propuesta se superponen en todo o en parte en aquéllos.

En tal virtud, 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 pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Barranquilla, con fecha 8 de julio de 1947.

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

Luis Rafael Robles — **Gerardo Arias Mejía**— **Luis A. Flórez**—**Rafael Leiva Charry**—**Gualberto Rodríguez Peña**—**Jorge García Merlano**, Secretario.

EXHIBICION DE DOCUMENTOS

De conformidad con lo dispuesto por el art. 300 del C. J., para que pueda decretarse la exhibición de un documento, es necesario, entre otras cosas, que por el peticionario se haya acreditado "plenamente en oportunidad" que el documento está en poder de la persona de quien se exige.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cinco de junio de mil novecientos cincuenta y uno.

Por medio de memorial presentado el 12 de junio del año próximo pasado solicita el doctor Luis Eduardo Gacharná, actuando dentro del juicio ordinario de Isabel Malo de Nieto y otra contra la Nación, promovido ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, se decrete la exhibición de varios documentos que según lo expresa en su escrito, reposan en la actualidad en los archivos del Ministerio de Obras Públicas.

Los documentos en referencia están relacionados por el peticionario en la siguiente forma:

"A) El documento que contiene el contrato celebrado el 15 de junio de 1892 entre el Gobierno Nacional y el señor Juan Manuel Dávila.

"B) La carta que con fecha 7 de julio de 1892 dirigió al Ministerio de Fomento el señor Arturo Malo O' Leary.

"C) El contrato número 60 de 1892 celebrado el 30 de septiembre de 1892 entre el ministro de Fomento, señor José Manuel Goenaga G., en nombre del Gobierno Nacional y el señor Arturo Malo O' Leary.

"D) La nota que con fecha 29 de abril de 1896 dirigió al Ministerio de Fomento el señor Juan Manuel Dávila.

"E) La nota que con fecha 8 de mayo de 1896 dirigió al Ministerio de Fomento el señor Arturo Malo O' Leary.

"F) La nota que con fecha 24 de enero de 1899 dirigió al Ministerio de Hacienda el señor Arturo Malo O' Leary.

"G) La nota que con fecha 7 de febrero de 1899 dirigió el apoderado del señor Juan Manuel Dávila al Ministerio de Fomento".

Dice el peticionario que con estos documentos se propone probar otros tantos hechos en que se funda la demanda de la señora Malo de Nieto y Beatriz Malo de Brigard contra la Nación, los que enumera en el pedimento en referencia.

A la solicitud se le imprimió el trámite señalado en el Art. 299 del C. Judicial, y hallándose el incidente al Despacho para decidirlo, a ello se procede mediante las siguientes consideraciones:

De conformidad con lo que preceptúa para estos casos el Art. 300 del C. Judicial, la petición debe expresar con claridad los hechos que se desea probar y "acreditar **plenamente** en oportunidad, que la cosa o documento está en poder de la persona de quien se exige". (Subraya este Despacho).

En cuanto al primer requisito nada hay qué observar en este caso. Mas en cuanto al segundo, tratándose como se trata de documentos que datan de fines del siglo pasado, recibidos o tramitados en el extinguido Ministerio de Fomento, no está probado que todos ellos se encuentren en el Archivo del Ministerio de Obras Públicas, pues solamente uno, el señalado con la letra C) del pedimento, sí se sabe que reposa en dicho Archivo por la copia acompañada a la demanda (fol. 1 del cuaderno principal), expedida por el Secretario del Ministerio de Obras Públicas.

La oportunidad de aportar la prueba de que se ocupa el anterior reparo la hubo el peticionario en este incidente, pues éste fue abierto a pruebas sin que las partes hiciesen uso del término respectivo.

Por lo tanto, la petición exhibitoria de que aquí se trata sólo prospera en cuanto al contrato número 60 de 30 de septiembre de 1892, celebrado entre el ministro de Fomento, Dr. José Manuel

Goenaga G., en nombre del Gobierno Nacional y el señor Arturo Malo O' Leary, del cual sí se tiene pleno conocimiento de que reposa en los archivos del Ministerio de Obras Públicas.

En consecuencia se decide:

Decrétase la exhibición del original del contrato número 60 de fecha 30 de septiembre de 1892, celebrado entre el Ministro de Fomento, doctor José Manuel Goenaga G., en nombre y representación de la Nación, y el señor Arturo Malo O'Leary, el cual reposa en el Archivo del Ministerio de Obras Públicas.

Señálase la hora de las diez de la mañana del martes doce (12) del mes en curso para llevar a efecto la diligencia de exhibición, a cuyo efecto el suscrito Magistrado sustanciador se trasladará en asocio del Secretario de esta Sala al Archivo del Ministerio .ya expresado, diligencia durante la cual se tomará copia del documento de que se ha hecho mérito.

Niégase la petición exhibitoria en cuanto a los demás documentos enunciados.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leyva Charry — Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE REFORMA O MODIFICA EL AUTO ANTERIOR

Propiamente hablando, lo que se pretende en este caso no es que se reforme o modifique el auto suplicado, por medio del cual el Magistrado sustanciador se limitó a decretar la exhibición de algunos documentos y a señalar fecha para la práctica de esa diligencia. Lo que en realidad se persigue es que se adicione el expresado auto, en el sentido de fijar para la práctica de la inspección ocular pedida por separado la misma fecha en que debía efectuarse la exhibición de documentos. Pero ésta es una cuestión que no se relaciona con el auto reclamado, sino que debe ser objeto de decisión del Magistrado sustanciador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintisiete de julio de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro de este juicio solicitó el apoderado de los demandantes que se decretara la exhibición de determinados documentos que se encontraban en el Archivo del Ministerio de Obras Públicas. Y tramitada debidamente dicha solicitud, el señor Magistrado sustanciador, doctor Leiva Charry, resolvió lo siguiente:

"Decrétase la exhibición del original del contrato número 60 de fecha 30 de septiembre de 1892, celebrado entre el Ministro de Fomento, doctor José Manuel Goenaga G., en nombre y representación de la Nación, y el señor Arturo Malo O'Leary, el cual reposa en el Archivo del Ministerio de Obras Públicas.

"Señálase la hora de las diez de la mañana del martes doce (12) del mes en curso para llevar a efecto la diligencia de exhibición, a cuyo efecto el suscrito Magistrado sustanciador se trasladará en asocio del Secretario de esta Sala al Archivo del Ministerio, diligencia durante la cual se tomará copia del documento de que se ha hecho mérito.

"Niégase la petición exhibitoria en cuanto a los demás documentos enunciados"

Respecto de esta providencia, que lleva fecha cinco de junio del presente año, interpuso el recurso de súplica para ante el resto de la Sala el apoderado de los actores, para que se reforme "en el sentido de fijar para la exhibición ordenada la misma fecha de la inspección ocular que el señor Magistrado ponente se servirá señalar".

Y agregó el peticionario en su memorial suplicatorio:

"En efecto: se solicitó en tiempo la inspección ocular de los mismos documentos cuya exhibición se pidió. El señor Magistrado ponente ordenó por medio de su auto fechado el 28 de junio de 1950. mantener la solicitud de inspección ocular en la Secretaría, mientras se sustancia y resuelve el incidente sobre acción exhibitoria'. El señor Magistrado ponente, por medio de auto fechado el 5 de junio último decretó, en parte, la exhibición solicitada mas no resolvió nada sobre la anexa inspección ocular (artículo 302 del Código Judicial), por lo cual se justifica —desde el punto de vista de la economía procesal— mi solicitud para que se reforme el auto mencionado y se fije para la exhibición la misma fecha que el señor Magistrado ponente se servirá señalar para la inspección ocular anexa".

Para resolver, se considera:

Propiamente hablando, lo que se pretende en este caso no es que se reforme o modifique el auto suplicado, por medio del cual el Magistrado sustanciador se limitó a decretar la exhibición de algunos documentos y a señalar fecha para la práctica de esa diligencia. Lo que en realidad se persigue es que se adicione el expresado auto, en el sentido de fijar para la práctica de la inspección ocular pedida por separado la misma fecha en que debía efectuarse la exhibición de documentos. Pero ésta es una cuestión que no se relaciona con el auto reclamado, sino que debe ser objeto de decisión del Magistrado sustanciador. Hasta el presente ni siquiera se ha resuelto si se

decreta o no la inspección pedida en memorial de doce de junio del año pasado.

Claramente se ve, pues, que el auto objeto de la súplica no es susceptible de ninguna enmienda, precisamente porque él no versa sino sobre la exhibición de determinados documentos, lo que no tiene que ver con el señalamiento de fecha para la práctica de la inspección ocular, que es cuestión que debe decidirse por separado por el señor Magistrado sustanciador, si considera procedente decretar esa prueba, que fue oportunamente pedida.

Por lo tanto, SE RESUELVE:

No es el caso de reformar o modificar el auto suplicado, el cual se mantiene en todas sus partes. Tampoco de adicionarlo.

Cópiese y notifíquese.

Luis Rafael Robles—Gerardo Arias Mejía—Luis A. Flórez—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

UN TRIBUNAL SUPERIOR ES COMPETENTE PARA ORDENAR LA EXCLUSION DE UN DETERMINADO GLOBO, DE LO COMPRENDIDO POR UNA PROPUESTA SOBRE EXLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS DE PROPIEDAD NACIONAL, CUANDO ESE TRIBUNAL CONOCE DE UN JUICIO ORDINARIO SOBRE PROPIEDAD DE UN YACIMIENTO PETROLIFERO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio treinta de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Por medio de auto de carácter simplemente interlocutorio, proferido el 8 de abril de 1949, el Tribunal Superior de Cartagena se abstuvo de fallar en el fondo el presente negocio, "por ser inepta la demanda" con la cual se inició el juicio ordinario seguido por el doctor Simón Gómez de Lavalle, en su propio nombre y como apoderado de otras personas, contra la Nación.

Contra dicho proveído interpuso en tiempo oportuno recurso de apelación el expresado doctor Gómez de Lavalle, y habiendo sido concedido en legal forma, llegó acá el expediente respectivo, donde surtida como ha sido la tramitación correspondiente a la segunda instancia, se procede a decidir lo que fuere legal.

El auto del Tribunal

En la providencia en examen, el Tribunal después de expresar que la tramitación del proceso se adelantó "hasta llevarlo al estado de pronunciamiento de sentencia", advierte "que no es dable el fallo en el fondo del negocio por venir la demanda afectada de ineptitud, ya que en el libelo se acumulan varias acciones sin que el Tribunal sea competente para conocer de todas (artículo 209 del Código Judicial)". Y al efecto manifiesta:

"Si este despacho 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 petróleos allí existentes, no la tiene en cambio para la oposición que en el libelo se formula a la propuesta número 258 hecha por el señor Octavio Archila ante el Ministerio de Minas y Petróleos, según el aviso publicado en el **Diario Oficial** número 25.805 de fecha cinco (5) de abril de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), página 91 (según petición principal de la demanda). Tal oposición, por ministerio del artículo 5º de la ley 160 de 1936, debe presentarse ante el Ministerio respectivo, y es de privativa competencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales".

La demanda

El prenombrado doctor Gómez de Lavalle, diciendo obrar en su propio nombre y como apoderado de los herederos y causahabientes de los finados señores José Nicolás Lora, Felipe Dória Morales, Salvador de Otero, José Indalecio Corrales, Juan Francisco Cabria y José del Carmen Bravo, formuló 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 mencionados señores, de los globos de terreno conocidos con los nombres de "Zaragocilla", "Santa Cruz de Cotocá", o "Cotocá Abajo" o "Mancomún", "La Isla del Playón" o "El Playón" y "Gallinazo", "Palo de Agua" y "Cotocá Arriba"; colindantes unos de otros, ubicados en jurisdicción del Municipio de Lorica, en el Departamento de Bolívar, así del suelo como del subsuelo petrolífero, y delimitados como se indica en la primera petición de la demanda; exclusión de dichos globos de terreno de la superficie del área correspondiente a la propuesta número 258, formulada por el señor Octavio Archila, ante el Ministerio de Minas y Petróleos, según aviso publicado en el número 25.805 del **Diario Oficial,** página 91, de fecha 5 de abril de 1945, así como del contrato correspondiente que se perfeccione o hubiere perfeccionado entre el Gobierno Nacional y dicho señor o su causahabiente, y, además, como consecuencia de las anteriores peticiones, que los demandantes tienen derecho a demandar la restitución de los

productos que se exploten o hubieren explotado del subsuelo de esos 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, cuando no fuere posible la restitución en especie. 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 la propuesta número 258 formulada por el mencionado señor Archila y asimismo del contrato correspondiente celebrado o que llegue a celebrarse; y asimismo, que se deben las prestaciones y restituciones correspondientes a los productos explotados, a cargo del Estado, según las reglas del derechó común. 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 señor Procurador Delegado en lo Civil estima jurídica la conclusión del 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. En apoyo de su tesis reproduce las razones que adujera al conceptuar sobre un caso igual en el fondo al presente, dentro del juicio promovido por el mismo doctor Gómez de Lavalle contra la Nación ante el mencionado Tribunal de Cartagena y fallado por éste en idéntica forma mediante auto de simple carácter interlocutorio de fecha 30 de noviembre de 1948.

Ahora bien, como esta Sala de la Corte ya hubo de fallar el caso a que alude la Procuraduría mediante providencia fechada el 23 de mayo de 1950 que corre publicada en la GACETA JUDICIAL números 2081 y 2082, suficiente es reproducir lo allí expuesto, para llegar ahora a la conclusión a que se llegó entonces, con la advertencia de no haber encontrado motivo alguno para cambiar la jurisprudencia sentada que ahora se ratifica.

En tal proveído se dijo:

"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 susbuelo 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. Fuéra del caso especial del artículo 215 del C. J., los tres casos en que la demanda es inepta, indicados en el artículo 333 ibidem, 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 pro-

puesto 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 verdaderamente 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 'inter nolentes' 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 oponga 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".

Y sin necesidad de más consideraciones, 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 8 de abril de 1949, y ordena devolver el negocio a dicho Tribunal para que dicte sentencia definitiva sobre todas las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y cúmplase.

Luis Rafael Robles—Gerardo Arias Mejía—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Con salvamento de voto, **Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RODRIGUEZ PEÑA

En la discusión de la anterior providencia, me permití exponer las razones que me obligaban a disentir de los términos como se hallaba concebida, y que la mayoría de la Sala acogió.

Me permito consignarlos muy brevemente, a continuación:

El auto por medio del cual se abstuvo el Tribunal de primera instancia de decidir sobre el fondo del asunto, se funda en un concepto de incompetencia de jurisdicción respecto de alguno o algunos de los extremos propuestos, tal como lo advierte la Corte en su anterior proveído.

Considera el suscrito Magistrado que, siendo este motivo uno de los que la ley establece como causal de nulidad, lo procedente no era revocar el auto en mención para que por el Tribunal se "dicte sentencia definitiva sobre todas las súplicas de la demanda", sino simplemente, para que el juicio siguiera su curso correspondiente; en el cual habría de comprenderse —como es obvio— la declaratoria de nulidad por el motivo apuntado o por otro distinto, que el sentenciador advierta al estudiar el negocio para fallarlo en definitiva (artículo 455 del C. J.). En los términos en que se ha pronunciado la Sala, el Tribunal ha quedado de hecho privado por la Corte del ejercicio de esta atribución legal, y ella misma, adelantando un concepto (prejuicio) que más tarde podría verse en el caso de tener que rectificar.

Bogotá, julio 30 de 1951.

Gualberto Rodríguez Peña

LOS PRECEPTOS DE LA LEY 167 DE 1941 RELACIONADOS CON LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA PARA NEGOCIOS SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS QUE SE CAUSEN A LA PROPIEDAD PRIVADA Y A CONSECUENCIA DE TRABAJOS PUBLICOS, SOLO SON APLICABLES EN CUANTO SE TRATE DE ACCIONES ENCAMINADAS A OBTENER UNA SIMPLE REPARACION DE DAÑOS PRODUCIDOS A CONSECUENCIA DE LOS TRABAJOS PUBLICOS Y A LOS QUE NO PUEDEN CONSIDERARSE EXTRAÑOS LOS QUE SE SIGUEN DE UNA OCUPACION QUE, POR SU NATURALEZA Y POR LOS FINES DE LA OBRA PARA LA CUAL SE REALIZA, RESULTA SER DE INDOLE PURAMENTE TRANSITORIA O TEMPORAL; PERO SON ABSOLUTAMENTE INAPLICABLES CUANDO LA INDEMNIZACION PERSEGUIDA SE TRADUCE EN EL PRECIO MISMO DE LA PROPIEDAD DE QUE INDEFINIDA O DEFINITIVAMENTE SE HA PRIVADO AL QUERELLANTE. — LA PRESCRIPCION BIENAL DE QUE HABLA EL ARTICULO 263 DE LA LEY 167 DE 1941, NO PUEDE ENTENDERSE SINO PARA LAS ACCIONES QUE, DE ACUERDO CON LO EXPRESADO, RESULTAN SER DE COMPETENCIA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. — EL TERMINO DE ESTA PRESCRIPCION NO PUEDE COMENZAR SINO DESDE EL MOMENTO EN QUE LA OCUPACION TERMINA

La viabilidad o procedencia de las acciones declarativas no está determinada por el estado de incertidumbre en que respecto del derecho, pueda hallarse quien la ejercita; sino por la forma como en el juicio pueda acreditar la razón o fundamento del derecho que pretende. Ni ejercitadas contra la Administración las de restitución o la compensatoria de indemnización el fuero para decidirlas puede hallarse subordinado a aquel concepto, para así establecer si corresponde al de la Justicia Administrativa, más bien que al de la Ordinaria, o al contrario. Si así fuera, forzosamente tendríase que admitir la posibilidad de dos jurisdicciones respecto de acciones de la misma naturaleza, de una misma cuantía, y entre las mismas partes, con la consiguiente facultad para el actor de elegir entre las dos, en función del personal estado de certeza que tuviera a bien manifestar respecto del derecho cuya declaración demanda.

La acción de dominio o reivindicatoria es por su naturaleza restitutoria: "para que el poseedor —de una cosa singular— sea obligado a restituírla", según lo enseña el artículo 946 del C. C.; la propiedad, en estos juicios, apenas cumple la función de un hecho jurídico fundamental, no constitutivo, que el actor debe probar en el juicio. Pero como dentro de la organización constitucional de la función pública, les está asignada a los jueces ordinarios la potestad de decidir sobre todas las cuestiones que se susciten respecto de la propiedad, y entre ellas se encuentran naturalmente comprendidas las que dicen relación con sus atributos de uso y libre disposición, es obvio entonces que la aquí planteada no puede constitucionalmente desatarse sino por tales funcionarios, independientemente del estado de certeza que tenga el interesado sobre la titularidad misma de su dominio.

. . . . . .

Dentro de los principios de organización funcional en que se inspira la Constitución, corresponde al Organo Judicial el conocimiento y decisión de todas aquellas controversias que versan sobre el derecho de propiedad privada, o sobre cualquiera de sus atributos; y a la Justicia Administrativa, la de aquéllas que se relacionan con actos de la Administración, propiamente dicha; todo ello, conforme a la reglamentación que para el efecto hace la ley, como así lo enseña expresamente la Carta Fundamental.

En desarrollo de tales principios, el Código de Organización Judicial estableció en

su artículo 76, que corresponde a los Tribunales Superiores el conocimiento "de los asuntos contenciosos en que sea parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado...", sin excluir desde luego, los que versan sobre la propiedad privada; y posteriormente otra ley, la 167 de 1941 llamada también Código Administrativo, adscribió a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la facultad privativa para conocer de los litigios relacionados con indemnizaciones a cargo de la Administración, originadas en trabajos públicos, con alusión expresa a las zonas ocupadas por este motivo. Con lo cual ha venido a crearse un estado de contradicción respecto de la competencia del Organo Jurisdiccional llamado a conocer de estos prblemas, orientado primero por la de la Justicia Administrativa, y rectificado luégo por la del Organo Judicial. Sobre el particular expresó esta Sala en su sentencia de 23 de mayo del año en curso, ratificándolo en otras posteriores proferidas a propósito de problemas análogos al que aquí se contempla, lo siguiente:

"Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión (la de la competencia administrativa) se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es al Poder Judicial o Justicia Ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicio de utilidad pública o interés social.

"En efecto, el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o de interés social no puede realizarse sino mediante SENTENCIA JUDICIAL E INDEMNIZACION PREVIA. Y el artículo 33 estatuye que "En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al Organo Judicial...". Agregando además, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

"De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del Poder Judicial o Justicia Ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la Administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de esas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la Administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

" 'La Jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la Autoridad Judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la Administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien, desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la Administración y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir A FORTIORI cuando tales formalidades se han omitido'. (Curso Elemental de lo Contencioso-Administrativo, página 163)".

De esta suerte bien puede concluírse que los preceptos de la ley 167 de 1941, relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causan en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos, sólo

son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una SIMPLE REPARACION DE DAÑOS producidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que —desde luego— no pueden considerarse extraños los que se siguen de una OCUPACION que, por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de INDOLE PURAMENTE TRANSITORIA o TEMPORAL; pero que son absolutamente inaplicables, cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante. Porque —vuelve a repetirse— tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (artículo 955 del C. C.), antes que de una acción puramente indemnizatoria, por el perjuicio producido, es a la Justicia Ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla.

Se comprende así cómo, limitado en esta forma el alcance de la acción administrativa en el particular, la prescripción bienal de que habla el artículo 263 de la expresada ley 167 de 1941 no puede entenderse sino para las que, de acuerdo con lo expresado anteriormente, resultan ser de la competencia contencioso-administrativa; y cómo también, respecto de las que ante ella se promuevan por concepto de simples ocupaciones temporales el término de dicha prescripción no puede comenzar desde que se "verifica la ocupación", como podría pensarse a la luz del segundo supuesto consignado en tal artículo, sino desde la fecha misma en que la ocupación termina, o sea, "dentro de los dos años de ocurrido el daño", según lo prevenido por este mismo precepto. La prescripción de las acciones indemnizatorias por ocupación indefinida o definitiva de la propiedad, y de que conoce la Justicia Ordinaria, sigue la norma general de las demás acciones civiles establecidas por el derecho privado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

El día diez y seis de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, los abogados Antonio José Pantoja y Evaristo Sourdis, en representación del señor José Antonio Bula O., mayor y vecino de Barranquilla, presentaron ante el Tribunal de aquella ciudad demanda contra la Nación, para que previos los trámites de juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que se declare que pertenece al demandante señor José Antonio Bula O., la propiedad o dominio de un lote de terreno que está individualizado en el hecho primero de esta demanda, ubicado en el sitio llamado 'La Loma' del área urbana de la ciudad de Barranquilla, por hallarse amparada dicha propiedad o dominio con títulos inscritos otorgados con anterioridad a la ley 200 de 1936, en los cuales constan tradiciones de dominio por un lapso mayor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria y, además, haberlo poseído materialmente y realizado allí la explotación económica del suelo tanto las personas que antecedieron a nuestro comitente como él, por tiempo mayor de medio siglo y estar situado el expresado lote de terreno en el perímetro urbano de la ciudad indicada.

"Segunda.—En subsidio de la súplica anterior, pedimos: Que se declare que nuestro mandante, señor José Antonio Bula O., tiene la propiedad o dominio del lote de terreno individualizado en el hecho primero de esta demanda, ubicado en el sitio llamado 'La Loma', del área urbana de la ciudad de Barranquilla, jurisdicción del mismo nombre, por tener el demandante títulos inscritos, posesión material e inscrita por explotación económica del suelo acreditada por tiempo mayor de treinta años y, además, otros documentos emanados de autoridades legítimamente constituídas, con todos los cuales tiene acreditado que el expresado lote de terreno perdió su calidad originaria de baldío, salió legítimamente del patrimonio del Estado en su parte superficiaria, y que los títulos con que ampara dicho dominio privado determinan también que el demandante ha ganado la propiedad por prescripción contra toda persona.

"Tercera.—Que como consecuencia de la prosperidad jurídica de la súplica primera y principal de esta demanda, o en su caso, de la prosperidad de la súplica segunda subsidiaria de aquélla, se condene a la Nación o al Estado a devolverle o a entregarle a nuestro mandante, señor José

Antonio Bula O., dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, la parte del lote de terreno individualizado en el hecho primero de esta demanda, de la cual no ha hecho uso todavía el Gobierno Nacional para el servicio de las obras del Terminal Marítimo y Fluvial del puerto local de Barranquilla, por la situación y linderos que se demuestren en este juicio.

"Cuarta.—Que como consecuencia también de la prosperidad jurídica de la súplica primera y principal de esta demanda, o en su caso, de la prosperidad de la súplica segunda, subsidiaria de aquélla, se condene a la Nación o al Estado a pagarle al demandante, señor José Antonio Bula O., la parte del terreno y las mejoras (que allí existían) que tomó el Gobierno Nacional del lote de terreno individualizado en el hecho primero de esta demanda, y que destinó a las obras del Terminal Marítimo y Fluvial del puerto local de Barranquilla, por la situación y linderos que se demuestren en este juicio, si no fuere posible decretar la restitución material de dicha parte de terreno a favor del demandante, para no causarle perjuicio a las obras del Terminal y tener la Nación interés en ellas, y además, conformarse el citado demandante con el pago del precio en dinero, como medio sucedáneo, económico-jurídico de dicha restitución material. Y que las apreciaciones de valor o precio de la referida parte de terreno y de mejoras, se harán en dinero con arreglo a la ley, esto es, determinándose las respectivas cantidades en este juicio o posteriormente; y, en este último extremo, la condena se hará en abstracto o ingenere.

"Quinta.—En subsidio de las peticiones tercera y cuarta principales de esta demanda y, también como consecuencia de la prosperidad jurídica de la súplica primera y principal de este libelo, o en su caso, de la prosperidad de la súplica segunda, subsidiaria de aquélla, pedimos: que se condene a la Nación o al Estado a pagarle al demandante, señor José Antonio Bula O., el valor o precio de todo el terreno (y de las mejoras que existían y existan) del lote individualizado en el hecho primero de esta demanda, ubicado en el sitio llamado 'La Loma' del área urbana de la ciudad de Barranquilla, que el Gobierno Nacional destinó para el servicio de las obras del Terminal Marítimo y Fluvial del puerto local de Barranquilla, por medio de las disposiciones consignadas en el Decreto Ejecutivo Nº 2210 de 22 de diciembre de 1932 y en la Resolución Nº 223 de 1932, emanada del Ministerio de Industrias, por estimar el demandante —si no apareciere prueba en contrario— que el Estado tiene interés en dichas obras y por ello dificulta en la restitución material del inmueble referido al demandante sin causarle quebranto a las expresadas obras y, además, conformarse el citado demandante con el pago del precio o valor indicados como un medio sucedáneo, económico-jurídico de dicha restitución material del inmueble en cuestión. Y que las apreciaciones de valor o precio tanto del terreno como de las mejoras se harán en dinero con arreglo a la ley, esto es, determinándose las respectivas cantidades en este juicio posteriormente; y en este último extremo la condena se pronunciará en bastracto o ingénere".

Como hechos básicos de esta demanda, se propusieron los siguientes:

"Primero.—Que por escritura pública Nº 2243, otorgada el 14 de junio de 1928 en la Notaría Segunda de Barranquilla, el señor Bula O., adquirió en propiedad el lote marcado en el plano con el Nº 8, ubicado en el sitio llamado 'La Loma' del área urbana de aquella ciudad, e indentificado por los siguientes linderos: "Por el norte, doscientos sesenta y cuarto metros, veintitrés centímetros (264 m. 023 c.), con el lote número '9', de propiedad de los exponentes; por el Este, doscientos diez y nueve metros (219), con el Río Magdalena; por su primer lado meridional, doscientos cuatro (204), con el Canal del Centro, frente a predio de Francisco Carbonell W. Ofelia T. de Lux, N. Salcedo Ramón & Compañía, sucesores de Gabriel Martínez Aparicio; por el segundo lado meridional, nueve metros, noventa y cinco centímetros (9 m. 095 c.), por el tercer lado meridional, quince metros, quince centímetros (15.015 c.) por el cuarto lado meridional, cuarenta metros, cincuenta centímetros (40 m. 050 c.); lindando por estos tres últimos lados, con una porción de terreno de Gabriel Martínez Aparicio, o de sus sucesores, que queda del lado septentrional del canal mencionado; por su primer lado occidental, cincuenta y dos metros y medio (52 y 1/2 mts.) y linda con porción de terreno antes citado, de Gabriel Martínez Aparicio; y por el segundo lado occidental, con el cual se cierra la figura, noventa y cinco metros, setenta y tres centímetros (95 m. 073 c.), y linda con el lote número '7', que es o fué de Aníbal Segundo Bula".

"Segundo.—Que las anteriores tradiciones de dicho inmueble constan en el certificado número

1411 de fecha 14 del mes de octubre de 1945 por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla, relativo a un período mayor de 30 años y en los demás instrumentos de que se hará uso en el término de prueba.

"Tercero.—Que el señor Bula O., tiene una cadena de títulos inscritos con posesión material y explotación económica del suelo sobre el expresado lote, ubicado en el área urbana de la ciudad de Barranquilla, de tiempo mayor del que señalan las leyes para adquirir por prescripción extraordinaria.

"Cuarto.—Que la cadena de títulos inscritos relativos a un lapso mayor de cincuenta años, a que se ha hecho referencia, establece que dicho inmueble salió del patrimonio del Estado, y perdió su calidad originaria de baldío.

"Quinto.—Que tales títulos establecen que el señor Bula O., ha ganado la propiedad del inmueble referido, por prescripción contra toda persona.

"Sexto.—Que la posesión material e inscrita del señor Bula O. y de sus antecesores en el dominio, se ha ejercitado tranquila y pacíficamente y sin interrupción por tiempo mayor de treinta años.

"Séptimo.—Que por Decreto Ejecutivo Nº 2210 de 22 de diciembre de 1932 y Resolución Nº 223 de 1932, emanada del Ministerio de Industrias, el Gobierno destinó para el servicio de las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, una extensa zona, ubicada en el sitio llamado 'La Loma' del área urbana de esta ciudad comprendida dentro de los siguientes linderos:

"Por el norte, con el río Magdalena; por el sur, con el caño denominado Los Tramposos; por el Este, con el río Magdalena, y por el Oeste, el caño denominado 'Las Compañías'; dentro de esta zona territorial se halla incluído el lote objeto de esta demanda".

"Octavo.—Que el Gobierno Nacional tomó y destinó para el servicio del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, una parte del lote de terreno expresado, destruyendo las mejoras que allí existían de propiedad del demandante.

"Noveno.—Que el Gobierno Nacional no ha usado para el servicio de las obras del Terminal Marítimo y Fluvial, una parte importante del lote de terreno de que se viene hablando, pero los funcionarios de la Nación perturban la posesión del demandante; y

"Décimo.—Que al obrar la Nación en los términos expuestos, sin recurrir antes a la autoridad judicial para que allí se definiera el carácter de propiedad privada, lo hizo con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales reconocidas a la propiedad privada.

En derecho se fundamentó esta acción en lo establecido por los artículos: 7º de la ley 200 de 1936; 669, 673, 740, 753, 756, 762, 763, 764, 765, regla tercera, 768, 769, 778 a 781, 782, 785, 786 y 789 del Código Civil y sus concordantes; en los Capítulos II y III, Título XVIII, Libro II del Código Judicial y en los Artículos 76, 77 y 152 del mismo Código.

Agotado el trámite correspondiente a la primera instancia, el Tribunal Superior de Barranquilla, en providencia de 2 de julio de 1947 falló la demanda en el sentido de absolver a la Nación de los cargos que se le propusieron, con base en la única consideración de no haberse singularizado el inmueble "con caracteres claros y definidos, por su situación, ubicación, medidas y linderos del mencionado predio".

De este fallo apeló la parte actora; y como el negocio ha recibido ante esta Sala el curso legal correspondiente a la segunda instancia, es el caso de proceder a resolverla, como se hace teniendo en cuenta las consideraciones que siguen:

La competencia de la Justicia Ordinaria

En éste, como en otros negocios similares decididos ya por la Sala, se ha planteado por el señor Procurador Delegado en lo Civil el tema, de la incompetencia de la Justicia Ordinaria para conocer de controversias de la índole de la que en este juicio se ventila. Para evitar transcripciones que podrían hacer difuso el razonamiento con que la Procuraduría respalda este concepto, la Sala lo sintetiza así:

a) La acción declaratoria de dominio que se aduce como presupuesto común de las condenas consecuenciales solicitadas en la demanda es improcedente, ya que ella sólo tiene cabida cuando es forzoso darle certeza a un derecho que no se ostenta con clara titularidad; y en el caso de que se trata el actor parte de la base de un derecho de dominio indubitable y que le fué desconocido mediante un acto de la Administración. En consecuencia, las expresadas condenas no pueden resolverse sino por el fuero especial establecido para tales casos;

b) "El Terminal Marítimo de Barranquilla es un servicio público y, como tal un bien de uso público por destinación. Siéndolo, es inenajenable e imprescriptible mientras esté afecto a la

destinación que se le dió. Por tanto, el terreno en que se contruye no es susceptible de acciones civiles, como la de reivindicación"; y

c) El Estado que actúa por medio de sus Organos Constitucionales ejercita su función administradora mediante Decretos, Resoluciones, Ordenanzas y Acuerdos, o por simples actos u operaciones administrativas, para juzgar los cuales, y en razón de la superior categoría de su personalidad moral, se ha creado el fuero especial de la Justicia Administrativa; sólo por excepción se reserva a la Ordinaria, el conocimiento de algunas controversias originadas en actos de tal naturaleza, como las que provienen de contratos o que dicen relación a la responsabilidad del Estado por culpa extracontractual. Dentro de nuestra organización legislativa, ese fuero jurisdiccional especialísimo se desenvuelve, o como contencioso de anulación, si ha de invalidar una norma de carácter impersonal (Art. 66 del C. A.), o como contencioso de plena jurisdicción, si se dirige a lograr la reparación del daño patrimonial ocasionado por un acto jurídico expedido irregularmente por la Administración, en su esencia o en su forma (Arts. 67 y ss. ibidem). Es así como la ley 167 de 1941 o Código Administrativo, en su Capítulo XXII, concretamente adscribe a lo Contencioso el conocimiento de controversias sobre indemnizaciones por ocupación causada con casión de trabajos públicos; que es precísamente de la que se trata en este juicio, originada por los daños provenientes de las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

La Sala observa:

a) La viabilidad o procedencia de las acciones declarativas no está determinada, como parece entenderlo el señor Procurador, por el estado de incertidumbre en que respecto del derecho, pueda hallarse quien la ejercita; sino por la forma como en el juicio pueda acreditar la razón o fundamento del derecho que pretende. Ni ejercitadas contra la Administración las de restitución o la compensatoria de indemnización, el fuero para decídirlas puede hallarse subordinado a aquel concepto, para así establecer si corresponde al de la Justicia Administrativa, más bien que al de la Ordinaria, o al contrario. Si así fuera, forzosamente tendríase que admitir la posibilidad de dos jurisdicciones respecto de acciones de la misma naturaleza, de una misma cuantía, y entre las mismas partes, con la consiguiente facultad para el actor, de elegir entre las dos, en función del personal estado de certeza que tuviera a bien manifestar respecto del derecho cuya declaración demanda.

La acción de dominio o reivindicatoria, es por su naturaleza restitutoria: "para que el poseedor —de una cosa singular— sea obligado a restituirla", según lo enseña el artículo 946 del C. C.; la propiedad, en estos juicios, apenas cumple la función de un hecho jurídico fundamental, no constitutivo, que el actor debe probar en el juicio. Pero como dentro de la organización constitucional de la función pública, les está asignada a los jueces ordinarios la potestad de decidir sobre todas las cuestiones que se susciten respecto de la propiedad, y entre ellas se encuentran naturalmente comprendidas las que dicen relación con sus atributos de uso y libre disposición, es obvio entonces que la aquí planteada no puede constitucionalmente desatarse sino por tales funcionarios, independientemente del estado de certeza que tenga el interesado sobre la titularidad misma de su dominio.

Todo esto sin contar con que, en el caso a estudio, la ocupación por el Gobierno de los terrenos que se litigan, no lo fué en el concepto o previo reconocimiento de propiedad privada, sino como baldíos, esto es, como tierras cuyo dominio nunca había salido del patrimonio del Estado, como expresamente lo declaran el Decreto Ejecutivo Nº 2250 y la Resolución Ministerial Nº 223, ambos de 1932. De donde se sigue que, aún dentro del criterio sostenido por la Procuraduría, el derecho de dominio alegado por el actor resulta desconocido por los actos de ocupación que se originaron en aquellas providencias, por lo cual, también desde este punto de vista resulta procedente la acción declarativa, y competente la Justicia Ordinaria para conocer de ella y de la restitutoria, según el implícito reconocimiento que para tal evento hace el señor Procurador.

b) No entra la Sala a considerar en este sitio, el carácter de bien de uso público por destinación, que deba asignarse a los terrenos ocupados por el Gobierno en razón de los trabajos adelantados para la obra del Terminal del Puerto Marítimo y Fluvial de Barranquilla; ni la posibilidad que exista de ordenar o no la restitución material, en que —se ha dicho— consiste la acción reivindicatoria. Por la sencillísima razón de que tales conceptos no fundan una excepción de in-

competencia de jurisdicción para la Justicia Ordinaria, que es de lo que aquí se trata, sino que constituyen una cuestión de fondo que ha de dilucidarse al estudiar el contenido de cada uno de los extremos petitorios aducidos en la demanda.

c) Dentro de los principios de organización funcional en que se inspira la Constitución, corresponde al Organo Judicial el conocimiento y decisión de todas aquellas controversias que versan sobre el derecho de propiedad privada, o sobre cualquiera de sus atributos; y a la Justicia Administrativa, la de aquellas que se relacionan con actos de la Administración, propiamente dicha; todo ello, conforme a la reglamentación que para el efecto hace la ley, como así lo enseña expresamente la Carta Fundamental.

En desarrollo de tales principios, el Código de Organización Judicial estableció en su artículo 76; que corresponde a los Tribunales Superiores el conocimiento "de los asuntos contenciosos en que sea parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado....", sin excluir, desde luego, los que versan sobre la propiedad privada; y posteriormente otra ley, la 167 de 1941 llamada también Código Administrativo, adscribió a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la facultad privativa para conocer de los litigios relacionados con indemnizaciones a cargo de la Administración, originadas en trabajos públicos, con alusión expresa a las zonas ocupadas por este motivo. Con lo cual ha venido a crearse un estado de contradicción respecto de la competencia del Organo Jurisdiccional llamado a conocer de estos problemas, orientado primero por la Justicia Administrativa, y rectificado luego por la del Organo Judicial. Sobre el particular expresó esta Sala en su sentencia de 23 de mayo del año en curso, ratificándolo en otras posteriores proferidas a propósito de problemas análogos al que aquí se contempla lo siguiente:

"Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión (la de la competencia administrativa) se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es al Poder Judicial o Justicia Ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicio de utilidad pública o interés social.

"En efecto, el Artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o de interés social no puede realizarse sino mediante **sentencia judicial** e **indemnización previa.** Y el artículo 33 estatuye que: "En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al Organo Judicial..." Agregando además, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

"De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del Poder Judicial o Justicia Ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la Administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de esas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la Administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton, en los siguientes términos:

"La Jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la Autoridad Judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: Esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la Administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la Administración y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir **a fortiori** cuando tales formalidades se han omitido". (Curso Elemental de lo Contencioso-Administrativo, pág. 163)".

De esta suerte bien puede concluírse, que los preceptos de la ley 167 de 1941 relacionados con

la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causan en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una **simple reparación de daños** producidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que —desde luego— no pueden considerarse extraños los que se siguen de una **ocupación** que, por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de **índole puramente transitoria o temporal**; pero que son absolutamente inaplicables, cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante, como es el caso planteado en este juicio: Porque —vuelve a repetirse— tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (art. 955 del C. C.), antes que de una acción puramente indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la Justicia Ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla.

Se comprende así cómo, limitado en esta forma el alcance de la acción administrativa en el particular, la prescripción bienal de que habla el artículo 263 de la expresada ley 167 de 1941 no puede entenderse sino para las que, de acuerdo con lo expresado anteriormente, resultan ser de la competencia contencioso-administrativa; y cómo también, respecto de las que ante ella se promuevan por concepto de simples ocupaciones temporales el término de dicha prescripción no puede comenzar desde que "se verifica la ocupación", como podría pensarse a la luz del segundo supuesto consignado en tal artículo, sino desde la fecha misma en que la ocupación termina, o sea, "dentro de los dos años de ocurrido el daño", según lo prevenido antes por este mismo precepto. La prescripción de las acciones indemnizatorias por ocupación indefinida o definitiva de la propiedad, y de que conoce la Justicia Ordinaria, sigue la norma general de las demás acciones civiles establecidas por el derecho privado.

La propiedad privada.

Conforme al artículo 946 del C. C. "La reivindicación o acción de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla". Y según el artículo 7º de la ley 200 de 1936 en que particularmente funda el actor su acción, frente al Estado, "Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. "Las otras disposiciones de esta ley, no se aplican a la propiedad urbana".

Ninguno de los aspectos fundamentales que comportan estas disposiciones frente a los extremos aducidos por el demandante, fueron tomados en consideración por el Tribunal sentenciador para fundar el fallo absolutorio que ahora se revisa. Se limita apenas a declarar, verdad sabida y buena fe guardada, lo siguiente: "La Corte Suprema de Justicia en multitud de sentencias que el Tribunal se abstiene de citar para no incurrir en la abundancia de un juicio de esta naturaleza (sic), ha dicho que la primera condición que debe reunir quien pretenda reivindicar un predio, o conseguir el juicio declarativo de propiedad, debe ser la individualización o singularización con caracteres claros y definidos, por su situación, ubicación, medidas y linderos del mencionado predio. De faltar esta prueba de excepcional importancia, como es el caso de ocurrencia en los autos y en el cual el señor Fiscal del Tribunal está conteste con la Sala, lo procedente es la absolución del demandado". Y la verdad es, contra lo aseverado por el Tribunal, que la demanda sí singulariza el inmueble que es objeto de la acción, por cuanto luégo de señalar el lugar en donde se halla ubicado, determina concretamente los linderos que sirven para identificarlo como cuerpo cierto, en conformidad con lo prevenido por el artículo 222 del C. J. En consecuencia, corresponde examinar, en primer término, la forma como el demandante ha logrado establecer la propiedad privada que pretende sobre el citado inmueble.

Conforme a lo que resulta de la escritura pública número 2243 de fecha 14 de junio de 1928, otorgada en la Notaría Segunda de Barranquilla, a don José Antonio Bula se le adjudicó, en partición amigable con sus hermanos, Manuel María, Victoria Francisca y Elena Elvira Bula O., el lote marcado en el plano respectivo con el número 8, ubicado en el lugar denominado "La Loma", en jurisdicción de Barranquilla, y comprendido dentro de los precisos linderos que señala el libelo de demanda; dicha escritura aparece debidamen-

te registrada, y su dominio vigente, con el solo gravamen de una hipoteca por $ 2.500.00 a favor del señor Julio Angulo B. y el embargo que por concepto de aquella misma deuda, decretó el Juzgado Tercero Civil del Circuito de aquella misma ciudad, conforme al certificado expedido por el correspondiente Registrador de Instrumentos Públicos y Privados (fls. 1º y ss. del C. número 2 y 69 y ss. del C. número 5).

Los otorgantes del anterior instrumento habían adquirido dicho inmueble, en mayor extensión y en comunidad, por partición con los señores Miguel Angel, Aníbal y Mercedes Bula O., Rafaela B. de Armenta, María C. B. de Palacio, Candelaria B. de Manjarrés y Amelia B. de Whelpley, acordada en escritura pública número 306 de 18 de mayo de 1916 otorgada en la misma Notaría (fls. 110 y 69 C. número 5).

La antigua comunidad entre los hermanos Bula O. se había formado, a virtud de adjudicación que se les hizo de una mayor extensión, dentro del juicio de sucesión de sus padres don Manuel María Bula y doña Victoria G. de Bula, protocolizada por medio de la escritura pública número 519 de 17 de junio de 1915 de la Notaría Segunda de Barranquilla (fls. 15 y ss., C. número 2 y 69 del C. número 5).

Don Manuel María Bula había adquirido la totalidad del inmueble sobre el cual se formó la comunidad herencial que se acaba de relacionar, y del que hizo parte el lote que en el año de 1928 le fue adjudicado a su hijo José Antonio, demandante en este juicio, así:

a) Por compra a **Henrique Sturmthal,** según escritura número 47 de 25 de abril de 1888 de la Notaría Segunda de Barranquilla (fl. 115, C. número 5);

b) a **Clemente Mendoza,** según escritura número 101 de 8 de abril de 1889, otorgada en la Notaría Primera de la misma ciudad (fl. 100 ibid.);

c) Compra a **Manuel C. Villalobos,** conforme a escritura número 173 de fecha 3 de mayo de 1891, de la misma Notaría Primera (fl. 33, C. Nº 2);

d) Por compra a **Federico Pérez Rosa,** según escritura número 88 de 1º de abril de 1892, de la misma Notaría (fl. 23, ibidem);

e) De **Tomás M. Dawson,** conforme a escritura número 215 de fecha 16 de mayo de 1893 de la misma Notaría (fl. 25, C. número 2);

f) Compra a **Clemente Fernández,** acordada por escritura número 142 de fecha 9 de mayo de 1894, otorgada en la misma Notaría Primera (fl. 28 ibidem);

g) Por compra a **Matías Babraza,** según escritura número 334 de 16 de junio de 1894, otorgada también en la misma Notaría (fl. 30, ibid.);

h) Del señor **Luther H. Whelpley,** por escritura número 737 de 19 de septiembre de 1903, otorgada en la Notaría Segunda de Barranquilla (fl. 31, C. número 2); e

i) Compras a **Manuel María Palacio,** acordadas mediante escrituras públicas números 252 de 16 de junio de 1908 y 361 de 8 de julio de 1910, ambas de la misma Notaría Segunda de Barranquilla (fls. 38 y 40 ibidem).

Además, los propios herederos del señor Bula adquirieron para la sucesión la mitad del terreno que dicho señor había adquirido de Federico Pérez Rosa en 1892, y que a virtud de sentencia judicial de 17 de abril de 1913 (fl. 42, C. número 2), le fue ordenado restituir a la señorita **María Teresa Avendaño,** como adjudicataria de esta parte dentro de la sucesión de su madre doña María Teresa Donado de Avendaño, según hijuela protocolizada por escritura 1247 de 8 de octubre del mismo año de 1913. La sociedad conyugal Avendaño-Donado era dueña de la totalidad del inmueble, por compra de Fernando Avendaño a **Manuel Ezequiel de la Hoz,** según escritura número 207 de 24 de octubre de 1884 de la Notaría Segunda de Barranquilla (fl. 102, C. número 5).

El terreno que don Manuel María Palacio le enajenó al señor Bula lo había adquirido, por compra a **Eusebio L. Villa,** según escritura número 226 de 2 de junio de 1908 (fl. 37, C. número 2); y éste a su vez, por compra hecha al señor **Juan de Dios Pasos,** de acuerdo con escritura número 683 de 27 de agosto de 1900 de la citada Notaría Segunda, como lo acredita el certificado del Registrador, visible a fl. 76 del C. número 5, numeral 10).

De esta suerte resulta claramente comprobado, que respecto del terreno que es materia de la litis, existen títulos inscritos otorgados con anterioridad a la vigencia de la ley 200 de 1936, en los que constan tradiciones de dominio relativas a un lapso mucho mayor "del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria". En consecuencia, y para concluir si realmente se trata de un inmueble de propiedad privada a la luz de lo dispuesto por el artículo 7º de la ley 200 antes transcrito, queda sólo por verificar la calidad de urbano que él tenga.

Por medio del Acuerdo número 16 de 7 de diciembre de 1942 (fls. 25 y ss.), el Concejo Municipal de Barranquilla APROBO "el perímetro fijado por la Secretaría de Obras Públicas Municipales sobre el plano de la ciudad como límite de la zona urbanizable", agregando que dicho perímetro "permanecerá inmodificable por el término de veinte años a partir de la fecha de la sanción de este Acuerdo"; y establece a continuación, los límites exactos dentro de los cuales queda comprendido dicho perímetro. Y en el dictamen que rindieron los peritos, con cuya intervención se practicó una inspección ocular en el término probatorio de esta segunda instancia, se lee al respecto lo siguiente: "Hemos tenido en cuenta y estudiado los documentos citados en este ordinal, a saber: Decreto Ejecutivo 2.210 de 1932; Resolución 223 del Ministerio de Industrias de dicho año; escritura pública 1.388 de 4 de noviembre de 1930, y el Acuerdo número 16 de 1942 del Concejo Municipal de Barranquilla, sobre límites municipales, piezas que todas obran en autos...". "Hemos vuelto a recorrer por todos sus lados, pues ya lo habíamos hecho con el Tribunal, los terrenos delimitados en el Decreto Ejecutivo 2.210 de 1932, llamados en éste 'La Isla', y **comprobado que están situados dentro del área urbana de Barranquilla establecida por el Acuerdo número 16 del Concejo Municipal y forman parte de los llamados 'La Loma'**, de esta ciudad, los cuales se encuentran por sus lados sur y occidental a una distancia menor de cincuenta metros de las antiguas casas de la población de Barranquilla y de los edificios industriales" (fls. 29 v. y 30, C. número 5).

Todo lo cual es bastante para aceptar como probado el hecho de tratarse de una propiedad urbana, respecto de la cual queda, por lo mismo, comprobado el dominio privado que alega el demandante.

La ocupación por el Gobierno

Que el inmueble objeto de la demanda haya sido y esté actualmente ocupado por el Gobierno, es un hecho que, a más de no haberse controvertido por los representantes de la Nación en este pleito, aparece indubitablemente comprobado en los autos, con las siguientes piezas:

a) Decreto número 2.210 de 1932, por medio del cual el Gobierno Nacional destinó para las obras del Puerto local de Barranquilla, los terrenos baldíos que se encuentran en la llamada isla del río Magdalena, alindados así: "Por el norte, el río Magdalena; por el Sur, el caño denominado de Los Tramposos; por el Este, el mismo río Magdalena; y por el Oeste, el caño denominado de Las Compañías" (fl. 59, C. número 5);

b) Resolución número 232 de 23 de diciembre de 1932, procedente del Ministerio de Industrias, por la cual se declaró como bienes fiscales del Estado, "aplicables a la construcción de las obras nacionales del puerto local de Barranquilla", los terrenos baldíos comprendidos dentro del globo a que se refiere el Decreto 2.210, los cuales quedaban excluídos en lo sucesivo de la superficie territorial baldía de la República (fl. 124 v. ibidem);

c) Certificado de la Intendencia de la Navegación Fluvial en Barranquilla, en el cual se lee: "a) Es cierto que la Nación entró en posesión de los terrenos denominados 'La Loma', por haberlo dispuesto así el Decreto Ejecutivo 9.210 (sic) —2.210— de 1932, terrenos que están comprendidos dentro de los linderos fijados en dicho Decreto... b) Es cierto que desde el año de 1932 parte de dichos terrenos ha estado bajo el cuidado de la Intendencia Fluvial y del Puerto local de Barranquilla, en nombre de la Nación, ya que otra parte está en poder de particulares, especialmente la comprendida en la zona norte, y es cierto también que por disposición reciente del Organo Ejecutivo pasó una parte de los referidos terrenos al cuidado del Ministerio de Guerra (fls. 38 v. y 39 ibidem); y

d) La verificación que con intervención de peritos hizo el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante inspección ocular, y en cuyo dictamen manifiestan los expertos: "2º ...El lote de terreno que es objeto de este juicio y de esta prueba está situado dentro de la zona delimitada en el Decreto Ejecutivo número 2.210 de 1932, y de esta zona y de este lote se halla actualmente en posesión material de la Nación" (fl. 31, ibidem).

Forma de restitución

Conforme a las probanzas del juicio, y muy particularmente a la diligencia de inspección ocular y dictamen pericial a que antes se hizo referencia, no todo el terreno a que el litigio se refiere, se encuentra ocupado por el Gobierno, en razón de obras o trabajos del terminal, sino que, en su mayor parte, lo está para fines distintos.

"Los peritos ingenieros —dice el acta de la inspección— de acuerdo con un plano que llevaban, mostraron al Magistrado el lote que viene individualizado y sobre el cual se verificó lo siguiente: que el referido lote se encuentra dentro de la zona ya descrita, denominada La Loma; que en el lado sur del lote hay una cerca con un letrero colocado en un poste que dice: 'Propiedad del Ministerio de Guerra', por donde hay una puerta de entrada con una garita y haciendo guardia un soldado del Ejército Nacional, a quien se manifestó el objeto de la diligencia, y quien llamó a su superior para informarle... En compañía de dicho Oficial se procedió a recorrer los linderos del lote, dentro del cual se encontró, en primer término, unos soldados laborando la tierra para siembra de una hortaliza... y unos animales vacunos de propiedad del Ejército.... Se observó que el lote tiene dos caños, en forma de delta, que no tiene salida al río Magdalena..." (fl. 23, cuaderno 5).

Y los peritos se expresan así en su dictamen, sobre este particular:

"Del lote número 8, que reclama el demandante, cuya área total es de 47.500 metros cuadrados, **la Nación tomó, para las obras del puerto local de Barranquilla, en 1933, la cantidad de 6.706 metros cuadrados, distribuídos en cuatro partes diferentes, marcadas en rojo en el plano; el resto del lote (marcado amarillo) o sean los 40.794, no fueron ocupados en el año de 1933 ni lo han sido hasta ahora por ninguna clase de obras del Gobierno,** ni siquiera por el Ministerio de Guerra, pues los pabellones del Ejército están fuéra de este lote número 8, pero éste sí se encuentra cercado y bajo la estricta vigilancia de dicho Ministerio... Del lote número 8, reclamado por el demandante, la Nación tomó y ocupó con canales permanentes, para la ampliación del caño de Los Tramposos, hoy 'Canal B', 6.706 metros cuadrados, como hemos ya dicho. **El resto del lote, o sean los 40.794 metros cuadrados no contienen obra alguna,** pero repetimos, está ocupado por el Ejército..." (Subraya la Sala), (pág. 31 vta. y 32 ibidem).

Sobre las conclusiones concretas a que en esta parte de su concepto llegan los peritos, se observa lo siguiente:

Primero.—No es absolutamente exacto, que la extensión de las líneas descritas en el plano, sea la misma que las relacionadas por los títulos y la demanda que en ellos se funda. El lindero norte, que en el primero ofrece una extensión de 298 metros, en los últimos sólo tiene la de 264.23 metros; lo que determina la necesidad de reducir dicha línea en su extremo oriental a esta última extensión, o sea, en los 33.77 metros en que la del plano excede a la de la demanda, por ser en dicho extremo que ha venido a producirse el aumento, como bien claramente lo demuestra el plano, por obra del desplazamiento del cauce del río hacia la ribera opuesta; y porque fundada la acción reivindicatoria en el dominio exclusivo resultante de los títulos de traspaso a que antes se hizo referencia, no cabe valorar en esta controversia otros distintos, como para el caso sería el de la acción por aluvión de las aguas, para así extenderlo hasta la propia ribera del río.

El lindero meridional, que en los títulos y en la demanda relaciona cuatro sectores de 204 metros el primero (contra 237 que aparecen en el plano), de 9.95 en el segundo, de 15.15 en el tercero y de 40.50 metros en el cuarto, no presenta sino 3 en el plano, seguramente porque el segundo y el tercero, cuya suma da exactamente los 25.10 que éste indica formaron en el terreno dos partes que en el momento actual han podido unificarse; por lo cual se hace necesario, reducir por el extremo oriental, los 33 metros que tiene de exceso en el plano el primer sector meridional, a fin de que se ajuste a los 204 metros que señalan los títulos y la demanda.

Segundo.—El área indicada por los peritos para el lote en controversia, tampoco es exacta, según verificaciones cuidadosas llevadas a cabo por la Sala. El triángulo, que en el plano presenta una superficie de 5.170 metros cuadrados, sólo tiene una de 4.800 metros cuadrados; el triángulo con área de 450 metros cuadrados en el plano, apenas tiene en la realidad 300 metros cuadrados; y el triángulo que en el plano tiene una cabida de 80 metros cuadrados, efectivamente llega a sólo 56 metros cuadrados. Muy importantes diferencias podrían también hallarse respecto a la parte del inmueble no ocupada por obras del Gobierno, y cuya área fijan los peritos en 40.794 metros cuadrados; sin embargo, por lo que luégo ha de verse, carece de toda finalidad el verificar dicha diferencia en forma exacta.

Tercero.—El triángulo de 1.006 metros cuadrados que presenta el plano, y que los peritos sostienen formaba parte del lote número 8 que es materia del pleito, hoy ocupado por las obras de canalización, no forma parte del citadò inmueble; una simple mirada sobre los linderos que relacionan los títulos y la demanda, y por sobre el lugar donde antes pasaba el caño de Los Tramposos, hoy "Canal B", basta para convencer de que aquella zona se encuentra al lado opuesto del citado caño o canal con que colinda el inmueble, y es por lo tanto extraña al dominio que reclama el actor.

Con las aclaraciones anteriores y lo demás que, se ha visto comprueban los autos, queda establecido que la ocupación por el Gobierno del inmueble reclamado por el demandante, sólo en mínima parte lo ha sido por concepto de obras públicas (5.156 metros cuadrados en total), estando el resto destinado para fines de naturaleza distinta. Por lo tanto, la forma de restitución a que el Gobierno se halla obligado, tiene naturalmente que atemperarse también a esa forma de ocupación, en términos que la correspondiente a la primera parte —zonas ocupadas por razón de obras públicas— se verifique mediante el pago del precio correspondiente a su valor; y la de la segunda —zonas destinadas a otros fines— se lleve a cabo directamente o en especie la respectiva entrega material al demandante.

Se funda esta distinción en el conocidísimo principio de Derecho Público Administrativo, muchas veces aplicado por la Jurisprudencia en casos análogos, de que —dentro de la norma constitucional— el interés privado debe ceder al interés de la comunidad, por lo cual los servicios públicos de la Administración no pueden ser paralizados por la simple acción particular del individuo, debiendo para conciliarlos, en casos como el presente, pagarse el precio que corresponde al objeto destinado al servicio. Sobre este particular dijo la Sala en la ya citada sentencia de 23 de mayo pasado, lo siguiente:

"Esta tesis coincide, por lo demás, con lo que sostienen los tratadistas de derecho público en relación con la ocupación definitiva de inmuebles por razón de trabajos públicos, como se desprende de los siguientes conceptos de Marcel Waline:

"¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la expropiación indirecta?

"Es preciso descartar, desde luego, dos soluciones extremas:

"De una parte, la expropiación indirecta no puede realizar la transferencia de la propiedad, pues nada puede suplir a este efecto el procedimiento legal, es decir, el juicio u ordenamiento de expropiación.

"Mas de otro lado sin embargo, el propietario no puede usar ya de la parcèla ocupada por la administración ni oponer a ésta la violencia, pues su àcción podría entrabar el funcionamiento de un servicio público...

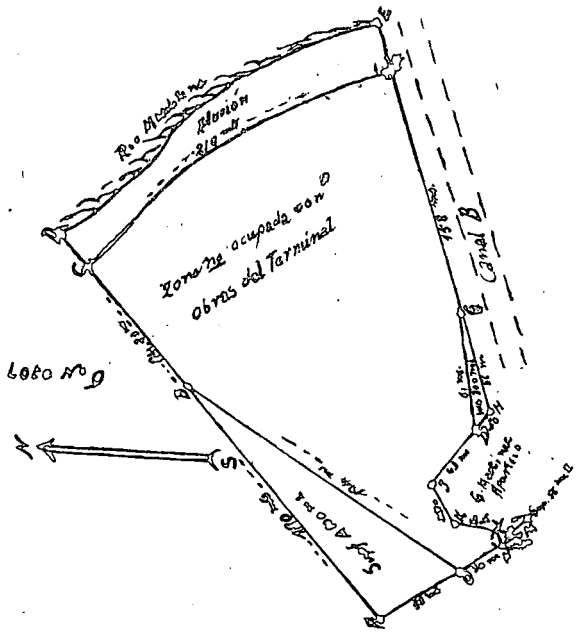
"De modo que el propietario ha perdido en su inmueble un cierto derecho que no es la propiedad, y recíprocamente, la administración ha ganado lo que el propietario ha perdido: la posesión.

"La persona administrativa es, pues, poseedora de la cosa de otro.

"Este hecho produce importantes consecuencias jurídicas: ciertamente el propietario no puede ejercer las acciones posesorias, como las de reintegro, pues esto entorpecería el funcionamiento de un servicio público (por ejemplo, el de los ferrocarriles). Pero él puede hacer declarar por los tribunales judiciales que es el dueño de la parcela ocupada por la administración. Y para ello tiene interés: en primer lugar, porque en caso de desafectación de la parcela indirectamente expropiada, podría reivindicarla, pues ningún interés público estaría entonces de por medio; en segundo término, porque si no puede hacer demoler las obras construídas, cuando menos puede hacer suspender la construcción, si ésta no está terminada, y obligar así a la administración a expropiar mediante el procedimiento regular; en fin, y sobre todo, porque si no puede exigir que se entable el juicio normal de expropiación (caso en que la obra pública esté construída), puede al menos demandar una indemnización". (Manual Elemental de Derecho Administrativo, p. 469 y v.).

En consecuencia de lo expuesto, y para la mejor inteligencia de los términos como ha de verificarse la restitución, la Sala consigna en seguida un croquis que —tan imperfecto como quie-

ra suponérsele— sirve al fin y al cabo para dar una idea clara del problema y de la forma como se le resuelve:



Restitución material. — De conformidad con lo dicho, la restitución material de que trata la demanda, queda concretada a lo siguiente: Un lote de terreno ubicado en el sitio de "La Loma", en el área urbana de la ciudad de Barranquilla, parte del antiguo lote número 8 que le había sido adjudicado al demandante, y comprendido dentro de los siguientes linderos: A partir del mojón B en su límite norte con el lote número 9, se sigue por dicho límite una extensión de 84.23 metros a dar al mojón o punto C; de aquí se vuelve hacia el oriente en línea de 219 metros a tocar el mojón F; de éste se vuelve hacia el occidente en límite con el "Canal B" y en extensión de 158 metros, a dar al mojón G; de aquí se desvía ligeramente hacia el noroeste en línea de 61 metros, a dar al mojón I; de aquí se vuelve más hacia el noroeste en recta de 43 metros, hasta llegar al mojón J; de aquí se vuelve en recta de 25.10 metros hacia el occidente, a tocar el mojón K; de éste se vuelve en recta de 15.15 metros, a dar al mojón L; de aquí se vuelve en recta de 8 metros, al mojón N; de este punto se sigue en recta de 30 metros, al mojón O; y de aquí se vuelve en recta de 194 metros al mojón B, punto de partida.

Restitución en precio.—Y deben **indemnizarse por el precio que corresponde a su valor,** y en conformidad con las bases de que luégo se hablará, las tres siguientes zonas:

a) Un lote de forma triangular, de la misma procedencia y ubicación del anterior, de extensión superficiaria de 4.800 metros cuadrados, alindado así: A partir del mojón A en su límite con el lote número 9, se sigue por este límite una recta de 180 metros, a tocar el mojón B; de aquí se vuelve en recta de 194 metros hasta llegar al mojón O; y de éste se vuelve en recta de 52 metros hasta tocar el punto A, mojón de partida.

b) Un lote de forma triangular, de la misma ubicación y procedencia de los anteriores, de extensión superficiaria de 56 metros cuadrados, alindado así: A partir del mojón N, en su límite con el lote que debe restituírse materialmente y el que perteneció a Aníbal Segundo Bula, se sigue hacia el oriente una recta de 8 metros, hasta el mojón L; de aquí se vuelve hacia el sur por el lindero con tierras de Martínez Aparicio y en extensión de 13 metros, a dar al mojón M; y de éste se vuelve en recta de 14.50 metros, hasta tocar el mojón N, punto de partida.

c) Un lote de forma triangular de la misma ubicación y procedencia de los anteriores, de extensión superficiaria de 300 metros cuadrados, delimitado así: A partir del mojón I en límite con el lote primeramente deslindado y propiedad de Martínez Aparicio, se sigue hacia el Este una recta de 61 metros a dar al punto G; de aquí se vuelve hacia el occidente por el límite con el "Canal B", en línea de 56 metros, hasta llegar al mojón H; y de aquí hacia el Oriente sobre el lindero con tierra de Martínez Aparicio, y en extensión de 9.50 metros, a dar al mojón I, punto de partida.

Justiprecio de las zonas indemnizables

En el concepto pericial que durante el curso del juicio se llevó a cabo, los señores David Moreno Escobar y Antonio Moreno Vives que lo emitieron, justipreciaron el terreno a razón de diez pesos el metro cuadrado, y que sobre la cabida de 47.500 metros que le señalaron, da un avalúo total de **cuatrocientos setenta y cinco mil pesos.** "Las razones que tenemos y en las cuales apoya-

mos el avalúo — dicen los peritos — son las siguientes: posición del terreno respecto al sector industrial y comercial de la ciudad; su cercanía a los Terminales Marítimos y Local de la ciudad; su conexión y frente sobre el río Magdalena; su altura sobre las aguas máximas del río y su colocación al lado de terrenos similares que se venden a precios más altos que el que hemos asignado a éste".

Este concepto no hace fe respecto del justo precio que comercialmente debe pagar la Nación por las zonas que le corresponde indemnizar; porque fuéra de los gravísimos errores en que estos mismos expertos incurrieron al fijar la cabida de las distintas áreas, y el muchísimo mayor de comprender dentro del inmueble una zona de 1.006 metros cuadrados que evidentemente no ha podido en momento alguno hallarse comprendida dentro de los linderos que lo identifican, resulta además, que los mismos fundamentos con que respaldan su opinión —por lo genéricos y abstractos— lo mismo pueden servir de base a ese que a cualquier otro justiprecio; por lo cual, el juicio del sentenciador no puede adquirir estado alguno de certeza sobre la conclusión adoptada. Debe, por lo tanto, hacerse un nuevo avalúo con intervención de nuevos peritos, mediante el incidente de que trata el artículo 553 del C. J., y sobre las bases que en seguida se expresa:

a) Se tomará como primera base el avalúo catastral, que en la actualidad tenga el inmueble, conforme a la comprobación de que habla el certificado visible al folio 62 del C. número 5; modificándolo luégo proporcionalmente, en función de la diferencia que los avalúos catastrales ofrezcan con el precio comercial establecido respecto de otras propiedades de ubicación y naturaleza semejantes a la de aquél, y que hayan sido objeto de venta;

b) Se establecerá luégo la cabida real del terreno, por los linderos exactos que describe la demanda, y sobre ella se establecerá el valor que, en conformidad con la base a), le corresponda a cada metro cuadrado;

c) El valor unitario así obtenido se multiplicará por los 5.156 metros de superficie que tienen las tres zonas indemnizables; y

d) Del anterior producto se descontará el porcentaje de valorización que aquellas tierras hayan alcanzado por concepto de las obras del Terminal que el mismo Gobierno ejecutó.

El resultado, es la suma líquida que la Nación debe pagar al demandante.

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 de fecha dos (2) de julio de mil novecientos cuarenta y siete (1947), proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en este negocio, y en su lugar, FALLA:

Primero.—Declárase que el señor José Antonio Bula O., mayor y vecino de la ciudad de Barranquilla, es dueño del inmueble que identifica el hecho primero del libelo de la demanda.

Segundo. — Condénase a la Nación a restituir, tres días después de ejecutoriada esta providencia, al señor José Antonio Bula O., la parte de dicho inmueble, no ocupada por obras del Terminal, e identificada como se expresa en el parágrafo "Restitución material", de la parte motiva de esta decisión.

Tercero. — Mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura, que el señor José Antonio Bula O. correrá en favor de la Nación, queda ésta obligada a pagar a aquél el precio correspondiente a las tres zonas triangulares, ocupadas con obras del Terminal, e identificadas como se ha dicho en el parágrafo "Restitución en precio", de que trata la parte motiva de este fallo.

Cuarto.—No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en los puntos segundo (2º) y quinto (5º), petitorios de la demanda; y

Quinto.—No hay lugar a costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriado devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Rafael Robles—Gerardo Arias Mejía—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry — **Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano,** Secretario.

NO SE ACCEDE A ACLARAR UNA SENTENCIA. — EN QUE CASOS PUEDE TENER LUGAR ESTA ACLARACION.—EN UN FALLO NO SE PUEDEN HACER DECLARACIONES O CONDENACIONES A FAVOR O EN CONTRA DE PERSONAS QUE NO HAN INTERVENIDO EN EL JUICIO COMO PARTES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, seis de agosto de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El apoderado doctor José J. Gómez solicita que se adicione la sentencia de esta Sala de fecha veintitrés de mayo del corriente año, "en el sentido de que las declaraciones y condenas se hagan en favor, igualmente, de Luis Enrique del Valle Q., Israel Santiago del Valle Q. y Samuel Urbano del Valle Q., copartícipes con los demandantes a cuyo favor se dictó sentencia, en los predios a que se refiere la demanda".

Se pretende que el pago que la Nación debe hacer a los demandantes, en relación con sus cuotas en el terreno ocupado por obras del Terminal de Barranquilla, se haga extensivo también a las cuotas de los condueños nombrados.

Y se alega que los señores Luis Enrique del Valle Q., Israel Santiago del Valle y Samuel Urbano del Valle fueron mencionados en la demanda como copartícipes en los terrenos de la controversia; que hasta cierto punto los demandantes obraron como sus agentes oficiosos; y que los expresados condueños dieron después poder al doctor Antonio José Pantoja para representarlos en el juicio, con clara indicación de que ratificaban lo actuado.

Para resolver, se considera:

El artículo 482 del Código Judicial expresa que las sentencias no son revocables ni reformables por el mismo Juez o Tribunal que las ha pronunciado, y que solamente pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda. Mas ciertamente en este caso no se ha solicitado aclaración alguna de la sentencia de esta Sala, según resulta de los términos en que ha formulado su petición el apoderado doctor Gómez.

De otra parte, en dicha sentencia no se dejó de tratar o decidir ninguna de las cuestiones planteadas en la demanda. Y más aún, concretamente se dijo en ella sobre el punto a que se refiere el memorialista:

"La sentencia del Tribunal de Barranquilla se hizo extensiva a los señores Luis Enrique del Valle Q., Israel Santiago del Valle Q. y Samuel Urbano del Valle Q.; pero como éstos no promovieron la demanda que originó el presente juicio (solamente hay constancia de que presentaron unos poderes dentro de él), es apenas natural que la indemnización o pago que aquí habrá de decretarse no podrá cobijarlos. El procedimiento del Tribunal carece de toda justificación".

Y en efecto, la verdad es que la demanda de este juicio fue presentada exclusivamente a nombre de Andrés García H., Llach & Compañía y Amelia Quintero viuda de del Valle, Armando del Valle y David del Valle Q.; que dicha demanda fue aceptada por el Tribunal, como era lo indicado, sólo respecto de los expresados demandantes (f. 7 y v. del cuaderno número 1); y que los señores Luis Enrique del Valle Q., Israel Santiago del Valle Q. y Samuel Urbano del Valle Q. ni siquiera se apersonaron en el juicio como coadyuvantes, pues únicamente se limitaron a presentar poderes dentro de él y a manifestar que ratificaban lo actuado, como si por este procedimiento irregular pudieran intervenir en un juicio al cual eran extraños.

De esta suerte, o sea habiéndose estudiado en la sentencia de la Corte el punto a que se refiere el doctor Gómez, la adición que ahora se pretende está del todo fuéra de lugar, pues ella implicaría una reforma de dicha sentencia, en contra de lo preceptuado por el artículo 482 del Código Judicial, antes mencionado.

Por lo tanto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia DECLARA que es improcedente la adición de su sentencia de veintitrés de mayo del presente año que se solicita en el precedente memorial.

Cópiese y notifíquese.

Luis Rafael Robles—Gerardo Arias Mejía—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS CON LA PERDIDA DE UNA MERCANCIA ENTREGADA PARA SU TRANSPORTE. — EN ESTE CASO LA ESTIMACION DE LOS PERJUICIOS DEBE HACERSE SOBRE LA BASE QUE OFREZCA LA CARTA DE PORTE

El artículo 308 del C. de Co. que es especial para el contrato de transporte no estatuye pago de intereses, y por lo mismo la estimación de los perjuicios debe hacerse sobre la base que ofrezca la carta de porte.

Sobre el particular la Corte, en sentencia de 27 de agosto de 1947, sentó la siguiente doctrina:

"Cuando se trata de pérdida de las mercaderías, la obligación indemnizatoria del transportador la concreta expresamente la ley al pago del precio que aquéllas tuvieron, a juicio de peritos, en el día y lugar en que debió verificarse la restitución, prescindiendo con esa regla fija y clara, del principio general del derecho civil que establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante y de toda la serie de complejos problemas que de ordinario suscita el definir ante los hechos hasta dónde llega el uno y el otro". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXII, pág. 719).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto ocho de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

La empresa comercial Roldán, Calle & Cía. Limitada, domiciliada en Medellín, obrando en su carácter de Comisionista de Transportes, ajustó con la Empresa Pública de Conducciones, Ferrocarril de Antioquia, cuatro contratos de transporte, de Medellín a Bolombolo, por vía férrea, por un total de 205 bultos o fardos de diversos artículos, remitidos por casas comerciales de Medellín a clientes suyos en Bolombolo, según conocimientos de embarque de fechas 17 y 19 de agosto de 1946, y en que aquella firma comercial actuaba o figuraba como consignante y consignatario.

Los mencionados bultos de mercancía fueron cargados en el vagón número 391 de aquel Ferrocarril de Antioquia, Empresa ésta perteneciente al Departamento del mismo nombre, quedando en consecuencia listo para su transporte que posiblemente debería llevarse a efecto al siguiente día o sea el 20 de dicho agosto. Mas ocurrió, que entre las diez y diez y media de la noche del día 19 citado, se produjo o estalló un incendio en el vagón en referencia que vino a consumir y a deteriorar la mayor parte de la mercancía allí depositada, encontrándose el vagón, según queda insinuado, en la estación respectiva de la ciudad de Medellín.

Roldán, Calle & Cía. Ltda., en vista de lo acontecido y estimando responsable a la Empresa del Ferrocarril de Antioquia de la pérdida y deterioro de las mercancías entregadas para su transporte y amparadas con los conocimientos de embarque respectivos, inició las gestiones que estimó oportunas ante dicha Empresa para obtener la indemnización consiguiente al daño causado con motivo del incendio, suministrando los datos adecuados en relación con las mercancías consignadas, procedencia, destino y precio de las mismas según facturas emanadas de las casas despachadoras, señalando por último el valor total de las pérdidas, o sea el de $ 12.218.20 m. cte. Parece que la mencionada Empresa Pública de Transportes estuvo en un principio dispuesta a considerar el reclamo de los comisionistas consignatarios, desde luego que autorizó al Jefe del Departamento de Tráfico del Ferrocarril para acordar con el reclamante una transacción amigable y ad-referendum en nombre de la Comisión de Perjuicios e Indemnizaciones de la Empresa, arreglo que no llegó a culminar.

Fracasado el proyecto de arreglo amistoso, Roldán, Calle & Cía. Ltda., resolvió llevar el caso ante la justicia ordinaria, y fue así, como por medio de su represenante legal, señor Guillermo Piedrahita M., propuso ante el Tribunal Superior de Medellín, con fecha 18 de febrero de 1947,

demanda ordinaria contra el Departamento de Antioquia, como dueño del Ferrocarril del mismo nombre, solicitando las siguientes declaraciones:

"a) Que el Departamento de Antioquia —Empresa del Ferrocarril de Antioquia— está obligada a pagar y debe pagar a Roldán, Calle & Cía., Limitada, la suma de $ 12.218-20 moneda corriente, proveniente del valor de las mercancías consignadas para el transporte según los conocimientos que se citan en el hecho primero de la demanda y que no fueron entregadas al destinatario Roldán, Calle & Cía., Limitada;

"b) Que el Departamento de Antioquia —Empresa del Ferrocarril de Antioquia— está obligada a pagar y debe pagar a Roldán, Calle & Cía., Ltda., los perjuicios provenientes de la falta de entrega de los cargamentos enunciados en esta demanda y en particular, los intereses por los valores de los cargamentos destruídos y no entregados, desde el día en que debió hacerse la entrega;

"c) Que el Departamento de Antioquia —Empresa del Ferrocarril de Antioquia— como empresario de conducciones debe pagar las costas de este juicio si se opusiere".

Subsidiariamente se suplicó, "que el Departamento de Antioquia —Empresa del Ferrocarril de Antioquia— está obligada a pagar y debe pagar a Roldán, Calle & Cía., Ltda., las mercancías amparadas con los conocimientos citados en el hecho primero de la demanda por el precio que se les fije en este juicio o en el especial de ejecución de la sentencia, más los intereses legales por la suma a que ascienda la condenación, y los perjuicios sufridos por la falta de entrega, así como las costas del presente juicio". Además, se pidió: "que en las condenaciones principales o subsidiarias, se le fije término que no exceda de seis días, para satisfacer las dichas obligaciones, a la entidad demandada".

Aceptada la demanda y una vez vencido el término de suspensión del juicio conforme a lo pedido por ambas partes, el señor Gobernador del Departamento demandado, como representante legal del mismo, hubo de contestarla aceptando los hechos en que se apoya, resultantes de la breve síntesis historiadá, mas negando el relativo a la imputación que se le hace a la Empresa del Ferrocarril de ser responsable de las pérdidas ocasionadas por causa del incendio, por falta de vigilancia y cuidado, por falta de la custodia y conservación que le era obligada y en general por el incumplimiento de las obligaciones que la ley le impone, para afirmar por último que el incendio se presentó por causas que "eximen de responsabilidad al Ferrocarril".

Negó las disposiciones de derecho en que se apoya, se opuso a las declaraciones pedidas y finalmente propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada, vicio propio de alguna o algunas de las mercaderías despachadas por el demandante y "la genérica", anunciando presentar demanda de reconvención, como así lo hizo, en libelo presentado el 22 de julio de 1947, en que se impetran, en síntesis, las siguientes declaraciones:

a) Reconocimiento de responsabilidad a cargo de Roldán, Calle & Cía., Ltda., del incendio del vagón distinguido con el número indicado, perteneciente al Ferrocarril de Antioquia, hecho ocurrido dónde y cuándo está dicho, por cuyo motivo se destruyeron parcial o totalmente las mercaderías amparadas con los conocimientos de embarque números 233004 y 233072;

b) Obligación a cargo de la indicada firma comercial, de pagarle al Departamento de Antioquia, en su Empresa del Ferrocarril del mismo nombre, dentro del término de la ejecución de la sentencia que así lo declare, en dinero efectivo y por concepto de perjuicios, $ 1.000.00 y $ 270.00, que la Empresa del Ferrocarril hubo de pagar respectivamente, a los señores Rodrigo Mejía R. & Cía., Ltda., y Rafael Piedrahita & Cía., Ltda., como valor de las mercaderías amparadas con los conocimientos mencionados en el ordinal anterior, más los intereses de esas sumas a partir del día "en que los pagó el Ferrocarril", hasta el día en que el demandado los pague a esa empresa;

c) Obligación, igualmente a cargo del contrademandado, de pagarle al Departamento, en su Empresa del Ferrocarril, los gastos que tuvo que hacer para reparar el vagón, así como el lucro cesante durante el tiempo que ese vagón estuvo sometido a reparación, de acuerdo con las pruebas que se presentaren o en la cuantía que se determine en el incidente a que se refiere el artículo 553 del C. J.; y

d) Las costas del juicio.

El contrademandante dijo apoyar su acción en varios hechos, similares unos a los aducidos por Roldán, Calle & Cía., Ltda., esto es, los relativos al incendio del vagón y celebración con éstos de los contratos de transportes que mencionan en

su demanda, y los otros referentes a la celebración de sendos contratos de transporte con las firmas comerciales que se mencionan en el ordinal b) de las declaraciones solicitadas; el resultante de hallarse el vagón cargado con unas y otras mercaderías en la noche del 19 de agosto de 1946, en los patios de la estación central, completamente aislado de bodegas, carros, locomotoras y de todo objeto que pudiera ocasionar un incendio y listo para ser despachado en las primeras horas del día 20 siguiente; el incendio producido y ocasionado por ácidos inflamables, al estallar sus envases, consistentes en frascos de vidrio con tapa de corcho, empacados en cajas declaradas como "drogas" de que fueron cargadores Roldán, Calle & Cía., Ltda., y por cuya causa fueron destruídas las mercaderías consignadas por las firmas que se indicaron en el ordinal b) mencionado y a quienes la Empresa del Ferrocarirl hubo de pagarles las cantidades de $ 1.000.00 y $ 270.00, respectivamente, como valor de las mismas; la casi destrucción total del vagón, en su carrocería, debido al incendio, para cuya reparación la Empresa tuvo necesidad de hacer gastos, fuéra de lo que dejó de devengar durante todo el tiempo en que estuvo sometido a reparación; y, por último, que como Roldán, Calle & Cía., Ltda., fueron cargadores directos de las otras mercaderías, por ello son responsables de los perjuicios sufridos por el Departamento, en su empresa del Ferrocarril, por el hecho de haber avisado como drogas, sin especificación alguna, materias inflamables que al estallar produjeron el incendio y consiguiente destrucción de las mercaderías indicadas en la contrademanda, que el Ferrocarril se vio precisado a pagar.

Roldán, Calle & Cía., Ltda., al evacuar el traslado de la preinserta demanda de reconvención, negó los hechos en que se apoya, excepción del primero que dijo admitirlo, relativo al ajuste que hiciera con el Ferrocaril para la conducción de las mercaderías de la Estación de Medellín a la de Bolombolo, por la cantidad indicada de 206 bultos o fardos; se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, de inepta demanda como perentoria, de prescripción, de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandante —en su calidad de reconvencionista— y en general la consistente "en todo hecho que apareje la inexistencia de la obligación o su extinción si alguna vez existió".

Trabada así la litis y agotada la tramitación, con producción de pruebas por las partes contendientes, el Tribunal le puso fin a la primera instancia con la sentencia de 3 de febrero de 1950, en que se declara:

"Primero.—Condénase al Departamento de Antioquia, en su dependencia del Ferrocarril de Antioquia, a pagarle a Roldán, Calle & Cía., Ltda., o a quien legalmente represente a esta sociedad, la cantidad de $ 11.915.36 moneda legal, con intereses legales a partir de la notificación de la demanda hasta el pago completo.

"Segundo.—No se hacen las demás solicitudes de la demanda principal.

"Tercero.—Se declaran no probadas las excepciones propuestas a la demanda principal.

"Cuarto.—Se niegan las declaraciones de la demanda en reconvención, y en consecuencia queda absuelta la sociedad de Roldán, Calle & Cía., Ltda., de los cargos formulados contra ella.

"Quinto.—No se hace condenación en costas".

Contra esta decisión se alzó el señor Gobernador del Departamento de Antioquia, en razón de lo cual llegó a esta Sala de Negocios Generales de la Corte el expediente respectivo, en donde cumplida como ha sido la tramitación de rigor, se procede a dictar fallo de segundo grado con la advertencia previa de que en esta instancia solamente Roldán, Calle & Cía., Ltda., hizo uso del derecho de producir pruebas tendientes a acreditar, como acreditó que algunas de las personas que han intervenido en el juicio como Gobernadores del Departamento demandado, tenían efectivamente ese carácter, además de haber presentado alegatos ambas partes sosteniendo sus opuestas pretensiones.

Partiendo el Tribunal sentenciador de varios hechos plenamente establecidos, acreditados por Roldán, Calle & Cía., Ltda., y aceptados por la entidad demandada, Departamento de Antioquia, en su Empresa del Ferrocarril del mismo nombre, tales cómo la existencia del contrato de transporte de mercaderías ajustado entre uno y otro empresario, con la entrega consiguiente de ellas al Ferocarril en la estación central de Medellín, en los días 17 y 19 de agosto de 1946, mediante los conocimientos emanados del mismo Ferrocarril, en que consta el número de bultos, su contenido genérico, peso y valor de conducción, consignante y consignatario en Bolombolo, esto es, conforme al ordenamiento de los artículos 274 y 275 del C. de C., surgiendo por tanto la

obligación a cargo del Ferrocarril de "cargarlas según el uso de personas inteligentes" (artículo 290 ibidem) de restituírlas al consignatario en el lugar convenido o sea la estación de Bolombolo (artículo 303 ibidem), sin que lo hubiera cumplido, precisamente por el hecho de haber sido consumidas unas totalmente y otras en parte por razón del incendio del vagón en que fueron cargadas para su transporte, resultando por lo mismo dicha empresa obligada a responder de los daños y perjuicios sufridos por el cargador consignatario según lo indicado por el citado artículo 303, hubo, por todo ello, que aceptar esa responsabilidad para condenar, como lo hizo, a la entidad demandada en los términos de la sentencia recurrida.

Para llegar a esta conclusión, consideró además, que la empresa porteadora no logró demostrar que el hecho del incendio se debió a un caso fortuito, o bien, que su diligencia, experiencia y cuidado fueron ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente, en razón de lo cual y de conformidad con lo prevenido por el artículo 306 de la obra citada, se presumía que la pérdida de las mercaderías confiadas a su cuidado ocurrió por su culpa, precisamente por no haber conseguido desvirtuar esa presunción.

Efectivamente, el Ferrocarril de Antioquia, para exonerarse de toda responsabilidad como porteador de las mercaderías que le consignara Roldán, Calle & Cía., Ltda., por la pérdida de las mismas a causa del incendio del vagón y consiguiente incumplimiento de sus obligaciones, adujo las pruebas que estimó adecuadas tendientes a demostrar que el incendio que ocasionó dichas pérdidas fue ocasionado por vicio propio de los artículos consignados por el actor para su transporte, o más concretamente, debido a la circunstancia de haber estallado alguno o algunos de los varios envases de vidrio que contenían ácido nítrico, empacados en cajas declaradas como drogas, sustancia ésta que al inflamarse produjo el incendio.

Es un hecho establecido con las facturas que se trajeron al proceso expedidas por la Droguería Gutiérrez, de Medellín, que esa firma comercial, junto con otras drogas y mediante el actor comisionista, consignó al Ferrocarril, con destino a Francisco Aramburo Restrepo, de Andes, 10 libras de ácido nítrico; mas por ningún medio logró el demandado y a la vez contrademandante, demostrar que el incendio del vagón con la consiguiente pérdida de las mercaderías, se produjo por la inflamación de aquella sustancia. Con efecto, Antonio Acosta (f. 18, cuaderno de pruebas del demandado), al declarar a instancias del Ferrocarril manifiesta que al intervenir, por orden de esta Empresa, en el levantamiento del acta, junto con Jesús Delgado, sobre el incendio de las mercaderías del vagón número 391, pudo observar en los escombros un frasco estallado con tapa de corcho, sin recordar haberle visto rótulo ni la palabra ácido, al paso que Jesús Delgado (f. 20) al deponer sobre el mismo asunto, habla no ya de un frasco sino de varios estallados, también con tapa de corcho, afirmando que en uno de ellos leyó la palabra "ácido". A estos testimonios, no les dio el Tribunal asentimiento, y con razón, por la circunstancia de discrepar en cuanto a los frascos estallados, ya que el primero habla de uno y el segundo de varios, además de ser sospechosos de parcialidad por su carácter de empleados del Ferrocarril. Vicente Suárez, también trabajador del Ferocarril, asevera que intervino en el levantamiento del acta de averías, pudiendo observar restos de una caja que contenía frascos de vidrio que **al parecer** contenían ácidos.

Aún admitiendo como plenamente demostrado el hecho de la estallada de los frascos que contenían el ácido nítrico, tal circunstancia por sí sola no es suficiente a establecer que la influencia de ese elemento hubiera sido la causa del incendio del vagón, por cuanto dicho fenómeno bien pudo provenir o ser determinado por el incendio ocasionado debido a otras causas. Ahora bien: el experticio rendido, a instancias del Ferrocarril, por los señores Roberto Dardennes y Jaime Betancourt A., fue del todo ineficaz, por no decir contraproducente para sacar avante la afirmación o sugerencia de esa empresa. El Tribunal al referirse a esta prueba y analizarla, llega a las siguientes conclusiones, que la Sala acoge por estimarlas acertadas:

"Otro dictamen de expertos —el de los señores que acaban de mencionarse— en que de manera unánime y explicada dicen que el ácido nítrico al actuar sobre madera, en las condiciones ordinarias, no produce llama, pero cuando está concentrado y caliente hace arder las virutas de madera. No se comprobaron tales condiciones. Conceptúan que tratándose de cantidades considerables de ácido nítrico, es aconsejable envolver su recipiente de vidrio o de gres en cestos de caña o de hierro, pero en pequeñas cantidades, como

las diez libras despachadas, o sean: 3.53 litros, es aceptable transportarlos en envases de vidrio debidamente tapados. No se demostró con certeza que los frascos de vidrio, contentivos del ácido nítrico cargado en el vagón número 391, no estuvieran debidamente tapados. Dictaminan que el ácido nítrico no es inflamable, si bien en condiciones extraordinarias puede provocar incendio. No se establecieron tales condiciones propicias para producir incendio. Finalmente, los expertos en forma categórica sientan que, dada la información procesal, no pueden afirmar o negar que el ácido nítrico embarcado haya sido la causa del incendio del vagón número 391 en la noche del 19 de agosto de 1946. Por manera que este dictamen pericial nada prueba en favor de la causa del Ferrocarril".

Por lo demás, la mencionada empresa ferroviaria no suministró prueba alguna tendiente a demostrar el empleo de medidas para proteger el carro del accidente que bien pudo tener como causa chispas lanzadas por las máquinas o locomotoras al correr paralelas o muy cerca de él, como suele acontecer y es de común ocurrencia, según lo dicho por el citado declarante señor Acosta, quien sobre el particular manifestó: "Es cierto, en especial mientras se está en la tarea de cargar los carros, que las máquinas corren contiguo a ellos y que las chispas de las máquinas pueden alcanzar y alcanzan los carros que están para ser cargados o que se encuentran estacionados". Ninguna medida precautelativa aparece evidenciada en el presente caso.

Y como en verdad, por más que se alegue que no hay prueba sobre el origen del incendio, como en realidad no la hay, tal circunstancia no autoriza para admitir que se trate de un caso fortuito, en cuyo supuesto incumbía al demandado acreditarlo para exonerarse de la responsabilidad consiguiente, desvirtuando así la presunción legal establecida por el mencionado artículo 306.

Todo lo dicho convence de la prosperidad de la demanda principal y del fracaso de la de reconvención, ya que aquélla hace radicar la responsabilidad del incendio en la empresa del Ferrocarril, con la obligación consiguiente de reparar los daños causados, y la última, la de reconvención, atribuye el hecho del incendio a vicios propios de las mercaderías consignadas por Roldán, Calle & Cía., Ltda.

Cuantía de los perjuicios

Roldán, Calle & Cía., Ltda, señaló en la demanda como cuantía de los perjuicios sufridos por la no entrega de las mercaderías, la cantidad de $ 12.218.20 m. cte., o sea el valor de las mismas perdidas total o parcialmente, todo ello de acuerdo con las facturas expedidas por las casas comerciales de Medellín, enviadas a su turno por el actor a la empresa del Ferrocarril en comunicación de fecha 15 de noviembre de 1946. En el curso del juicio, Roldán, Calle & Cía., Ltda., suscitó el incidente de exhibición, por parte del Ferrocarril, de dichas facturas, y habiendo prosperado, sirvió de base la exhibición de esos documentos para el avalúo pericial de las mercaderías amparadas con los conocimientos de embarque, avalúo que ascendió a la cantidad indicada por el actor, aumentada en un 10% (f. 10, cuaderno de pruebas del actor), por el concepto a que allí aluden los peritos. Esas mismas facturas sirvieron de base para la transacción ad-referendum realizada por las partes en el curso del juicio, con fecha 10 de junio de 1947, según documento aducido como prueba por la parte actora (f. 4, cuaderno incidente de exhibición), transacción en la cual fijaron las partes, como "verdadero valor del reclamo" hecho por Roldán, Calle & Cía., Ltda., la cantidad de $ 11.915.36 m. cte. que fue la acogida por el Tribunal como cuantía de la indemnización, más los intereses devengados por la misma a contar de la notificación de la demanda. Este señalamiento del Tribunal es inmodificable, por cuanto de un lado lo aceptó el demandante al conformarse con el fallo, y de otro, por no prosperar la pretensión del demandado de que reduzca ese "verdadero valor del reclamo" a la cantidad de $ 8.936.52 M/c. que se convino en la mencionada transacción ad-referendum, precisamente por la circunstancia de no haber llegado a culminar ese acuerdo, al no haberlo aprobado la comisión de perjuicios de la empresa demandada. Esto es obvio.

No ocurre lo propio en cuanto a la condenación relativa al pago de intereses legales sobre aquella cantidad, por cuanto el artículo 308 del C. de Co. es especial para el contrato de transporte, no estatuye pago de intereses, y por lo mismo la estimación de los perjuicios debe hacerse sobre la base que ofrezca la carta de porte.

Sobre el particular, no está por demás reproducir la doctrina sentada al respecto por esta Corte,

en sentencia de 27 de agosto de 1947, que corre publicada en la GACETA JUDICIAL (V. LXII, 719), a saber:

"Cuando se trata de pérdida de las mercaderías, la obligación indemnizatoria del transportador la concreta expresamente la ley al pago del precio que aquéllas tuvieron, a juicio de peritos, en el día y lugar en que debió verificarse la restitución, prescindiendo con esa regla fija y clara, del principio general del derecho civil que establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante y de toda la serie de complejos problemas que de ordinario suscita el definir ante los hechos hasta dónde llega el uno y el otro". En consecuencia, la sentencia debe reformarse en esa parte.

Desde la primera instancia, la entidad demandada al alegar de conclusión, adujo como medio de defensa la excepción de prescripción de la acción instaurada por Roldán, Calle & Cía. Ltda. la que, junto con las propuestas desde la contestación de la demanda, el fallo en examen declara no probadas. Sobre el mismo tópico se refiere en esta instancia el apoderado del Departamento en el alegato final.

Como fundamento de la excepción, se señala el artículo 313 del C. de Co., ordinal 4º, que estatuye que la responsabilidad del porteador se extingue por pérdidas..., por la prescripción de seis meses en las expediciones realizadas dentro del Estado..., y que como desde el día en que debió cumplirse la conducción de las mercaderías, el 19 o cuando más el 20 de agosto de 1946, hasta la fecha en que se corrió el traslado de la demanda principal —21 de febrero de 1947— va corrido más de un semestre, quedó extinguida la acción por haberse operado la prescripción.

Acá el apoderado del Departamento no se refiere a la fecha en que se surtió el traslado de la demanda, sino a la de la notificación de la misma, por advertir seguramente equivocada la tesis sostenida en la primera instancia, como en verdad lo es, ya que la interrupción de la prescripción se efectúa por la notificación de la demanda, según el mandato del artículo 2524 del C. C.

"En caso de pérdida —indica el inciso final del artículo 313 citado— la prescripción principia a correr desde el día en que debió ser cumplida la conducción...".

Las últimas mercaderías fueron consignadas por Roldán, Calle & Cía. Ltda., el 19 de agosto de 1946, quedando en consecuencia, listo el vagón para verificar la conducción al siguiente día veinte (20). La demanda se notificó el 19 de febrero de 1947, es decir, antes de cumplirse el término de seis meses para operarse la prescripción.

Esto es claro y no requiere demostración.

En cuanto a las otras excepciones que igualmente se declararon no probadas, suficiente es advertir, para aceptar esa decisión que la misma prosperidad de la acción propuesta viene a ser la fundamentación de tal rechazo.

Lo expuesto es suficiente para llegar a la conclusión de la juridicidad de las demás declaraciones que contiene el fallo apelado.

En tal virtud, 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 pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín con fecha 3 de febrero de 1950, con la modificación de que se prescinde de la condena de intereses legales.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Luis Rafael Robles — Gerardo Arias Mejía— Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

EL FALLO EN QUE SE DECIDE UN JUICIO, DEBE COMPRENDER TODOS LOS EXTREMOS DEDUCIDOS EN LA PARTE PETITORIA DE LA DEMANDA; SI SE OMITE ALGUNO, LA SENTENCIA DEL SUPERIOR QUE LO REVISA TIENE QUE LIMITARSE A REVOCARLO PARA QUE SE SUBSANE EL ERROR, PUES QUE AL DECIDIR EN EL FONDO, PRETERMITIRIA UNA DE LAS INSTANCIAS RESPECTO DEL PUNTO NO DESATADO EN LA PRIMERA

Tanto en el escrito de oposición presentado ante el Ministerio, como en la demanda con que aquélla se formalizó, la compañía opositora refirió sus pretensiones de dominio a doce minas, claramente identificadas por su nombre y linderos. En tales circunstancias, el Tribunal tenía legalmente la obligación de pronunciarse sobre el dominio de todas y cada una de dichas minas, tal como se le demandaba. Sin embargo no lo hizo, limitando su pronunciamiento a las siete primeras de las doce que enumera la demanda, para reconocerlo respecto de cinco y negarlo en cuanto a las otras dos; por lo cual la controversia sobre las otras minas ha seguido sub judice dentro de la primera instancia, por la sola consideración, expuesta en la parte motiva, de "no estar comprendidas dentro del terreno delimitado en la solicitud de concesión" a la cual se opuso la compañía que actúa como demandante en este juicio; sin parar mientes en que ese simple hecho en manera alguna puede equiparse a un desistimiento, que el Tribunal tampoco reconoció, y que, en definitiva era el único medio como legalmente habría podido justificarse esa omisión de la sentencia.

Pero como de acuerdo con el artículo 471 del C. J., en la parte resolutiva de la sentencia debe hacerse, con la debida separación, "el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, dando su derecho a cada una de las partes", síguese entonces, que al incurrir el Tribunal en el defecto anotado, violó de hecho el contenido de esta norma legal, creando así la imposibilidad jurídica de un segundo fallo sobre materia que aún no ha sido calificada en primera.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto diez de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Mediante escrito presentado el día cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, ante el Ministerio de Minas y Petróleos, formuló el señor Guillermo Guingue Salazar "propuesta formal de contrato, para la exploración y explotación de metales preciosos en el lecho y las márgenes del río Nechí, en la zona que se determina a continuación:

"Desde la desembocadura del caño de Juan Bañón en el río Nechí —punto que está aproximadamente a tres mil trescientos metros más abajo de la población de Cuturú— río Nechí aguas abajo hasta la desembocadura del caño "Blodo" en el mismo Nechí, punto éste que está aproximadamente a mil metros arriba de Vijagual, incluyendo las islas que se encuentran en este trayecto, el cauce mismo del río y sus riberas en una extensión de un (1) kilómetro a cada uno de los lados del cauce. Esta zona comprende una longitud de catorce mil ochocientos (14.800) metros, medidos a lo largo del cauce del río, por su márgen izquierda.

"La zona que acaba de describirse, y que está muy claramente demarcada en el plano que se acompaña a esta propuesta; está situada en jurisdicción de los Municipios de Zaragoza y Nechí, en el Departamento de Antioquia.

"El río Nechí, en todo el trayecto de que se trata, es navegable, aún en épocas de verano, por embarcaciones de más de cincuenta (50) toneladas; por lo mismo, las islas que se encuentran en ese sector, son de propiedad nacional, de conformidad con la letra C) del art. 45 del Código Fiscal".

Previo el trámite correspondiente, el Ministerio, por medio de Resolución Nº 157 de fecha trece de abril de 1942, aceptó la propuesta mencionada, y dispuso al propio tiempo que se observara lo establecido por los artículos 19, 20 y 21 del Decreto 1343 de 1937.

En ejecución de lo prescrito en estas disposiciones, se hicieron las publicaciones y se fijaron los avisos correspondientes. Por lo cual y dentro de la debida oportunidad, el abogado Emilio Mejía R. como apoderado de la "Compañía Exploradora del Nechí, y el Dr. Víctor Cock, en representación de "Nechí" Valley Gold Mining, Company", formularon oposición a la propuesta que se había admitido: "por cuanto ella comprende minerales que pertenecen casi en su totalidad a la sociedad que represento", dice el Dr. Mejía R. y que concretamente se refieren a las minas de oro en aluvión de "Pichincha", "Junín" y "Ayacucho", de que dicha sociedad es adjudicataria: y por afectar esa misma propuesta las siguientes minas de que la Nechí Walley se considera titular, según lo expresado por el Dr. Cock: Nechí número 12, Nechí número 13, Concepción número 3, Concepción número 4, Concepción número 5, Santa Paula número 1, Santa Paula número 2, Santa Paula número 3, Regina, Ramona, Los Angeles número 3 y los Angeles número 4.

El trámite de estas oposiciones permaneció en suspenso varios años, por haber la Corte declarado inexequibles las diposiciones del Decreto número 1343 de 1937 que lo regulaban, y no existir normas legales adecuadas por las que pudiera adelantarse. Hasta cuando se expidió la ley 85 de 1945 que ordenó adelantar esta clase de controversias ante los respectivos Tribunales Superiores, y en acuerdo con sus disposiciones, fué enviado este negocio al Tribunal Superior de Medellín.

Ante esta Corporación las dos Compañías opositoras formalizaron como demandantes sus oposiciones, para que por la Justicia Ordinaria se declare, en relación con la Compañía Exploradora del Nechí:

"I.—Que la Compañía Exploradora del Nechí, es propietaria de los metales preciosos existentes en el trayecto del cauce y en el trayecto de la margen izquierda del río Nechí solicitados en concesión por el doctor Guillermo Guingue Salazar, en la parte de esas zonas amparadas por los títulos de las minas "Pichincha", "Junín" y "Ayacucho" cuyos linderos se indican en las letras a), b) y c) del hecho **segundo** de esta demanda.

"II.—Que, en consecuencia, los minerales solicitados en concesión por el doctor Guillermo Guingue Salazar y amparados por los títulos de las minas "Pichincha", "Junín" y "Ayacucho" no forman parte de la reserva nacional y, por lo mismo no pueden ser otorgadas en concesión.

"III.—Que el Ministerio de Minas y Petróleos debe suspender los trámites de la solicitud de concesión hecha por el doctor Guingue Salazar y archivar las presentes diligencias o, en subsidio, excluir en el respectivo contrato todo el subsuelo del cauce y de la margen izquierda del río Nechí, amparado por los títulos de las minas "Pichincha", "Junín" y "Ayacucho", e incluído en la zona solicitada en concesión por el doctor Guingue Salazar".

Posteriormente, por auto de 15 de junio de 1948 el Tribunal Superior de Medellín declaró "legalmente subrogada a la Nechí Consolidated Dredning Ltda. en el interés jurídico que la Compañía Exploradora del Nechí ha venido representando en este juicio".

Y para que, en relación con la Nechí Valley Gold Mining Company, se declare:

"I.—Que.... es dueña y poseedora regular de las minas "Nechí Número Doce", "Nechí Número Trece", "Concepción Número Tres", "Concepción Número Cuatro", "Concepción Número Cinco", "Regina", "Ramona", "Los Angeles Número Tres", "Los Angeles Número Cuatro", "Santa Paula Número Uno", "Santa Paula Número Dos" y "Santa Paula Número Tres", especificadas por su situación y linderos en los hechos segundo y cuarto de esta demanda.

"II.—Que los metales preciosos existentes dentro de los linderos de las minas especificadas en los hechos segundo y cuarto de esta demanda, no forman parte de la reserva minera nacional y no pueden ser, por lo mismo, otorgados en concesión.

"III.—Que en consecuencia, el Ministerio de Minas y Petróleos debe suspender los trámites de la Propuesta de contrato formulada por el doctor Guillermo Guingue Salazar y archivar el expediente; o, en subsidio, excluir, al celebrar contrato con el proponente, la parte de la zona pedida en concesión que se superpone sobre las zonas amparadas por los títulos de las minas especificadas en los hechos segundo y cuarto de esta demanda, o que afecte dichas minas".

Luego de dar a esa demanda el curso legal correspondiente a su primera instancia, el Tribunal

Superior de Medellín en sentencia de 4 de febrero de 1950, la decidió así:

"**Primero.**—Declárase que la Compañía Nechi Consolidated Dredging Limited (cesionaria de la Compañía Exploradora del Nechí), es dueña de las minas **Pichincha, Junín** y **Ayacucho**, a que se refiere esta providencia.

"En consecuencia, se declara que los minerales solicitados en concesión por el doctor Guillermo Guingue Salazar y amparados por los títulos de las mencionadas minas no forman parte de la reserva minera nacional, y por lo mismo no pueden ser otorgados en concesión".

"El Ministerio de Minas y Petróleos debe suspender los trámites de la solicitud de concesión hecha por el doctor Guingue Salazar en lo tocante a las áreas amparadas por los títulos de las referidas minas, y excluir, por consiguiente, en el respectivo contrato de concesión todo el subsuelo del cauce y de la margen izquierda del río Nechí, comprendido por los mismos títulos.

"En la demarcación de esas minas se tendrá en cuenta el croquis levantado por los señores peritos en la diligencia de inspección ocular que practicó este Tribunal, croquis que obra en el juicio como prueba".

"**Segundo.**—Declárase que la Compañía Nechí Valley Gold Mining, es dueña de las minas **Concepción Nº 3, Concepción Nº 4, Concepción Nº 5, Nechí Nº 12, Nechí Nº 13,** mencionadas antes".

"En consecuencia, se declara que los minerales solicitados en concesión por el doctor Guingue Salazar y amparados por los títulos de las mencionadas minas, no forman parte de la reserva minera nacional, y por lo mismo no pueden ser otorgados en concesión.

"El Ministerio de Minas y Petróleos debe suspender los trámites de la solicitud de concesión hecha por el doctor Guingue Salazar en lo tocante a los minerales existentes en las áreas amparadas por los títulos de las referidas minas, y excluir, por consiguiente, en el respectivo contrato de concesión la parte de la zona solicitada por el citado doctor Guingue Salazar, en cuanto se superpone a las zonas amparadas por los títulos de las minas mencionadas en este ordinal segundo".

"Para la demarcación de las respectivas zonas de tales minas debe tenerse en cuenta el croquis levantado por los señores peritos en la diligencia que practicó este Tribunal, croquis que obra en los autos como prueba".

"**Tercero.**—Declárase que la misma Compañía Nechí Valley Gold Mining como titular de las minas Santa Paula Nº 1 y Santa Paula Nº 2, no tiene derecho a oponerse a la propuesta de concesión formulada por el doctor Guingue Salazar, en las zonas que dichos títulos amparan y en la parte correspondiente a la reserva de la Nación, y por tanto dichas zonas son propiedad del Estado, en la extensión a que se refiere el Artículo 1º de la ley 13 de 1937. Para la respectiva demarcación se tendrá en cuenta el croquis a que se ha hecho mención antes.

"Sin costas"

De este fallo apelaron tanto el señor Fiscal 2º del Tribunal como el señor apoderado de la Nechi Valley Gold Mining Company, por cuyo motivo vino este negocio a conocimiento de la Corte; y como aquí ha recibido la tramitación correspondiente a la segunda instancia, es el caso de proceder a resolver lo pertinente. Para ello se considera:

Una simple comparación sobre el objeto de las pretensiones aducidas por la segunda de las entidades demandantes, la Nechí Valley Gold Mining Company, y lo que sobre el particular decidió el Tribunal, permite apreciar exactamente el gravísimo error en que, por deficiencia, incurrió el sentenciador de la instancia. En efecto:

Tanto en el escrito de oposición presentado ante el Ministerio, como en la demanda con que aquélla se formalizó ante el Tribunal, la Nechi Valley Gold Mining Company refirió sus pretensiones de dominio a doce minas, claramente identificadas por su nombre y linderos; fueron ellas: Nechí Nº 12, Nechí Nº 13, Concepción Nº 3, Concepción Nº 4, Concepción Nº 5, Santa Paula Nº 1, Santa Paula Nº 2, Santa Paula Nº 3, Regina, Ramona, Los Angeles Nº 3 y Los Angeles Nº 4; respecto de ellas demandó la Compañía la declaración de su propiedad, y consiguiente exclusión de la propuesta de explotación formulada por el señor Guingue Salazar. En tales circunstancias, el Tribunal tenía legalmente la obligación de pronunciarse sobre el dominio de todas y cada una de dichas minas, tal como se le demandaba. Sin embargo, no lo hizo, limitando su pronunciamiento a las siete primeras de las doce que enumera la demanda, para reconocerlo respecto de cinco y negarlo en cuanto a las otras dos, y guardar absoluto silencio en cuanto a las restantes; con lo cual, la controversia sobre las minas de Santa Paula Nº 3, Regina, Ramona, Los Angeles Nº 3 y Los Angeles Nº 4, ha seguido sub-judice dentro

de la primera instancia, por la sola consideración, expuesta en la parte motiva, de "no estar comprendidas dentro del terreno delimitado en la solicitud de concesión del Dr. Guingue Salazar", según lo anotado en el acta de la inspección ocular practicada en el curso del juicio; sin parar mientes en que ese simple hecho en manera alguna puede equipararse a un desistimiento, que el Tribunal tampoco reconoció, y que, en definitiva, era el único medio como legalmente habría podido justificarse esa omisión de la sentencia.

Pero como de acuerdo con el artículo 471 del C. J., en la parte resolutiva de la sentencia debe hacerse, con la debida separación, "el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, dando su derecho a cada una de las partes", síguese entonces, que al incurrir el Tribunal en el defecto anotado, violó de hecho el contenido de esta norma legal, creando así la imposibilidad jurídica de un segundo fallo sobre materia que aún no ha sido calificada en primera. Por ello, es fundada la observación del señor Procurador Delegado en lo Civil, cuando en su alegato ante la Sala, expresa lo siguiente sobre el particular:

"El fallo recurrido, por dicho aspecto, es violatorio del inciso final del artículo 471 del C. J., que terminantemente dispone que "las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

"La no identificación del grupo de cinco minas aludido, motivado por libre disposición de la Compañía, no significa más que prescindencia de una prueba justificativa de la acción, pero no es equivalente al desestimiento de las pretensiones deducidas en la demanda. El vacío debe, pues, colmarse, para que el fallo se ajuste a la legalidad procesal".

En consecuencia, es el caso de revocar la sentencia de primer grado, para el solo efecto de que por el Tribunal se pronuncie la correspondiente a todas y cada una de las pretensiones que se le han propuesto.

A 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 fecha cuatro de febrero de mil novecientos cincuenta, proferida en este Juicio, para el solo efecto de que por el Tribunal de Medellín se pronuncie la que corresponde a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

No hay costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y ejecutoriada, devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez — Rafael Leiva Charry—Gualberto Rodríguez Peña—Ovidio Palmera, Conjuez. **Jorge García Merlano,** Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS CON LA OCURRENCIA DE UN ACCIDENTE DE AVIACION — EL SERVICIO AEREO ES UNA DE LAS ACTIVIDADES QUE LA JURISPRUDENCIA CONSIDERA ESPECIALMENTE PELIGROSAS — CUANDO LA PROPIA VICTIMA DEL DAÑO ES QUIEN OPERABA LA MAQUINA O COSA PELIGROSA, LA PRESUNCION DE CULPABILIDAD NO PUEDE SER INVOCADA — EN EL CASO DE QUE EXISTAN VARIOS RESPONSABLES DE LA OCURRENCIA DE UN ACCIDENTE, LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR ES SOLIDARIA

1—No hay duda que el servicio aéreo equivale a lo que la jurisprudencia determina como una actividad peligrosa. Si en muchas ocasiones esa jurisprudencia ha aceptado que es actividad de esta clase el manejo de un automóvil, con mayor razón hay que aceptar que es actividad peligrosa accionar una aeronave. Por eso la ley tiene definido que hay presunción de culpa por consecuencia de hechos del servicio aéreo ocurridos dentro de un aeródromo (Ley 89 de 1938, Art. 53).

De esta suerte, no corresponde a la víctima probar la negligencia o el descuido, porque la presunción está a su favor, y toca al demandado salvarse de esta presunción de culpa, estableciendo: o un caso fortuito, o una fuerza mayor, o una intervención de elemento extraño, que puede ser la imprudencia o el descuido de la propia víctima.

Pero esa presunción, que se puede llamar de peligrosidad, no puede ser invocada por quien opera la cosa peligrosa. Quien maneja una locomotora tiene que probar que las malas condiciones de ella fueron la causa del siniestro, a fin de que la responsabilidad por éste se cargue al empresario.

Mas en éste y en aquel otro caso, bien puede suceder que las responsabilidades se compenetren y coincidan, dando lugar a una concurrencia de culpas, de acuerdo con el artículo 2357 del C. C., concurrencia no sometida a reglas ni a graduaciones legales, sino que toca al Juzgador considerarla y definirla prudentemente.

2—Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del C. Civil, en armonía con el artículo 1751 del mismo Código.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Ante el Tribunal Superior de Bogotá, se pidió en demanda de 13 de noviembre de 1948:

Primera.—Que la Nación es responsable civilmente del accidente de aviación ocurrido en la Base Aérea Militar de Madrid (Departamento de Cundinamarca) el veinticuatro (24) de mayo del presente año, en el cual perdió la vida el teniente del Ejército y piloto militar señor Rafael Escobar Martínez, quien estaba casado con mi poderdante y era el padre de sus menores hijos (Carlos Antonio y María del Pilar).

Segunda.—Que la responsabilidad de la Nación le impone la obligación de indemnizar los perjuicios materiales y morales que han sufrido mi poderdante y sus menores hijos por la muerte accidental de su marido y padre.

Tercera.—Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, la Nación debe pagar a la señora Lucy Cortés de Escobar y a sus menores hijos, dentro del término que la sentencia señale a partir de su ejecutoria, y para indemnizarles los perjuicios de orden material o económico que han recibido, la suma en que se hayan justipreciado por peritos sobre las pruebas que para tal fin, se presentarán en el curso de este mismo proceso, y que la parte en cuyo nombre hablo estima fundada-

mente que asciende por lo menos a la cantidad de trescientos mil pesos ($ 300.000).

Cuarta.—Que, igualmente, la Nación debe pagar a la señora Cortés de Escobar y a sus menores hijos, dentro del término que la sentencia señale, la suma que se determine pericialmente a título de indemnización por los perjuicios morales sufridos.

Como hechos que interesa considerar se tienen los siguientes:

a) En la fecha mencionada, a las tres y media de la tarde, el avión C-47 número 662 perteneciente a la fuerza aérea colombiana, chocó violentamente con el avión "Luscombe" de turismo, matrícula C. P. del Aéreo Club de Colombia, en momentos en que se preparaba a aterrizar en la base aérea militar de Madrid, y a aconsecuencia del choque los dos aparatos se precipitaron a tierra incendiados, y pereció el Tte. Rafael Escobar Martínez, piloto instructor, lo mismo que el piloto, teniente Alvaro Rey Zúñiga, y los mecánicos (hechos 1º, 2º y 3º).

b) En la misma Base Aérea Militar de Madrid venía funcionando el Aéro Club de Colombia, entidad privada que se ocupaba en fomentar la aviación civil y en dar enseñanza de pilotaje aéreo a individuos particulares; y cuando ocurrió el choque piloteaba el avión de esta empresa el señor Carlos Rivas. (Hechos 4º y 6º).

c) La inconveniencia manifiesta de que funcionara en tal base una entidad de enseñanza particular de aviación y el peligro que esto ofrecía para los pilotos militares, se había puesto de presente en solicitudes de miembros del ejército para que se suspendiera el funcionamiento allí del Aéro Club. (Hecho 7º).

d) Ocurrido el accidente de que se ha hablado, el Ministerio de Guerra canceló el permiso para que el Aéreo Club continuara funcionando en la Base de Madrid. (Hecho 8º).

e) Hubo deficiencias en las señales dadas por la torre de control instalada en el Campo Aéreo para autorizar los aterrizajes, por lo cual el accidente no pudo ser prevenido. (Hecho 9º).

De una vez se deja sentado que el señor Procurador Delegado da por establecidos en el proceso los hechos a que se refieren las letras a), b) y d); y expresa que no están probados los hechos señalados con las letras c) y e), o sea los que se refieren a las solicitudes que de antemano se habían hecho por varios militares para que no funcionara en la Base el Aéreo Club, por el peligro que ello entrañaba, y a las deficiencias de que se acusa a la torre de control.

En la demanda se invocaron como fundamentos de derecho, fuéra de unos textos constitucionales, lo dispuesto en el Título 34, Libro IV del C. C.

El juicio cumplió todas las etapas procedimentales, y fue clausurado por sentencia, sin salvamento de voto, de quince de abril de mil novecientos cincuenta, en la cual se resolvió lo siguiente:

1º Declarar que la Nación Colombiana es civilmente responsable del accidente de aviación ocurrido en la Base Aérea Militar de Madrid, Cundinamarca, el veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), en que murió trágicamente el Teniente Rafael Escobar Martínez.

2º Condenar a la Nación demandada en este juicio a pagar a la demandante señora Lucy Cortés de Escobar y a los hijos menores de ésta de nombres María del Pilar y Carlos Antonio Escobar Cortés, las siguientes cantidades en concepto de perjuicios materiales: Para Lucy Cortés de Escobar, setenta y dos mil noventa pesos con veinticinco centavos ($ 72.090.25) moneda legal colombiana; para María del Pilar Escobar Cortés, doce mil novecientos noventa y tres pesos con sesenta centavos ($ 12.993.60) moneda legal colombiana; y para Carlos Antonio Escobar Cortés, la suma de trece mil trescientos ochenta y nueve pesos con sesenta centavos ($ 13.389.60) moneda legal colombiana.

3º Condenar a la Nación a pagar conjuntamente a los tres demandantes citados la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) en concepto de perjuicio moral subjetivo.

Parágrafo. — Del monto de estas condenas se descontará lo que los demandantes hayan percibido ya del Tesoro Nacional en pago del Seguro de Vida.

4º Se niega lo demás pedido.

Esta sentencia fue apelada por la parte actora, pero no por el señor Fiscal del Tribunal. Y esta Corporación pasó por alto consultarla, de acuerdo con el artículo 508 del C. J.

Ante esta Sala el negocio se ha adelantado normalmente, se abrió a pruebas, las partes alegaron con interés y con argumentación ordenada, y ha llegado el momento de considerar la sentencia de primer grado, a lo cual se procede.

Consulta

Desde el primer momento el señor Procurador Delegado planteó esta cuestión, así:

"Este Despacho ha creído conveniente dejar constancia, desde ahora, que el juicio de que se trata ha llegado a esa H. Corte, no solamente en razón de la apelación interpuesta por la parte demandante, sino también por vía de consulta de la sentencia mencionada. Así lo entiende la Procuraduría, ya que, por una parte, el fallo memorado declara una obligación a cargo del Estado y, por otra, la Corte puede avocar el conocimiento de este negocio por vía de consulta, aun cuando así no lo hubiera dispuesto el Tribunal, ya que la jurisdicción en este caso se la da la ley expresamente para tal fin (artículo 508 del C. J.) y que de acuerdo con el artículo 510 la sentencia que debe ser consultada no se ejecutoría mientras no se surta la consulta".

No objetó esto la parte actora, sin duda porque convino en que el señor Procurador tiene razón. La sentencia a examen no está ejecutoriada, en lo que se refiere a la consulta, de acuerdo con el artículo 510 del C. J. que dice: "La sentencia que debe ser consultada no se ejecutoría mientras no se surta la consulta". Y como la consulta se surte ante el Superior, en esta instancia se va a examinar la sentencia, no sólo por vía de apelación interpuesta por el actor, sino por vía de consulta a que tiene derecho la parte demandada, por versar esa sentencia sobre una obligación a cargo de la Nación (artículo 508 del C. J.), y porque ese derecho de la Nación proviene de la ley y no de la decisión que acerca de él puedan dictar las autoridades judiciales.

Fundamento legal de la sentencia

Estima el Tribunal que para el caso es aplicable el artículo 63 de la ley 89 de 1938, que versa sobre aeronáutica civil, pero acepta de otro lado que ante las disposiciones comunes sobre responsabilidad, también es desfavorable la situación de la parte demandada, pues dice: "En el terreno del derecho común de la responsabilidad civil por culpa extracontractual, la situación de la parte demandada es también desfavorable, porque si bien es cierto que en el caso de autos la víctima no fue un extraño a la Nación considerada como empresario o patrono, sino un empleado o agente de la misma Nación, sin embargo esa sola circunstancia no sería suficiente a descartar la presunción de responsabilidad, o mejor, de peligrosidad establecida en el artículo 2356 del Código Civil". De manera que la sentencia acepta también que el caso de responsabilidad de la Nación está cobijado por el artículo 2356, que hace parte del Título 34 del Libro 4º del C. C., invocado por el actor en su demanda, y acerca de esto se va a hacer estudio, previos estos conceptos:

No hay duda de que el servicio aéreo equivale a lo que la jurisprudencia determina como una actividad peligrosa. Si en muchas ocasiones esa jurisprudencia ha aceptado que es actividad de esta clase el manejo de un automóvil, con mayor razón hay que aceptar que es actividad peligrosa accionar una aeronave. Por eso la ley tiene definido que hay presunción de culpa por consecuencia de hechos del servicio aéreo ocurridos dentro de un aeródromo (ley 89 de 1938, artículo 63).

De esta suerte, no corresponde a la víctima probar la negligencia o el descuido porque la presunción está a su favor, y toca al demandado, aquí la Nación, salvarse de esta presunción de culpa, estableciendo: o un caso fortuito, o una fuerza mayor, o una intervención de elemento extraño que puedà ser la imprudencia o el descuido de la misma víctima.

Pero esa presunción, que se puede llamar de peligrosidad, no puede ser invocada por quien opera la cosa peligrosa. Quien maneja una locomotora tiene que probar que las malas condiciones de ella fueron causa del siniestro a fin de que la responsabilidad por éste se cargue al empresario.

Mas en éste y en aquel otro caso, bien puede suceder que las responsabilidades se compenetren y coincidan, dando lugar a una concurrencia de culpas, de acuerdo con el artículo 2357 del C. C., concurrencia no sometida a reglas ni a graduaciones legales, sino que toca al juzgador considerarla y definirla prudentemente.

El caso y las pruebas

No se le puede restar mérito a las pruebas relacionadas con el accidente en cuanto ellas se refieran a las condiciones técnicas de éste, es decir, en cuanto en su elaboración hayan intervenido personas y autoridades encargadas de todo lo relacionado con la navegación aérea. Se trata de un moderno sistema de transporte, del cual conoce un número limitado de personas, y es en-

tonces natural que cuanto éstas digan sobre el particular ha de ser muy atendible. Se dice esto porque en la sentencia se desestima el concepto de una comisión técnica, investigadora del accidente aéreo, porque en concepto del fallador, las conclusiones de la comisión no están acompañadas "de los requisitos de fondo previstos en el artículo 716 del C. J.", es decir, porque el concepto "no incluye los razonamientos o motivos determinantes de aquellas conclusiones"; y se dice también aquello porque en concepto del señor Procurador las estimaciones de algunos militares pilotos sobre puntos relacionados con el caso, se han debido exponer en dictamen pericial y no en declaraciones. Al juzgador corresponde estimar la fuerza probatoria de esas pruebas, pero no hay razón para hacerlas a un lado.

En el expediente se encuentran pruebas sobre la responsabilidad por parte de la Nación, según se va a examinar en seguida:

La parte actora pidió al Ministerio de Guerra "copia de la investigación de carácter técnico y sus conclusiones sobre las causas del accidente ocurrido el 24 de mayo de 1948 en la base aérea de Madrid ordenada por la Dirección Nacional de la FAC y copia de la investigación administrativa o penal ordenada por la misma Dirección sobre el mencionado accidente".

Atendiendo a esa solicitud, la Dirección General de Aviación expidió copia de unos documentos, que apenas en parte se van a transcribir:

"Descripción del accidente y forma como ocurrió, etc.

"El accidente ocurrió en la recta de aproximación final en la pista 2/4 en la forma siguiente: El Douglas F. A. C. 662 venía en su recta final para aterrizaje, habiendo prolongado dicha recta para facilitar un mejor control del enfoque de la pista por parte del señor Teniente Rey, quien recibía instrucción en ese tipo de avión, del señor Teniente Escobar. Durante todo su tráfico observó las reglas para este tipo de maniobras, y había recibido por dos veces, las instrucciones de la torre de control sobre condiciones para aterrizaje con pista libre. La torre de control cuando por primera vez le dio pista al 662, le hizo la observación de que al N. W. del campo venía una avioneta a la cual se le estaba poniendo 'luz roja', y minutos más tarde le confirmó nuevamente: 'pista libre', con el recibido correspondiente por parte de los pilotos. La avioneta del Aero Club Luis Combe número 33, se encontraba efectuando maniobras de escuela sobre Bojacá. Terminadas éstas entró al tráfico de la Base más o menos al final de la pierna larga, sin observar la luz roja con que la torre le ordenaba salir del mismo por estar ya la pista ocupada. La avioneta continuó su tráfico recortando la pierna larga; y al efectuar su último viraje para quedar enfocada a la pista, fue alcanzada por el 662. Basados en la inspección ocular que efectuó la comisión sobre los escombros de los dos aviones, se llega a la conclusión de que el choque se produjo en el momento en que la avioneta efectuaba un viraje con una inclinación aproximada de 45 grados; pues así lo demuestran las huellas encontradas en el pedazo de montante arrancado a la avioneta. Al respecto se levantó un croquis que se adjunta, y el que señala la forma como se produjo la colisión.

"Conclusiones de la comisión investigadora

"En el accidente ocurrieron los siguientes errores: 1º Falta de conocimiento de sus deberes por parte de la torre de control; 2º Falta de control del tráfico por parte del avión del Aero Club, ya que hizo caso omiso de las señales luminosas de la torre de control; y 3º Falta de control de tráfico por parte del F. A. C. 662, ya que aun cuando había recibido autorización de la torre de control para efectuar su aterrizaje no se tuvo la precaución de constatar la posición exacta del avión del Aero Club.

"Recomendaciones de la comisión investigadora

"1º Dotar a las torres de control de un completo y moderno equipo para señales luminosas.

"2º Exigir de las torres de control que los libros de minuta que éstas llevan, lo sean hechos en forma detallada y completa, anotando todos los aterrizajes y decolajes de cada uno de los tipos de aviones que operan en la Base.

"3º Dotar a las torres de control de personal especializado y con conocimientos completos sobre sus obligaciones.

"4º No permitir que operen en las bases que tengan tráfico de aviones de transporte, aviones de instrucción, sin que tengan éstos equipo de radiofonía.

"Concepto del Comando de la Base

"El suscrito Comandante de la Base Aérea de Madrid hace constar que está en un todo de acuerdo con los conceptos y conclusiones emitidas por la comisión investigadora, así como con las recomendaciones que dicha comisión hace en la presente investigación. — Atentamente, (fdo.) Capitán Escipión Alvarez P., Comandante de la Base.

".....

"Auto definitivo de la Dirección General de Aviación

"La Dirección General de la Fuerza Aérea está de acuerdo con las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Investigadora y acepta, por consiguiente, los porcentajes de responsabilidad determinados por la citada Comisión. (Fdo.) Coronel Luis A. Rodríguez M., Director General Fuerza Aérea".

Lo copiado hace parte de documentos auténticos, porque proviene de funcionarios con autoridad que ejercen cargos públicos (artículo 632 del C. J). y de ello se pueden sacar las siguientes conclusiones.

1ª Que cuando la torre de control le dio pista al avión, lo hizo advirtiéndole que estaba poniendo 'luz roja' a la avioneta, y que poco después le confirmó la 'pista libre'. Lo que quiere decir que el avión estaba enterado de la presencia de la avioneta, y lo que quiere decir también que la última "vía libre" se dio sin guardar las debidas precauciones.

2ª Que la avioneta, porque no la vio o por descuido, no hizo caso de la "luz roja", por lo cual fue alcanzada por el avión.

3ª Que al momento del accidente había deficiencias en la torre de control.

4ª Que al momento del accidente faltó control del tráfico por parte de la avioneta, pues hizo caso omiso de las señales luminosas.

5ª Que faltó control de tráfico por parte del avión, pues "aun cuando había recibido autorización de la torre de control para efectuar su aterrizaje, no se tuvo la precaución de constatar la posición exacta del avión del Aero Club".

Faltó, pues, prudencia a los aviadores, hecho más grave en lo que se refiere al Teniente Rafael Escobar. Eran dos los aviadores, y el Teniente Escobar viajaba en el avión instruyendo a su compañero el Teniente Rey. Se puede aceptar que por parte de éste hubo un descuido de aprendiz, pero no es aceptable el descuido por parte de quien estaba dando una enseñanza.

No se puede menospreciar la circunstancia de que en la Base de Madrid, destinada especialmente para el entrenamiento de pilotos del Gobierno, existiera una escuela para entrenamiento de pilotos particulares. Es natural que el peligro para aquéllos aumentaba, y hay que aceptar que las autoridades de aviación no estimaron justamente las circunstancias de peligrosidad que de ese hecho se derivan en contra de la aviación oficial.

Lo vinieron a comprender así esas autoridades, cuando el mismo día del accidente se retiró el permiso para que el Aero Club continuara funcionando en la Base de Madrid, con lo cual, sin duda, se reconocía un error que contribuyó en mucho al desastre que se ha considerado en estos autos. El señor Procurador Delegado dice sobre esto que no es hecho constitutivo de indicio contra la Nación la orden de retirar del campo la enseñanza del Aero Club, pues que ello "a lo sumo significa que no estando construída la Base, principalmente, sino para el servicio de la aviación del Estado, éste quiso alejar de sí todo riesgo de que en el futuro pudiera repetirse otro infortunio...". Dos conclusiones se pueden sacar de este párrafo: que el Gobierno sabía que la Base no estaba preparada sino para la aviación del Estado; y que el siniestro se realizó frente a un riesgo, que después se quiso alejar.

Ni se puede menospreciar tampoco la circunstancia de que algunos militares pilotos, individualmente, afirman la inconveniencia de que máquinas pesadas funcionaran en el campo de aviación de Madrid con máquinas de entrenamiento primario, y expresan, por propio conocimiento, acerca de las dificultades con que constantemente se tropezaba en la Base por la presencia de aviones del Aero Club.

Por último, es de importancia tener en cuenta que aquellos documentos emanan de autoridades de la aviación, lo que quiere decir que han sido preparados por la misma parte demandada.

Concurrencia de culpas

No se puede dudar de que al piloto instructor le cabe responsabilidad en el accidente que le ocasionó la muerte. Es aceptable que contribuyera

a ese accidente las condiciones en que funcionaba la torre de control, y la presencia en el campo de una enseñanza primaria de aviación; pero de otro lado, contribuyó a ese accidente, de manera muy señalada, el descuido o imprudencia del Teniente Escobar Martínez. Ya se dijo que eran dos los aviadores y que se puede explicar aunque no justificar, un descuido en quien debía estar manejando el timón del avión, Teniente Rey; pero no se podrá encontrar explicación al hecho de que el instructor del vuelo, que lo era el Teniente Escobar, no estuviera listo para impedir que su compañero, su discípulo, tomara la ruta de aterrizaje sin haber determinado las condiciones en que volaba la avioneta, también buscando tierra. Lo que se puede explicar en el discípulo, de quien se supone no lo suficientemente experto, no se puede explicar en el maestro, que ha debido ser un veterano de la aviación nacional. Sobre el Teniente Escobar pesaba una obligación de cuidado y diligencia, para evitar un daño que lo perjudicaba a él y perjudicaba al Estado.

En estas circunstancias, la parte demandada se salva en mucho de la presunción de culpa, por efecto de un elemento extraño, como la imprudencia o descuido de la misma víctima. Y de acuerdo con el artículo 2357 del C. C., la Sala considera que la responsabilidad por parte de la Nación queda disminuída en una cuarta parte de los perjuicios, la cual corresponde a la víctima.

Litis consorcio

Dice el señor Procurador Delegado refiriéndose a la demanda:

"En la reclamación indemnizatoria, no es, pues, lógico demandar exclusivamente a uno solo de los agentes que operaron cuando se consumó el infortunio, dejando de lado precisamente a otro, al que se ocupaba, del mismo modo que el demandante, en una actividad en sí misma peligrosa, es decir, al Aero Club de Colombia...".

"Los hechos aducidos en la demanda indicaban claramente al actor que su acción no podría estimarse sino determinando un **litis-consorcio** pasivo necesario, que ligara como contraparte suya a la Nación y al Aero Club, quien también es persona jurídica, para probarles sus culpas y la proporción en que debieran indemnizar los daños por ellas causados".

Talvez no tiene razón el señor Procurador. Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del C. Civil, en armonía con el artículo 1571 del mismo Código. La Nación se subroga en la acción contra el Aero Club, según el artículo 1579 siguiente.

De esta suerte, no se puede atender la exigencia del señor Procurador en el sentido de que se declare que es sustantivamente inepta la demanda incoada en el presente juicio contra la Nación.

Valor de los perjuicios

Ninguna observación hizo el señor Procurador a la parte de la sentencia sobre liquidación de los perjuicios.

El demandante pide que la sentencia sea confirmada, "excepto en cuanto al ordinal 3º de la parte resolutiva". Y esto porque en ella no se aceptó el concepto pericial en cuanto se tuvo en cuenta un ascenso del Teniente Escobar Martínez. Acerca de esto dijo el Tribuanl, invocando alguna doctrina de esta Sala: "...la Sala sentenciadora desestima por infundado y errado el dictamen pericial en la parte que computa y liquida las entradas brutas de la víctima, a partir del 1º de agosto de 1948 en adelante, con base en un ascenso probable a Capitán... En cambio decide que es fundada y aceptable como base de la liquidación del daño la cantidad cierta y fija de ochocientos cuatro pesos mensuales". Y la Sala encuentra bien estas conclusiones y apreciaciones de la sentencia.

La sentencia consideró que se podía disponer de todos los elementos para fijar el valor de los perjuicios, y que era inoficioso aplazar la liquidación de éstos. Y los fijó en la forma que ya se reprodujo atrás, con un monto de perjuicios materiales para la esposa y los hijos de $ 98.473.45 y con un monto de perjuicios morales en común de $. 2.000.00.

Ya se vio que en la demanda se estimaron los perjuicios en $ 300.000, y en la peritación realizada dentro del término probatorio, se avaluaron los perjuicios materiales en $ 120.072.60, y los morales en $. 2.000.00.

Como base de los cálculos y liquidación, los peritos, en concepto muy razonado, tuvieron en cuenta las siguientes, que se encuentran ajustadas a la ley y a las constancias procesales.

Edad: cuando el Teniente murió tenía 29 años y 10 meses.

Sueldo mensual como Teniente: $ 804.

Vida probable, de acuerdo con las tablas de mortalidad: 36 años.

Obligaciones de padre para con los menores: hasta cumplir éstos 21 años.

Obligaciones del marido para con su esposa: durante la vida probable de ésta: 37 años y 11 días; pero para el cálculo se tiene como base la vida probable del marido, o sean 36 años, pues aquélla debía sobrevivir a éste en un año.

Aplicación para gastos de la familia, teniendo en cuenta que según las pruebas del expediente, ésta vivía con decoro y decencia, y absorbía casi toda la ganancia del jefe: las tres cuartas partes de la entrada mensual dejando una cuarta parte para los gastos personales del marido y padre; lo que quiere decir que de su remuneración mensual, se calcula que el Teniente destinaba al sostenimiento de su familia la suma de $ 603.

Estos datos del peritazgo se tuvieron en cuenta, como se dijo, para fijar el monto de perjuicios, pero con base de un sueldo mensual como Teniente, en una parte, y en otra con base de sueldo mensual como Capitán; pero no aceptado esto, la sentencia sigue los datos del peritazgo, y teniendo como base un sueldo de Teniente, y aplicando las tablas de Garuffa, llega a estos resultados, que examinados y confrontados se encuentran corrientes:

Perjuicio recibido por la esposa.....	$ 72.090.25
Perjuicio del menor Carlos Antonio Escobar	13.389.60
Perjuicio de la menor Pilar Escobar...	12.993.60
SUMA.....	$ 98.473.45

De acuerdo con lo que se ha dicho sobre concurrencia de culpas, la anterior suma debe reducirse en una cuarta parte, de manera que la condenación por perjuicios materiales quedará en $ 73.855.09.

La Sala encuentra bien como monto de la indemnización por perjuicios morales la suma de $ 2.000.00, para la esposa. La sentencia expresa esto, que es razonable, para no hacer condena especial a favor de los menores:

"La Sala falladora observa que en verdad los impúberes María del Pilar y Carlos Antonio, dada su corta edad (dos y tres años) no estaban en condición de experimentar en toda su intensidad un dolor personal al tiempo de la muerte trágica de su padre. Entre ellos y su madre, existía unidad de sentimientos, es decir, de dolor, de afectos y de intereses, por lo que no resulta jurídico hacer una condenación separada para cada uno, en concepto del daño puramente subjetivo o moral, rompiendo esa unidad. Por tanto, la condenación al máximo de dos mil pesos ($ 2.000.00) que permite la ley debe ser conjunta para la demandante Lucy Cortés v. de Escobar y para sus expresados hijos".

Seguro

La sentencia expresa que del monto de la condena se debe descontar lo que del Tesoro Nacional hayan recibido los demandantes por pago de un seguro de vida, y dice que esa deducción se ordena porque así lo tiene establecido la jurisprudencia.

Ante esta Sala pidió como prueba el señor Procurador Delegado un certificado del Ministerio de Guerra sobre los reconocimientos pecuniarios que se hayan hecho a favor de la esposa del Teniente Rafael Escobar o de sus hijos; y en ese certificado se lee que la señora Lucy Cortés v. de Escobar recibió en su propio nombre y como representante de sus dos hijos menores la suma de $ 39.950 por concepto del seguro de vida por la muerte del Teniente piloto Rafael Escobar Martínez.

En dos últimos días ha dictado esta Sala dos providencias en el sentido de que del monto de la indemnización no se debe deducir el valor del seguro. Uno de esos fallos, de trece de febrero de este año, juicio de Amalia Pira v. de Glausser y otros contra la Nación, dice: "De la cantidad a que ascienda el monto de la indemnización conforme a las bases indicadas, no cabe deducir la que, por concepto de seguro o de prestaciones sociales, han podido recibir los demandantes, como lo solicita el señor Procurador Delegado en lo Civil, porque tales cantidades no corresponden a un concepto indemnizatorio del perjuicio que éstos recibieron por la muerte de su esposo y padre, sino a prestaciones de índole específica previstas en el contrato; el seguro, por ejemplo, resultaba del solo hecho de la muerte del contratista en el servicio; pero es claro que si el fallecimiento se producía no simplemente por causas naturales sino por culpa del Estado, la fuente de la obligación de indemnizar no es ya el contrato,

sino el hecho culposo; como si lo recibido fueron las prestaciones sociales, el derecho a ellas tiene una fuente distinta e independiente a la de la culpa que obliga a la reparación del daño, cual es la ordenación legal que así lo prescribe".

La Ley 32 de 1922 adoptó para la Nación el seguro de vida que ya existía para las empresas, de acuerdo con la Ley 37 de 1921. Pero más tarde, por medio de un decreto de carácter legislativo (número 1680 de 1942, julio 11) se estableció un especial seguro de vida conforme al cual los familiares de los oficiales que fallezcan en accidentes aéreos tendrán derecho a percibir una cantidad de dinero, la cual corresponde por mitad a la cónyuge sobreviviente y a los hijos (artículo 60).

De esta suerte, bien se puede decir que los seguros de que tratan aquellas providencias de la Sala se refieren a casos generales, pues a ellos tienen derecho los beneficiarios cualesquiera que hayan sido las condiciones en que se produjo el accidente; mientras que en el presente caso se trata de un seguro especialísimo para el evento de accidentes de aviación, de manera que lo pagado por este seguro se confunde con el valor de los perjuicios por concepto del mismo accidente. O en otros términos: el fundamento del seguro en el presente caso y el de la indemnización, se confunden, y ésta es la razón principal para que no se pueda aceptar indemnización por el accidente, y al mismo tiempo aceptar el pago de un seguro con ocasión del mismo accidente, porque se podría decir que se trata de un pago doble por un mismo motivo.

No se puede entonces decir que la Sala se pone en contradicción aceptando la exclusión del seguro en aquellos casos, y definiendo que en el presente se debe deducir ese seguro de la indemnización general, porque como se ha visto, se trata de casos diversos.

Período indemnizatorio

Este período se ha debido dividir en dos partes: una hasta la sentencia condenatoria, y otra en adelante, a fin de aplicar las Tablas de Garuffa a esta parte, según decisiones constantes de la Sala. Mas en el presente caso ha ocurrido lo siguiente: los peritos aplicaron las Tablas a todo el período indemnizatorio; la parte demandante aceptó y exaltó el concepto pericial, diciendo de él, entre otras cosas, que es "del más alto valor no sólo por la reputación científica y social de sus autores, sino por las tesis que sustentan y por la forma y términos en que se ha concebido y presentado, peritación a la cual no osaría hacerle reparos que alcanzaran a invalidarla"; en la sentencia se acoge el concepto pericial menos en cuanto en él se tuvo en cuenta un ascenso, que el Tribunal no aceptó; apelado el fallo del Tribunal, el actor pide que sea confirmado, menos en cuanto a lo relacionado con el ascenso, lo cual quiere decir que en concepto del apelante la aplicación de las Tablas de Garuffa estuvo bien hecha por los peritos, y que la apelación se debía referir sólo al ascenso, no aceptado por el Tribunal, que era lo único desfavorable de la sentencia.

De acuerdo con el artículo 494 del C. Judicial, la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y la sentencia no puede variarse en lo demás. Y es por esto que lo atañedero a la aplicación de las Tablas de Garuffa no ha podido modificarse, porque ese punto fue aceptado por el actor.

En atención a lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REFORMA la sentencia apelada, en los siguientes términos:

1º Se declara que la Nación es civilmente responsable, en parte, del accidente de aviación ocurrido en la Base Aérea de Madrid (Cundinamarca) el veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, en el cual murió trágicamente el Teniente Aviador Rafael Escobar Martínez.

2º Se condena a la Nación, demandada en este juicio, a pagar a los demandantes señora Lucy Cortés de Escobar, esposa del Teniente aviador, y a los hijos de éste, menores Pilar Escobar Cortés y Carlos Antonio Escobar Cortés, la suma en común de **treinta y tres mil novecientos cinco pesos con nueve centavos** ($ 33.905.09), por concepto de perjuicios materiales.

3º Se condena igualmente a la Nación a pagar conjuntamente a los tres demandantes citados la cantidad de **dos mil pesos** ($ 2.000.00) por concepto de perjuicios morales.

4º Las sumas anteriores serán pagadas por la Nación dentro de los seis días siguientes a la fecha en que se dé el aviso de que trata el artículo 554 del Código Judicial.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Rafael Robles—Gerardo Arias Mejía—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

DOMICILIO DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS CON NEGOCIOS EN EL PAIS

El domicilio de las sociedades extranjeras con negocios en el país, si bien no está subordinado "al lugar donde está situada su administración o dirección", porque a dicho lugar resulta extraño el imperio de la ley nacional, lo está PRINCIPALMENTE, al del asiento principal de dichos negocios —que es exactamente, aquel o aquellos en donde se haya hecho su incorporación o protocolizado sus estatutos y poderes de representación—; y SUBSIDIARIAMENTE, al en que deban cumplir sus obligaciones y mantengan un representante, so pena de ser temidas como personas ausentes.

Pero tales sociedades, como las domiciliadas en el país y en general las personas naturales, pueden también elegir, para determinado negocio, un domicilio especial: expresamente, como acontece en los contratos; o tácitamente, como en las controversias de que —por razón del lugar— no está llamada a conocer determinada jurisdicción. En ambos casos la elección de domicilio legitima la competencia, no sólo respecto del juicio principal que se promueva o que se haya promovido, sino de los de ejecución de la sentencia que deban subseguir, pues que donde hay la misma razón de hecho, debe también aplicarse la misma disposición de derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Con fundamento en sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Bogotá y revisadas por la Corte, profirió aquella Corporación —mediante providencia de fecha veintisiete (27) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939)— "orden de pago por la vía ejecutiva en favor del Departamento del Tolima, representado en este juicio por el apoderado doctor Horacio Hernández, y a cargo de la sociedad inglesa denominada The Dorada Railway Company (antes The Dorada Extension Railway Company, Limited) domiciliada en Londres y en Bogotá, representada en Colombia por el señor Sam Bendix Koppel, por las siguientes cantidades: a) Por **cuatrocientos sesenta y siete mil ciento noventa pesos con noventa y nueve centavos** ($ 467.190.99) moneda corriente; y b) Por los intereses a la rata del seis por ciento (6%) anual sobre dicha cantidad, computados desde el diez y siete (17) de octubre de mil novecientos veintitrés (1923) hasta el día en que se efectúe el pago".

Al citarse al señor Koppel para la intimación del anterior recaudo ejecutivo manifestó, en escrito de nueve de noviembre siguiente, no ser él ya apoderado de la expresada Compañía, como tampoco el señor Frank A. Koppel, "quien sustituyó en mí un poder de la misma sociedad" y que "suponiendo que el poder a que me refiero estuviera vigente, un apoderado no puede ser obligado a representar a su poderdante; y os manifiesto que, si se le considerare subsistente, no convengo en representar a la sociedad dicha en el juicio ejecutivo iniciado". Agréguese a lo anterior, que no soy abogado" (fl. 123, C. número 1º). Posteriormente, el 12 de diciembre siguiente, presentó el propio señor Koppel un memorial para que se denegara el requerimiento que se había dispuesto hacerle, y acompañó copia de la escritura número 3.797 de 17 de noviembre otorgada en la Notaría Primera de esta ciudad, y por medio de la cual el señor Jhon Hope Blackett —como apoderado general de la Compañía— "declara terminados los mandatos consignados en los dos instrumentos protocolizados según se dijo en el ordinal segundo y terminadas las sustituciones de que se habló en el numeral tercero, como **cancelados** esos dos instrumentos y **cancelado** el instrumento de sustitución dejando en su entera buena fama a apoderado y sustituto" (fls. 128 v. ibidem).

De paso se observa, que para la fecha en que el señor Sam Bendix Koppel le manifestaba al Tribunal no ser ya apoderado de la Compañía, la representación que le dio la Compañía no había

sido aún revocada, y que, por lo tanto, no era exacto que para esa fecha no tuviera la facultad legal, que era al propio tiempo una obligación, de intimarse del mandamiento de pago.

Entre tanto, después de verificarse el requerimiento que se acaba de mencionar y antes de que se hiciera la revocatoria —13 de noviembre— el citado señor Blackett, por medio de escritura pública número 3.728 otorgada en la misma Notaría Primera, declaró que por cuanto el señor **Frank Adolphus Koppel** (de quien Sam Bendix era sustituto) ha sido el Agente de la Compañía en Bogotá y "no va a continuar siéndolo", designa para dicho cargo al señor **Enrique Otero D'Acosta** "para que la represente ante el Gobierno y ante los particulares en todos los asuntos del Ferrocarril de La Dorada, en Bogotá, y sea el Agente que la misma Sociedad está obligada a mantener en esta ciudad...." "El apoderado —agrega— no podrá representar a la Sociedad poderdante, ante Jueces y Tribunales, pero sí podrá conferir poderes para que la representen abogados, a quienes podrá facultar para que desistan de acciones y recursos...". (Fls. 148 y v. ibidem).

Con base en esta escritura, se solicitó y obtuvo la orden para que fuera citado el señor Otero D'Costa a recibir la intimación del recaudo ejecutivo; esa orden se cumplió el nueve de mayo de mil novecientos cuarenta, manifestando en dicho acto el requerido "que él no es el representante en el domicilio social en Colombia de la sociedad demandada de que trata el artículo citado en el auto (272 del C. J.), sino un Agente en Bogotá, constituído de acuerdo con los contratos de concesión del Ferrocarril; y que en todo caso no asume la representación del Ferrocarril, o sea la sociedad demandada". (Fl. 156).

No fue posible en estas circunstancias trabar la controversia, por lo cual, y previo el cumplimiento de las formalidades legales hubo de nombrarse al doctor Sinforoso Barrios como Curador **ad-litem** de la Compañía. El doctor Barrios, sin embargo, no se notificó del mandamiento ejecutivo, sino que por el contrario solicitó que no se le hiciera la intimación, por considerar que era con el apoderado del asiento principal de los negocios de la Compañía, que debía surtirse dicha diligencia. El Tribunal, como era natural, negó dicha pretensión, y, por vía de reposición, concedió recurso de apelación contra dicha negativa, para ante esta Superioridad; ésta se abstuvo de resolverlo, por considerar que iba dirigido contra el auto que ordenó él discernimiento que es de pura y simple sustanciación. En la fecha en que esta providencia se notificaba falleció el doctor Barrios; por este motivo, por si se llegaba a entender que tal evento implicaba la suspensión de los términos, solicitó el apoderado del Departamento a la misma Corte, que se designara nuevo curador, a lo cual no accedió.

Al volver así el negocio al Tribunal, éste designó al doctor Miguel Santamaría Caro como Curador, para reemplazar al doctor Barrios. Aquél como éste, tampoco se intimó del mandamiento ejecutivo, sino que solicitó primero, que se devolviera el asunto a la Corte para que allí corrieran los términos pendientes al fallecimiento del doctor Barrios, lo cual no le prosperó; formuló luégo recusación contra los Magistrados del Tribunal, que asimismo fracasó; hasta que decidió por último, intentar un incidente de nulidad, dentro del cual suscitó a la vez otro de recusación contra uno de los Magistrados de la Corte, sin que respecto de ninguno de ellos alcanzara otro resultado para la Compañía, que el de dilatar por diez años la notificación del recaudo ejecutivo.

Agotada en esta forma la paciente inventiva del Curador, optó entonces por renunciar su cargo, para que el Departamento tuviera que provocar un nuevo nombramiento; fue así como sobrevino en su reemplazo el doctor Liborio Escallón, de quien logró conseguirse, al cabo de once años de iniciado el juicio, que se notificara e intimara del mandamiento de pago o recaudo ejecutivo.

En este estado las cosas, compareció al juicio el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres a nombre de la entidad demandada, y con base en el correspondiente poder y "en un certificado expedido por la Cámara de Comercio de Honda el 22 de noviembre de 1950 con respecto a las inscripciones hechas allí de los extractos notariales concernientes a las protocolizaciones de los Estatutos de la citada Compañía y del nombramiento de apoderado general y representante legal de la misma Compañía en Colombia..., con los cuales compruebo que el asiento principal de los negocios de la propia Compañía en Colombia está en Honda, Departamento del Tolima, y que desde el año de 1933 el Sr. Jhon Hopel Blackett ha sido su apoderado general y su representante legal en el país, respetuosamente os pido que, previos los trámites de la articulación a que se refiere el ar-

tículo 456 del Código Judicial, declaréis la nulidad de lo actuado en el juicio en referencia". Al efecto invoco las tres causales de nulidad que en el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil se mencionan, así: la de incompetencia de jurisdicción, como principal; y las otras dos, como subsidiarias, en su orden".

Luégo de tramitarse regularmente la articulación respectiva, el Tribunal, en providencia de cinco de abril próximo pasado la decidió, en el sentido de negar la nulidad demandada y de condenar en costas al promotor del incidente. De este fallo apeló la parte vencida; por lo cual, y agotado como se halla el procedimiento del recurso, corresponde ahora decidirlo por esta Sala. Para el efecto se considera:

Incompetencia de jurisdicción

De acuerdo con lo alegado por el recurrente en el escrito de excepciones, los fundamentos de esta causal pueden concretarse así: las sociedades extranjeras con domicilio fuéra del país, deben ser demandadas en el lugar en donde tienen el asiento principal de sus negocios; pero como The Dorada Railway Company tiene esa sede principal de sus negocios en Honda, era ante la jurisdicción a que ese lugar pertenece, que podía surtirse la controversia, y no ante los de este Distrito Judicial.

Posteriormente, en su alegato, propuso el doctor Rodríguez Piñeres otro nuevo fundamento, no invocado en el escrito de excepciones; y consiste en el hecho de que, estando aún pendientes los términos de ejecutoria del auto por medio del cual esta Sala decidió la apelación que en el efecto suspensivo se le había concedido al primitivo curador, doctor Barrios, cuando éste falleció, el Tribunal carecía de jurisdicción para continuar conociendo del asunto, mientras tanto no hubiera concluído la de la Corte; y que, por ello es nulo todo lo actuado de esa fecha en adelante.

La Sala observa:

Por razón del lugar, el conocimiento de los asuntos contenciosos corresponde —en principio— al Juez del domicilio del demandado (artículo 152, 2ª C. J.); entendiéndose por tal, "el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio..." (artículo 78 del C. C.). Y para los establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidos por la ley, "el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales" (artículo 86 ibidem). Pero como respecto de una misma persona pueden ocurrir en varias secciones territoriales circunstancias de domicilio civil, y entre éstas, la resultante del hecho de haber establecido las partes, "de común acuerdo, un domicilio especial para todos los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato" (artículo 85 ibidem), o del "lugar en donde deba cumplirse la obligación" el cual se presume "domicilio elegido", la competencia para conocer queda entonces subordinada, a la de cualquiera de aquellos lugares, a prevención (artículo 152- C. J.).

Respecto de sociedades extranjeras con domicilio fuéra del país, pero con negocios permanentes en él, el Decreto Legislativo número 2 de 1906 les impuso la obligación de protocolizar "dentro de los seis meses subsiguientes a la iniciación de sus negocios, el documento de su fundación y de sus estatutos en la Notaría de la Circunscripción en donde esté el asiento principal de sus negocios o industrias"; y la de tener en dicho lugar, "un representante con facultades de mandatario y con igual personería que la del gerente, para las controversias judiciales que ocurran y para los negocios establecidos en el país". El Decreto Legislativo número 37 del mismo año, ratificó esas mismas previsiones, extendiendo aquella representación a los asuntos y demandas que contra ellas se promuevan ante los tribunales nacionales y las autoridades administrativas y de policía. Y el artículo 272 del actual C. J. determinó posteriormente: "Las sociedades o corporaciones con domicilio en otro país, que tengan o establezcan negocios en Colombia, son representadas por apoderados o agentes residentes en el lugar o asiento principal de los negocios de aquéllas, o si no lo tienen, donde deban cumplir sus obligaciones, so pena de ser consideradas como ausentes cuyo domicilio se ignora".

De donde se deduce claramente, que el domicilio de las sociedades extranjeras con negocios en el país, si bien no está subordinado "al lugar donde está situada su administración o dirección", porque a dicho lugar resulta extraño el imperio de la ley nacional, lo está principalmente, al del asiento principal de dichos negocios — que es exactamente, aquel o aquellos en donde se haya hecho su incorporación o protocolizado sus estatutos y poderes de representación; y subsidiariamente, al en que deban cumplir sus obligaciones

y mantengan un representante, so pena de ser tenidas como personas ausentes.

En el caso de que aquí se trata, The Dorada Railway Company, como sociedad extranjera con domicilio fuéra del país, se incorporó en Colombia, mediante la protocolización de sus estatutos e inscripción de uno de sus agentes —don Jhon Hope Blackett— en la ciudad de Honda, en el Departamento del Tolima (fls. 1 a 2 v, C. número 9), sin que haya prueba alguna de que también lo hubiera hecho en otro lugar, ni menos en Bogotá. Luego en aquella ciudad tenía y tiene el asiento principal de sus negocios, y por lo mismo, las autoridades de aquella jurisdicción, eran competentes para conocer de esta demanda. La cuestión se reduce pues a establecer, si para el caso en cuestión, también eran competentes los jueces de Bogotá y por lo tanto, si la actuación así adelantada, es o no válida, por este concepto.

Se ha visto ya cómo, fuéra del domicilio determinado por la residencia o asiento principal de los negocios, las partes pueden, expresa o presuntivamente, fijar un domicilio especial para "los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el contrato". A este principio no son ni pueden ser extrañas las sociedades extranjeras que, como tales, tienen derecho y están sometidas al mismo tratamiento acordado por la ley para los nacionales. Ni su aplicación podría estrictamente limitarse a los efectos nacidos del contrato propiamente dicho, como a primera vista podría deducirse del tenor literal de las palabras de que se vale la disposición, sino que debe también comprender a los que se originan, **por tácita aceptación,** en el hecho lícito y voluntario de las dos partes, como sucede en el cuasi-contrato de **litis contestatio;** porque ninguna consideración existe para que sólo a los actos acordes de voluntad, expresamente manifestada, se les reconozca efectos, que no radican en la forma como se presta el consentimiento, sino en la naturaleza volitiva del acto mismo; y sabido es, **que donde hay una misma razón de hecho debe también aplicarse la misma disposición de derecho.**

Ahora bien: The Dorada Railway Company Limited fue demandada por el Departamento del Tolima, ante los Jueces de esta jurisdicción, para que se le condenara a pagar al actor, la suma resultante de determinadas estipulaciones contractuales convenidas entre ellos. Tales jueces, por razón del lugar, no eran competentes para conocer del pleito; pero la sociedad aceptó esa competencia, y así pudo dictarse el fallo de cuya ejecución se trata. En consecuencia, y mediante ese cuasi-contrato de **litis contestatio,** las dos partes **eligieron tácitamente** como lugar en donde debían cumplirse sus efectos, el mismo en donde el juicio se adelantaba, o sea la ciudad de Bogotá. Pero como el objeto y fin de la controversia planteada por el demandante, no era solamente el de obtener la declaración de condena materia del primitivo juicio ordinario, y la determinación del **quantum** que se ventiló en el de cuentas que le subsiguió, sino que se dirigía también y principalmente, a conseguir el cumplimiento o pago de las obligaciones demandadas, preciso es aceptar que aquella elección tácita de domicilio no sólo se refería al juicio dentro del cual estaban actuando las partes, sino "abarcaba por igual todos los procedimientos judiciales que debieran seguirse para finalizar el diferendo en que las partes se comprometieron a través de aquél. Porque en todos ellos, el objeto era en definitiva el mismo, e idéntico el fin que se proponían las partes. Que es lo que exactamente sucede cuando la elección de domicilio se hace, no ya por obra del hecho voluntario de las partes, que tácitamente la configura, sino a virtud de una declaración expresa del contrato. Entonces, se ve muy claro, la prórroga anticipada de jurisdicción en que se traduce la elección de domicilio, no puede sostenerse limitada al juicio ordinario en que se debate, por ejemplo, el oportuno cumplimiento de las obligaciones contractuales del demandante y las indemnizatorias consiguientes del demandado, sino que abarca asimismo las del juicio de ejecución del fallo que en el primero se pronuncia, como sin discusión alguna se ha venido practicando. Y esta misma la conclusión a que forzosamente conduce el sapientísimo principio de que trata el artículo 472 del C. J., cuando dice: "Los funcionarios del orden judicial al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos de la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva y, por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho".

Ni podría argüirse válidamente contra esta conclusión el hecho de que, contra el principio del antiguo Código conforme al cual, la ejecución de la sentencia correspondía "al Juez o Tribunal que

la pronunció" (artículo 868), el artículo 550 del actual prescribe que "El juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponda el conocimiento, conforme a las reglas generales"; y que como de acuerdo con tales normas, ese lugar es el del asiento principal de los negocios de la sociedad, son los jueces competentes del Distrito de que forma parte la ciudad de Honda, las llamadas a conocer de este asunto.

Porque el **domicilio elegido**, como determinante de competencia por razón del lugar, no es una previsión extraña a "las reglas generales" establecidas por la ley para definirlo, o que, circunstancial y específicamente se hubiera consagrado para el caso de sociedades extranjeras que tienen la administración y dirección de sus negocios fuéra del país. Muy por el contrario, la elección de domicilio es uno de los hechos, que como el lugar donde una persona tiene su familia y el asiento principal de sus negocios, o el en donde ha hecho la manifestación legal de su ánimo de avecindarse, forma expresamente dentro de aquellas "reglas generales" a que vincula el legislador la prueba de todo domicilio, para que la jurisdicción respectiva pueda conocer, a prevención. De donde se sigue, que al subordinar aquel precepto a "Las reglas generales", la competencia para conocer de los juicios de ejecución, sólo ha podido aludir a los que definen la jurisdicción improrrogable, o sea, por razón de la naturaleza de la causa, de la calidad de las partes, y excepcionalmente, del lugar, en los casos de que trata el artículo 153 del mismo Código; mas no a las que establecen la jurisdicción que puede prorrogarse, como —en principio y por regla general— sucede con la resultante del lugar en donde el juicio debe promoverse.

Conforme a las normas del Código derogado, el juez que había conocido de un juicio era el llamado a conocer también del de ejecución de la sentencia, aun cuando para el momento de iniciarse éste, la cuantía o hasta la calidad misma de las partes, hubieran determinado otra competencia; con lo cual, de hecho quedaba prorrogada una jurisdicción que, por su naturaleza era improrrogable. Para que tal resultado no pudiera producirse; para que en lo sucesivo, no fuera posible entenderse prorrogada una jurisdicción que "conforme a las reglas generales" no puede prorrogarse, se dictó en el nuevo Código el artículo 550 antes transcrito, cuyo sentido queda de esta suerte limitado a su verdadera y exacta finalidad.

Por lo que hace al otro fundamento —no estar aún agotado el trámite ante la Corte ni readquirida por consiguiente la jurisdicción por el Tribunal cuando éste decidió seguir conociendo del asunto— ya se expresó anteriormente cómo dicho fundamento no fue propuesto en el escrito de excepciones, sino sólo al alegarse en el curso del incidente. Pero como, según conocida doctrina de la Corte, ampliamente respaldada por los principios, "Si el demandante no menciona los hechos de su petición, el juzgado no puede tomarla en consideración; y no es admisible tener como fundamentos de una demanda hechos que el demandante sólo ha venido a enunciar al solicitar su probanza, en el término de prueba..." (Jurisprudencia, Tomo III, número 1829), resulta entonces, que aplicado idéntico criterio al caso de excepciones, como las aquí propuestas, no es posible tener en consideración dicho fundamento.

Ilegitimidad de la personería

Se apoya esta causal en que siendo un hecho probado que la sociedad demandada tenía y tiene un representante en la ciudad de Honda —asiento principal de sus negocios— lo procedente era el adelantamiento del juicio con la intervención de dicho apoderado; pero como la intimación del recaudo ejecutivo no se surtió con tal representante sino con un curador **ad-litem**, lo actuado en el juicio es nulo, por este motivo.

Se considera:

Según se ha visto, para la fecha en que se presentó la demanda, The Dorada Railway Company tenía en Colombia dos apoderados: Don Frank Adolphus Koppel, vecino de Bogotá, y quien desde 1924 recibió facultades de la Compañía "para que a nombre y representación de la misma actúe como su agente con el fin de llevar adelante su negocio y administrar su empresa en dicha República de Colombia...", y más concretamente, "para que entable y prosiga cualquier pleito; causas o procesos en juicio que se le aconsejaren fueren oportunos y convenientes para la protección o intereses de dicha Compañía, y según fuere aconsejado, **defienda o no cualesquiera causas, pleitos o procesos en juicio que se establezcan contra la Compañía en dicha República".** (Subraya la Sala; fls. 109 v. y 110, C. número 1º).

Los señores Alexander y Sam Bendix Koppel, también vecinos de Bogotá, a quienes don Frank sustituyó sus poderes, "sin perjuicio de ejercerlos el compareciente" (fl. 112 ibidem). Y don John Hope Blackett, vecino de Mariquita, para que "....comparezca ante cualquier juzgado o Tribunal..." y "revoque cualquier poder o poderes actualmente en vigor y conferidos por la citada Compañía, **salvo el poder conferido a favor de Frank Adolphus Koppel** (el agente de la Compañía en Bogotá) el diez de octubre de mil novecientos **veinticuatro".** (Subraya la Sala, fls. 115 y v. ibidem). Posteriormente el señor Blackett, declaró mediante escritura número 3.728 de 13 de noviembre de 1939, que por cuanto el señor Frank Adolphus Koppel (de quien Sam Bendix Koppel era sustituto) ha sido agente de la Compañía en Bogotá, y "no va a constinuar siéndolo", designa para dicho cargo al señor Enrique Otero D'Acosta, "para que la **represente ante el Gobierno y ante los particulares** en todos los asuntos del Ferrocarril de La Dorada, en Bogotá, o sea el agente que la misma Sociedad ESTA OBLIGADA A MANTENER EN ESTA CIUDAD..."; y agregó: "el apoderado no podrá representar a la sociedad poderdante, ante Jueces y Tribunales, pero sí podrá conferir poderes para que la representen abogados, a quienes podrá facultar para que desistan de acciones y recursos..." (fl. 148 ibidem).

De esta suerte, al cumplir la sociedad con la obligación —que el mismo señor Blackett reconoce en la escritura de poderes para Otero D'Costa— de mantener en Bogotá un representante o agente suyo, jurídicamente se hizo presente en esta ciudad, ante cuyos jueces, por elección de domicilio, podía el Departamento del Tolima proponerle válidamente el juicio de que aquí se trata; por lo mismo, a nadie sino a dichos representantes estaba el actor obligado a llamar al debate, como lo hizo.

Sucedió sin embargo, según se dejó explicado al principio de esta providencia, que ninguno de dichos mandatarios tuvo a bien asumir la representación de la Compañía en el juicio: Don Sam Bendix, porque dijo —contra lo que de autos aparece— no era ya apoderado de la Sociedad, a pesar de que la revocatoria o terminación de su mandato hecha por el agente de Honda, con extralimitación de facultades, era posterior a la fecha de aquella aceptación; y porque, además, no quería ejercer la función, y el señor Otero D'Costa, porque manifestó no tener atribuciones para hacerlo, ni desear ejercer las facultades.

Con dicho procedimiento, la Compañía hubo de quedar, por obra de sus agentes, en la condición jurídica de persona renuente, y el Departamento con derecho para provocar la designación de un curador para la litis que la representara, en conformidad con lo establecido por el artículo 318 del C. J., que dice: "Si el demandado tiene apoderado se cita a éste para que dentro de los tres días siguientes se presente a ejercer la representación exhibiendo el comprobante de ella si no aparece de autos. Si el apoderado no comparece o se niega a ejercer su poder, se nombra curador previos los trámites indicados en el primer inciso del artículo precedente". Luego si los respectivos apoderados fueron llamados al juicio y no comparecieron, ni quisieron ejercer su poder, estaba ajustado a la ley el procedimiento de nombrarle a la Sociedad un curador para la litis, como se hizo, con observancia de las formalidades establecidas para tales casos.

No es por consiguiente fundado este segundo motivo de nulidad.

Falta de citación o emplazamiento

No se dieron por el reclamante los fundamentos específicos de esta tercera causal de nulidad. Posiblemente se refieren a los mismos hechos expuestos como base de la pretendida ilegitimidad de personería en el curador que recibió a nombre de la Sociedad la intimación del recaudo ejecutivo. Pero, se ha visto, tales fundamentos carecen de toda validez jurídica, y por lo mismo tampoco pueden servir de base a la supuesta falta de citación o emplazamiento que aquí se alega.

En consecuencia, debe también desecharse esta tercera causal de nulidad.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala

RESUELVE:

Confirmar en todas sus partes el auto de fecha cinco (5) de abril del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá, negó la nulidad de lo actuado en este juicio.

Las costas del recurso, son de cargo del apelante.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Con salvamento de voto, **Luis Rafael Robles. Luis A. Flórez — Gerardo Arias Mejía—Rafael Leiva Charry—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano**—Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. LUIS RAFAEL ROBLES

Funda la Sala su anterior providencia, en relación con la incompetencia de jurisdicción del Tribunal de Bogotá, en algunas consideraciones con las cuales no he podido estar de acuerdo, como hube de expresarlo durante la discusión del proyecto.

Acepta la Sala que el domicilio de The Dorada Railway Company Limited es la ciudad de Honda, porque dicha sociedad extranjera fue allí donde hizo la protocolización de sus estatutos e "inscripción de uno de sus agentes". Y dice que estando allí el asiento principal de sus negocios, ése es su domicilio en Colombia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 272 del Código Judicial y por los Decretos 2 y 37 de 1906.

Sobre esto no hay la menor duda.

Mas agrega la Sala que la sociedad demandada, para los fines de la ejecución promovida por el Departamento del Tolima, también tiene domicilio en la ciudad de Bogotá. Y expresa al respecto que como ante el Tribunal Superior de Bogotá se siguió el juicio ordinario en que se dictó la sentencia que ahora se trata de hacer efectiva, y como entonces la empresa demandada aceptó la competencia de dicho Tribunal, "las dos partes **eligieron tácitamente** como lugar en donde debían cumplirse sus efectos el mismo en donde el juicio se adelantaba, o sea la ciudad de Bogotá". De donde deduce que en virtud de ese **domicilio elegido** el Tribunal Superior de Bogotá sí es competente para conocer de la presente ejecución, de conformidad con las normas generales a que se refiere el artículo 550 del C. J. (para el caso el art. 152, ordinal 3º, en concordancia con el art. 156, inciso 2º).

En estos términos, lo que la Sala llama aquí domicilio elegido es lo que el Código Judicial denomina **prórroga de competencia,** la cual tiene lugar, cuando es admisible, "por parte del demandante, por el hecho de ejercitar la acción; y del demandado, por el de no oponer la excepción oportunamente" (art. 153 del C. J.).

Pero esta prórroga de competencia, en mi sentir, no puede extenderse a un juicio distinto de aquel en que se produce, por las siguientes razones:

a)—Porque si "competencia es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, **en determinado negocio,** la jurisdicción que corresponde a la República", la prórroga de competencia ha de quedar limitada al juicio en que concede, es decir, a ese determinado negocio;

b)—Porque si la competencia se pierde "por la terminación del **juicio,** diligencia, recurso o comisión" (art. 146, ord. 3º, del C. J.), no se ve cómo esa competencia, cuando se debe a prórroga de las partes, pueda revivir al iniciarse un juicio distinto, así se trate en éste de la ejecución del fallo dictado en el juicio anterior; y

c)—Porque obviamente la prórroga de competencia, como debida a la voluntad de las partes en determinado negocio, no puede trascender del ámbito de dicho negocio.

Además, paréceme claro el diferente alcance que debe asignársele a la elección contractual de domicilio y a la prórroga de competencia. En efecto, si en un contrato se señala domicilio especial, está bien que ese domicilio sirva "para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato", como lo establece el artículo 85 del C. C., interpretando la voluntad presunta de las partes. Y si esto es así, siguiendo el mismo criterio del Legislador de interpretar la voluntad de las partes, sólo puede entenderse que cuando éstas prorrogan la competencia en un negocio judicial, lo hacen exclusivamente para ese determinado negocio.

Finalmente, el Código Judicial anterior al actual preceptuaba que la ejecución de una sentencia correspondía "al Juez o Tribunal que la pronunció" (art. 868). Entendió entonces el Legislador que no bastaba la simple prórroga de competencia para resolver el caso, desde luego que entró a decidirlo de manera especial: dándole la competencia para conocer de la ejecución de una sentencia al Juez o Tribunal que la pronunció.

Pero estas normas fueron modificadas por el Código Judicial vigente, el cual establece que "el juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal á quien corresponda el conocimiento,

conforme a las reglas generales", con la única excepción del caso en que para cumplir el fallo no se necesite seguir otro juicio. Y para que no hubiera duda sobre el alcance de esta nueva disposición, la Comisión Revisora del Código expresó lo siguiente:

"El artículo 550 atribuye la competencia para entender de la ejecución de la sentencia, si para ello ha de seguirse nuevo juicio, al Juez o Tribunal a quien corresponde el conocimiento de éste, conforme a las reglas generales sobre competencia, que son las contenidas en el Título X del Libro sobre organización judicial. No se ve por qué hubiera de prescindirse de esas reglas para atribuir al Juez que conoció del asunto en primera o única instancia una jurisdicción privativa o preventiva respecto de la ejecución del fallo, ya que se está en el caso de que para esta ejecución deba seguirse separadamente un procedimiento ejecutivo.

"Sólo en los casos en que para cumplir la sentencia no sea necesario promover juicio distinto, se explica y se justifica perfectamente que sea el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado en primera o única instancia quien proceda a la ejecución: así se provee en el inciso 2º del artículo 550".

No puede decirse entonces, dada la claridad de las normas actuales y sus antecedentes, que la prórroga de competencia en un juicio ordinario se extienda a la ejecución del fallo que allí se dicte, cuando para esa ejecución haya necesidad de adelantar un juicio separado.

Las anteriores son las razones que me asisten para no haber prohijado la decisión anterior de la Sala, a pesar del respeto que me merecen las apreciaciones jurídicas de mis honorables colegas.

Bogotá, veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y uno.

Luis Rafael Robles.

CUANDO DE UN NEGOCIO HA CONOCIDO EN PRIMERA INSTANCIA UN TRIBUNAL, LA PROVIDENCIA QUE ORDENE DAR CUMPLIMIENTO A LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA, DEBE SER PROFERIDA POR TODA LA SALA DEL TRIBUNAL QUE ACTUO EN EL JUICIO, Y NO SOLO POR EL MAGISTRADO SUSTANCIADOR — EL INCIDENTE DE NULIDAD PUEDE SER PROPUESTO AUN DENTRO DEL TRAMITE DEL CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA, PORQUE EL JUICIO NO HA CONCLUIDO ESTANDO DE POR MEDIO EL CUMPLIMIENTO Y PORQUE DENTRO DE ESTE TRAMITE SE PUEDE INCURRIR EN GRAVES IRREGULARIDADES QUE ANULEN LA ACTUACION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta de agosto de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Révocando otra del Tribunal Superior de Medellín, esta Sala dictó, con fecha once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, una sentencia cuya parte resolutiva expresa:

El demandado Raimundo Moreno hará entrega al demandante Pacífico Pérez, una vez ejecutoriada esta sentencia, del predio ubicado en el paraje Misarengo del Corregimiento de San Sebastián, Municipio de Medellín, comprendido dentro de estos linderos: Partiendo del punto **El Volcán** en dirección Sur hasta **El Chorro;** de aquí en línea recta hacia el occidente hasta el lindero de Lisandro Velásquez, también llamado **El Chuscal** o **La Chuscala;** y de aquí en dirección Noroeste hasta el punto de partida.

Pagará también Moreno a Pérez los frutos naturales y civiles percibidos por aquél en el mismo predio del demandante, a partir del 27 de julio de 1940, fecha de la contestación de la demanda originaria del litigio que aquí se decide.

Vuelto el expediente al Tribunal de origen, que conoció del negocio porque Pérez denunció el pleito al Departamento de Antioquia, el demandante pidió que se le hiciera entrega del predio a que se refiere la sentencia, y que se comisionara para ello al Inspector de Palmitas; y por proveído de doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete el Magistrado sustanciador dispuso esa entrega, y comisionó para ello al Inspector mencionado.

En la Inspección se señaló día para la diligencia, que se llevó a cabo con la intervención de Pérez y de su abogado, y también de dos peritos designados en el acto, a petición del mencionado abogado; y en el acta de esa diligencia se lee lo siguiente: "Hemos reconocido una finca territorial en donde se encuentra el lote de terreno que se va a entregar, y encontramos que existe una extensión de terreno de catorce o quince cuadras, más o menos, ubicado en San Sebastián, hoy llamado Palmitas, paraje Miserengo, del Municipio de Medellín, y que linda así: Partiendo del punto de El Volcán en dirección sur, hasta El Chorro; de aquí línea recta hacia el occidente hasta el lindero de Lisandro Velásquez, también llamado El Chuscal o La Chuscala; y de aquí en dirección Noroeste hasta el punto de partida. Hacemos constar que el predio linda con fincas del señor Pacífico Pérez, Manuel Bastidas, Luis Londoño y Lisandro Velásquez. "Se afirma en el acta que ese lote es el mismo a que se refiere la parte resolutiva de la sentencia de la Corte, y que de él se hizo entrega material a Pérez.

A la diligencia no asistió el demandado, quien dice que no fue citado a ella, no obstante que estuvo averiguando sobre la fecha en que esa diligencia se realizaría; y figura en el expediente un memorial de aquél en que le pide al Magistrado sustanciador que por tratarse de un asunto complejo, el mismo Tribunal se encargue de hacer la entrega. Dice al respecto el demandado: "Como el asunto es bastante delicado por lo difícil de la situación del inmueble, por la topografía misma del inmueble, por estar confundido con otras tierras que particularmente me pertenecen, y estar muy ambiguos los puntos cardinales, los linderos oscuros, se hace preciso que el Despacho de usted, en asocio de peritos ingenieros, verifiquen la identificación científica del inmueble y

la entrega material como consecuencia". A lo cual contestó el señor Magistrado que el expediente ya había sido remitido a la Inspección, y que no se veía la necesidad de que el mismo Tribunal practicara la diligencia. El memorial está fechado el 21 de noviembre de 1947, y la entrega se realizó el 28 del mismo mes.

Realizada la diligencia de entrega, el demandado le hizo varias objeciones de forma y de fondo, y pidió entre otras cosas:

"Que se declare nula la actuación de la Inspectoría de Palmitas, incluyéndose la diligencia de entrega, por haberse extralimitado en sus funciones el empleado comisionado, y no haberse cumplido la comisión debidamente".

Las objeciones del demandado pueden sintetizarse así: Que el Tribunal no fue comisionado por la Corte para hacer entrega del inmueble, ya que esa entrega fue ordenada al citado demandado; que se ha debido requerir al demandado para la entrega; que se comisionó para la entrega a un empleado de ínfima categoría; que esa entrega se realizó a espaldas del demandado, a quien no se le hizo notificación ninguna; que en el nombramiento de peritos no intervinieron las partes, y que en la demanda se ha pedido "un lote de terreno situado en el paraje Miserengo del Corregimiento de San Sebastián, Municipio de Medellín, en una extensión o cabida de quince cuadras aproximadamente; pero ahora en la entrega se ha señalado una extensión mayor de cuarenta cuadras, parte de las cuales están fuera del distrito de Medellín, dentro de los Distritos de San Jerónimo, San Pedro y Bello, de manera que la entrega no está hecha de acuerdo con los términos de la sentencia de la Corte, que se refiere a un predio en el paraje Miserengo, Corregimiento de San Sebastián, Municipio de Medellín....".

Esta solicitud del demandado se tramitó como una articulación, que se abrió a pruebas, y dentro del período respectivo fue pedida una inspección ocular con peritos, que presidió el mismo señor Magistrado sustanciador, "para que se constate la cabida del terreno entregado por el Inspector de Palmitas al demandante Pérez, teniéndose en cuenta los términos de la demanda y lo ordenado por la Corte".

El perito designado por el demandante Pérez estuvo de acuerdo con la actuación del Inspector. El perito del demandado no aceptó los puntos de vista de aquel otro perito, como no los aceptó el perito tercero.

La articulación fué decidida por proveído del Tribunal de veintitres de febrero de mil novecientos cincuenta, en que se dispone: "No es el caso de declarar la nulidad alegada por el señor Raimundo Moreno en el escrito que dió lugar a este incidente".

El Tribunal consideró que el comisionado no hizo otra cosa que reproducir los linderos expresados en la sentencia de la Corte, y expresa que en la demanda y en esta sentencia se habla de un lote situado en el Municipio de Medellín, y que sin embargo, dos de los peritos nombrados en el incidente afirman que la entrega se ha hecho tomando parte de otros Municipios, de manera que tal entrega comprende no un lote de quince cuadras, sino uno mayor de extensión.

Y agrega el Tribunal: "De todo lo anterior se concluye que no es posible saber con certidumbre qué debía entregar el comisionado, qué entregó efectivamente y si la entrega afectó terrenos del demandado no comprendidos en la demanda, o terrenos de otros propietarios. En tales condiciones, no cabe calificar de incorrecta la diligencia de entrega, ni mucho menos de ineficaz, pues a lo sumo cabría afirmar que no fue lo suficientemente clara y explícita".

De acuerdo con los autos, la demanda versa sobre un lote situado dentro del Municipio de Medellín, y sin embargo, como se ha dicho, lo entregado por el Inspector comprende porciones de otros Municipios que limitan con aquél; y de acuerdo con esos mismos autos, la demanda versa sobre un inmueble de "una extensión o cabida de quince cuadras aproximadamente"; y sin embargo los peritos consideran que lo entregado por el Inspector mide más de sesenta cuadras. Uno de ellos estima que mide más de doscientas cuadras. Cuestiones éstas muy trascendentales que han debido tenerse en cuenta.

La Sala ha creído conveniente historiar un poco el negocio; sin que entre a estudiar el punto concreto relacionado con la entrega y con las objeciones que sobre ella formuló el demandado, lo cual ha sido motivo del proveído apelado, porque otra cuestión jurídica debe ser el tema de consideración para dar evasión al incidente.

Esta Sala dictó sentencia en que se ordena entregar al demandante el lote a que se refiere la demanda. Vuelto el expediente al Tribunal de origen, el interesado pidió que se le hiciera entrega

del inmueble, tal como lo había ordenado la Corte. El señor Magistrado sustanciador dictó entonces el auto de 12 de noviembre de 1947 en que se ordena la entrega solicitada y se comisiona al Inspector de Policía de Palmitas para la práctica de la diligencia.

Se trataba, entonces, del cumplimiento de una sentencia, y al respecto dice el artículo 550 del C. J., que en el caso de que para cumplir un fallo no se requiera seguir otro juicio, su ejecución corresponde al Juez o al Tribunal que conoció del asunto en primera instancia.

Del presente negocio conoció en primera instancia el Tribunal Superior de Medellín, y correspondía a la Sala que actuó, ejecutar la sentencia que dictó la Corte. Se ha debido entonces disponer esa ejecución, no por el Magistrado sustanciador sino por la Sala que era la obligada a ello de acuerdo con aquel texto legal. No hecho esto, lo actuado desde el auto de doce de noviembre, inclusive, carece de valor por incompetencia de jurisdicción del Magistrado ponente.

Conviene recoger algunas de las observaciones que fueron hechas durante la discusión de este asunto, antes de tomarse determinación sobre él, ya que atendidas, es posible que hubieran dado lugar a una conclusión distinta a la contemplada aquí, y hasta a una usurpación de jurisdicción.

Se observó que el incidente de nulidad, a que se abrió campo en este juicio dentro del cumplimiento de la sentencia dictada por esta Sala, no ha debido admitirse de acuerdo con el artículo 394 del C. Judicial, que prescribe que son improcedentes los incidentes que se presenten ya citadas las partes para sentencia, o de acuerdo con el artículo 391 del mismo Código conforme al cual los incidentes tienen cabida sólo en el curso del juicio; mas es de observarse que estando una sentencia aún sin cumplirse, y tratándose precisamente de su cumplimiento, no puede decirse que el juicio había terminado. Si en el cumplimiento de una sentencia sobre entrega de un inmueble, puede darse ocasión al trámite contemplado en el artículo 552 del C. Judicial, sobre ejecución de las resoluciones de los jueces, es porque el juicio no termina sino cuando la entrega se ha llevado a cabo.

Para el Legislador no es indiferente que se adelanten actuaciones o procedimientos baldíos, con el consiguiente perjuicio para las partes, y precisamente por ello consagró para todos los juicios la institución de nulidades, permitiendo a aquéllas alegarlas en la debida oportunidad, esto es, en el curso del juicio mismo, y aún imponiendo al Juez la obligación de declararlas oficiosamente antes de la sentencia. Y no hay razón para que esta regla no tenga aplicación dentro del procedimiento para hacer cumplir una sentencia, en el cual se pueden presentar cuestiones tan graves como la que se está considerando. La actuación del Inspector de Palmitas no puede aceptarse porque tal empleado carecía de jurisdicción para hacer entrega del inmueble, y no hay razón para que la Corte esté inhibida para declarar esa nulidad, máxime si se tiene en cuenta que para ello no hay lugar a un incidente, y que se trata de examinar la actuación relacionada con el cumplimiento de una sentencia dictada por esta misma Sala.

Ni se podría arguir que con la aceptación de la nulidad propuesta se revivió un proceso ya concluído, porque como se ha dicho, el juicio no ha terminado aún, y porque la providencia que se va a dictar declarando sin valor lo realizado por el Inspector de Palmitas y la actuación subsiguiente, no modifica en forma alguna la situación creada para las partes contendoras por el fallo de la Corte.

No es aceptable que la diligencia de entrega quedó en firme porque contra ella no se interpuso en tiempo uno de los recursos ordinarios, como el de apelación o el de reposición; y no es aceptable por varios motivos: a) Porque una diligencia de entrega no se puede equiparar a una "providencia judicial" que puede reclamarse, de acuerdo con los artículos 484 y siguientes del C. Judicial; b) Porque un comisionado, como lo era el Inspector de Palmitas, no podía admitir durante la diligencia recurso alguno, de acuerdo con el artículo 135 del mismo Código; y c) Porque una diligencia de entrega, como la realizada por aquel Inspector, apenas si puede objetarse o reclamarse en oportunidad, que fue lo que hizo el descontento con ella, al día siguiente de vuelto el expediente a la oficina de origen, o sea a la Secretaría del Tribunal; afán cumplido por ese descontento no obstante haberse señalado por el Inspector el 28 de noviembre para practicar la diligencia, según auto de 24 del mismo mes, auto que se notificó por estado al día siguiente; y sin

dejarse ejecutoriar ese auto, se practicó la diligencia, a la cual no asistió el interesado descontento, porque jurídicamente no fue notificado de la fecha de la diligencia, y porque no estaba obligado a asistir.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, **declara nulo** lo actuado en este juicio desde el auto de doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete inclusive, y se dispone que el expediente vuelva al Tribunal de origen para el cumplimiento de la sentencia de esta Sala, de fecha once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Rafael Robles, con salvamento de voto. **Gerardo Arias Mejía — Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry.—Gualberto Rodríguez Peña**, con salvamento de voto.—**Jorge García Merlano,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DRES. RODRIGUEZ PEÑA Y LUIS RAFAEL ROBLES

En completo desacuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala en la anterior providencia, exponemos someramente y con el mayor respeto las razones que nos han conducido a separarnos de lo que allí se resuelve.

Es principio general dentro de nuestro procedimiento, el de que todos los incidentes deben tramitarse y decidirse **dentro del curso del juicio,** debiendo desecharse de plano los que se promuevan después de citadas las partes para sentencia, "salvo los relativos a impedimentos o recusaciones". Así lo enseñan los artículos 391 y 394 del C. J. Relativamente a los de nulidad, la ley amplía la posibilidad de declararse hasta antes de que se dicte sentencia, y cuando se fundan en una falta de citación o emplazamiento, o en la indebida representación de una de las partes, permite que se proponga la nulidad como excepción, hasta en el momento mismo en que el fallo se ejecuta, o más tarde, mediante un juicio ordinario (arts. 456 y 457 ibídem). Y por último, respecto a incidencias que puedan presentarse al tiempo de ejecutarse un fallo, sólo son legalmente posibles las que surjan en relación con el derecho de terceros, como lo previene el artículo 552 del mismo C. J.; a las partes sólo les queda en aquel acto, el derecho para hacer que la entrega se conforme exactamente con lo fallado en el pleito, mediante los recursos ordinarios de reposición y de apelación cuando, a juicio de alguna de ellas, la entrega no se ajuste exactamente a los términos de la sentencia.

Ahora bien: el caso de que aquí se trata, el juicio había ya finalizado mediante el fallo de la Corte, y aún se había ejecutado, mediante la entrega que hizo el comisionado al ganador del pleito, cuando la contraparte propuso el incidente de nulidad de que ahora se ha ocupado la Sala. De esta suerte, al tramitarse y resolverse por el Tribunal, primero, y por la Corte, después, se violaron las disposiciones que, se ha visto, limitan la oportunidad de proponerlos, y más aún, se usurpó jurisdicción al revivir un proceso que estaba legalmente fenedido, como así lo previene el artículo 148 del Código Judicial.

Bogotá, agosto 30 de 1951.

Gualberto Rodríguez Peña.

Luis Rafael Robles.

EL ARTICULO 79 DE LA LEY 63 DE 1936 SE REFIERE A JUICIOS DISTINTOS DEL MORTUORIO MISMO, EN LOS CUALES ALGUIEN SE HAYA APERSONADO COMO REPRESENTANTE O SUCESOR DE UN LITIGANTE, EN VIRTUD DE LA MUERTE DE ESTE — EL SIMPLE FRACASO DE UNA ACCION EN JUICIO, NO ES SUFICIENTE PARA FUNDAR UNA ULTERIOR CONDENACION AL PAGO DE PERJUICIOS, OCASIONADOS CON EL ABUSO DEL DERECHO DE LITIGAR

1—El art. 79 de la Ley 63 de 1936 se refiere a juicios distintos del mortuorio mismo en los cuales alguien se haya apersonado como representante o sucesor de UN LITIGANTE O GESTOR EN VIRTUD DE LA MUERTE DE ESTE. Es decir, contempla el caso de que al morir una persona que actuaba en un juicio como litigante o gestor, pasa a representarla, por virtud de su muerte, otra persona que tenga el carácter de representante o sucesor del difunto.

Los juicios a que alude la demanda, según se afirma en los hechos, fueron entablados contra una sucesión, una vez muerto el causante. En ellos únicamente actuó en calidad de demandado uno de los herederos, como representante de la sucesión, sin que hubiera sucedido en la litis al causante. No era, por tanto, el caso de dar aviso al juez de la causa mortuoria ni al Síndico Recaudador del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

La anterior interpretación halla su confirmación aún más en la frase siguiente del artículo citado en la que se expresa que inmediatamente que tenga conocimiento el juez de la causa, del fallecimiento del gestor o litigante, debe dar aviso al juez de la causa mortuoria y al Síndico, en el mismo auto que sustancie la solicitud para que se reconozca al representante o sucesor del litigante. Es decir, contempla el caso de la muerte del litigante y la solicitud de su sucesor o representante para apersonarse en el juicio, al ocurrir la muerte de aquél.

2—Si no es protuberante la sinrazón de la acción, se sentaría un precedente funesto al considerar que el simple fracaso de la acción condujera a la condenación de la parte actora al pago de perjuicios por abuso del derecho, pues se traduciría en que los tribunales de justicia quedaran desiertos y se viera tentado el particular a hacerse justicia por su propia cuenta, por temor a que el fracaso de su acción condujera a la condenación por perjuicios con base en la teoría nombrada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Por apelación interpuesta y concedida en la forma legal corresponde a la Sala revisar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, en el juicio ordinario seguido por la Nación contra el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, Jaime Rodríguez Fonnegra y Daniel Camacho, este último en su carácter de representante de la sucesión de Eustasio de la Torre Sánchez, y en la demanda de reconvención instaurada por éstos contra la Nación.

La parte resolutiva de la providencia recaída sobre el juicio dice así:

"1º—No se hacen las declaraciones impetradas en la demanda principal, y, por tanto, absuélvese a la parte demandada constituída por el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, Jaime Rodríguez Fonnegra y Sucesión de Eustasio de la Torre Sánchez, esta última representada por el heredero Daniel Camacho, de los cargos contra ella formulados.

"2º Absuélvese a la Nación de los cargos contra ella formulados en las demandas de reconvención presentadas por el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, Jaime Rodríguez Fonnegra y Daniel Camacho en representación de la Sucesión de Eustasio de la Torre Sánchez".

La demanda principal contiene las siguientes peticiones:

"a) Que es nula y sin ningún valor ni efecto, a partir del día primero (1º) de mayo de mil novecientos treinta y seis (1936) o a partir de la fecha o fechas que se fijen por el Tribunal, la actuación del juicio ejecutivo principal, de los juicios ejecutivos acumulados y de las tercerías que, contra la sucesión de Eustasio de la Torre Sánchez, representada por su único heredero señor Daniel Camacho, se adelantan actualmente en el Juzgado 6º Civil de este Circuito por el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, personalmente, y por el doctor Jaime Rodríguez Fonegra en su condición de cesionario de la totalidad de los derechos de los demás acreedores.

"b) Que, como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, por el Juzgado del conocimiento debe darse cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley 63 de 1936, dando aviso al Juez que conoce de la causa mortuoria del señor Eustasio de la Torre Sánchez y al Síndico Recaudador del Impuesto de Sucesiones y Donaciones de esta ciudad, de que en dicho Juzgado cursan los referidos juicios ejecutivos y tercerías en contra de la nombrada sucesión; y

"c) Que si los demandados se oponen, se les condene al pago de las costas procesales".

En derecho se apoya la acción en los artículos 79 y 96 de la Ley 63 de 1936.

Los hechos fundamentales de la demanda son en síntesis:

Que el once de septiembre de 1935 se libró por el Juzgado 6º Civil de este Circuito orden de pago por la vía ejecutiva a favor de Arturo de la Torre Calvo, José Manuel de la Torre Calvo, Concepción de la Torre de Pachón, María de la Torre de Hernández, Emma de la Torre de Hernández y Teresa de la Torre de Mendoza y a cargo de la sucesión de Eustasio de la Torre Sánchez, representada por el heredero Daniel Camacho, por la suma de $ 72.042.01 y por los intereses legales de esta suma desde que se causaron a deber hasta cuando se verifique el pago. El representante de la sucesión se intimó de esta providencia el 3 de octubre de 1935; que en auto de 20 de octubre de 1935 y por el mismo Juzgado se admitió, dentro del ejecutivo antes citado, la tercerría formulada por la señora María Luisa Borda de Riaño como acreedora de la Sucesión de Eustasio de la Torre Sánchez; que por auto de abril primero de 1936, el Juzgado nombrado libró orden de pago a favor del Banco Francés e Italiano para la América del Sud y a cargo de la Sucesión de Eustasio de la Torre Sánchez, representada por su único heredero, señor Daniel Camacho, por las sumas de: $ 116.796.00 dólares, $ 50.346.56 oro legal, y $ 8.450.27 oro legal, y por los intereses moratorios sobre los capitales principales hasta cuando el pago se verifique. El heredero señor Camacho se notificó e intimó de esta providencia el 13 de abril del mismo año; que en auto de fecha 26 de agosto de 1936 el Tribunal Superior, revocó la negativa de ejecución proferida por el Juzgado 6º Civil del Circuito, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la mortuoria de Eduardo de la Torre Narváez, representada por su heredero Edmundo de la Torre, y en contra de la sucesión de Eustasio de la Torre Sánchez, por la suma de $ 84.391.50 y los intereses legales devengados y que se devenguen hasta el día en que se verifique el pago. Habiéndose intimado de la orden de pago el heredero y representante de la Sucesión ejecutada, señor Daniel Camacho, el día 28 de septiembre de 1936. Se hicieron también partes en este juicio, en su calidad de herederos de Eduardo de la Torre Narváez, el señor Arturo de la Torre Calvo, Jorge de la Torre e Isabel de la Torre de Bergstrom; con fecha 5 de noviembre de 1936 por el Juzgado del conocimiento se decretó la acumulación del juicio ejecutivo últimamente nombrado, al ejecutivo seguido por el Banco Francés e Italiano para la América del Sud contra la mortuoria de Eustasio de la Torre Sánchez; que por auto de 12 de mayo de 1938 el Juzgado 6º Civil del Circuito decretó la acumulación al juicio ejecutivo seguido por Arturo de la Torre Calvo y otros, primeramente citado, de los juicios ya acumulados entre sí, seguidos contra la sucesión de Eustasio de la Tore Sánchez por la mortuoria de Eduardo de la Torre Narváez y el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, disponiéndose que estos últimos seguirán en calidad de tercería; que por auto de noviembre 18 de 1940 el Juzgado reconoció al doctor Jaime Rodríguez Fonnegra como cesionario de los créditos que sobre la sucesión de Eduardo de la Torre Narváez y del crédito objeto del juicio principal seguido por Arturo de la Torre Calvo, Concepción de la Torre de Pachón, José Manuel de la Torre, María de la Torre de Hernández, Emma de la Torre de Hernández y Teresa de la Torre de Mendoza, como

también del crédito cobrado en tercería por María Luisa Borda de Riaño, quedando por lo tanto, como únicos interesados, titulares de las acreencias que se demandan en tales juicios, el Banco Francés e Italiano para la América del Sud como dueño de su crédito y el doctor Jaime Rodríguez Fonegra como adquirente de las demás cuentas; que acumuladas y adelantadas contra la sucesión de Eustasio de la Torre Sánchez, representada por su único heredero, señor Daniel Camacho, se dictó sentencia de pregón y remate, y, por fallo del Juzgado 6º Civil del Circuito, de fecha 22 de julio de 1942, se decidieron y desecharon las excepciones, se definió la prelación de los créditos y se dispuso que, con el producto de los bienes embargados y de los que en lo sucesivo se embarguen se efectuara el pago en la forma que allí se indica.

Las peticiones de las contrademandas, todas ellas encaminadas a que se haga la misma declaración, se reducen a que el Estado sea condenado a pagarles a los demandados y contrademandantes los perjuicios que se les causen con este juicio.

Y los hechos en que se fundan las contrademandadas son los siguientes:

"Primero.—La Nación ha iniciado juicio ordinario contra el Banco Francés e Italiano para la América del Sud; contra el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra y contra don Daniel Camacho, para que se pronuncie la nulidad de lo actuado desde el primero (1º) de mayo de mil novecientos treinta y seis (1936) en las ejecuciones acumuladas que en el Juzgado Sexto (6º) del Circuito de Bogotá se siguen por el Banco Francés e Italiano para la América del Sud y por otros contra el heredero de don Eustasio de la Torre Sánchez y para que se hagan otras declaraciones.

"Segundo. — Esta demanda (la promovida por el Estado) es, en lo sustantivo, inepta.

"Tercero.—Esta misma demanda es temeraria.

"Cuarto.—Con el juicio a que da lugar esa misma demanda se causan perjuicios al Banco Francés e Italiano para la América del Sud".

La acción

La demanda principal se encamina a que se declare la nulidad de un juicio ejecutivo principal, de los juicios ejecutivos acumulados y de las tercerías, que cursan en el Juzgado 6º Civil del Circuito contra la sucesión de Eustasio de la Torre Sánchez, representada por el heredero único Daniel Camacho, juicios seguidos por el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, personalmente, y por el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra en su calidad de cesionario de la totalidad de los derechos de los demás acreedores.

La declaración de nulidad que pide el actor se basa en lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley 63 de 1936, el que dice textualmente:

"Artículo 79.—Todo funcionario del orden judicial o administrativo ante quien cursen asuntos distintos del juicio mortuorio mismo, en los cuales alguien se haya apersonado como representante o sucesor de un litigante o gestor en virtud de la muerte de éste, deberá ordenar que se dé aviso escrito y circunstanciado al Juez de la causa mortuoria y al Síndico Recaudador que debe intervenir en éste inmediatamente que tenga conocimiento de la defunción aludida, y en el mismo auto que sustancia la solicitud para que se reconozca a dicho representante o sucesor. Es nula la actuación judicial que se adelante en contravención a este artículo, sin perjuicio de las sanciones en que incurre el juez contraventor".

De los hechos de la demanda principal se deduce que los juicios ejecutivos cuya nulidad se persigue por el actor se siguen contra la sucesión del señor Eustasio de la Torre Sánchez, representada por su único heredero, Daniel Camacho.

El artículo atrás citado se refiere a juicios distintos del mortuorio mismo en los cuales alguien se haya apersonado como representante o sucesor de **un litigante o gestor en virtud de la muerte de éste.** (Se subraya). Es decir, contempla el caso de que al morir una persona que actuaba en un juicio como litigante o gestor, pasa a representarlo, por virtud de su muerte, otra persona que tenga el carácter de representante o sucesor del difunto.

Los juicios a que alude la demanda, según se afirma en los hechos, fueron entablados contra la sucesión del señor Eustasio de la Torre Sánchez, es decir, una vez muerto éste. En ellos únicamente actuó en calidad de demandado, el señor Daniel Camacho, como representante de la sucesión, sin que hubiera sucedido en la litis a Eustasio de la Torre Sánchez. No era, por tanto, el caso de dar aviso al juez de la caua mortuoria ni al Síndico Recaudador del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

La anterior interpretación halla su confirmación aún más en la frase siguiente del artículo citado en la que se expresa que inmediatamente que tenga conocimiento el juez de la causa del fallecimiento del gestor o litigante debe dar aviso

al juez de la causa mortuoria y al Síndico, en el mismo auto que sustancie la solicitud para que se reconozca al representante o sucesor del litigante. Es decir, contempla el caso de la muerte del litigante y la solicitud de su sucesor o representante para apersonarse en el juicio, al ocurrir la muerte de aquél.

Ya la Corte se pronunció sobre el alcance del artículo 79 de la ley 63 de 1936, cuando dijo en sentencia de casación de 12 de marzo de 1943, publicada en la GACETA JUDICIAL números 1993 a 1995: "La interpretación y alcance del artículo 79 de la Ley 63 de 1936 restringe la norma a los juicios y a las gestiones durante las cuales sobreviene la muerte del litigante o gestor, y cuando eso acaece debe hacerse saber la existencia del asunto respectivo al Síndico Recaudador para que entonces éste la haga valer y tome nota de ella en el juicio de sucesión para avaluarla, a fin de deducir el impuesto, que es lo que interesa al Síndico, o para abrir el juicio de sucesión, cuando esto no se hubiere verificado. Pero cuando para demostrar la personería como heredero, en un juicio cualquiera, se presentan las copias del caso, tomadas del juicio de sucesión, **no puede interpretarse el artículo 79 citado en el sentido de que en el nuevo juicio, que nada tiene que ver con la sucesión, debe cumplirse la diligencia referida.** La conclusión contraria llevaría al extremo inadmisible, de hacer necesaria e indispensable la citación de ese empleado, en la mayoría de los procesos civiles".

Por las razones expuestas, se concluye que la acción instaurada por la Nación no puede prosperar.

Demandas de reconvención

Las tres demandas de reconvención piden la declaratoria de indemnización de perjuicios por parte de la Nación a favor de los demandados y contrademandantes, perjuicios ocasionados con este juicio. Es decir, se ejercita la acción de abuso del derecho de litigar.

De la naturaleza de la acción principal creen los contrademandantes que resulta el abuso del derecho de litigar en el caso en estudio, por ineptitud sustantiva y temeridad de la acción.

Se examinó ampliamente el alcance del artículo 79 de la ley 63 de 1936, al considerar la acción principal, y se llegó a la conclusión de que no era aplicable al caso controvertido, pues el juicio ejecutivo y las acumulaciones que según el actor caían en la esfera de aplicación del citado texto, bajo cuyo cumplimiento debía darse aviso al Síndico Recaudador, omisión que sería causal de nulidad, no era aplicable por tratarse no de un juicio en que un heredero pasa a apersonarse como sucesor del difunto en juicio **pendiente** con éste, sino de un juicio iniciado directamente contra la **sucesión.**

En concepto de la Sala, y vistos los razonamientos a que para tal conclusión se llegó, a simple vista no parece tan desprovista de intención seria y legítima la acción instaurada por el actor, pues ya se vio el razonamiento jurídico que impuso a la Sala la consideración de que no era pertinente la acción. Es decir, no es patente la ninguna relación que hay entre el caso expuesto por el actor y la inaplicabilidad del precepto del artículo 79 de la Ley 63 de 1936.

Además, sería peligroso, si en un caso como el presente se aceptara la aplicación de la teoría del abuso del derecho, pue si como se ha visto no es protuberante la sinrazón de la acción, se sentaría un precedente funesto al considerar que el simple fracaso de la acción condujera a la condenación de la parte actora, pues se traduciría, como lo expresa el señor Procurador Delegado en su alegato, en que los Tribunales de Justicia quedaran desiertos y se viera tentado el particular a hacerse justicia por su propia cuenta, por temor a que el fracaso de su acción condujera a la condenación por perjuicios con base en la teoría tantas veces nombrada.

A este respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 22 de junio de 1943 y en un caso similar al presente, expresó algunos razonamientos que corroboran la tesis expuesta en este fallo. El citado caso puede resumirse así: con base en sentencia ordinaria, Hijos de Augusto Tono ejecutó a Carlos García L. & Co., y en el curso del ejecutivo el actor extendió su acción contra Freeman por considerarlo socio colectivo de la sociedad ejecutada. Como fuera negada por el Juez la extensión del mandamiento de ejecución, Hijos de Augusto Tono, ante otro Juez, ejecutó directamente a Freeman con base en la misma sentencia ordinaria que le sirvió de título contra Carlos García L. & Co., y, como el mandamiento ejecutivo fuera finalmente revocado en este juicio, aquella sociedad continuó persiguiendo su derecho contra Freeman por medio de un nuevo ordinario, en el cual el demandado contrademandó alegando, entre otras

razones, que no era socio colectivo de García L. & Co., como había quedado decidido desde que en el ejecutivo contra ésta se había negado la extensión de la demanda contra el propio Freeman. Y respecto de la contrademanda, dijo la sentencia: "Las razones expuestas en los párrafos aquí transcritos de la del Juzgado, que aquél acoge, son bastantes a demostrar que no puede afirmarse la malicia que se requeriría ante el citado artículo 2356 ni la culpa necesaria ante el 2341 para hallar en Hijos de Augusto Tono este elemento, indispensable para producir a su cargo la obligación de indemnizar los perjuicios de que Freeman se queja como obra de las dos ejecuciones mencionadas. Más todavía: habiendo declarado este señor en escritura pública su calidad de socio de Carlos García L. & Co., no es explicable que estime culposa en Hijos de Augusto Tono la creencia en la veracidad de esa declaración escritura y su esperanza de que le fuese eficaz. Hoy, después de que prevaleció al respecto una negativa nacida de no haberse llenado ciertas solemnidades para el ingreso de Freeman a esa sociedad, es muy sencillo encontrar que las cosas sucedieron así en dichas ejecuciones; pero lo que se está calificando es la conducta de la sociedad acreedora no de hoy, sino la de esa época, esto es, la anterior a esa decisión.

".....

"Las mismas alternativas entre el pro y el contra de la tesis sostenida por la casa acreedora sobre que Freeman era socio de la deudora, concurren a demostrar que no puede acusarse a ésta de mala fe por haberla propugnado, así como del propio modo obra en este sentido la laboriosa tarea que el problema impuso a Jueces y Magistrados, según lo hacen ver las largas exposiciones y hondo estudio de casi todas ellas".

Y volviendo al caso en estudio, para que la demanda de reconvención prosperara era necesario también que se hubieran probado los perjuicios que los reconvencionistas creen que se les causaron. Pero brilla por su ausencia esta clase de prueba.

En virtud de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales CONFIRMA en todas sus partes la sentencia apelada.

Sin costas en ninguna de las instancias.

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

Luis Rafael Robles—Gerardo Arias Mejía—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry — Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Se abstiene la Corte de decidir de la exequibilidad del artículo 60 del Decreto 1265 de 1941 y del artículo 53 del Decreto 1123 de 1942.—Considerando la Corte que la materia reglamentada por las disposiciones acusadas, sobre pérdida del sueldo de retiro por parte de los Oficiales del Ejército, quedó reglamentada íntegramente por la Ley 3 de 1945, la que además derogó la 84 de 1931 en que se apoya el demandante, y que, en consecuencia, los decretos a que se refiere la acusación no subsisten, se abstiene de decidir de su constitucionalidad, porque hay substracción de materia. — Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 1

Se encarece que haya orden y pulcritud en los expedientes. — Texto de la resolución aprobada por la Sala Plena el día 23 de agosto de 1951, en la que la Corte encarece a los Tribunales del país para que por ellos y por los Juzgados se guarden el debido orden en la foliación de los expedientes y formación de los cuadernos y la pulcritud conveniente 3

Se deplora el fallecimiento del doctor Jorge Holguín Lloreda—Texto de la moción aprobada por la Sala Plena el día 29 de agosto de 1951 4

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de declaración de que una mina es un bien vacante.—La tradición del dominio por medio del registro. — Técnica de casación. — En el juicio seguido por el doctor Jorge López Sanín y el Municipio de Valdivia sobre adjudicación de una mina denominada "Icobo", mina de aluvión que se encuentra vacante, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, confirmatoria de la de primera instancia que decidió no ser del caso decretar ninguna de las peticiones de la demanda.—Magistrado ponente Dr. Manuel José Vargas..... 5

Acción de resolución de un contrato y de indemnización de perjuicios—La violación de las normas legales sobre interpretación de los contratos, no puede dar base a la casación de una sentencia con fundamento en la causal 1ª de casación.—Para que la Corte pueda variar la interpretación del Tribunal, debe existir error manifiesto de hecho.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por Isaías Saavedra contra María Pinzón v. de Franco y otro, sentencia confirmatoria de la de primera instancia que absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda. — Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 15

Acción de resolución de un contrato y de indemnización de perjuicios.—Noción de término o plazo.—No casa la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, proferida en el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguió la sociedad "Luis Restrepo Isaza & Compañía, Limitada" contra José Cozza, sentencia que condenó a la parte demandada al pago de los perjuicios y declaró resuelto el contrato a que se refiere la demanda—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 21

Acciones de nulidad de un testamento y subsidiaria de reforma del mismo.—No pueden apreciarse en la sentencia pruebas agregadas después de proferido en segunda instancia el auto de citación para sentencia. La casación no tiene una finalidad mera-

Págs.

mente académica.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguieron María Antonia García v. de Fierro y otros contra Francisco Alberto Sánchez o Fierro y otra.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda. 26

El haberse omitido anotar en el expediente la fecha en que fue fijado el edicto, no anula la notificación hecha por ese medio, si por otra parte esa constancia aparece en el edicto mismo. — Tampoco es necesario anotar cuál fue la hora en que ese edicto fue desfijado. — Desde qué momento comienza a correr la prescripción de la acción para el pago de unas sumas adeudadas por concepto de honorarios profesionales.—Noción de empresa—Mora del deudor. — Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido sobre pago de unos honorarios profesionales, por Humberto Albornoz contra Julia Guzmán, como heredera única de Uldarico Villa.—Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 31

Acción de ineficacia de unas cláusulas de un testamento. — Técnica de casación.—Error de hecho en la apreciación de pruebas.— En el juicio ordinario seguido por María Barriga Samper contra Nelson Rodríguez Acosta y otros, sobre ineficacia de unas cláusulas del testamento otorgado por Elena Barriga Samper de Rodríguez, no se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la de primera instancia que accedió a todas las peticiones de la demanda. — Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 44

La causal segunda de casación es improcedente cuando la sentencia es totalmente absolutoria.—Mientras no se realice la partición, no puede hablarse con verdad de derecho de dominio de los herederos sobre bienes relictos.—Distinto de este derecho es el de herencia, que es el que realmente tienen los herederos durante la indivisión. No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pasto profirió en el juicio ordinario seguido por Sofía Delgado viuda de Pérez contra la sociedad conyugal existente entre Plutarco Rueda Olaya y Berta Pérez de Rueda, para que se obligue a la dicha sociedad a entregar a la demandante la tercera parte del valor líquido de los frutos de una casa ubicada en Pasto y para que se hicieran otras declaraciones. — Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 48

Acción de indemnización de perjuicios ocasionados con el incumplimiento de un contrato de permutación o cambio. — Naturaleza jurídica de éste.—Cuando el deudor de una obligación de hacer se constituye en mora de cumplirla, el acreedor puede ejercitar la acción directa de indemnización de perjuicios.—La regla del artículo 1617 del Código Civil no es aplicable al caso de mora en el cumplimiento de obligaciones de hacer.—En el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por Juan de J. Osorio contra Vicente Osorio, no se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pereira condenó a la parte demandada al pago de la indemnización impetrada por el demandante. — Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 55

La ilegitimidad de la personería sustantiva de cualquiera de las partes no produce la nulidad de la actuación y no puede ser alegada por la causal sexta de casación.—En el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declaró infundadas las objeciones a una partición, no puede proponerse como cargo lo que no fue materia de esas objeciones.—Dicho cargo debe corresponder al reclamo concreto que se formuló en el memorial de objeciones.—De conformidad con preceptos del Código Civil y del Código Judicial, es legal la distribución, entre los interesados, de los gastos causados por las particiones de bienes comunes. No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio sobre división material de un predio, seguido por

Págs.

Rita T. de Santacruz contra Pedro y Cayo Cardoso y otros, aprobó la partición hecha y desechó las objeciones propuestas por algunos de los demandados.—Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo..... 64

Acción de simulación de un contrato.—Diferencias entre contrato inexistente y contrato nulo.—La inexistencia de un contrato no hace que por ese solo hecho sea nulo el instrumento que lo contiene.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que María del Carmen Bernal Cortés siguió contra José del Carmen Bernal y otros, sobre nulidad de una escritura, simulación de un contrato, etc.—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda.... 71

SALA DE CASACION PENAL

Requisitos de la demanda de casación cuando se invoca la causal segunda.—La casación en cuanto a los perjuicios, se subordina a la ley procesal civil y a la jurisprudencia y la técnica de la casación civil.—Cuándo se incurre en infracción directa de la ley; cuándo en indebida aplicación y cuándo en interpretación errónea.—Requisitos que debe tener la demanda para que prospere la casación por errónea apreciación de pruebas.—Naturaleza de la acción civil de indemnización.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso contra Aníbal Niño Echeverría por el delito de lesiones personales. — Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 79

Improcedencia de la causal 2ª de casación en los juicios por jurado.—Las partes pueden presentar pruebas durante la audiencia pública.—Requisitos de la demanda de casación.—Cuándo puede considerarse que una riña es imprevista y constituye por lo tanto una circunstancia modificadora en los casos de homicidio y lesiones personales.—Diferencia entre veredicto contradictorio y veredicto contrario a la evidencia de los hechos.—No se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a Rafael Hernando Villate Díaz como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 85

Para que la defensa sea legítima, debe ser clara, objetiva y subjetivamente—No siempre que una riña es precedida de ofensas o de injurias contra el autor del atentado, contra la vida o contra la integridad personal, concurrirán simultáneamente las dos circunstancias atenuantes de la responsabilidad: la riña imprevista y la ira o el grave e intenso dolor.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el proceso contra Campo Elías Viracachá y Julio Ortiz Flórez por el delito de lesiones personales.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez..... 91

Cambio de radicación de un proceso penal.—Requisitos de la prueba testimonial. — La Corte emite concepto favorable a que se cambie la radicación del proceso seguido contra Francisco D. y Jorge Alberto Murcia por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez.... 97

Requisitos para que sea procedente la extradición, de conformidad con el acuerdo vigente entre Colombia y el Ecuador.—Emite la Corte concepto favorable a la extradición del ciudadano ecuatoriano Tomás Ortega Rojas, extradición solicitada por la Embajada del Ecuador en Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 100

Causal 2ª de casación.—Requisitos que debe tener la demanda, para que se considere fundada esta causal.—En el proceso contra Celiano Muñoz por el delito de lesiones personales, no se invalida la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Neiva.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno. 101

Delito de detención arbitraria.—No autoriza la ley que a un sindicado se le mantenga detenido sin haberse dictado el correspondiente auto de detención, hasta que el fun-

Págs.

cionario allegue la prueba necesaria para proferirlo.—Se sobresee definitivamente en favor del ex-Gobernador del Depto. de Nariño, Dr. José María Salazar Albán, y se ordena remitir el expediente al Tribunal Superior de Pasto, para que provea lo que estime legal en relación con los demás funcionarios no sujetos a la competencia de la Corte y contra quienes aparecen cargos en el mismo proceso—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 103

Prescripción de la acción penal—Su interrupción. — La prescripción de la acción penal produce incompetencia en el Juez y vicia de nulidad por esta causal los actos realizados con posterioridad a su consumación. No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a Luis Alfonso y Rosendo Vanegas Cabra como responsables del delito de lesiones personales.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 106

Cuándo la provocación es causa modificadora y cuándo configura una circunstancia de menor peligrosidad. — Riña.—La riña imprevista debe ser reconocida por el Jurado para que pueda ser tenida en cuenta como circunstancia modificadora en procesos en que interviene el tribunal popular.—En el proceso seguido contra Hipólito Jiménez por el delito de homicidio, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto. — Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 111

El que el procesado haya obrado o no en estado de ira o de intenso dolor o en estado de grave anomalía psíquica, no puede ser objeto de debate en casación, cuando se trata de juicio en que interviene el Jurado. No invalida la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, condenatoria de Vidal Pérez Moreno por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada. 115

Delito de prevaricato.—El simple error en la interpretación de la ley no presume dolo en el juzgador.—Se confirma la providencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Jesús Muñoz Duque, ex-Juez de Menores de la misma ciudad, por cargos de abuso de autoridad y prevaricato formulados en su denuncia por Hipólito Muriel Machado.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 117

Delito de abuso de autoridad. — Cómo debe procederse cuando por un mismo hecho se han iniciado dos o más sumarios.—Se revoca la providencia por la cual el Tribunal Superior de Cartagena se abstuvo de dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en un proceso contra el doctor Electo Cáliz Amador y otros, por abuso de autoridad, y en su lugar se ordena que el negocio pase a la mesa del Magistrado del mismo Tribunal que en la actualidad conozca de otro negocio que por los mismos hechos y contra los mismos sindicados cursa en esa entidad, con el objeto de que se agregue a él. — Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 119

Para que la demanda de casación surta sus efectos, no basta con que sea presentada ante una autoridad dentro del término señalado por el artículo 563 del C. de P. P., sino que es necesario además que llegue a la Corte antes del vencimiento de ese término. — Se declara desierto el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Antonio José Castaño Guerrero, contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el proceso contra Castaño por el delito de robo.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 121

Se declara admisible el recurso de casación en un proceso militar. — La Corte declara admisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia por la cual la Brigada de Institutos Militares condenó al Coronel Eurípides Márquez y a los Tenientes Coroneles Quintín Gustavo Gómez y Ernesto Velosa Peña como responsables del

Págs.

delito de rebelión. — Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 123

Por regla general es inadmisible que en casación se agrave la situación del procesado. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga y que condenó a Elías Castañeda como responsable del delito de lesiones personales. — Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 125

Las hipótesis, las dudas o las opiniones expresadas por el jurado en su veredicto no obligan al juez.—Se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pasto condenó a Jorge Zúñiga por el delito de homicidio, y se ordena reponer el procedimiento a partir del auto que señaló día para el sorteo general de jurados. — Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno.... 126

Delito de violación de la reserva del sumario. Se ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Héctor Santander Galvis, por cargos de violación de la reserva del sumario en su calidad de Magistrado del Tribunal Superior de San Gil—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre.... 131

La enemistad como causal de impedimento y de recusación.—Decide la Corte que el doctor Bernardo Botero Mejía no está impedido para conocer, como Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, de un proceso contra el doctor José Salazar Restrepo por el delito de abuso de autoridad.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 133

Las leyes de simple procedimiento o ritualidad en los juicios son de aplicación inmediata y respecto de estas leyes no es aplicable el principio constitucional de que en materia penal debe aplicarse de preferencia la ley permisiva o favorable.—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso seguido contra Julio Suárez Rodríguez por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 136

Págs.

Nulidades en el proceso penal. — Por ilegitimidad de la personería del querellante y por ilegitimidad de la personería en quien se constituyó parte civil en el proceso.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el proceso contra Justino Jiménez Soler por el delito de homicidio.— Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno.. 140

Delito de abuso de autoridad (demoras). — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del doctor Bernardo Jaramillo García y de otros funcionarios, por el delito de abuso de autoridad.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 143

La amistad como causal de impedimento. — Cuando se trata de las causales de impedimento por abstención que envuelven un sentimiento de carácter estrictamente subjetivo, y su manifestación se hace por los propios funcionarios que se sienten incapacitados por esa causa para conocer de determinado proceso, no se puede ser muy exigente en la prueba de esa situación.— Acepta la Sala el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Agustín Gómez Prada para conocer de un proceso contra Hernando Ardila Gómez y otros. — Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 146

Límites de las atribuciones del Jurado. — No puede dar denominación jurídica a los hechos por los cuales se le pregunta.—Delito de corrupción de menores. — La infracción prevista por el inciso 1º del artículo 326 del Código Penal se consuma aunque la víctima no sea virgen o persona de irreprochable honestidad, siempre que sea mayor de 14 años y menor de 16.—No se invalida la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el proceso contra Alfonso y José del Carmen Juyó y otros, por el delito de corrupción de menores. — Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 148

Salvamento de voto de los Magistrados doc-

Págs.

tores Bruno y Gómez Prada a la sentencia de que da cuenta el aparte anterior..... 157

Delito de peculado.—La culpa en el derecho penal.—Peculado culposo.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que condenó al doctor Víctor Ortega Rueda por el delito de peculado culposo. Magistrado ponente: Doctor Angel Martín Vásquez 159

Delito de lesiones personales.—Requisitos de la confesión en materia penal—La falta de consonancia entre el auto de proceder y la sentencia, se refiere no a la especie, sino al género del delito.—La pérdida del dedo pulgar constituye perturbación funcional. La calificación de las consecuencias de unas lesiones, no es objetable por la causal tercera de casación.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pereira condenó a Francisco García como responsable del delito de lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno. 165

Delito de abuso de autoridad (demoras). — Se confirma el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Manizales profirió en favor del doctor David Maldonado Escudero por el delito de abuso de autoridad.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 171

Delito de intervención en política por parte de funcionarios públicos. — Diferencia con la causal de mala conducta que trae únicamente sanción disciplinaria. — La Corte abre causa criminal contra el doctor Luis Enrique Conde Girón, por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Váquez 174

No se repone el auto anterior.—Niega la Corte la solicitud de reposición del auto de que da cuenta el aparte anterior de este índice. — Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 181

Nulidad constitucional. — La Corte no puede tomar en cuenta causales de casación cuando el interesado no recurrió.—Manera como deben formularse los cuestionarios al jurado—En el proceso contra Deogracias Oliveros Peña como autor intelectual e instigador del delito de homicidio cometido por Víctor Julio Daza en su esposa Delfina Silva, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 183

Delito de abuso de autoridad. — Cómo debe ejercerse la facultad de imponer sanciones correccionales a quienes faltan al rèspeto a los funcionarios cuando se hallan en ejercicio de sus funciones y por motivo de ese ejercicio. — Se sobresee definitivamente en favor del ex-Comisario Especial del Amazonas, Teniente Coronel Jaime Cuéllar, por el delito de abuso de autoridad.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 186

La extradición, de conformidad con el Código Penal y con el Acuerdo Bolivariano.— Para que la Corte pueda emitir concepto sobre extradición, no es necesario que se halle comprobado que el extraditando se encuentra dentro del territorio del país.— Emite la Corte concepto favorable a la solicitud de extradición del ciudadano ecuatoriano Julio César Mariscal García, formulada por la Embajada de ese país en Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 191

El estado de ira e intenso dolor y el de legítima defensa deben, para que constituyan circunstancia modificadora de la responsabilidad, el primero, y circunstancia eximente, el otro, ser reconocidos con todos los elementos que les son esenciales. — Cuando el veredicto no es contrario a la evidencia de los hechos probados, lo único que puede hacer el juez de derecho es interpretar esa decisión. — Veredicto contradictorio.—La contraevidencia del veredicto es una irregularidad procesal que a la Corte no compete subsanar.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribu-

PAGS.

nal Superior de Cali en el proceso contra Teófilo Muñoz Realpe por el delito de homicidio—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 194

Delitos de falsedad y prevaricato.—Se confirma la orden de cesación de todo procedimiento contra el doctor Jorge Tarud, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 200

Nulidades.—Cuándo no puede declararse una nulidad por una notificación hecha ilegalmente.—Asesinato.—Cuál es el hecho constitutivo del asesinato.—No es necesario que el veredicto exprese cuál fue la circunstancia que determinó la inferioridad o indefensión de la víctima.—Tampoco es indispensable que sean varias esas circunstancias para que se configure el asesinato. El veredicto puede ser interpretado por el juez de derecho.—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso contra Eulises Quintero por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 204

Individualización de las sanciones de conformidad con el Código Penal vigente.—En el proceso contra Esteban Gutiérrez y otros por homicidio y otros delitos, no se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga. — Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 208

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Para que pueda decretarse la suspensión del juicio civil de conformidad con lo ordenado por el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, se requiere que el Juez Civil, con base en documentos que aparezcan en el proceso, encuentre un delito perseguible de oficio.—Revoca la Corte la providencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Marina Gutiérrez de Talero contra la Nación, providencia por la cual se

PAGS.

había ordenado dar aviso a los Jueces Penales competentes y que volviera el negocio al despacho para resolver acerca de la suspensión de la controversia civil. — Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 214

Se declara nulo un juicio, porque el mandato conferido a quien obró en representación del demandante expiró antes de que hubiese sido admitida la demanda.—Se declara nulo el juicio instaurado ante el Tribunal Superior de Bogotá y contra la Nación por el doctor Mauricio Ospina Devia, en representación de Enrique Zalamea Lleras y otros.—Auto proferido por el Magistrado Dr. Gerardo Arias Mejía..... 217

Acción para el pago de unos emolumentos como miembro del Congreso Nacional. — Incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de esta clase de controversias. — Se declara nulo todo lo actuado en el juicio ordinario seguido contra la Nación por Aquiles Parga N.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 219

La justicia ordinaria es competente para conocer de controversias originadas en ocupaciones de propiedades privadas por causa de trabajos públicos.—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en los juicios ordinarios acumulados que siguió sobre el objeto expresado el doctor Arturo Fabio Manotas contra la Nación.—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 222

Regulación de la indemnización de perjuicios civiles.—Del monto total de dicha indemnización, no son descontables las cantidades pagadas a la víctima o a su causahabiente por concepto de prestaciones sociales.—Revoca la Corte la providencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá reguló el monto de la indemnización debida por la Nación a Pompeyo Perilla y otros, en cumplimiento de lo dispuesto en sentencia de la Corte, y fija en veinticuatro mil seiscientos cuarenta y ocho pesos con ochenta y nueve centavos el valor total de esa in-

PAGS.

demnización—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 234

Salvamento de voto del Magistrado doctor Gualberto Rodríguez Peña 242

No se repone el auto anterior.—No se accede a la solicitud de reposición del auto anterior, formulada por el señor Procurador Delegado en lo Civil—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 243

No sólo las sentencias proferidas en juicio ordinario, sino también las proferidas en juicios especiales y que no sean revisables, de conformidad con la ley, por la vía ordinaria, pueden fundar la excepción de cosa juzgada—En el juicio ordinario seguido por el General Jorge Martínez Landínez, sobre liquidación de una participación en unos bienes ocultos, se declara probada la excepción de cosa juzgada y se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 245

No es el caso de aclarar la sentencia anterior. No accede la Corte a la solicitud formulada por la parte demandante, de que se aclare la sentencia de que da cuenta el aparte inmediatamente anterior de este índice. — Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 253

Aviso sobre exploración y explotación de unos yacimientos petrolíferos de propiedad privada—La adquisición de dominio de tierras por el medio de la justa prescripción durante la época colonial.—Se declara fundado en parte y en parte infundado el aviso que sobre exploración y explotación de unos yacimientos petrolíferos de propiedad privada ubicados en el Departamento del Tolima, en jurisdicción de los municipios de Piedras y Venadillo, dieron la Richmond Petroleum Company, Abisael Rodríguez y otros, al Ministerio de Minas y Petróleos. — Magistrado ponente Dr. Rodríguez Peña 255

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. — En un juicio seguido contra el Departamento de Caldas, se reforma parcialmente la providencia del Tribunal Superior de Manizales que declaró no probada la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandada, propuesta por el apoderado de dicho Departamento. — Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 274

Acción ordinaria de declaración que unas tierras y los yacimientos petrolíferos que en ellas se encuentren son de propiedad privada.—En el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por Alberto Marulanda contra la Nación, se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla. — Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 276

Exhibición de documentos.—Se decreta la exhibición de unos documentos y se niega la de otros, en el juicio ordinario seguido contra la Nación por Isabel Malo de Nieto y otra. — Auto del Magistrado sustanciador Dr. Rafael Leiva Charry..... 279

No se reforma o modifica el auto anterior.— La Sala no accede a modificar la providencia de que da cuenta el aparte inmediatamente anterior de este índice, y contra la cual fue interpuesto recurso de súplica por la parte actora. — Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 281

Un Tribunal Superior es competente para ordenar la exclusión de un determinado globo, de lo comprendido por una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, cuando ese Tribunal conoce de un juicio ordinario sobre propiedad de un yacimiento petrolífero.— Revoca la Corte el auto por el cual el Tribunal Superior de Cartagena se abstuvo de fallar en el fondo el juicio ordinario que el doctor Simón Gómez Lavalle y otros siguieron contra la Nación, sobre propiedad de unos terrenos y de unos yacimientos pe-

PAGS.

trolíferos que en ellos se encuentran, y ordena devolver el negocio al Tribunal de origen para que se decida en el fondo.—Magistrado ponente Dr. Luis A. Flórez.... 283

Salvamento de voto del Magistrado doctor Rodríguez Peña 286

Los preceptos de la Ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causen a la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos, sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una simple reparación de daños producidos a consecuencia de los trabajos públicos, y a los que no pueden considerarse extraños los que se siguen de una ocupación que, por su naturaleza, y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de índole puramente transitoria o temporal; pero son absolutamente inaplicables cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante—La prescripción bienal de que habla el artículo 263 de la Ley 167 de 1941, no puede entenderse sino para las acciones que, de acuerdo con lo expresado, resultan ser de competencia de lo Contencioso-Administrativo. — El término de esta prescripción no puede comenzar sino desde el momento en que la ocupación termina.—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por José Antonio Bula O. sobre pertenencia de unos terrenos ocupados para las obras del Terminal Marítimo de Barranquilla y sobre reivindicación de los mismos terrenos, y en su lugar se condena a la entidad demandada a restituir la parte que no esté destinada a servicio público alguno y a pagar al demandante, previa escritura de traspaso de la propiedad a la Nación, del valor de los mismos terrenos—Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña 287

No se accede a aclarar una sentencia. — En qué casos puede tener lugar esta aclaración.—En un fallo no se pueden hacer declaraciones o condenaciones a favor o en contra de personas que no han intervenido en el juicio como partes.—Declara la Corte que no es el caso de aclarar la sentencia proferida por la Sala de Negocios Generales con fecha 23 de mayo de 1951 en el juicio ordinario seguido contra la Nación por Andrés García H. y otros.—Magistrado ponente Dr. Luis Rafael Robles..... 301

Acción de indemnización de perjuicios ocasionados con la pérdida de una mercancía entregada para su transporte—En este caso la estimación de los perjuicios debe hacerse sobre la base que ofrezca la carta de porte—Se confirma la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguió la empresa Roldán, Calle & Cía., Ltda. contra el Departamento de Antioquia y por éste contra aquélla en demanda de reconvención.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 302

El fallo en que se decide un juicio debe comprender todos los extremos deducidos en la parte petitoria de la demanda; si se omite alguno, la sentencia del superior que lo revisa tiene que limitarse a revocarlo para que se subsane el error, pues que al decidir en el fondo, pretermitiría una de las instancias respecto del punto no desatado en la primera.—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por la "Compañía Explotadora del Nechí" sobre propiedad privada de unas minas y sobre que las mismas quedan excluídas de los minerales solicitados en concesión del Estado por el señor Guillermo Guingue Salazar.—Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña 308

Acción de indemnización de perjuicios ocasionados con la ocurrencia de un accidente de aviación.—El servicio aéreo es una de las actividades que la jurisprudencia considera especialmente peligrosas. — Cuando

PAGS.

la propia víctima del daño es quien operaba la máquina o cosa peligrosa, la presunción de culpabilidad no puede ser invocada.—En el caso de que existan varios responsables de un accidente, la obligación de indemnización es solidaria.—Se reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguió Lucy Cortés de Escobar contra la Nación.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía... 312

Domicilio de las sociedades extranjeras con negocios en el país.—Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ejecutivo seguido por el Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company, Limited, auto que negó la solicitud de la parte demandada de que se declarara nulo lo actuado.—Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña..... 320

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Luis Rafael Robles 326

Cuando de un negocio ha conocido en primera instancia un Tribunal, la providencia que ordene dar cumplimiento a la sentencia de segunda instancia, debe ser proferida por toda la Sala del Tribunal que actuó en el juicio, y no sólo por el Magistrado sustanciador.—El incidente de nulidad puede ser propuesto aún dentro del trámite del cumplimiento de una sentencia, porque el juicio no ha concluído estando de por medio el cumplimiento y porque dentro de este trámite se puede incurrir en graves irregularidades que anulen la actuación.—Declara la Corte nulo lo actuado en el juicio ordinario sobre reivindicación seguido por Pacífico Pérez, y por denuncia del pleito, por el Departamento de Antioquia, contra Raimundo Moreno, a partir del auto de 12 de noviembre de 1947.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 328

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Rodríguez Peña y Luis Rafael Robles 332

El artículo 79 de la Ley 63 de 1936 se refiere a juicios distintos del mortuorio mismo, en los cuales alguien se haya apersonado como representante o sucesor de un litigante en virtud de la muerte de éste.—El simple fracaso de una acción en juicio, no es suficiente para fundar una ulterior condenación al pago de perjuicios ocasionados con el abuso del derecho de litigar.—En el juicio ordinario seguido por la Nación contra el Banco Francés e Italiano para la América del Sud y otros, y por éstos contra aquélla, en demanda de reconvención, se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 333

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA" CALLE 14, Nº 1356 — TELEFONO 14-325

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono Nº 14-325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXX - BOGOTA, COLOMBIA. - SEPTIEMBRE Y OCTUBRE DE 1951 - NUMEROS 2105 - 2106

S A L A P L E N A

EXEQUIBILIDAD DE VARIAS DISPOSICIONES DE LA LEY 89 DE 1948, SOBRE ORGANIZACION ELECTORAL, E INEXEQUIBILIDAD PARCIAL DEL INCISO 3° DEL ARTICULO 6° DE LA MISMA LEY, SOBRE INELEGIBILIDAD DEL REGISTRADOR NACIONAL DEL ESTADO CIVIL—PARA QUE SE CUMPLA EL MANDATO DEL ARTICULO 172 DE LA CONSTITUCION, NO ES INDISPENSABLE QUE LA ORGANIZACION ELECTORAL ESTE SOMETIDA A LA INFLUENCIA DE LOS PARTIDOS POLITICOS — ESTE PRECEPTO SOLO SE APLICA AL CASO DE ELECCION, ES DECIR, AL CASO EN QUE SE DESIGNA UNA PERSONA POR MEDIO DE VOTOS — LA PROHIBICION DEL ARTICULO 178 DE LA CONSTITUCION NO SIGNIFICA TAMBIEN QUE LOS JUECES O MAGISTRADOS NO PUEDAN TENER DETERMINADA FILIACION POLITICA—LAS ORGANIZACIONES ELECTORALES NO SON EN SI MISMAS ORGANISMOS POLITICOS, NI LA FUNCION ESCRUTADORA ES UN ACTO POLITICO — EL DERECHO DE SUFRAGIO TIENE UN CARACTER RELATIVO, Y EL LEGISLADOR PUEDE EXIGIR DETERMINADAS CONDICIONES Y CALIDADES PARA SU EJERCICIO — INCOMPATIBILIDADES EN MATERIA ELECTORAL

1—Para que se asegure la representación proporcional de los partidos, de que habla el artículo 172 de la Constitución, no es indispensable que la organización electoral no sea ajena a la influencia de los partidos, sino que, por el contrario, sí esté sujeta a esas influencias.

No cabe duda que una organización electoral que en realidad fuera ajena a la influencia de lo partidos políticos, tal como se manifiesta el deseo del legislador, anhelo expresado en la norma que es objeto de acusación, esa organización electoral aplicaría con absoluta imparcialidad, o bien el sistema de cuociente electoral o cualquier otro sistema de escrutinio, con el cual se persiga la debida representación de los partidos en las corporaciones públicas, y entonces, como consecuencia, se obtendría precisamente lo que manda la Constitución.

La proporcionalidad de los partidos como sistema constitucional no consiste en que a determinados grupos políticos se les otorgue una participación electoral en una determinada función de esta clase; sino en que las distintas parcialidades de tal índole tengan asegurada su representación, sin que sea dable negársela aplicando normas de es-

crutinio o elección que hagan nugatoria aquella prerrogativa constitucional.

De la letra, del espíritu y de los antecedentes del artículo 172 de la Constitución, que corresponde al 77 del Acto Legislativo número 1º de 1945, fácilmente se deduce que el principio de la representación proporcional de los partidos debe aplicarse rigurosamente a dos hipótesis:

a)—Cuando en la elección popular, es decir, en aquella en que intervienen todos los ciudadanos aptos para sufragar, se va a votar por más de dos individuos.

b)—Cuando en una corporación pública, o sea en un cuerpo colegiado que tenga funciones públicas, se va a votar por más de dos individuos.

Fuera de las dos hipótesis anteriores, la elección o nombramiento de funcionarios y empleados públicos no está, constitucionalmente, regida por el principio de la proporcionalidad de los partidos.

2—Como el significado genuino del vocablo elección hace referencia a la designación de una persona determinada, cuando ella se realiza por medio de votos y de escrutinio subsiguiente dentro de una corporación, o como dice Gastón Jeze: "elegir es designar un funcionario mediante la manifestación de voluntad de varios individuos", es manifiesto que en este orden de ideas no puede hablarse de que la forma impersonal determinada por el artículo 3º de la Ley 89 de 1948 corresponda con exactitud a aquel concepto, y, por tanto, no teniendo tal carácter, que es el contenido en el texto constitucional, no puede hablarse de violación de éste, porque precisamente no está dentro de las circunstancias que el artículo 172 de la misma obra prefija, esto es, cuando se trate de elección popular o se vote por más de dos individuos en una corporación pública.

Lo que la ley hace en su artículo 3º es señalar determinada calidad de cargos para que las personas que en un momento dado los ejerzan o hayan ejercido tengan también la categoría de miembros de la Corte Electoral. No designa precisamente una persona física individualizada con su nombre y apellido para aquella corporación. Se limita a señalar los cargos que ejercen o han ejercido para que tengan la categoría de miembros de dicha Corte. Siendo ello así, no puede decirse que existe elección directa por la ley, y, por tanto, el texto constitucional no puede considerarse como infringido, por ausencia de las condiciones exigidas para que opere en un caso dado.

3—Una cosa es la prohibición de ser miembro activo de determinado partido político y otra muy distinta es tener determinada filiación política. La prohibición constitucional del artículo 178 de la Carta se refiere a lo primero y deja a salvo lo segundo, pues a nadie se le ha ocurrido pensar que alguien, por el hecho de ser empleado judicial tenga que abjurar de sus ideas políticas. Ser miembro de un partido político significa actuar con criterio partidista en el campo de sus actividades públicas atacando o defendiendo o coadyuvando al ataque o a la defensa, intelectual o material, hasta el punto de que a la persona de que se trata se le pueda calificar de "político".

Ni de la letra ni del espíritu del artículo 178 de la Carta puede deducirse rectamente que lo que con él se pretendió fue establecer que los Magistrados o Jueces deban carecer de filiación política, pues la misma Constitución en su artículo 173 señaló la pauta para hacer ciertas elecciones o nombramientos, teniendo en cuenta la filiación de los elegidos o nombrados.

4—La corporación o corporaciones electorales no son, dentro del espíritu de la ley, organismos o corporaciones políticas, porque por expreso mandato del artículo 1º de la Ley 89 de 1948, deben ser ajenas a la influencia de los partidos. Por eso cuando los Jueces y Magistrados toman parte en esas corporaciones, en ejercicio de unas y otras de las funciones atribuídas al órgano electoral, ni están realizando actos políticos partidistas, ni tampoco están interviniendo en debates de ese carácter, lo que sí sería contrario a la prohibición del artículo 178 de la Carta. El escrutar votos no es en sí un acto político. El escrutador para ser fiel al espíritu mismo de la ley, no debe buscar el que prevalezca el interés de determinado partido, sino que debe limitarse a aplicar, con absoluta imparcialidad, las normas legales reguladoras de los escrutinios. Podría

decirse que es ésta una función mecánica, en la cual nada deben influir las ideas políticas de la persona que la realiza. Es una función que en sí misma debe ser tan apolítica como la de administrar justicia, que es la propia y normal de los Jueces y Magistrados.

5—No es inconstitucional el artículo 43 de la Ley 89 de 1948, en cuanto hace obligatoria para las elecciones presidenciales de 1950 la revisión de las cédulas de ciudadanía, en forma tal que quien no se haya sujetado a ella no tendrá derecho a votar, por cuanto teniendo el derecho de sufragio un carácter relativo en orden a su reglamentación legal, es obvio que el legislador pueda exigir determinadas calidades y condiciones para su ejercicio. Generalmente las leyes electorales implican una reglamentación o el sometimiento a determinados requisitos para ejercer el sufragio, comenzando por la necesidad de que el sufragante figure en las listas, hasta la moderna exigencia de que posea una cédula de ciudadanía. Aún antes de la vigencia de la ley acusada, si el ciudadano no tenía cédula o si no la había revalidado en el lugar donde quería votar, no podía ejercer aquel derecho; y aún teniendo cédula, si no figuraba en los registros, era imposible que pudiera votar. Y sin embargo a nadie se le ocurrió pensar que esas exigencias fueran contrarias a la Constitución, no sólo porque la naturaleza del derecho de sufragio lo hace relativo, sino porque la misma Constitución, en su artículo 180, autoriza al legislador para reglamentar estas materias.

6—En las incompatibilidades en materia electoral no puede prescindirse de tres elementos o factores: el tiempo, la persona y el lugar. En este orden de ideas la inelegibilidad puede provenir de que se esté desempeñando un cargo público incompatible con cargos de elección o representación popular. Tal ocurre con el artículo 129 de la Carta, según el cual no podrá ser elegido Presidente de la República ni Designado el ciudadano qua a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia dentro del año inmediatamente anterior a la elección. En cuanto a la persona, la ocurrencia se presenta cuando la misma Constitución ordena que los empleados con mando y jurisdicción no pueden ser elegidos mientras duran en el ejercicio de sus atribuciones, y, por último, en cuanto al lugar, los ejemplos pueden resultar en los casos del artículo 108 de la Carta. Por consiguiente, como la misma Constitución en su artículo 108 limita la inelegibilidad de ciertos funcionarios para los cargos de representación popular, es obvio que por estar previsto en la misma Constitución el lapso de seis meses posteriores a la dejación del cargo, a este período de tiempo debe circunscribirse la prohibición, ya que la razón para imponerla es la única circunstancia de ejercer autoridad o jurisdicción, como es el caso del Registrador Nacional del Estado Civil, y el solo motivo para que aquella incompatibilidad lo comprenda.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, septiembre veintiuno de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Los doctores Alfonso Isaza Moreno y José Antonio Correa Mora, ciudadanos colombianos y abogados en ejercicio, haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 214 de la Constitución Nacional, han pedido a la Corte, en demanda de fecha veintiuno de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, que declare inexequibles, por inconstitucionales los artículos 1º, 3º, 5º, inciso 3º del artículo 6º, ordinal a) del artículo 8º, 10, 12, inciso 11 del artículo 20, inciso 3º del artículo 24, 43, 58 y 65 de la ley 89 de 1948 "sobre organización electoral".

Oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, la Corte procede a decidir, para lo cual se considera:

Para dar cumplimiento al artículo 2º de la ley 96 de 1936, los demandantes transcriben las disposiciones que consideran inexequibles, por inconstitucionales, así:

"Como violatorias del precepto que garantiza la representación proporcional de los partidos", o sea el artículo 172 de la Constitución:

Los artículos 1º que trata del objeto de la nueva organización electoral establecida por la ley acusada; el 2º que dispone la manera como esta-

rá integrada la Corte Electoral; el 5º que ordena:

"La Corte Electoral no podrá estar integrada en ningún caso por más de tres miembros pertenecientes a un mismo partido".

El ordinal a) del artículo 8º, que dice:

"Se formará treinta días antes de cada elección popular y por voto unánime de los miembros de la Corte Electoral, una lista de ciudadanos de un número equivalente al doble de los Departamentos. Dicha lista estará formada por ciudadanos pertenecientes a los dos partidos que tengan mayor representación en el Congreso Nacional, en forma tal que sea igual al número de los afiliados a cada uno de dichos partidos políticos".

"El artículo 65. Toda comisión Escrutadora Municipal estará integrada por igual por ciudadanos pertenecientes a los partidos que tengan mayor representación en el Congreso".

Como violatorios del artículo 178 de la Constitución y 70 del Acto Legislativo número 1º de 1945, que prohiben a los funcionarios judiciales ser miembros activos de partidos políticos o intervenir en debates de carácter electoral, los siguientes:

"Artículo 10. El Registrador Nacional del Estado Civil tendrá las funciones de Secretario permanente de la Corte Electoral. El arca triclave en que se guarden los pliegos que sean objeto de actuaciones por parte de la Corte, estará bajo la custodia del Registrador, quien manejará una de las llaves correspondiendo las otras dos al Presidente y al Vicepresidente da la Corte Suprema de Justicia".

El artículo 12, que trata sobre escrutinios electorales, misión ésta encargada a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y a comisiones designadas por éstos y compuestas por Jueces Superiores y del Circuito y por Notarios y Registradores del respectivo Distrito Judicial.

Artículo 20, inciso penúltimo, sobre recibo y custodia de pliegos electorales de los Departamentos.

Artículo 24, inciso 3º, que ordena que los Registradores Municipales actuarán como secretarios de las Comisiones Escrutadoras en cada Municipio y de la manera como deben ser guardados los pliegos electorales, correspondientes a las mesas de votación.

El artículo 58, que dice:

"La Corte Suprema de Justicia, por la unanimidad de sus miembros, elaborará una lista de sesenta ciudadanos pertenecientes por igual a ambos partidos políticos, de la cual elegirá el Registrador Nacional los Delegados Departamentales".

Como violatorio de los artículos 15, 171, y 179 de la Carta, la siguiente disposición de la ley acusada:

Artículo 43, sobre revisión de la cedulación y de los censos electorales para las elecciones presidenciales que se efectuaron en 1950.

Finalmente, acusa como violatorio del artículo 108 de la Constitución Nacional, el artículo 6º, inciso 3º de la ley 89 de 1948, que dice:

"El ejercicio del cargo de Registrador Nacional del Estado Civil es incompatible con cualquier otro empleo público; ni el Congreso ni el Gobierno podrán designar al Registrador, durante el ejercicio de su cargo, ni dentro de los seis meses posteriores al momento en que haya cesado en dicho ejercicio, para ningún empleo cuya provisión les corresponda y el Registrador no podrá ser elegido Diputado, Representante o Senador durante el período para que fué nombrado, ni dentro del año siguiente al vencimiento de dicho período".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.—Representación proporcional de los partidos.

Dice la demanda:

"Uno de los cimientos esenciales del Gobierno popular es el principio de la representación proporcional de los partidos y respecto de las minorías, aceptado por nuestra legislación después de enconadas luchas políticas. Puede considerarse como una superación de la pragmática ley de la mitad más uno que, a pesar de fundarse en la lógica del sistema democrático, no satisface plenamente las exigencias de la justicia distributiva y la conveniencia social, pues un país gobernado por la férrea ley del número no puede considerarse lo suficientemente sólido para fortalecer la paz, la libertad y el orden. Fué enunciado empíricamente por la Carta fundamental en la forma siguiente: "Cuando se vote por más de dos individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema de cuociente electoral o cualquiera otro que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo ese derecho". (Artículo 77 del Acto Legislativo número 1º de 1945).

Continúan los demandantes sosteniendo que, si bien la disposición antes transcrita no habla de los derechos de las minorías, científicamente debe interpretarse "que lo que allí se establece no es otra cosa que la protección del pensamiento político de las minorías, que determina el consiguiente derecho a intervenir en la orientación de los destinos de la cosa pública".

"Por consiguiente —agrega— cualquier ley que directa o indirectamente desatienda ese precepto, viola el canon, con mayor razón cuando se trata precisamente de reglamentar o hacer efectivo el derecho del sufragio, en desarrollo de la atribución conferida por el Constituyente al legislador".

II. — DERECHO DEL SUFRAGIO

"El derecho a elegir —dice el libelo— y ser elegido es el núcleo de los derechos políticos que un Estado democrático otorga al ciudadano, como que es la base misma del régimen representativo. Ese derecho lo consagran explícitamente los artículos 15, 171, 108 y 179 de la Constitución".

"No se necesita ser un experto constitucionalista para concluir que ese derecho-función que se acaba de enunciar no puede ser desconocido, vulnerado o condicionado por ninguna ley, menos aún por las leyes que regulan la elección y el escrutinio".

"Finalmente, el derecho de ser elegido es la fase pasiva de la función del sufragio. El artículo 108 de la Constitución determina ilimitativamente los empleados que no pueden ser elegidos sino seis meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones y los que no pueden ser elegidos Senadores, Representantes o Diputados sino tres meses después de haber ejercido la jurisdicción o autoridad. Por consiguiente es inconstitucional el artículo 6º, inciso 3º, cuando dispone que el Registrador no podrá ser elegido Diputado, Representante o Senador dentro de los seis meses posteriores al momento en que haya cesado de ejercer el cargo".

III.—INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

Sobre este particular la demanda, luego de ponderar la conquista institucional al aceptar la Constitución en su artículo 178, para dignificar la función judicial, que "los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, no podrán ser miembros activos de partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio, y que la desobediencia a ese mandato es causal de mala conducta, que ocasiona la pérdida del empleo", agrega:

"Es de sentido común que por debate electoral debe entenderse todas las etapas del proceso comicial desde su iniciación hasta la declaratoria por vía jurisdiccional de quienes se consideran electos. Sería ingenuo pensar que la Constitución quiso alejar a los funcionarios judiciales de las primeras fases del debate electoral, pero los autoriza para intervenir en la parte final. Ninguna interpretación empírica de nuestra Carta admitiría en forma tal la deformación de su letra y espíritu".

"Ahora bien, los artículos 3º, 10, 12, 20 (inciso penúltimo), 24, (inciso 3º) y 58, en armonía con el 4º, obligan a los funcionarios del poder judicial a mezclarse en los debates electorales, a intervenir en menesteres tan poco dignos de su función como es la de guardar las llaves de cajones electorales y a tomar parte activa en funciones que tienen marcada incidencia política, lo que compromete su independencia, su prestigio y hasta su propia seguridad, ya que la pasión política enardece los ánimos, enturbia el juicio y hace perder la necesaria serenidad para la delicada labor de administrar justicia".

Concepto del Procurador

El señor Procurador General de la Nación, en concepto que obra a los folios 25 a 30 del expediente, no acepta la tesis expuesta en la demanda y, al contrario, piensa que las disposiciones acusadas son desarrollo lógico, equitativo, técnico y adecuado de los principios constitucionales que los actores estiman transgredidos.

Luego de exponer los argumentos que considera necesarios a favor de su tesis, pide a la Corte declare exequibles las disposiciones demandadas, "con excepción del inciso 3º del artículo 6º, en cuanto se extiende a seis meses la inelegibilidad de tres, fijada en el artículo 108 de la Constitución Nacional".

La Corte estudiará por separado cada una de las disposiciones acusadas, con el propósito de confrontar los textos constitucionales con los de la ley, a fin de ver si las razones de la demanda tienen fundamento o si por el contrario, los textos de esta última armonizan con los de aquélla,

y carece por tanto de base jurídica la alegación de inconstitucionalidad. Mas lo hará teniendo como base para su estudio la demanda presentada en la Corte con fecha 21 de enero de 1949, pues las posteriores adiciones, correcciones y enmiendas que los demandantes hicieron con fecha 7 y 21 de marzo del mismo año fueron rechazadas con fundamento en las razones que constan en el auto de 23 de marzo de aquel año, en virtud del cual y según recibo de fs. 49 le fueron devueltos al Sr. Isaza Moreno, en ocho fojas útiles, el memorial en que adicionó o corrigió la demanda y el memorial en que glosó el concepto del señor Procurador General de la Nación.

El primer artículo constitucional que se considera violado es el 172 de la Codificación respectiva, y los artículos de la ley que la demanda considera violatorios, son los siguientes: el 1º, el 3º, el 8º, en su ordinal a) y el 65.

En cuanto a la acusación formulada contra el artículo 1º en el sentido de que es inconstitucional porque viola el artículo 172 de la Carta, puede decirse que no tiene fundamento alguno, desde luego que cuando la Constitución dispone en el artículo 172 que en las elecciones se debe emplear un sistema que asegure la representación proporcional de los partidos, hace referencia a algo muy distinto de lo que constituía la materia del artículo acusado, es decir, el 1º de la ley 89 de 1948.

Para que se asegure esa representación proporcional de los partidos, no es indispensable que la organización electoral no sea ajena a la influencia de los partidos, sino que, por el contrario, sí esté sujeta a esas influencias, en contra de lo que dispone la norma legal acusada.

No cabe duda que una organización electoral que en realidad fuera ajena a la influencia de los partidos políticos, tal como se manifiesta el deseo del legislador, anhelo expresado en la norma que es objeto de acusación, esa organización electoral aplicaría con absoluta imparcialidad, o bien el sistema de cuociente electoral o cualquier otro sistema de escrutinio, con el cual se persiga la debida representación de los partidos en las corporaciones públicas, y entonces, como consecuencia, se obtendría precisamente lo que manda la Constitución.

La proporcionalidad de los partidos como sistema constitucional no consiste en que a determinados grupos políticos se les otorgue una participación electoral en una determinada función de esta clase; sino que las distintas parcialidades de tal índole tengan asegurada su representación, sin que sea dable negársela aplicando normas de escrutinio o elección que hagan nugatoria aquella prerrogativa constitucional.

De la letra, del espíritu y de los antecedentes del artículo 172 de la Constitución, que corresponde al 77 del Acto Legislativo número 1º de 1945, fácilmente se deduce que el principio de la representación proporcional de los partidos debe aplicarse rigurosamente a dos hipótesis:

a)—Cuando en la elección popular, es decir, en aquella en que intervienen todos los ciudadanos aptos para sufragar, se va a votar por más de dos individuos.

b)—Cuando en una corporación pública, o sea en un cuerpo colegiado que tenga funciones públicas, se va a votar por más de dos individuos.

Fuera de las dos hipótesis anteriores, la elección o nombramiento de funcionarios y empleados públicos no está, constitucionalmente, regida por el principio de la proporcionalidad de los partidos.

Conviene examinar en seguida cuál es el alcance de cada uno de los artículos acusados, para enfrentarlos al contenido del principio constitucional, y ver si le es contrario.

En cuanto al artículo 1º acusado, en realidad no establece ningún mandato concreto, sino que apenas señala el objeto de la ley y el criterio que deberán tener los funcionarios encargados de aplicarla. En este artículo se enseña que el objeto de la ley es la creación de una organización electoral que funcione completamente ajena a las influencias de los partidos, entendiéndose esta influencia en cuanto con ella algún partido o grupo político pretendiera derivar ventajas sobre los demás en alguno de estos aspectos: a) En la obtención de la cédula de ciudadanía para sus afiliados;

b) En la formación de los censos electorales;

c) En las votaciones; y

d) En los escrutinios.

Igualmente, el legislador pretendió garantizar con la expedición de la ley, la plena responsabilidad e imparcialidad política de los funcionarios que van a aplicarla.

Congruente con ello, el artículo termina señalando a los funcionarios la pauta que deben seguir en el ejercicio de sus atribuciones, pauta que no es otra que procurar el cabal cumplimiento del

objeto tan claramente señalado en la misma disposición.

Por lo anterior, salta a la vista lo infundado de la acusación que se formula contra este artículo como violatorio del 172 de la Carta fundamental, pues ni se quiso establecer algo utópico o impracticable ni se pretendió excluir el influjo de los partidos de minoría, como parece lo entienden los demandantes, o modificar el resultado del sufragio.

Precisamente, del contenido del artículo 1º de la ley se deduce lo contrario de lo que afirman los demandantes; el objeto señalado a la ley es amparar la representación proporcional de los partidos, evitando que los de mayoría supediten a los de minoría, porque lo que persigue aquélla es impedir que partido alguno obtenga ventajas indebidas sobre los otros.

El artículo 1º, pues, no sólo no viola el artículo 172 de la Constitución, sino que lo salvaguardia y protege.

En relación con el artículo 3º, también acusado, cabe presentar, para contestar la demanda en este punto, igual observación a la que formula la Procuraduría, es decir, que por ese artículo no está haciendo el Congreso elección alguna y que, por tanto, no es aplicable al caso la norma del artículo 172 de la Constitución.

"El precepto constitucional —dice el señor Procurador— que se estima violado, se refiere a las elecciones populares y a las que efectúen las corporaciones públicas; de modo que él no es alegable con respecto a una ley que designe los funcionarios que han de formar una corporación.

"En otros términos: si la ley hubiera constituído esta Corte (la electoral) en forma tal que todos sus miembros pertenecieran a un mismo partido, no sería inexequible porque no se estaría en presencia de una elección popular ni de corporación pública; en consecuencia, el haber asegurado representación a la minoría es acto merecedor, dentro de nuestros principios democráticos, no de acusación o vituperio sino de aplauso o alabanza".

El único argumento que se aduce en el libelo contra el artículo 3º es el de que en definitiva es el Congreso el que determina los cargos que desempeñen los individuos que han de formar la Corte Electoral. Realmente no se ve qué relación lógica tenga esta observación con el ataque que se hace al artículo 3º, puesto que en verdad, si el Congreso al hacer la elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia aplicó el principio de la representación proporcional de los partidos, indirectamente también, vino a quedar aplicado este principio en la formación de la Corte Electoral.

Por otra parte, como antes se dijo, en virtud del artículo 3º acusado, no está haciendo el Congreso elección alguna, directa ni indirecta, desde luego que si de una elección se tratara se determinarían con nombres propios y apellidos, es decir, se individualizarían las personas físicas que deben ocupar los cargos de la Corte Electoral. De conformidad con el artículo 3º ello no es así, porque el que una determinada persona física desempeñe en realidad o pueda desempeñar un cargo dentro de la mentada Corte, depende o está condicionado al hecho de que desempeñe otro cargo, como es el de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el de Rector de la Universidad Nacional, el de Gerente del Banco de la República, o al hecho de que haya ejercido las funciones de Presidente de la República.

Está, pues, muy lejos de hacer una elección el Congreso cuando en el artículo 3º dice que serán miembros de la Corte Suprema Electoral dos Magistrados de la Corte Suprema en orden de antigüedad, y de distinta filiación política, el más antiguo ex-Presidente de la República, en capacidad de ejercer las funciones señaladas a los miembros de este organismo; por el Rector de la Universidad Nacional y por el Gerente del Banco de la República, porque cuando dictó esa norma, el Congreso no sabía qué personas físicas irían a desempeñar los cargos creados por el mismo artículo, o si mucho, apenas conocía cuáles serían las primeras personas que los ejercían, ignorando cuáles podrían desempeñarlo en el futuro. Es obvio que quien elige lo hace por una persona determinada, da su voto por una persona física cierta, individualizada, y no por una persona futura e incierta.

Como el significado genuino del vocablo elección hace referencia a la designación de una persona determinada, cuando ella se realiza por medio de votos y de escrutinio subsiguiente dentro de una corporación, o como dice Gastón Jeze: "elegir es designar un funcionario mediante la manifestación de voluntad de varios individuos", es manifiesto que en este orden de ideas no puede hablarse de que la forma impersonal determinada por el artículo 3º de la ley 89 de 1948 corresponda con exactitud a aquel concepto, y,

por tanto, no teniendo tal carácter, que es el contenido en el texto constitucional, no puede hablarse de la violación de éste, porque precisamente no está dentro de las circunstancias que el artículo 172 de la misma obra prefija, esto es, cuando se trate de elección popular o se vote por más de dos individuos en una corporación pública.

Lo que la ley hace en su artículo 3º es señalar determinada calidad de cargos para que las personas que en un momento dado los ejerzan o hayan ejercido tengan también la categoría de miembros de la Corte Electoral. No designa precisamente una persona física individualizada con su nombre y apellido para aquella corporación. Se limita a señalar los cargos que ejercen o han ejercido para que tengan la categoría de miembros de dicha Corte. Siendo ello así, no puede decirse que existe elección directa por la ley, y por tanto el texto constitucional no puede considerarse como infringido, por ausencia de las condiciones exigidas para que opere en un caso dado.

Para el caso del artículo 3º, si por las razones dichas no existe propiamente una elección, resulta indudable que no es posible oponerle la norma del artículo 172 de la Constitución Nacional, y en consecuencia, dicho artículo 3º no implica ninguna violación de ese precepto constitucional.

Con idéntico criterio debe llegarse a igual conclusión en lo concerniente a la acusación contra los artículos 5º, 8º y 65 de la ley 89, pues es idéntica la semejanza que existe entre el procedimiento señalado en el artículo 3º y los de esas normas de la ley 89 también acusada.

Sin embargo, conviene ahondar un poco más al ningún fundamento que existe, aparte de lo dicho, para considerar violatorios de la Constitución los artículos 5º, ordinal a) del artículo 8º y artículo 65 de la ley 89 .

Sostienen los demandantes que el artículo 5º viola la Carta fundamental, porque al declarar que la Corte Electoral no podrá estar integrada en ningún caso por más de tres miembros pertenecientes a un mismo partido, está prejuzgando sobre la proporción en que se hallarán las fuerzas electorales en las Cámaras legislativas y concluye: "Es claro que conforme al precepto constitucional comentado, la Corte Electoral debe ser integrada por un número determinado de miembros de acuerdo con la representación de los partidos en el organismo de elección popular que haga la escogencia".

Se observa:

1º La composición política de la Corte Electoral no tiene por qué estar subordinada a la proporción política del Congreso, porque, como ya se ha explicado con abundantes razones, no es éste el que elige los miembros de aquella Corte. En realidad la integración de la Corte Electoral la hace directamente la ley escogiendo cinco individuos, de los cuales unos fueron elegidos para ciertos cargos por el congreso; otro fue elegido para otro cargo, por sufragio popular; otro por la Junta Directiva del Banco de la República (artículo 8º de la ley 25 de 1923), y otro por el Consejo Directivo de la Universidad Nacional. Siendo ésta la manera de integrar la Corte Electoral no se ve qué razón puedan tener los demandantes para sostener que sus miembros deben estar en idéntica proporción política a la que exista en el Congreso Nacional. Podría quizás tener alguna apariencia de verdad esa manera de razonar si los miembros de la Corte Electoral fueran elegidos directamente por el Congreso. Pero como queda ampliamente explicado ello no es así.

2º Con la limitación establecida en el artículo 5º no se viola el principio del artículo 172 de la Constitución. En primer término, porque la designación de los miembros de la Corte Electoral no se hace por elección popular ni por votación de corporación pública, que son las dos hipótesis en que actúa el principio de la representación proporcional que consagra aquel artículo; y en segundo lugar, porque precisamente con aquella limitación lo que se pretende es defender los derechos de todos los partidos, evitando que uno solo de ellos pueda tener el total control de la organización electoral.

Examinados el contenido y el alcance de los artículos 3º y 5º de la ley y enfrentándolos al texto del artículo 172 de la Carta, no aparece contradicción alguna. Por el contrario; muy claro se destaca que los citados artículos apenas buscan que el organismo electoral se mantenga alejado de la interferencia política, de manera que se cumpla sin dificultad alguna el principio de la proporcionalidad de los partidos, base democrática indiscutible para un Estado regido por estos principios.

En cuanto al ordinal a) del artículo 8º, que también se acusa, para precisar su alcance es nece-

sario considerarlo como parte integrante de todo el artículo, en sus distintos ordinales.

Visto de esta suerte, y analizado con tal criterio, resulta que lo que en realidad hace la Corte Electoral es elaborar una lista de individuos que van a ejercer determinadas funciones escrutadoras en cada uno de los Departamentos, a razón de dos por cada sección. De manera que, aunque por economía de tiempo, debe formarse la lista total, realmente la designación va a hacerse con la mira puesta en que sólo han de ser designados dos individuos para cada Departamento. Por consiguiente, no se realiza la hipótesis del artículo 172 de la Constitución, la cual se refiere en forma muy clara al caso de que la votación se haga **por más de dos individuos.** Por lo que atañe al ordinal comentado, la designación se hace en fin de cuentas, sólo de dos individuos para cada Departamento y sería, en este caso sí, evidentemente contrario al objeto señalado en la ley y también al principio de la representación proporcional de los partidos, que en un Departamento pudieran los escrutadores pertenecer a un mismo partido político.

En lo concerniente al artículo 65 también acusado, para comprender el alcance y contenido de esa disposición es necesario relacionarlo con lo dispuesto en el artículo 12 de la misma ley. De esta comparación resulta que la Comisión escrutadora municipal estará integrada **por dos miembros** que no son **elegidos** sino **sorteados** dentro de determinadas categorías de funcionarios. Es decir, de una lista compuesta por todos los Jueces Superiores y de Circuito y por todos los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos del respectivo Distrito Judicial. Por tanto, en la integración de estas comisiones no hay lugar a aplicar el principio del artículo 172 de la Constitución.

En efecto, la determinación de sus miembros, es decir de las comisiones escrutadoras, no se hace por **votación** sino por **sorteo** y la hipótesis del artículo 172 de la Carta se refiere exclusivamente a los casos de votación.

Finalmente, siendo dos los miembros de las comisiones, es sencillamente imposible que haya proporción alguna, pues sólo podría presentarse una de estas dos alternativas: o ambos miembros pertenecen a un mismo partido, y entonces se viola el espíritu de la ley y se desnaturaliza el objeto que se le señaló, pues se deja sin representación a uno de los dos partidos; o uno de los miembros de dicha comisión pertenece a un partido, y el otro, al contrario, que es lo que determina la ley. Mas, como entonces no es posible dar representación a más de dos partidos, lo racional es que se dé representación a aquellos partidos que tengan mayor representación en el Congreso. Podría suponerse que la designación de los dos miembros de la comisión fueran elegidos por el Congreso y entonces, salvo el caso de homogeneidad de éste, el resultado tendría que ser necesariamente el mismo: sólo tendrían representación los dos partidos más numerosos.

De lo anterior se concluye que ni el artículo 8º, ordinal a), ni el 65, consagran violación alguna al artículo 172 de la Constitución.

Talvez no sea inoportuno hacer notar que el mismo constituyente autorizó expresamente al legislador (artículo 180 de la Carta) para determinar lo concerniente a elecciones y escrutinios, con la única condición de asegurar la independencia de una y otra funciones. En los artículos analizados no otra cosa se hace que tratar de cumplir esos fines.

El artículo 178 de la Constitución prohibe a los funcionarios y empleados judiciales "ser miembros activos de partidos políticos" e "intervenir en debates de carácter electoral".

Los demandantes consideran que los artículos 10, 12, 20, 24 y 58 de la ley violan este principio y por eso los acusan como inconstitucionales.

Siguiendo el mismo método anterior, lo primero que ocurre es precisar el alcance del artículo 178 de la Carta. Ante todo, debe anticiparse que una cosa es la prohibición de ser miembro activo de un partido político y otra muy distinta es tener determinada filiación política; que la prohibición del artículo constitucional se refiere a lo primero y deja a salvo lo segundo, pues a nadie se le ha ocurrido pensar que alguien, por el hecho de ser empleado judicial, tenga que abjurar a sus ideas políticas; que ser miembro activo de un partido político significa actuar con criterio partidista en el campo de sus actividades públicas atacando o defendiendo o coadyuvando al ataque o a la defensa, intelectual o material, hasta el punto de que a la persona de que se trata se le pueda calificar de "político".

Ni de la letra ni del espíritu del artículo 178 de la Carta puede deducirse rectamente que lo que con él se pretendió fue establecer que los Magistrados o Jueces deban carecer de filiación política, pues la misma Constitución en su ar-

tículo 173 señaló la pauta para hacer ciertas elecciones o nombramientos, teniendo en cuenta la filiación de los elegidos o nombrados.

Toca ahora ver si todos o algunos de los artículos acusados como violatorios del nombrado 178 implican obligar a Magistrados o Jueces a que sean "miembros activos de partidos políticos" o a que intervengan en "debates de carácter electoral", no sin anotar también que debate de carácter electoral significa lucha, lid encaminada a obtener determinado resultado electoral favorable al partido de quienes dirigen el debate o actúan en él.

Artículo 10. — En él se establece que el arca triclave en que se guardan los pliegos que sean objeto de actuaciones por parte de la Corte Electoral, estará bajo la custodia del Registrador, quien manejará una llave, correspondiendo las otras dos al Presidente y Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia.

Lo único que se dispone respecto de los Magistrados, Presidente y Vicepresidente de la Corte, es el desempeño de una función de confianza sin tener en cuenta para este caso particular su filiación política personal y sin que pueda afirmarse con razón que el simple hecho de tener en su poder las llaves del arca triclave implique que deban actuar como miembros activos de partidos políticos o que se les obligue a intervenir en un debate de carácter electoral, pues justamente el debate o los debates de ese carácter ya han pasado cuando se les entregan las llaves.

Artículo 12. — Establece este artículo que dos días después de cada elección popular, los Tribunales Superiores, en Sala Plena, sortearán comisiones de dos miembros para los escrutinios de los votos para Concejeros Municipales; que esas comisiones se sortearán de una lista compuesta por todos los Jueces Superiores y del Circuito y por todos los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos del respectivo Distrito.

Como se ve, la intervención de los Magistrados del Tribunal es puramente mecánica, pues ni siquiera tienen la facultad de señalar determinadas personas para integrar las comisiones, ya que ese señalamiento se hace a la suerte y dentro de un número de individuos indicado de antemano por la misma ley.

Siendo esto así, realmente no se ve cómo pueda sostenerse que con el ejercicio de esa función la ley esté obligando a los Magistrados a actuar como miembros activos de un partido político ni menos los esté empujando, por decirlo así, a intervenir en debates de carácter electoral, pues como ya se dijo, los Magistrados desempeñan una función de sorteo con posterioridad precisamente al debate de ese carácter.

En cuanto a la actuación de los Jueces que resulten sorteados tampoco puede calificarse a la luz de las prohibiciones del artículo 178, porque por mandato de la misma ley (artículo 1º) ellos no están actuando como miembros activos de ningún partido, sino como Jueces, como funcionarios alejados de la política militante, como personas en quienes se supone la máxima imparcialidad política, a la cual se hace también el máximo homenaje.

Por lo demás, la función escrutadora debe ser, no sólo por así exigirlo su misma naturaleza teóricamente considerada, sino por mandato expreso de la ley, una función puramente mecánica de recuento de votos, hasta el punto de que si hay desacuerdo entre los escrutadores, ellos no pueden decidir nada sino que será la Corte Electoral la que define el problema (penúltimo inciso del artículo 12).

Se tiene, pues, que ni la función atribuída por la ley a los Tribunales Superiores ni la señalada a los Jueces que resulten sorteados para integrar la comisión escrutadora, implican violación de las prohibiciones establecidas en el artículo 178 de la Constitución.

Artículo 20 (inciso penúltimo).—Consideraciones semejantes a las formuladas al comentar el artículo 10, pueden hacerse respecto del contenido de este inciso; la única intervención de la Sala Plena del Tribunal es la de presenciar el sorteo que ante ésta lleva a cabo el Delegado del respectivo Notario que deba tener la llave del arca triclave. Y el hecho de presenciar ese sorteo no implica violación de las prohibiciones del artículo 178.

Artículo 24 (inciso 3º). — La intervención del Juez Municipal, regulada por este inciso, es semejante a la del Presidente y Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia a que se hizo referencia al comentar el artículo 10; tener una de las llaves del arca triclave y esto tampoco implica que se le obligue a ser miembro activo de un partido político ni a intervenir en debates de carácter electoral, pues ello sólo demuestra o implica un voto de confianza a dicho funcionario, en su calidad de tal y no como militante de determinado partido.

Artículo 58.—La función señalada por este artículo a la Corte Suprema de Justicia tampoco viola el artículo 178, porque la Corte al ejercerla no está haciendo elección alguna sino apenas señalando un número de personas entre las cuales el Registrador designará los Delegados y ese señalamiento no significa violación del principio constitucional.

Cosa distinta es la de la conveniencia o inconveniencia de que a los funcionarios judiciales se les mezcle en esta clase de problemas, por el peligro a que se les expone de que se les falte al respeto, precisamente por no plegarse a los intereses políticos en juego. Pero la Corte no puede declarar inexequible una ley por motivos de inconveniencia, sino sólo por causa de violación directa de la Constitución.

Por otra parte, conviene advertir que la Corporación o corporaciones electorales no son, dentro del espíritu de la ley, organismos o corporaciones políticas, porque por expreso mandato del artículo 1º de la misma, deben ser ajenas a la influencia de los partidos. Por eso cuando los Jueces y Magistrados toman parte en esas corporaciones, en ejercicio de unas y otras de las funciones atribuídas al órgano electoral, ni están realizando actos políticos partidistas, ni tampoco están interviniendo en debates de ese carácter, lo que sí sería contrario a la prohibición del artículo 178 de la Carta. El escrutar votos no es en sí un acto político. El escrutador, para ser fiel al espíritu mismo de la ley, no debe buscar el que prevalezca el interés de determinado partido, sino que debe limitarse a aplicar, con absoluta imparcialidad, las normas legales reguladoras de los escrutinios. Podría decirse que es ésta una función mecánica, en la cual nada deben influir las ideas políticas de la persona que la realiza. Es una función que en sí misma debe ser tan apolítica como la de administrar justicia, que es la propia y normal de los Jueces y Magistrados.

Si pudiese ocurrir otra cosa, esto es, que un determinado miembro de la rama jurisdiccional que por virtud de las normas legales acusadas deba tomar parte en el organismo electoral, realice actos con el propósito de favorecer los intereses de determinado partido, que es el de sus ideas, o para perjudicar los de otros, éste no es precisamente el querer del legislador sino que va abiertamente contra ese mismo querer, expresamente manifestado en el artículo 1º de que todo el organismo electoral y, por tanto, que todos y cada uno de sus miembros, sean ajenos en el desempeño de sus funciones a las influencias de los partidos. Ese hecho, pues, no es en modo alguno consecuencia de la norma legal creadora del organismo electoral, y siendo ello así, no es posible sostener, por este motivo, que el legislador vióló el artículo 178 de la Constitución, cuando ordenó la intervención de determinados miembros de la rama jurisdiccional en el desempeño de determinadas funciones del organismo electoral.

El caso podría ser semejante al prevaricato que pueda cometer un Magistrado, un Juez y hasta toda una Corpración Judicial fallando un negocio en determinado sentido con conciencia de que es contrario a la ley, únicamente para favorecer los intereses de determinado partido político. No podría sostenerse en ese caso que el prevaricato es imputable al legislador porque no quitó del conocimiento de la rama jurisdiccional ese negocio, y que, por tanto, en esta omisión el legislador violó el artículo 178 de la Carta. Afirmar semejante cosa sería absurdo.

Acusa también la demanda el artículo 43, por considerar que hace obligatoria para las elecciones presidenciales de 1950 la revisión de las cédulas, en forma tal que quien no se haya sujetado a ella no tendrá derecho a votar, lo cual es violatorio de los artículos 15, 171 y 179 de la Constitución Nacional

El artículo 15 de la Carta señala la calidad mínima fundamental para elegir y ser elegido, que no es otra que la calidad de ser ciudadano en ejercicio. El artículo 171 dispone que todos los ciudadanos eligen directamente Concejales, Diputados, Representantes, Senadores y Presidente de la República, y el artículo 179 dispone que el sufragio es una función constitucional.

Podría hacerse una distinción entre los derechos absolutos y los relativos señalados en la Constitución, para concluir cuáles de éstos tienen uno u otro carácter y que por ser tales pueden sufrir alguna modificación o restricción por parte del legislador. Mas ello no es absolutamente necesario en este caso, por cuanto teniendo el derecho del sufragio un carácter, relativo en orden a su reglamentación legal, es obvio que el legislador pueda exigir determinadas calidades y condiciones para su ejercicio. Generalmente las leyes electorales implican una reglamentación o el sometimiento a determinados requisitos para ejercer el sufragio, comenzando por la necesidad

de que el sufragante figure en las listas, hasta la moderna exigencia de que posea una cédula de ciudadanía. Aún antes de la vigencia de la ley acusada, si el ciudadano no tenía cédula o si no la había revalidado en el lugar donde quería votar, no podía ejercer aquel derecho; y aún teniendo cédula, si no figuraba en los registros era imposible que pudiera votar. Y sin embargo a nadie se le ocurrió pensar que esas exigencias fueran contrarias a la Constitución, no sólo porque la naturaleza del derecho del sufragio lo hace relativo, sino porque la misma Constitución en su artículo 180, autoriza al legislador para reglamentar estas materias.

De donde se concluye que el artículo 43 de la ley, no sólo no viola ninguno de los artículos citados en la demanda, esto es, el 15, 171 y 179 de la Constitución Nacional, sino que tiene su respaldo en el artículo 180 y en la tradición colombiana sobre la materia.

Pero para abundar más en el estudio del problema propuesto en la demanda sobre el particular, vale la pena hacer referencia a un concepto de la Procuraduría General de la Nación sobre inexequibilidad del artículo 3º de la ley 7ª de 1932, concepto en el cual se leen estas juiciosas apreciaciones sobre las facultades legislativas en materia electoral dentro de las normas constitucionales.

"Es claro que el legislador tiene la facultad constitucional de señalar los requisitos necesarios para el ejercicio del derecho del sufragio; mas, tiene la obligación de determinar las formas y modos como tal derecho debe ejercitarse. El artículo 45 del Acto Legislativo número 3 de 1910 en su última parte dice: '...La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho'. También es cosa que a nadie se le escapa que el señalamiento de cualquier requisito necesario para el ejercicio ordenado del derecho del sufragio que la Constitución reconoce implica desde luego la posibilidad de que alguno no pueda por sus circunstancias especiales ejercer el derecho que tiene y que no se le desconoce; y de hecho son muchos los que no pueden cumplir los requisitos que la ley necesariamente tiene que señalar para ejercer el derecho de elegir que la Constitución y la ley misma consagran. Así, por ejemplo, vemos que la exigencia de los registros electorales es una formalidad que impide a muchos el ejercicio del derecho del sufragio, porque puede acontecer que muchos, y de hecho así sucede, no se encuentren en posibilidad por cualquier causa de inscribir sus nombres en tiempo oportuno; otro tanto puede decirse de la exigencia del domicilio, pues esta condición impide desde luego votar a muchos que por no encontrarse en su domicilio al tiempo de la elección no pueden ejercer el derecho que se les reconoce por la Constitución y aún por la ley; igualmente, son requisitos que a muchos estorban el ejercicio del derecho, el señalamiento del lugar de la elección, el día y aún la hora, pues los que en determinado lugar o tiempo podrían ejercer el derecho pueden encontrarse en el tiempo y lugar que la ley señale imposibilitados para dar su voto.

"Como no puede negarse la constitucionalidad de estas leyes que fijan tales requisitos para el ejercicio del derecho, de esto puede deducirse que el simple hecho de que a virtud de una ley electoral puedan quedar imposibilitados uno o varios ciudadanos para ejercer el derecho que la Constitución les confiere, no implica, ni mucho menos, que la ley sea violatoria de la Constitución".

Los argumentos anteriores se han hecho con mira a la interpretación de los textos constitucionales y con el propósito de rebatir las razones de la demanda en este punto con fundamento en una exégesis de la Carta que consulta su espíritu, sin salvedad de ninguna índole.

Mas existe en la actualidad otra razón, que aparte de lo antes expuesto, quita toda posibilidad a la demanda de prosperar por el aspecto en estudio.

La ley 16 de 1949, dijo en su artículo 2º: "Artículo 2º El artículo 43 de la ley 89 de 1948 quedará así:

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

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

La subrogación del artículo 43 por la ley 16 de 1949 quitó todo valor a la probabilidad contemplada en la demanda de que en virtud de aquel artículo los ciudadanos habrían perdido el derecho de elegir su representante supremo. Tan no lo perdieron, que pudieron ejercerlo el día señalado por la ley 16 en cita.

Vuelve, por tanto, a tener actualidad la doctrina de la Corte de fecha 24 de noviembre de 1942 ratificada en fallos de fechas posteriores, que dice:

"Ha sido unánime la jurisprudencia de la Corte, desde hace treinta años, en el sentido de declarar que no deben pronunciarse decisiones de fondo sobre la inexequibilidad de leyes o decretos ya deroagdos, que no estén vigentes o que hayan dejado de tener eficacia por haberse llenado el fin para que fueron dictados. Esto es así porque el fin de esta acción es el establecimiento del imperio constitucional, y si ese imperio ha sido momentáneamente quebrantado por el acto acusado, al dejar éste de regir, cesa el quebrantamiento, y en esa circunstancia, la Corte no tiene misión ninguna que cumplir". (G. J. número 1991, pág. 395, G. J. número 2019, pág. 1).

De manera que por cualquier lado que la cuestión sea examinada, la acusación de inconstitucionalidad contra el artículo 43 de la ley 89 carece de fundamento.

En lo referente al inciso tercero del artículo 6º, se fundamenta la acusación contra el mismo como violatorio del artículo 108 de la Constitución Nacional.

"Estiman los demandantes —dice el Procurador General— que el inciso 3º del artículo 6º según el cual el ejercicio del cargo de Registrador Nacional es incompatible con cualquier otro empleo público; que ni el Congreso ni el Gobierno podrán designar dicho Registrador durante el ejercicio de su cargo ni dentro de los seis meses posteriores, para ningún empleo, y que el Registrador no podrá ser elegido diputado, ni representante, ni senador, durante su período ni durante el año siguiente a la expiración de éste, contradice el artículo 108 de la Constitución. Tal artículo se refiere a la inelegibilidad de ciertos altos funcionarios, durante el ejercicio de sus cargos y seis meses después de haber cesado en ellos y además a la inelegibilidad de cualquier otro funcionario que tres meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar en cualquier lugar de la República.

"Los demandantes consideran inconstitucional el extender a más de tres meses posteriores al ejercicio de las funciones de Registrador, su inelegibilidad para Asambleas, Congreso y Presidencia de la República.

"Aunque esta inelegibilidad sea tan bien intencionada como las disposiciones de la ley antes estudiadas, yo considero que el término de tres meses fijado por la Constitución comprende a todos los funcionarios no mencionados por ella misma con un término más extenso. Por lo tanto, creo que en esta parte es fundado el cargo de los demandantes".

La Corte en sentencias de fecha 22 de junio de 1938 (GACETA JNDICIAL número 1940, Tomo 47, páginas 5, 6 y 7); 9 de junio de 1947 (GACETA JUDICIAL números 2048-2049, Tomo 62, páginas 306, 307 y 308) y 3 de octubre de 1947 (GACETA JUDICIAL números 2055-2056, Tomo 63, páginas 314), esta última con salvamento de voto del Conjuez doctor Guillermo Amaya Ramírez, ha estudiado idéntico problema en relación con los Jueces de Tierras y sus Secretarios y con los Magistrados y Jueces del Trabajo y en todas ellas ha declarado inexequibles disposiciones semejantes a la del inciso 3º del artículo 6º acusado.

En la primera de esas sentencias, en virtud de la cual se declaró inexequible el artículo 29 de la 200 de 1936 "sobre régimen de tierras", en cuanto disponía que los Jueces de Tierras y sus Secretarios no podían ser elegidos para ningún cargo de elección popular hasta dos años después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones, razona así la Corte:

"Podría pensarse que la Constitución dejó tácitamente al legislador la facultad de proveer sobre calidades necesarias, así como también respecto de circunstancias que inhabiliten para ser elegido diputado ó concejal; pero es muy claro que el constituyente sí hizo de su incumplimiento lo relativo a la inelegibilidad y a calidades exigibles para ser elegido Senador o Representante.

"Es anómalo que el legislador señale mayores exigencias para ser elegido concejal o diputado o imponga motivos de inelegibilidad para los mismos cargos, superiores o más rigurosos que los

establecidos por la Constitución respecto de los Senadores y Representantes; y en todo caso es indudable que el legislador extralimita sus atribuciones al establecer nuevos motivos de inelegibilidad para el cargo de Representante al Congreso, siendo así que el constituyente los expresó ya de manera limitada, en cuanto a las circunstancias de tiempo, lugar y funciones públicas ejercidas por la persona.

"Verdad es —agrega la Corte— que el artículo 56 de la Carta Fundamental (62 de la codificación vigente) atribuye al legislador la facultad de determinar "las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos"; pero dicho artículo agrega o explica: "en los casos no previstos por la Constitución y ya se ha dicho cómo varios artículos de ella exigen las calidades o establecen las inhabilidades para ser elegido Representante". (No menciona la sentencia el cargo de senador porque en el tiempo en que fue dictada, la elección de éstos no era popular; hoy podría agregarse, porque la reforma de 1945 la hizo de ese carácter).

"Los derechos políticos primordiales —termina la doctrina— de elegir o ser elegido, los consagra la Constitución de manera tan categórica, que con el intento del legislador en el sentido de limitar la capacidad para ser elegido Representante al Congreso se cercena la calidad de ciudadano, modificando así claros preceptos constitucionales".

"Analizando el principio constitucional no ya en cuanto a la garantía o la libertad del sufragio, sino por el aspecto de merma a la capacidad política de los ciudadanos para ser elegidos, observa el señor Procurador General de la Nación que el artículo 102 de la Carta (108 de la codificación vigente) contempla dos categorías de personas no elegibles: la primera integrada por altos funcionarios del Estado nominalmente señalados allí, y la segunda por cualesquiera funcionarios con mando o autoridad política, militar o civil, quienes no pueden ser elegidos dentro del Departamento o circunscripción electoral donde la ejercen; y dice el señor Procurador que los Jueces de Tierras quedan comprendidos —sin necesidad de expresa declaración —en la segunda categoría, es decir, que por ministerio de la Constitución son inelegibles pero sólo dentro del territorio donde ejercen jurisdicción y sin que su inelegibilidad pueda extenderse a mayor tiempo del señalado en la Carta". (GACETA JUDICIAL, tomo 47, número 1940, páginas 5, 6 y 7).

En sentencia de nueve de junio de 1947 ratificó la Corte la misma doctrina e hizo suyo transcribiendo como parte motiva del fallo un concepto del señor Procurador, que dice:

"Fijadas en la Constitución las causales de inelegibilidad de quienes ejercen autoridad o jurisdicción, no puede el legislador ampliarlas, ni restringirlas. En otros términos, la ley no puede modificar las disposiciones constitucionales, porque es equivalente a violarlas. Con frecuencia la Constitución, luégo de dar normas generales, autoriza al legislador para establecer excepciones; no sucede esto en relación con la inelegibilidad de que viene tratándose. Más bien podría decirse que hay una prohibición en el artículo 62 cuando al autorizar a la ley para determinar las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, limita su mandato a "los casos no previstos en la Constitución". Y parece no equivocado afirmar que es un antecedente para ejercer los cargos de Senador, Representante o Diputado, el no haber ejercido jurisdicción o autoridad en los tres meses anteriores a la elección que como se ha visto está señalado en la Constitución". (GACETA JUDICIAL, tomo 62, números 2048-2049, páginas 306, 307 y 308).

Comoquiera que el artículo 6º de la ley 89, en su inciso 3º que es el acusado, extiende el lapso de inelegibilidad del Registrador Nacional del Estado Civil para los cargos de Diputado, Representante o Senador, a un año después del vencimiento del período para que fue nombrado, durante el cual también se comprende la prohibición legal, las doctrinas antes transcritas, reiteradas de la Corte, inclinan a mantener idéntico criterio para el caso en estudio, por la semejanza misma del problema, como ya lo hizo la corporación al resolver la demanda de inexequibilidad propuesta contra la ley 6ª de 1945, en virtud de la cual se disponía que los Magistrados, Jueces y los Inspectores de Trabajo no podían ser elegidos para ningún cargo de representación popular sino dos años después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones, afectando de nulidad la elección la violación de ese mandato. Entonces la Corte afirmando la inutilidad de nuevo estudio al respecto, dispuso estarse a lo resuelto en la sentencia de fecha 3 de julio de 1947. (GACETA JUDICIAL, tomo 63, números 2055-2056, página 314).

Podría objetarse que no es posible asimilar al Registrador Nacional del Estado Civil los casos resueltos por la Corte, relacionados con otros empleados de las ramas jurisdiccionales de Tierras y del Trabajo, en cuyos casos por la misma jurisdicción que ejercen tienen limtiada por la Constitución la inelegibilidad para los cargos de representación popular. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en este particular sobre las incompatibilidades en materia electoral no puede prescindirse de tres elementos o factores: el tiempo, la persona y el lugar. En este orden de ideas la inelegibilidad puede provenir de que se esté desempeñando un cargo público incompatible con cargos de elección o representación popular. Tal ocurre con el artículo 129 de la Carta, según el cual no podrá ser elegido Presidente de la República ni Designado el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia dentro del año inmediatamente anterior a la elección. En cuanto a la persona, la ocurrencia se presenta cuando la misma Constitución ordena que los empleados con mando y jurisdicción no pueden ser elegidos mientras duran en el ejercicio de sus atribuciones, y, por último, en cuanto al lugar, los ejemplos pueden resultar en los casos del artículo 108 de la Carta. Por consiguiente, como la misma Constitución en su artículo 108 limita la inelegibilidad de ciertos funcionarios para los cargos de representación popular, es obvio que por estar previsto en la misma Constitución el lapso de seis meses posteriores a la dejación del cargo, a este período de tiempo debe circunscribirse la prohibición, ya que la razón para imponerla es la única circunstancia de ejercer autoridad o jurisdicción, como es el caso del Registrador Nacional del Estado Civil, y el solo motivo para que aquella incompatibilidad lo comprenda.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema en Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y de acuerdo con él, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Nacional, DECIDE:

Primero.—Que son EXEQUIBLES los artículos 1º, 3º, 5º, inciso 3º del artículo 6º, ordinal a) del artículo 8º, 10, 12, inciso 11 del artículo 20, inciso 3º del artículo 24, y artículos 43, 58, 65, todos ellos de la ley 89 de 1948 "sobre organización electoral".

Segundo.—Declara INEXEQUIBLE el inciso 3º del artículo 6º de la misma ley, en cuanto señala un término de inhabilidad que excede del establecido por el artículo 108 de la Constitución.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y dése cuenta al Ministerio de Gobierno.

Manuel José Vargas — Gerardo Arias Mejía. Francisco Bruno—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda. Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez — Alberto Holguín Lloreda—Rafael Leiva Charry—Pablo Emilio Manotas—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Arturo Silva Rebolledo—Angel Martín Vásquez—Hernando Lizarralde, Secretario.

SE ABSTIENE LA CORTE DE CONOCER DE LA INEXEQUIBILIDAD DE LA LEY 88 DE 1948, ARTICULO 11, QUE REVISTIO AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS, POR CUANTO LA DEMANDA FUE PRESENTADA DESPUES DE LA FECHA HASTA LA CUAL HABIAN SIDO CONCEDIDAS ESAS FACULTADES Y, EN CONSECUENCIA, YA NO ESTA VIGENTE LA DISPOSICION ACUSADA

La Corte, en multitud de fallos, ha sostenido de manera constante su jurisprudencia de inhibirse de conocer de las demandas de inexequibilidad, cuando ellas se proponen contra leyes y decretos no vigentes, máxime si la demanda contra la ley acusada, se ha presentado cuando dicha disposición había dejado de regir, como en el caso en estudio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena.—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

El señor Demetrio Pardo, vecino del Municipio de Madrid (Cundinamarca), en escrito presentado a esta Corporación el día nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, pide se decrete la inexequibilidad del artículo 11 de la ley 88 de 1948, "sobre presupuesto nacional de rentas y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del primero de enero al treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve", precepto que es del tenor siguiente:

"Artículo 11.—El Presidente de la República queda facultado hasta el 19 de julio de 1949, para reorganizar las dependencias de los Ministerios, adaptándolas a sus nuevas necesidades, y en consecuencia puede, en dichas dependencias aumentar sueldos, refundir y suprimir empleos y crear nuevos cargos, siempre que se mantengan dentro de las partidas globales para personal, asignadas en este presupuesto. En uso de estas autorizaciones, el Presidente de la República no podrá adicionar con créditos administrativos ni con traslados, las partidas que para la atención del servicio público se incluyen originalmente en este presupuesto".

Sostiene el demandante que tal disposición, que otorga ciertas facultades al señor Presidente de la República para organizar los Ministerios, es violatoria del artículo 210 de la Constitución Nacional, que ordena al Congreso expedir la ley de presupuesto, con sujeción estricta a la ley orgánica respectiva. Que tal ley es la 64 de 1931, que en su artículo 2º dispone que el presupuesto se dividirá en tres partes, la primera denominada "presupuesto de rentas", la segunda "presupuesto de gastos", y la tercera correspondiente a "disposiciones generales" que contendrán aquellas normas relacionadas con LAS RENTAS Y GASTOS computados, que se estimen oportunas para la ejecución del PRESUPUESTO que trata de expedirse". Opina el proponente que las facultades conferidas al Presidente por el artículo 11 en cuestión, son ajenas al presupuesto y por consiguiente, violatorias de la Carta.

A la demanda se le dio la tramitación establecida en la ley 96 de 1936 y el señor Procurador General de la Nación, en su concepto de fondo, expresa lo siguiente:

"De modo constante habéis decidido que cuando la disposición acusada no rige en el momento de dictarse el fallo no hay lugar a pronunciar sentencia en el fondo por sustracción de materia. Por excepción, cuando se trata de las facultades con que inviste la Constitución al Presidente de la República, al hacerse la declaración del estado de sitio, habéis fallado las demandas contra los decretos legislativos, si aquélla se ha propuesto cuando el Decreto se hallaba vigente. En el presente negocio la demanda se introdujo el nueve del corriente mes de septiembre y las facultades concedidas por el artículo demandado habían dejado de regir el diez y nueve de julio próximo pasado. En consecuencia, os pido respetuosamente que decidáis no ser el caso de pronunciamiento sobre la inexequibilidad demanda-

da, por razón de no hallarse en vigor la disposición acusada".

Efectivamente, conforme al texto mismo del artículo acusado, éste cesó de regir el diez y nueve de julio de mil novecientos cuarenta y nueve y la demanda fue introducida, como ya se expresó, el nueve de septiembre del mismo año.

En esas condiciones, la Corte, en multitud de fallos, ha sostenido de manera constante su jurisprudencia de inhibirse de conocer de las demandas de inexequibilidad, cuando ellas se proponen contra leyes y decretos no vigentes, máxime si la demanda dirigida contra la ley acusada, se ha presentado cuando dicha disposición había dejado de regir, como en el caso en estudio.

La Corte en Sala Plena, en providencia del veintinueve de mayo de mil novecientos treinta y tres, dijo lo siguiente:

"La misión defensiva de la Constitución, confiada a la Corte por la enmienda constitucional del año 10, se refiere naturalmente a aquellos cánones de la Carta vigentes a la fecha en que la guarda de éstos haya de ejercerse. Las disposiciones derogadas ora expresa, ora tácitamente, no formando ya parte del Estatuto, no tienen observancia y por lo mismo la función defensora de la Corte no puede comprenderlas". (GACETA JUDICIAL, número 1879, página 2ª).

En sentencia de veintiocho de julio de mil novecientos treinta y cinco, expresó en el mismo sentido, lo siguiente:

"De todo lo anterior se deduce que en las presentes diligencias no hay actualmente materia sobre cual recaiga la inexequibilidad pedida por el demandante. Una declaración de esa clase no puede recaer sobre un acto que ya no existe, ni tiene en el momento eficacia alguna". (GACETA JUDICIAL, número 1897, página 6ª). En igual sentido, providencias de doce de julio de mil novecientos cuarenta y cinco y catorce de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve. También puede verse la sentencia del diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, publicada en la GACETA JUDICIAL números 2062-2063, Tomo 64, pág. 346.

Lo dicho es suficiente para concluir que no es posible entrar a considerar la inexequibilidad o exequibilidad de una norma legal que expiró, como el mismo mandato lo indica, desde el diez y nueve de julio de mil novecientos cuarenta y ocho y cuya demanda no fue interpuesta durante su vigencia, sino el nueve de septiembre del mismo año, cuando la norma había quedado vacía de contenido.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que no hay materia sobre la cual pueda fallar en lo concerniente al artículo 11 de la ley 88 de 1948, por haber dejado de regir tal precepto.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel José Vargas — Gerardo Arias Mejía.— Alfonso Bonilla Gutiérrez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada.— Luis Gutiérrez Jiménez—Alberto Holguín Lloreda—Rafael Leiva Charry—Pablo Emilio Manotas. Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña. Arturo Silva Rebolledo—Angel Martín Vásquez. El Secretario, Hernando Lizarralde.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO EJECUTIVO Y DE UN REMATE. — LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO SEÑALADO POR EL ARTICULO 1434 DEL CODIGO CIVIL, CONSISTENTE EN NOTIFICAR A LOS HEREDEROS LA EXISTENCIA DEL CREDITO CONTRA EL CAUSANTE, ES CAUSAL DE NULIDAD, LA QUE ES MERAMENTE PROCESAL; NO PUEDE SER ALEGADA SINO POR LOS INTERESADOS EN CUYO FAVOR FUE ESTABLECIDA Y PUEDE SER CONVALIDADA POR ESTOS, Y EN CONSECUENCIA SOLO LOS HEREDEROS QUE NO FUERON DEBIDAMENTE NOTIFICADOS O EMPLAZADOS PUEDEN DEMANDAR SU DECLARACION EN JUICIO ORDINARIO

Como consecuencia de la responsabilidad universal de los herederos como continuadores de la persona del difunto, es por lo que procede contra ellos, no sólo la acción ordiaria que tengan los acreedores contra el causante, sino también la ejecutiva. Respecto de los títulos que prestan mérito de tal índole, es de observar que, aunque la ley les conserva su pleno vigor contra los herederos, sin embargo, para que éstos no sean sorprendidos con el cobro por la vía coercitiva de una obligación, o la correspondiente acción hipotecaria, cuya existencia pudieran ignorar, el artículo 1434 del C. C. dispone que los acreedores no podrán entablar o llevar adelante su ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos.

Se trata de un simple plazo de ocho días, que no puede dañar al acreedor y que en cambio, protege al heredero contra una posible sorpresa.

Así, pues, la falta de notificación a los herederos de los títulos contra el difunto, impide la iniciación del juicio, o lo paraliza, cuando la muerte del ejecutado sobreviene durante la secuela del pleito.

La falta de cumplimiento del requisito señalado en el memorado artículo, o sea la notificación de la existencia del crédito a los herederos para poder iniciar la ejecución, o continuarla, si ya estuviere el juicio propuesto, al tenor del inciso 3º del artículo 451 del Código Judicial, es causal de nulidad.

Esta nulidad meramente procesal, en la cual no se trata de una formalidad en que estén interesados el orden público y las buenas costumbres, no puede ser alegada sino por la persona o personas en cuyo favor ha sido establecida, quienes pueden efectuar su convalidación.

El precepto consignado en el artículo 1434 del C. C., es una formalidad establecida en interés de los herederos; se trata, como ya se vio, de un simple plazo suspensivo, que los protege contra una posible sorpresa.

Y si esto es así, si es susceptible tal nulidad de allanarse por los respectivos interesados, por estar instituída con la mira de proteger un interés particular de los herederos, y no un interés público, es necesario concluir que no se da acción sino a los no notificados o emplazados para demandar su anulación.

Así lo ha resuelto la Corte en innumerables fallos.

2.—El carácter de heredero de una persona se adquiere por la defunción del DE CUJUS, que lo haya instituído como tal en su testamento, sin condición, o porque por los lazos de la sangre se halle en el caso de ser considerado como tal. Estos conceptos se refieren a los hechos generadores del derecho, es decir, a la institución del heredero, que debe probarse mediante el testamento

en su caso, y a los lazos de la sangre, que es necesario establecer, con las partidas pertinentes del estado civil, demostraciones que dan la investidura correspondiente y con ellas transmiten las respectivas obligaciones.

Además, hay que recordar que el hecho de que un individuo reúna los requisitos para ser heredero, como ser descendiente del causante, o estar instituído tal por acto testamentario, no basta para considerarlo como heredero, porque siempre se requiere la aceptación de ese carácter, como se infiere de los artículos 1289 y 1290 del C. C. y aún de lo dispuesto por el artículo 1304 del mismo Código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto trece de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Por la vía ordinaria y ante el Juez del Circuito de Yolombó, en el Departamento de Antioquia, por medio de apoderado, el señor Heliodoro Henao Vanegas, en su condición de heredero en la sucesión de su padre, Heliodoro Henao González, demandó a los señores Rafael Piedrahita, Luis Jaramillo Sierra y otros, para que con su audiencia se declare que es nulo, de nulidad absoluta, por falta de citación y emplazamiento de las personas que han debido ser citadas y oídas, el juicio ejecutivo promovido ante el mismo Juez por Florentino Saldarriaga contra el señor Heliodoro Henao González, por libelo de fecha veintisiete de marzo de mil novecientos treinta, y que consecuencialmente, es nulo en la misma forma, el remate de ciertos bienes efectuado allí mismo por el señor Rafael Piedrahita, según el acta respectiva de fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos treinta y tres.

Que la sociedad conyugal ilíquida que existió como consecuencia del matrimonio de Heliodoro Henao y Julia Vanegas y las sucesiones igualmente ilíquidas de ambos cónyuges, representadas por todos sus herederos legítimos, hijos, nietos y bisnietos, en número de más de cincuenta, son dueños de la finca "La Montañita", hoy "La Mascota", comprendida por los linderos que en la misma demanda se detallan; que se cancele el registro del remate entonces realizado y las escrituras de traspaso del inmueble en cuestión, que posteriormente han sido otorgadas. Que el demandado Luis Jaramillo Sierra, como actual poseedor del inmueble, debe restituírlo dentro del término que le señale la sentencia, con sus frutos naturales y civiles, no solamente los obtenidos, sino los que hubieran podido percibir los herederos, y por las costas del juicio.

Posteriormente, por escrito de veintitrés de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, se reformó la demanda en el sentido de dirigirla también contra las señoras Ana y Rosa Botero, como herederas del señor Paz Botero, y también contra doña Tula Toro y su hijo Darío Jaramillo Toro, en representación de don Pedro Jaramillo, quienes igualmente actuaron como terceristas en el juicio ejecutivo cuya nulidad se pide.

Se indicaron como hechos constitutivos de la demanda, los que a continación se sintetizan:

Que don Heliodoro Henao González se constituyó deudor por escritura pública, del señor Florentino Saldarriaga, por la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500), quien al vencimiento del plazo exigió ejecutivamente su pago, con fecha veintisiete de mayo de mil novecientos treinta; que librada la ejecución, se intimó el mandamiento de pago al deudor y se denunció, a más del inmueble hipotecado como garantía, también el predio "La Montañita" o "La Mascota", por los linderos que lo distinguen; que en el mismo juicio ejecutivo se hicieron parte como terceristas, Rafael Piedrahita, José Paz Botero, por lo cual fue necesario calificar los diversos créditos en sentencia de prelación, ordenándose, a la vez, seguir adelante la ejecución; que con fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos treinta y tres, se dispuso el remate del bien en referencia, siendo su adquirente en la subasta pública, el señor Piedrahita.

Que el ejecutado, don Heliodoro Henao, fue casado dos veces. Tanto él como su segunda esposa fallecieron durante la traba ejecutiva, quedando como sus herederos una gran cantidad de hijos, nietos y bisnietos, que pueden llegar a un número mayor de cincuenta, entre ellos, Heliodoro Henao Vanegas y Luis Magin del mismo apellido.

Rafael Piedrahita vendió el bien rematado a la sociedad "Clodomiro Delgado H. & Compañía" y ésta transfirió la propiedad a Luis Jaramillo

Sierra, uno de los demandados. Más tarde, Jaramillo Sierra cedió sus derechos en litigio al señor Carlos Correa, quien se hizo parte en el juicio y es uno de los recurrentes.

Sostiene el actor, que el remate efectuado en las circunstancias señaladas, adolece de nulidad absoluta, por cuanto no se hizo a los herederos del ejecutado, señor Heliodoro Henao, una vez fallecido éste, la notificación o emplazamiento indispensable, como lo prevé el artículo 1434 del Código Civil, omisión que está erigida en causal de nulidad, artículo 451, numeral 3º, del C. J.

Don Rafael Piedrahita contestó la demanda con fecha cinco de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, oponiéndose a las pretensiones del actor y negando la mayor parte de los hechos.

Por memorial separado formuló demanda de reconvención, con apoyo en lo siguiente:

Que don Heliodoro Henao, como resultado de algunos negocios llevados con Piedrahita, salió a deberle la cantidad de dos mil trescientos pesos ($ 2.300), suma que se comprometió a pagar junto con intereses, en el plazo de un año, garantizando su obligación con hipoteca de una finca situada en la confluencia de los ríos San Bartolo y San Lorenzo, en el Municipio de Yolombó; que no habiendo el deudor satisfecho su compromiso, lo demandó en tercería coadyuvante en el ejecutivo propuesto por Saldarriaga; que allí se sacó a remate la finca, habiéndola rematado en septiembre de mil novecientos treinta y tres, por la cantidad de cuatro mil seiscientos pesos ($ 4.600), que según la sentencia de graduación de créditos, fueron distribuídos para cubrir varias de las obligaciones del ejecutado, abonándose a favor del de Piedrahita la suma de dos mil ciento diez diez y ocho pesos y cuarenta y cinco centavos ($ 2.118.45).

Que cuando se remató la finca, estaba en extremo desatendida y a la vez, ocupada por terceras personas, habiéndose invertido fuertes sumas para lograr su entrega y ponerla en estado de producción. Que allí fueron gastados en reparaciones y mejoras, más de cinco mil pesos ($ 5.000). Expresa luégo lo relativo a la acción principal y lo que en ella se solicita, y concluye con las siguientes peticiones: que no debe concederse lo exigido en tal demanda; que en caso de accederse a alguno de los pedimentos, consecuencialmente se disponga que el crédito otorgado a favor de Piedrahita, junto con la hipoteca que lo garantiza, quedan vigentes; que los herederos de Henao le adeudan las costas del juicio ejecutivo en cuestión; que los mismos deben devolverle las partidas que por razón del remate entregó a los demás acreedores, más los intereses en el tiempo corrido; que la finca materia de la demanda de nulidad debe quedar allí embargada y depositada en el juicio ejecutivo, como lo estaba cuando se efectuó el remate; que los herederos de Heliodoro Henao González y las personas en cuyo nombre se habla, deben pagar o caucionar previamente en la forma legal, las mejoras hechas en la finca de que se trata, antes de lograr su restitución, por gozar su poseedor del derecho de retención en tales casos.

Esta demanda de mutua petición fue notificada a los herederos Heliodoro y Luis Magin Henao Vanegas, quienes contestaron aceptando algunos hechos, negando otros, agregando que el remate de la finca se llevó adelante con pretermisión de formalidades legales; que la única mejora puesta allí, fue una simple máquina, que en ningún caso representa la exorbitante suma que se cobra.

Otros demandados, y entre ellos los curadores ad litem de los ausentes, fueron también notificados y dieron respuesta a la contrademanda, y otros dejaron de contestarla.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento puso fin a la instancia por providencia de siete de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual declaró nulo el juicio ejecutivo en cuestión, o sea el propuesto por Florentino Saldarriaga contra Heliodoro Henao González, en la actuación realizada en él desde el día diez de diciembre de mil novecientos treinta y dos, fecha del fallecimiento del deudor Henao González, hasta el veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y cinco. Declaró también nula la diligencia de remate llevada a cabo en el mismo pleito el veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y seis. Que la sociedad conyugal en estado de liquidación, de Heliodoro Henao y Julia Vanegas y las sucesiones, igualmente sin liquidar, de los mismos, son dueños de la finca "La Montañita", hoy "La Mascota", rematada como ya se dijo. Que las escrituras de traspaso del inmueble en cuestión, hechas con posterioridad al remate que se anula, son inoponibles a los verdaderos dueños de la finca. Se condenó a Carlos Correa, posee-

dor del predio, como subrogatario de los derechos del último adquirente Jaramillo Sierra, a devolver el inmueble en litigio. También se declaró que la sucesión y sociedad conyugal citadas, debían a Piedrahita las sumas que éste había cubierto a otros acreedores, al efectuar el remate del bien que se le ordena devolver; quedando la finca nuevamente embargada y depositada, en el juicio ejecutivo cuya nulidad se pide. Por último, se ordenó reconocer las mejoras al poseedor actual de la finca, señor Correa, concediéndole el derecho de retención mientras éstas no se satisfagan. Los frutos y mejoras, se mandó estimarlos en el cumplimiento de la sentencia, en los términos indicados en el artículo 553 del Código Judicial.

La sentencia recurrida

En desacuerdo con la providencia en cuestión, los demandados apelaron para ante el respectivo superior. Remitidos los autos al Tribunal Superior de Medellín, allí se puso fin a la instancia por fallo de fecha tres de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, por el cual se confirmó la providencia recurrida.

Apoya su sentencia el Tribunal, en que no era posible continuar la acción de cobro propuesta contra Heliodoro Henao, una vez fallecido, sin poner en conocimiento de sus herederos la existencia del crédito, en los términos consignados en el artículo 1434 del C. C. Que si bien, en alguna época se sostuvo que esta formalidad no era de rigor cuando se perseguía el pago en acción real hipotecaria, en diversos fallos la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la suspensión del juicio, sea en acción real o personal, mientras se hace la notificación a todos los herederos. Que si la actuación se adelanta sin darle cumplimiento al precepto en cuestión, se incurre en nulidad por incompetencia de jurisdicción o ilegitimidad de personería, respectivamente. Que en el juicio cuya nulidad se ha pedido, sólo intervino y se notificó el heredero Heliodoro Henao Vanegas, que no concurrieron más herederos porque entonces se consideró suficiente la actuación surtida con el referido señor.

Hace luégo el juzgador la enumeración de las pruebas tenidas en cuenta por el Juez de instancia para decretar la nulidad demandada. Dice que "ninguno de los otros herederos, quienes por lo visto son numerosos, fue notificado de la existencia del juicio", para si lo tenían a bien, se apersonaran en el mismo para asumir su defensa. Que precisamente, esa falta de notificación a los demás herederos, es lo que ha motivado el "presente proceso ordinario, sobre nulidad de la actuación efectuada con posterioridad al fallecimiento del ejecutado".

Agrega que la acción que decide por la sentencia de la cual se ha recurrido, "fue entablada por Heliodoro Henao V. en su carácter de heredero, circunstancia que logró demostrar con las correspondientes partidas de origen eclesiástico".

Luégo continúa en los siguientes términos:

"Es, pues, preciso acceder a la súplica de nulidad impetrada en la demanda, la cual tiene lugar desde el fallecimiento del ejecutado —13 de mayo de 1932— quedando por lo mismo invalidado el remate efectuado por el señor Rafael Piedrahita, y como consecuencia, sin título el demandado señor Carlos Correa, porque su título arranca o se remonta al remate de que se ha hecho mérito, prosperando por lo mismo la acción reivindicatoria interpuesta como consecuencia de la de nulidad".

"Por razón de la acción reivindicatoria la cosa materia de ella debe restituírse con sus frutos, tal como lo dispone el artículo 961 del Código Civil".

Observa que, si bien es cierto que el mismo actual demandante Heliodoro Henao Vanegas, **intervino como heredero en el juicio en donde se consumó la actuación cuya nulidad ahora se solicita,** y en su tiempo pidió y obtuvo nulidad de parte de la actuación, tal intervención y actuación no son suficientes, por cuanto no todos los herederos fueron notificados para que se hicieran parte en el ejecutivo en cuestión, "la nulidad no se evitó con la comparecencia del heredero Heliodoro Henao Vanegas, porque existían más herederos del ejecutado Henao González y sin que se pueda sostener que en el último de los casos la nulidad no cobijaría al heredero citado sino a los demás que no se hicieron parte en la actuación cuya nulidad se solicita", por cuanto la ley no permite la anulación del proceso en relación con uno solo de los litigantes que componen una de las partes (GACETA JUDICIAL número 1959, pág. 903), lo que creyó suficiente para concluir que era el caso de decretar la nulidad demandada, por cuanto que la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo legalmente representada en el

juicio, puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad de éste, o proponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia (artículo 457 del C. J.). Por tales razones, el sentenciador confirmó la sentencia apelada.

En desacuerdo con la decisión del Tribunal, los demandados ocurrieron en casación, presentando en oportunidad la demanda del caso. En la Corte, el juicio ha tenido la tramitación legal requerida y siendo la oportunidad legal, se procede a fallar.

Recurrente y opositor han presentado en tiempo sus respectivas alegaciones, que la Corte ha estudiado con detenimiento.

Las causales de casación propuestas

Contra la providencia del Tribunal, se han aducido diversidad de cargos, de los cuales la Sala escoge los que considera demostrados y que se relacionan entre sí, prescindiendo de los demás, en desarrollo del artículo 538 del C. J.

Inicia sus reparos el recurrente transcribiendo textualmente el siguiente pasaje del fallo en estudio:

"Pero hay más: Heliodoro Henao Vanegas intervino como heredero en el juicio donde se consumó la actuación cuya nulidad ahora se impetra. En el cuaderno de pruebas número 3, aparece un escrito, encabezado en estos términos: 'Yo, Heliodoro Henao Vanegas, mayor de edad y vecino de este municipio, a usted muy respetuosamente, refiriéndome al juicio ejecutivo de Pedro M. Jaramillo, José Paz Botero y otro, contra el señor Heliodoro Henao, mi padre, le manifiesto...'. Luego este heredero sí intervino en el juicio y no obstante esa circunstancia no pidió dentro de ese procedimiento la nulidad, si era que existía, sino que más tarde y con relación a actuación llevada a cabo con posterioridad al remate y con ocasión de nuevo embargo de bienes, entonces sí pidió y obtuvo la nulidad de una parte del proceso, o sea la practicada desde el 25 de junio de 1935 en adelante. Luego esa intervención del actor de ahora en aquel proceso, bien pudiera considerarse como suficiente para que hubiese precluído para él la oportunidad para demandar la nulidad en juicio aparte, si era que efectivamente había causa legal para ello, porque el artículo 457 del C. J. solamente permite la alegación de la nulidad cuando no se ha citado o emplazado a la persona o personas que debían intervenir en el juicio por la parte ejecutada. El pudo perfectamente haber solicitado aquella nulidad, para acatar así la norma jurisprudencial de que las nulidades se deben alegar en el proceso mismo donde ocurrieron y no en juicio aparte, pues sólo los que no intervinieron en el juicio donde se produjo la nulidad, pueden demandarla separadamente". (Folios 40 v. y 41 del cuaderno del Tribunal).

Dice el demandante en casación, que la conclusión de lo anterior ha debido ser la absolución de los demandados, puesto que el actor en el presente juicio es el mismo Henao Vanegas, de quien el Tribunal dice carecer de acción para impetrar la nulidad en juicio ordinario separado, ya que intervino en el juicio en referencia y allí tuvo ocasión de pedir la nulidad que ahora invoca, lo cual hizo en relación con una parte de dicho juicio. Mas el Tribunal —agrega— no procedió así: condenó a pesar de que niega el derecho al actor y de que no hay en el proceso más herederos cuya personería haya sido reconocida, que el referido Henao Vanegas, como consta de la sentencia de primera instancia, que el Tribunal prohija y confirma y donde se lee: "Mas ocurre que con excepción de Heliodoro Henao Vanegas, las demás personas que suscriben los memoriales, no han comprobado sus personerías sustantivas, es decir, **ninguno ha demostrado en el juicio ser heredero legítimo del causante** y poder así coadyuvar la demanda". (Folio 74 v., letra J, cuaderno número 1). (Subraya el recurrente).

Repara que el sentenciador haya condenado, confirmando el fallo del inferior, a reintegrar a la sucesión de Heliodoro Henao, representada por su cónyuge, a Julia Vanegas, quien no figura en el juicio como demandante "y a todos los demás herederos legítimos que comprueben su calidad de tales", el predio de "La Montañita", y que en la misma forma haya ordenado a su poseedor actual, el recurrente Carlos Correa, a restituír la susodicha finca a la cónyuge Julia Vanegas, a Heliodoro Henao, al subrogatario doctor Chavarriaga y a "todos los demás herederos legítimos que comprueben su calidad de tales".

Llama la atención, que por no aparecer determinados en el juicio esos otros hipotéticos herederos, ni establecida su calidad de tales, la condena se hace diciendo: "**para quienes demuestren ser herederos**"; sin percatarse, expresa, que

no existe, ni puede existir otra oportunidad para demostrar esa calidad que el juicio al cual pone término el fallo recurrido.

Que no estando comprobada en el pleito la personería de "esos demás herederos", mal podría fallarse en los términos expresados, debiéndose haber absuelto a los demandados de los cargos aducidos por Heliodoro Henao Vanegas, violándose directamente, al decretar favorablemente la demanda de nulidad y consiguiente reivindicación de la finca, los artículos 329 y 343 del Código Judicial, artículos 669, 946, 950, 961 del C. C., 1434, 1746, 1748 del Código Civil, artículos 457, 448-3ª, 451 del C. J.

Que no siendo posible decretar la demanda de Heliodoro Henao Vanegas, por carecer de acción para ello por haber intervenido en el juicio ejecutivo cuya nulidad se pide, sin reclamarla en tal oportunidad y sin embargo, el Tribunal, partiendo del supuesto equivocado de que hay otros herederos, decretó lo pedido como si en el juicio estuvieran representados como actores esos otros pretendidos herederos, no emplazados en la forma legal en el ejecutivo referido y al hacerlo así, incurrió en error, puesto que en el presente juicio no hay más herederos cuya personería haya sido acreditada y reconocida, sino la de Heliodoro Henao Vanegas y éste, como lo dijo el Tribunal, carece de la acción que invoca. Que es otro error considerar que en el juicio, la cónyuge Julia Vanegas esté presente y tenga la representación de la sociedad conyugal, ya que en la segunda petición de su demanda, Helidoro Henao exige se declare que la sociedad conyugal en liquidación de Henao González y la señora Vanegas y las sucesiones de los mismos, representados por sus herederos, son dueñas de la finca en litigio. Que si el Tribunal no halló demostrada la muerte de la señora Vanegas, lo legal era declarar la ilegitimidad de la personería de su hijo para demandar en su nombre.

Hace luégo la enumeración de las únicas pruebas aducidas al proceso, para concluir que hay error evidente en su apreciación, al deducir que con ellas se acredita "que en este proceso sean parte y estén determinados con este carácter herederos distintos de Henao Vanegas, ni que tampoco la señora Julia Vanegas sea parte en el juicio". Considera como violados los mismos preceptos indicados en el cargo anterior.

Que no estando acreditada la personería de la cónyuge sobreviviente y de "los supuestos herederos" (hijos, nietos y bisnietos) en el juicio, mal se podían hacer las declaraciones de propiedad a su favor, que fueron hechas.

Concluye este reparo así: "lo dicho anteriormente demuestra por qué el Tribunal quebrantó directamente los tantas veces citados artículos 329 y 343 del C. J. al no declarar la ilegitimidad de la personería del actor Heliodoro Henao Vanegas para hablar en nombre de la sucesión de su madre y de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Henao-Vanegas, y porque violó igualmente los artículos 669, 946, 950, 961 y siguientes, 1434, 1746, C. C. y 457, 448-3ª y 451-3ª del C. J., al decretar la nulidad pedida en este juicio, y la restitución y demás pretensiones consecuenciales a aquélla".

Se considera:

Como consecuencia de la responsabilidad universal de los herederos como continuadores de la persona del difunto, es por lo que procede contra ellos, no sólo la acción ordinaria que tengan los acreedores contra el causante, sino también la ejecutiva. Respecto de los títulos que prestan mérito de tal índole, es de observar que, aunque la ley les conserva su pleno vigor contra los herederos, sin embargo, para que éstos no sean sorprendidos con el cobro por la vía coercitiva de una obligación, o la correspondiente acción hipotecaria cuya existencia pudieran ignorar, el artículo 1434 del C. C. dispone que los acreedores no podrán entablar o llevar adelante su ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos.

Se trata de un simple plazo suspensivo de ocho días, que no puede dañar al acreedor y que en cambio, protege al heredero contra una posible sorpresa.

Así, pues, la falta de notificación a los herederos de los títulos contra el difunto, impide la iniciación del juicio, o lo paraliza, cuando la muerte del ejecutado sobreviene durante la secuela del pleito.

La falta de cumplimiento del requisito señalado en el memorado artículo, o sea la notificación de la existencia del crédito a los herederos para poder iniciar la ejecución, o continuarla, si ya estuviere el juicio propuesto, al tenor del inciso 3º del artículo 451 del Código Judicial, es causal de nulidad.

Esta nulidad meramente procesal, en la cual no se trata de una formalidad en que estén interesados el orden público y las buenas costum-

bres, no puede ser alegada sino por la persona o personas en cuyo favor ha sido establecida, quienes pueden efectuar su convalidación.

El precepto consignado en el artículo 1434 del C. C., es una formalidad establecida en interés de los herederos; se trata, como ya se vio, de un simple plazo suspensivo, que los protege contra una posible sorpresa.

Y si esto es así, si es susceptible tal nulidad de allanarse por los respectivos interesados, por estar instituída con la mira de proteger un interés particular de los herederos y no un interés público, es necesario concluir que no se da acción sino a los no notificados o emplazados para demandar su anulación.

Así lo ha resuelto esta Corte en innumerables fallos, como puede verse a continuación:

"Pero es que además de la ausencia del motivo legal de nulidad, cuando existe, éste no puede ser legítimamente alegado dentro del juicio o como motivo de casación, sino por la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, que es la única en quien reside el interés jurídico que da derecho para pedir y obtener la reposición de lo actuado". (Casación, marzo 4 de 1940, G. J. número 1453, pág. 111).

"La nulidad proveniente de no haberse notificado la demanda a uno de los demandados, no corresponde alegarla a uno de los codemandados, que fueron notificados, puesto que carece de interés jurídico en ello". (Jurisprudencia Dr. Orozco Ochoa, número 5598).

"Es preciso entender que la causal de casación que se permite interponer por falta de citación o emplazamiento en la forma legal a las personas que han debido ser llamadas al juicio, se refiere a estas personas, con el objeto de que no sean vulnerados sus derechos en un juicio en que no se les ha oído legalmente... Lo que quiere decir que esa parte, en guarda de sus derechos, es la que tiene este recurso cuando no alegó la nulidad en el juicio o fracasó en sus pretensiones". (GACETA JUDICIAL, Tomo 61, números 2040, 2041, pág. 442).

"'Del concepto mismo de anulabilidad —dice Carnelutti— se infiere fácilmente quién esté legitimado para proponer la demanda de nulidad, o sea la invalidación no puede ser más que la parte a la que perjudique, no tanto el vicio como el acto viciado". (Carnelutti, Tomo 3º, pág. 565).

Puede pedir la nulidad de un acto, la persona que pueda revalidarlo o ratificar lo actuado. (Tomo 3º, número 563).

Esto sentado, se tiene en este asunto lo siguiente:

1º Por las copias traídas a los autos, consta que el señor Florentino Saldarriaga demandó por la vía ejecutiva al señor Heliodoro Henao González, para que se le cubriera una suma de pesos; que se libró la correspondiente orden de pago y se notificó al ejecutado el veintiocho de junio de mil novecientos treinta, habiendo denunciado en la traba ejecutiva el predio de "La Montañita", hoy "La Mascota". Que en tal juicio entraron en tercería coadyuvante, Rafael Piedrahita y otros acreedores con garantía hipotecaria, quienes se hicieron presentes para el cobro de lo que se les adeudaba, ejercitando la acción real pertinente. Tales nuevos demandados fueron, además de Piedrahita, los señores Pedro Jaramillo y José Paz Botero.

2º Durante el desarrollo de la acción de apremio —el 13 de mayo de 1932— murió el ejecutado Heliodoro Henao González, y luégo de haberse suspendido los términos judiciales por tal motivo, se dispuso la continuación del juicio con la intervención de su hijo Heliodoro Henao Vanegas, a quien en cumplimiento del artículo 1434 del C. C., se le hizo la notificación correspondiente, en su carácter de heredero del deudor difunto. Adelantados los trámites de ley, el veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y dos, se dictó sentencia de prelación de créditos; posteriormente, el veintitrés de septiembre de mil novecientos treinta y tres, se verificó el remate de la finca embargada, o sea el predio de "La Mascota", siendo su rematador, por cuenta de su crédito, don Rafael Piedrahita. El Juzgado aprobó la diligencia de remate por proveído que lleva fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y tres; se hicieron las inscripciones correspondientes en el Registro de Instrumentos Públicos y se entregó la finca al rematador.

3º Como no todas las obligaciones del causante, señor Henao González, pudieron ser satisfechas con el precio de lo subastado, el juicio de cobro continuó y se hicieron nuevos embargos de bienes, todo con intervención allí de Heliodoro Henao Vanegas, único heredero a quien se le había citado en el litigio y cuyo carácter de tal estaba demostrado. Este, en memorial de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos

treinta y ocho, solicitó al Juez del conocimiento que DECLARARA LA NULIDAD DE LO ACTUADO, a partir del auto de fecha veinticinco de junio de mil novecientos treinta y tres en adelante, **por no haberse notificado a los herederos** la existencia de los títulos ejecutivos con que se perseguía a su padre, para entonces fallecido. El Juzgado, en auto de fecha seis de febrero de mil novecientos treinta y nueve, denegó lo pedido, mas apelada la providencia, el Tribunal Superior la revocó por la suya del diez y siete de junio de mil novecientos treinta y cinco. (sic). Nada se pidió ni proveyó entonces sobre la actuación anterior, comprendida entre la fecha de la defunción de don Heliodoro y la en que se embargaron nuevos bienes.

4º El señor Piedrahita vendió lo rematado a una tercera persona y ésta a otra, encontrándose la finca en el momento de registrarse la demanda que dio origen al presente pleito, en poder de don Luis Jaramillo Sierra, quien durante el juicio transfirió su derecho litigioso al señor Carlos Correa, y éste se constituyó parte en el juicio.

5º Así las cosas, el heredero Heliodoro Henao Vanegas, la misma persona que había figurado como tal en el ejecutivo de que se ha hecho memoria, presentó, como ya se hizo constar, demanda ordinaria contra Florentino Saldarriaga, Rafael Piedrahita, Luis Jaramlilo Sierra y otros, haciendo las súplicas atrás señaladas, fundado en que no se hizo a los herederos del ejecutado, una vez fallecido (artículo 1434 del C. C.) la notificación de los créditos cuyo pago se perseguía, requisito indispensable para poder continuar el procedimiento.

6º En el juicio ejecutivo, como ya se vio, es causa especial de nulidad, entre otras, según la causal 3ª del artículo 451 del C. J., el librar o seguir la ejecución después de la muerte del deudor sin que se haya llenado la formalidad prescrita en el artículo 1434 del C. C. El artículo 457 del Código Judicial establece que **la parte que no fue legalmente notificada o emplazada en el juicio,** o que no estuvo en él debidamente representada, puede pedir por la vía ordinaria, que se declare su nulidad, u oponer la causal como excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia. La nulidad judicialmente pronunciada, da acción reivindicatoria contra terceras personas (artículos 1746 y 1748 del C. C.).

7º Pero sucede que el señor Heliodoro Henao Vanegas, actor en este pleito, y quien ejerció para la herencia de su padre y para la sociedad conyugal en liquidación que éste tenía con la señora Julia Vanegas, la nulidad en cuestión, fue precisamente el único heredero con quien se cumplió lo ordenado en el artículo 1434 del C. C., fundamento de la acción propuesta. El no representa en forma alguna a sus demás hermanos, ni a los hijos de los fallecidos, ni nietos de los mismos, señalados como herederos, con quienes, se dice, no se llenó lo estatuído en el precepto indicado, que lo autorizaría para demandar la nulidad, por no haberse cumplido con los mismos la formalidad de notificarles la existencia del crédito para poder continuar la ejecución.

Ya se vio en la parte doctrinal de este fallo, que es el heredero no notificado o emplazado, quien tiene tal derecho. Es una garantía establecida por la ley a su favor, cuya falta de cumplimiento le permite demandar la nulidad de lo actuado, y siendo así que la nulidad que la omisión entraña, puede ser renunciada o ratificado el procedimiento, no existe acción general para proponerla y sólo puede ser demandada exclusivamente por quien tiene interés en ello.

8º El señor Heliodoro Henao Vanegas, habiendo sido el único heredero notificado de la existencia de los créditos, habiendo solicitado en su tiempo la nulidad de parte de la actuación, lo que entrañaba la aceptación tácita del resto de los proveídos, no puede en su propio nombre demandar para la sucesión de sus padres, o para la sociedad conyugal de los mismos, la nulidad propuesta por la vía ordinaria, por carencia de interés. Este lo tendrían los demás hijos del causante, nietos y bisnietos, cuya personería y filiación con respecto al causante, no se ha establecido en forma alguna en el presente litigio y de cuya existencia no se adujo la menor prueba.

9º Se observa que a los folios 36, 38 y 40 del cuaderno número 1º, aparecen varios memoriales firmados por Luis Magin Henao, Waldina Henao y otros, en que se cede al doctor Chavarriaga, abogado de Henao Vanegas, el cincuenta por ciento de sus derechos litigiosos y se le concede también poder para representarlos en el juicio ordinario propuesto; mas es evidente, que en ninguna parte del proceso figura la prueba que acredite a tales memorialistas como herederos de Heliodoro Henao González y de su esposa, señora Julia Vanegas. No estando acreditada su personería, no pudo considerarse su manifesta-

ción, enderezada a coadyuvar la demanda con que se inició el pleito.

Es de notar que, si durante el curso de una ejecución, o del juicio especial de venta o adjudicación de la cosa hipotecada, fallece el ejecutado o demandado, debe procederse a la notificación o emplazamiento, según el caso, de sus herederos, por ser éstos los representantes de todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante, no lo es menos que con el único demandante en este litigio, cuyo carácter de heredero se acreditó, se surtió tal formalidad, y que siendo ella instituída en interés de los herederos y careciendo de facultad el demandante para actuar en favor de los demás que se pretenden como tales, su acción no pudo progresar. (Véase GACETA JUDICIAL número 1944, página 631).

10º El Juzgado de primera instancia anotó la falta de la prueba del estado civil de los pretendidos herederos, y no obstante ello, el superior confirmó su fallo, no habiéndose presentado aquélla tampoco en la segunda instancia, cuando dice: "Mas ocurre que con excepción de Henao Vanegas, las demás personas que suscriben los memoriales no han comprobado sus personerías sustantivas, es decir, ninguno ha demostrado en el juicio ser heredero legítimo del causante y poder así coadyuvar la demanda. Para establecer esta relación jurídica, esto es, el vínculo de consanguinidad que los une con el de cujus, debieron haberse acompañado los documentos del caso, en armonía con los artículos 22 de la ley 57 de 1887, y 395 del Código Civil y demás disposiciones pertinentes sobre el estado civil de las personas".

11º Si el heredero, al ejercitar una acción de nulidad y como consecuencia, la reivindicación de un bien del causante, antes de partirse la herencia, debe hacerlo en favor de la sucesión, si quiere hablar técnicamente, también lo es, que la acción de nulidad apoyada en el inciso 3º del artículo 451 del C. J., por la falta de notificación a los herederos, según lo dispuesto en el artículo 1434 del C. C., fue establecida en favor de aquellos con quienes no se hubieren cumplido los requisitos en la disposición indicada, y si la acción está bien propuesta para la sucesión, el actor, como heredero que sí fue notificado, carece de facultad para demandar, por no tener personería para hacerlo en nombre de otros herederos, cuya existencia tampoco se demostró. La falta de citación o emplazamiento, se repite, sólo puede alegarla quien ha debido ser citado o emplazado y no lo fue.

12º El Tribunal afirma que la notificación hecha a Henao Vanegas de la existencia del crédito, no tuvo efecto, por cuanto expresamente éste manifestó entonces que no había aceptado la herencia, ni hay constancia de que estuviera en posesión de los bienes herenciales, pero ciertamente fue notificado como hijo legítimo del causante, que como heredero por tal concepto, se apersonó en el juicio y obtuvo en parte su nulidad.

Un vicio no puede ser opuesto sino por quien pueda haber sufrido un daño del mismo, o bien, un acto no puede ser invalidado sino por pedimento de aquella de las partes a cuyo interés pueda haber sido nocivo el vicio.

13º Aún dando por sentado que Henao Vanegas no hubiera aceptado la herencia de su padre cuando se le notificó la existencia de la acción ejecutiva, y que su intervención en ella a virtud de la protesta, no entraña aceptación tácita, es evidente que al iniciar el presente juicio ordinario y demandar para la herencia, tomando el título de heredero, ello es la expresión inequívoca de la aceptación de la herencia, y como al tenor del artículo 1296 del C. C., los efectos de la aceptación y repudiación de una herencia, se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida, y es sabido que la herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente (artículo 1013 del C. C.); luego retrotrayéndose los efectos de la aceptación de la herencia a la fecha del fallecimiento del causante, necesario es concluir que a virtud de tal ficción, en el momento en que se le notificó a Henao Vanegas la existencia del juicio de cobro contra su padre, ha de entenderse que tenía el carácter de heredero, y mal puede hoy demandar por la omisión de una formalidad que ampliamente se cumplió en su época.

Si se notifica a quien sea heredero por ley o testamento, e interviene en alguna forma en el juicio, o hace cualquier manifestación que implique aceptación tácita de la herencia, el acto sería perfectamente válido.

14º El carácter de heredero de una persona se adquiere por la defunción del de cujus, que lo haya instituído como tal en su testamento, sin

condición, o porque por los lazos de la sangre se halle en el caso de ser considerado como tal. Estos conceptos se refieren a los hechos generadores del derecho, es decir, a la institución de herederos, que debe probarse mediante el testamento en su caso, y a los lazos de la sangre, que es necesario establecer, con las partidas pertinentes del estado civil, demostraciones que dan la investidura correspondiente y con ellas transmiten las respectivas obligaciones y derechos.

Además, hay que recordar que el hecho de que un individuo reúna los requisitos para ser heredero, como ser descendiente del causante, o estar instituído tal por acto testamentario, no basta para considerarlo como heredero, porque siempre se requiere la aceptación de ese carácter, como se infiere de los artículos 1289 y 1290 del C. C. y aún de lo dispuesto por el artículo 1304 del mismo Código.

Como ya se ha dicho, los posibles herederos del señor Henao González, a quienes no se les notificó la existencia del crédito o créditos con que se perseguían los bienes del ejecutado, distintos del único que sí acreditó su personería, no demostraron en el juicio su carácter de parentesco con el difunto y por la aceptación de la herencia, ni presentaron solicitud de coadyuvancia de la acción entablada, con excepción del llamado Luis Magin Henao, quien tampoco probó su calidad de heredero.

Por lo expuesto, se declara que fueron violados los artículos 448, 451, 457 del Código Judicial y los artículos 1434, 1746 y 1748 del Código Civil.

Como fundamento del fallo de instancia, son pertinentes las razones que se dejan expuestas, pues careciendo de interés el demandante Heliodoro Henao Vanegas, y no representando en forma alguna a las demás personas que se consideran herederos, o a quienes el actor los tiene como tales, la conclusión en este litigio, no es otra que la absolución de los demandados, por carencia de derecho en el actor para entablar el presente litigio.

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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, de fecha tres de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, y revocando la de primera instancia, falla este pleito así:

Absuélvese a los demandados de todos los cargos propuestos contra ellos en la demanda presentada por Heliodoro Henao Vanegas, con fecha veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, y en consecuencia, se declara que no hay lugar a decretar ninguna de las peticiones allí propuestas.

Costas en las instancias, a cargo del demandante.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Silva Rebolledo — Miguel Arteaga H. Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda. Pablo Emilio Manotas — Manuel José Vargas— El Secretario, **Pedro León Rincón.**

ACCIONES DE NULIDAD DE UNA DONACION Y DE REIVINDICACION. — LA LEY 68 DE 1946 ES INTERPRETATIVA.—LA INCONGRUENCIA COMO CAUSAL DE CASACION.—NO PUEDE HABER INCONGRUENCIA CUANDO EN EL FALLO SE CONTIENE UNA ABSOLUCION TOTAL

1.—En sentencia de 2 de febrero de 1948, al resolver sobre la demanda de inexequibilidad de la Ley 68 de 1946, la Corte, en Sala Plena, dejó nítidamente establecido que tal Ley es simplemente interpretativa del estatuto sobre nuevo régimen patrimonial en el matrimonio.

2. — Al declarar La Ley 68 de 1946 que respecto de ciertos bienes continuarían aplicándose las disposiciones del Código, entendió que la Ley 28 de 1932 NO las había derogado en cuanto al patrimonio social existente desde antes de esa ley; es decir, que al referirse a dichas disposiciones, no pretendió revivirlas, sino que se aplicaran porque no se habían abolido.

3.—La Corte al referirse a la incongruencia de una sentencia con la demanda, como causal de casación, dijo en fallo de 10 de agosto de 1937: "Esa falta no puede consistir y esto lo ha conceptuado sostenida y uniformemente la Corte, en que el Tribunal haya considerado las cosas de modo diferente a como las considerara tal o cual de las partes litigantes o en que se haya abstenido de tal o cual de ellas. El cargo es procedente cuando se ha dejado de decidir sobre puntos puestos subjudice por demanda y respuesta, en caso de ésta desoyendo los artículos 471 y 481 del C. J., o cuando decide sobre algo no sometido al litigio, fallando así extra o ultra petita".

Y en fallo de 28 de abril de 1939: "La incongruencia en un fallo, que cuando existe y se formula la respectiva acusación, le confiere a la Corte facultad para casarlo, consiste en que se haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos en la demanda y su contestación, o cuando decide sobre lo que no está en discusión, o con exceso o con defecto".

En el presente caso, el Tribunal se limitó a confirmar el fallo del Juez, y éste contiene en su parte resolutiva una absolución lisa, llana y plena de los demandados "de todos los cargos de la demanda"; es decir, que como lo dice la Corte en otro pasaje del último fallo citado, no es incongruente la sentencia que "decide dentro de la órbita del pleito", como está dentro de tal órbita una absolución de todos los cargos de la demanda, aun cuando al demandante le parezca injurídica la absolución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Antecedentes

Los antecedentes de este negocio son, en síntesis, los siguientes:

Feliciana Insignares viuda de Betancourt, Diego Betancourt, Flor de María Betancourt de Correa, Feliciana Betancourt de Tavera y Arturo Betancourt, presentaron el día quince de abril de mil novecientos cuarenta y uno, ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla, contra Víctor M. Betancourt y "Empresa Transportadora de Ganados, S. A.", demanda ordinaria tendiente a obtener: a) la declaración de "inexistencia legal e invalidez" de la donación revocable hecha por el señor Manuel Betancourt a favor de Víctor M. Betancourt y cuyo objeto fue la cesión de la patente número 2.584 de 10 de agosto de 1929, expedida por el Gobierno Nacional a favor del primero, patente que comprende el privilegio de invención consistente en las me-

joras introducidas en la patente número 2.254 de 2 de mayo de 1927; b) que como consecuencia de la declaración anterior, Víctor M. Betancourt y "Empresa Transportadora de Ganados, S. A.", adquirente de la misma, están obligados a restituirla a la sociedad conyugal ilíquida de Betancourt-Insignares, y c) que debe condenarse a los demandados a pagar a la misma sociedad conyugal en estado de liquidación por muerte del señor Betancourt, los frutos percibidos por concepto de la explotación de la mencionada patente, desde el diez de agosto de mil novecientos veintinueve hasta la fecha de su restitución.

Los demandantes reclaman para la sociedad conyugal disuelta y en liquidación y obran, en su calidad de cónyuge supérstite la primera, y los demás como legitimarios del cedente.

Son hechos fundamentales de la acción:

1º Que para el día diez de agosto de mil novecientos veintinueve, fecha en la cual fue adquirida la patente de invención número 2.484, existía la sociedad conyugal, resultante del hecho del matrimonio entre Manuel Betancourt y Feliciana Insignares de Betancourt.

2º Que la adquisición se efectuó a título oneroso durante la existencia de la sociedad conyugal, siendo, en consecuencia, un bien social.

3º Que el día veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, en que tuvo lugar la cesión de la patente a virtud de la donación hecha por Manuel Betancourt a su hermano Víctor M. Betancourt, la sociedad conyugal no estaba disuelta.

4º Que el cesionario, por actos posteriores, traspasó a la "Empresa Transportadora de Ganado, S. A." el título en disputa.

5º Que el mismo señor Víctor M. Betancourt usufructuó la patente desde la fecha en que se le hizo la cesión, hasta el diez y siete de diciembre de mil novecientos cuarenta, y a partir de entonces, ha venido beneficiándose de ella la "Empresa Transportadora de Ganado, S. A.", como consecuencia del traspaso que a su vez le hizo don Víctor.

6º Que la sociedad conyugal de Manuel Betancourt y Feliciana Insignares de Betancourt, se disolvió por la muerte del marido, el día veintidós de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro.

7º Que los demandantes actúan en este litigio en su carácter, la expresada señora de Betancourt, de cónyuge sobreviviente, y los demás como herederos legítimos del causante.

En derecho, apoyan sus pretensiones en el Título 13, Libro 3º del C. C.; en el Título 12, Libro 2º del mismo Código; en los artículos 1443, 1473, 1526 ibidem; en la ley 153 de 1887; en la ley 50 de 1936 y especialmente en la ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonió.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el asunto de conformidad con las normas del juicio ordinario y después de varios incidentes, cuyo contenido no modifica el fondo de la cuestión, el Juzgado de primera instancia absolvió a los demandados, por encontrar probada la excepción perentoria de petición de modo indebido, con la tesis de que los herederos demandantes pedían para la sociedad conyugal ilíquida, cuando debían haberlo hecho para la sucesión.

La sentencia recurrida

El fallo de primera instancia, dictado el cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, fue apelado, y el Tribunal Superior de Barranquilla, por providencia de ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, confirmó la sentencia de primer grado, mas por razones totalmente distintas a las en que se fundó el Juez del conocimiento. A esta sentencia del Tribunal pertenecen los siguuientes razonamientos, que es el caso de transcribir:

"La Sala no comparte la tesis del inferior, porque en su sentir es procedente que tanto los herederos del cónyuge muerto, como el cónyuge supérstite tienen perfecto derecho de ejercitar la acción reivindicatoria para restituir bienes para la sociedad conyugal que no se haya liquidado, como es el caso de autos. Esta tesis es la que ha venido sosteniendo la Honorable Corte Suprema de Justicia y se encuentra en varias de sus sentencias, entre otras la proferida el 23 de agosto de 1946...".

Después de mencionar algunos apartes de la providencia de esta Corte, agrega el Tribunal: "Pero la situación jurídica de las ventas hechas por el marido, de bienes pertenecientes a sociedades conyugales ilíquidas constituídas con anterioridad a la vigencia de la ley 28 de 1932 se consideran legales, de acuerdo con lo establecido

por la ley 68 de 1946 que aclaró la citada ley y que en su artículo primero estatuye:... "La Ley 28 de 1932 no disolvió las sociedades conyugales preexistentes y, por consiguiente, las que no se hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a ella, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del 1º de enero de 1933. En estos términos queda interpretada la citada Ley...".

"De la disposición antes transcrita —continúa el fallo— se desprende de manera clara que el legislador, por medio de la citada ley confirmó al marido la capacidad dispositiva de los bienes pertenecientes a sociedades conyugales celebradas con anterioridad al año de 1933, primero de enero, y que no se hayan liquidado".

Y concluye así la misma providencia: "En sentir de la Sala, no es procedente acceder a las peticiones de la demanda por las razones que se han dejado expuestas anteriormente, pues, el señor Betancourt sí podía disponer como lo hizo del bien materia de este juicio".

El recurso de casación

Contra la sentencia referida, interpusieron los actores recurso de casación, invocando las causales primera y segunda de las señaladas en el artículo 520 del C. J., y al efecto, proponen contra la decisión en estudio, los siguientes reparos:

a) Causal primera. — Afirma el apoderado de los demandantes, que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa de los artículos 1º, 5º, 7º y 9º de la ley 28 de 1932; de los artículos 14, 20 y 23 de la ley 153 de 1887; del artículo 1812 del C. C., y del artículo 31 de la Constitución, en relación con el 148 de la misma y del 54 del Acto Legislativo número 1 de 1945.

Sostiene que la ley 28 de 1932 estableció la plena capacidad de la mujer casada y que la ley 68 de 1946 restringió esa capacidad, y como se trata de una disposición legal dictada posteriormente al acto de donación acusado, ella no puede tener aplicación retroactiva para el caso del pleito. Los siguientes apartes precisan el pensamiento del demandante ante la Corte:

"No es propiamente una aclaración e interpretación que el legislador quiso hacer a la ley 28 por medio de la 68 de 1946, por cuanto interpreta lo que él ya ha interpretado y nada más claro que la letra que informa aquella ley, sino una reforma consistente en restringir la capacidad civil de la mujer casada antes del 1º de enero de 1933; y como toda reforma legal de ley anterior no tiene efecto sino desde la vigencia de la ley reformatoria, la aplicación de la ley 68 de 1946 es inoperante al caso de una donación efectuada por el marido sin el consentimiento de su mujer cuando estaba en vigor la ley 28 de 1932, es decir, cuando ya había perdido el marido la jefatura de la sociedad conyugal, la administración única de los bienes sociales, la representación legal de su mujer y no estar considerado ante terceros como dueño de los bienes sociales, y por la misma razón no se puede aplicar dicha ley 68 a la acción reivindicatoria ejercitada antes de su vigencia, porque cuando se trata de derechos ejercitados en vigencia de la ley que los concede o reconoce, como en el presente caso, absurdo sería pensar que una ley posterior pueda anular, no reconocer o cercenar tales derechos dándole efecto retroactivo a la ley, que no existe ese fenómeno en materia civil sino penal y para el caso de que le sea favorable al reo la ley posterior".

b) Causal segunda. — Como fundamento de su reparo, por este aspecto, expresa: "Invoco contra la sentencia recurrida la causal 2ª del artículo 520 del C. J. por no estar dicha sentencia de acuerdo o en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas de los preceptos legales citados como base del derecho cuyo amparo piden mis poderdantes a la justicia, los cuales sirven también de fundamento a este recurso de casación, citados en este escrito, al que adjunto certificado de que soy abogado titulado e inscrito".

La Corte considera:

a) El problema debatido en casación y que constituye la tesis central y única de la sentencia del Tribunal, gira alrededor de los alcances de las leyes 28 de 1932 y 68 de 1946. Para el Tribunal, esta última, como interpretativa de la primera, se debe entender incorporada en ella.

En cambio, el recurrente sostiene que la ley 68 de 1946 no es aclaratoria de la ley 28, sino al contrario, que la modifica, restringiendo su alcance en cuanto a la capacidad civil de la mujer casada, y por lo mismo —dice— no puede tener efecto retroactivo, ni es aplicable a actos o contratos que tuvieron existencia con anterioridad

a la vigencia del nuevo precepto, ya que se trataría de aplicarlo a un convenio consumado en el año de 1934, lo cual lo mueve a pedir la casación del fallo en estudio, por indebida aplicación de la ley al caso de su pleito.

A juicio del recurrente y siguiendo una doctrina que la Corte se vió precisada a recoger en presencia de la interpretación por vía de autoridad hecha a la ley 28 de 1932 por la 68 de 1946, en las sociedades conyugales vigentes con anterioridad al primero de enero de mil novecientos treinta y tres, que no se liquidaron conforme lo permite la ley 28 de 1932, "como inevitable efecto jurídico del tránsito de regímenes", existe, a su juicio, un patrimonio determinado y autónomo de la exclusiva propiedad de las sociedades conyugales ilíquidas y sobre el cual ninguno de los dos cónyuges, obrando por sí solo, puede ejecutar ningún acto de enajenación, sin colocarse en la situación jurídica de quien vende cosa ajena, de cuyo dominio es único titular la sociedad conyugal ilíquida; por consiguiente —concluye— la cesión hecha a su hermano por el señor Betancourt, no le traspasó el dominio de la patente, debiendo volver ésta al patrimonio de la sociedad conyugal en estado de liquidación por muerte del señor Betancourt.

Pero contra esta manera de entender el referido estatuto legal, como lo ha dicho esta Corte, reaccionó el legislador del año de 1946, declarando por vía de interpretación de la mencionada ley 28, que las sociedades en cuestión que no se hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a la ley del año 32, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior, o sea bajo el régimen del Código Civil, respecto de los bienes adquiridos por tales sociedades antes del 1º de enero de 1933.

"Los preceptos de la ley 68 de 1946 —ha dicho la Sala— son disposiciones interpretativas de las normas consignadas en la ley 28 de 1932, a las cuales le dio la Corte determinado entendimiento, en cuanto se refiere a las sociedades conyugales que la ley en referencia encontró constituídas al entrar en vigencia. El legislador de 1946 ha cambiado esa doctrina, con facultades suficientes para hacerlo, en razón de que la interpretación legislativa de las leyes es la que fija con autoridad definitiva su alcance verdadero". (GACETA JUDICIAL, Tomo 62, pág. 614).

Siendo, pues, el marido, al tenor del artículo 1806 del Código Civil y a virtud de la ley 68 comentada, dueño ante terceros de los bienes sociales, como si éllos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, en lo que respecta a los haberes de las sociedades conyugales vigentes para el primero de enero de 1933, legalmente pudo el señor Betancourt donar el bién de cuya reivindicación se trata, ya que la venta se hizo con facultades suficientes (arts. 1805, 1806 del C. C., 1º y 5º de la ley 28 de 1932 y 1º de la ley 68 de 1946).

En sentencia del trece de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, esta Sala resumió su concepto en los siguientes términos:

"En cuanto a la capacidad legal concedida a la mujer por la ley 28 de 1932 y lo declarado en la ley 68 de 1946, es necesario contemplar dos situaciones distintas:

"a) Con respecto a los bienes sociales existentes para el 1º de enero de 1933 como de la sociedad conyugal, se entiende que dicha sociedad no se ha liquidado y que el bién que está en cabeza de la mujer no puede ser enajenado por ésta sin la concurrencia del marido. Pero éste sí podría enajenarlo como si fueran bienes propios. Tal es el alcance de la ley 68 de 1946.

"b) Con respecto a los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, a partir del 1º de enero de 1933, cada uno de éllos tiene la libre disposición de los que por cualquier causa adquiera".

En fallo de julio de mil novecientos cuarenta y siete, expresó también al respecto esta Sala:

"Esta interpretación auténtica y legislativa hecha con autoridad y de manera general (artículos 14 y 25 del Código Civil), al fijar obligatoriamente para la Corte el sentido y alcance de las disposiciones interpretadas, abarca todos los extremos de este litigio y desplaza hacia campo de completa inutilidad e inoperancia la tesis del recurso, que busca apoyo en la interpretación que por vía de doctrina había venido sosteniendo y explicando esta Sala de Casación Civil en sentido diametralmente contrario al impuesto por el legislador en la llamada ley interpretativa, de la que instituyó un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio hace muy cerca de quince años".

Pero hay algo más al respecto, en la sentencia del dos de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, al resolver sobre la demanda de inexequibilidad de la ley 68, la Corte, en Sala Plena, dejó nítidamente establecido que tal ley es simplemente interpretativa del estatuto sobre nuevo ré-

gimen patrimonial en el matrimonio, "ya que conforme a los expresados ordenamientos de los artículos 58 del Código Político y Municipal, y 14 del Código Civil, las leyes que se limitan a declarar el sentido de otra, se entenderán incorporadas en ésta, sin que por tal fenómeno se afecten las resoluciones judiciales ejecutoriadas antes de la vigencia de élla".

"Puede así concluírse —continúa la Sala Plena— que la ley acusada (la 68 de 1946), fue una interpretación o aclaración auténticas de algunas disposiciones de la ley 28, de lo cual se infiere que al tenor de los artículos 14 del Código Civil y 51 del Código Político y Municipal, los preceptos de la ley 68 deben considerarse incorporados en la interpretada y vigentes desde que ésta empezó a regir. Siendo ello así, no es jurídicamente posible hablar de retroactividad de la ley 68 en frente de derechos adquiridos al amparo de la ley 28". (Sentencia del 2 de febrero de 1948, GACETA JUDICIAL números 2507 a 2508, págs. 601 a 607).

La pretendida violación de los artículos 1º, 2º, 3º, 14, 20 y 23 de la ley 153 de 1887, la quiere patentizar el recurrente con la tesis de que entre el Código Civil y la ley 28 de 1932, preexistentes al hecho que se juzga (la enajenación de la patente en 1934), prevalece la posterior, o sea la 28, que es contraria al Código, en su concepto, en cuanto a disposición de bienes sociales adquiridos antes (art. 20 ley 153); pero es que el recurrente parte de la base de que la ley 28 limitó los poderes dispositivos del marido respecto de esos bienes. Tal tesis ha podido sostenerse por algunos, dar lugar a discusiones, pero el propio legislador desechó esa interpretación y por medio de la ley 68 de 1946, consignó el verdadero sentido de la ley 28, sin reformarla; de manera que, por otro aspecto, al declarar que respecto de aquellos bienes continuarían aplicándose las disposiciones del Código, entendió que la ley 28 no las había derogado en cuanto al patrimonio social existente desde antes de esa ley; es decir, que al referirse a dichas disposiciones, no pretendió revivirlas, sino que se aplicaran porque no se habían abolido, luego no hubo violación de los artículos 3º y 14 de la ley 153.

Tampoco se quebrantaron los artículos 20 y 23 de la misma ley, relacionados con el estado civil y con la capacidad de la mujer, porque la ley 28 no le otorgó a ésta, clara o expresamente, facultad dispositiva o administrativa de bienes sociales adquiridos antes de 1933; luego, al entender tal cosa el legislador de 1946, para fijar el sentido de aquella ley en esa materia, no violó ningún derecho adquirido, ni reformó la ley, se limitó a aclararla e interpretarla.

Por las mismas razones, resulta infundada la acusación en cuanto a violación de los artículos constitucionales y 1812 del C. C., citados por el recurrente. Se declara pues, sin fundamento el cargo.

b) INCONGRUENCIA. Causal segunda

El segundo reparo, apoyado en la causal 2ª del artículo 520 del C. C., se hace consistir en una pretendida incongruencia del fallo acusado, porque en sentir del recurrente, "no está de acuerdo o en consonancia con las pretensiones (sic) oportunamente deducidas de los preceptos legales citados como base del derecho cuyo amparo piden mis poderdantes". (Palabras del recurrente).

Un fallo no es incongruente porque no concuerde con las tesis de derecho que sostenga alguna de las partes, porque si así fuera, todo fallo que implique decisión de un punto controvertido de derecho, siempre sería incongruente, por no estar conforme con las pretensiones de la parte vencida. La incongruencia o falta de consonancia a que se refiere la causal 2ª, dice relación a lo decidido con respecto a lo pedido, como si el Juez o Tribunal falla, por ejemplo, sobre la lesión enorme en una compraventa, cuestión no planteada, y deja de fallar sobre resolución del contrato por incumplimiento, materia de la demanda.

Por eso la Corte, desde el 23 de septiembre de 1913 (GACETA JUDICIAL, Tomo XXIII, pág. 248), declaró:

"La incongruencia de una sentencia, no hay que buscarla entre los motivos o fundamentos de ella, sino sólo entre la petición de la demanda y la parte resolutiva del fallo".

En sentencia de diez de agosto de mil novecientos treinta y siete (G. J. Nº 1927, pág. 430), agregó la Corte:

"Esa falta no puede consistir y esto lo ha conceptuado sostenida y uniformemente la Corte, en que el Tribunal haya considerado las cosas de modo diferente a como las considerara tal o cual de las partes litigantes o en que se haya abstenido de tal o cual de éllas. El cargo es procedente cuando se ha dejado de decidir sobre puntos puestos subjúdice por demanda y respuesta,

en caso de ésta desoyendo los artículos 471 y 481 del C. J., o cuando se decide sobre algo no sometido al litigio, fallando así extra o ultra petita".

El 28 de abril de 1939 (G. J. Nº 1947, pág. 75) añadió:

"La incongruencia en un fallo, que cuando existe y se formula la respectiva acusación, le confiere a la Corte facultad para casarlo, consiste en que se haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos en la demanda y su contestación, o cuando decide sobre lo que no está en discusión, o con exceso o con defecto".

En el presente caso, el Tribunal de Barranquilla se limitó a confirmar el fallo del Juez, y éste contiene en su parte resolutiva una absolución lisa, llana y plena de los demandados "de todos los cargos de la demanda"; es decir, que como lo dice la Corte en otro pasaje del último fallo citado, no es incongruente la sentencia que **"decide dentro de la órbita del pleito"**; como está dentro de tal órbita una absolución de todos los cargos de la demanda, aun cuando al demandante le parezca injurídica la absolución. Si lo fuera por violación directa o indirecta de la ley sustantiva, la causal procedente sería la primera; y ya se vió que por este aspecto resulta también invunerable el fallo acusado.

Los razonamientos con que el recurrente trata de justificar la alegación de la causal 2ª, son totalmente inconducentes a la demostración de incongruencia o falta de consonancia del fallo; y aplicado al cargo primero, también son ineficaces, porque todos se reducen a sostener que don Manuel Betancourt carecía de derecho apra enajenar la patente, porque él no era dueño de élla, sino la sociedad; pero está ya visto y sentado que de acuerdo con la ley 68 de 1946, interpretativa de la 28 de 1932, (que según el artículo 58 de la ley 153 de 1887 debe considerarse incorporada en la 28 y aplicarse a este pleito no concluído por decisión ejecutoriada antes de entrar a regir dicha ley 68), el prenombrado señor sí podía disponer de ese bién social, conforme a los artículos 1805, 1806 y siguientes del C. C., integrantes del "régimen civil anterior", a que alude el artículo 1º de la ley 68. No hay, pues, motivo legal para acoger el cargo.

Por todo lo expuesto, se declara que no son admisibles ninguno de los dos reparos presentados en casación contra la sentencia recurrida.

Sentencia:

Por las razones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origén.

Arturo Silva Rebolledo—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas — Manuel José Vargas, El Secretario: **Hernando Lizarralde.**

REQUISITOS DE LA USUCAPION — QUIEN RECONOCE DOMINIO AJENO DURANTE EL TIEMPO DE LA PRESCRIPCION, ABDICA SIMPLEMENTE DEL CARACTER REAL O APARENTE DE POSEEDOR, PERO NO RENUNCIA DEL DERECHO QUE NO HA ADQUIRIDO — TECNICA DE CASACION CONDICIONES PARA QUE PROSPERE EL CARGO POR ERRONEA APRECIACION O POR FALTA DE APRECIACION DE PRUEBAS — LAS ACCIONES CONSAGRADAS POS LOS ARTS. 1887 A 1889 DEL C. C. NO PUEDEN HACERSE VALER POR PERSONAS EXTRAÑAS AL CONTRATO DE COMPRAVENTA

1—Para usucapir se requiere ante todo ser verdadero poseedor, esto es, haber tenido la cosa CON ANIMO DE SEÑOR O DUEÑO por el término exigido en la ley; y es claro que quien la tiene en representación de otra persona, a la que considera dueña, no ejerce posesión en su propio nombre, sino en nombre y provecho de la persona que representa.

El art. 2531 del C. C., regla 3ª, establece una presunción que califica la doctrina de "mixta", por ser intermedia entre la DE DERECHO y la LEGAL. Sólo se admite en contrario la prueba de que concurren las dos circunstancias que la disposición enumera, y ninguna otra prueba, y por tanto, cuando en casos de prescripción extraordinaria se comprueba "la existencia de un título de mera tenencia" en el pretendido prescribiente, éste, para destruir la presunción de mala fé, debe establecer estas dos circunstancias: 1ª) Que en los últimos treinta años no ha reconocido expresa o tácitamente el dominio de quien se pretende dueño; y 2ª) Que ha poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

2—Quien reconoce dominio ajeno durante el tiempo de la prescripción, no renuncia el derecho que no ha adquirido; abdica simplemente del carácter real o aparente de poseedor, o se descubre como mero tenedor, perdiendo o confesando no tener la calidad de poseedor, esencial a la prescripción.

3—En numerosos fallos ha sostenido la Corte, con base en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., que para que proceda el cargo de violación de la ley, proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario no sólo que se alegue y demuestre el error, con indicación precisa de las pruebas desestimadas o mal apreciadas, sino que se señalen las disposiciones legales sustantivas que se consideren infringidas.

4—Los arts. 1887, 1888 y 1889 del C. C. generan las acciones allí previstas, en los casos varios que contemplan, en favor de la parte lesionada por la mayor o menor extensión real en relación con la cabida expresada en el contrato de compraventa; y, por ende, como es obvio, tales acciones exclusivamente competen al vendedor o al comprador, según sea el caso, y no pueden hacerse valer por personas extrañas al mismo contrato.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo)

Antecedentes

Antonio María Forero, como consta de las escrituras 362 y 363 de 13 y 15 de octubre de 1886, de la Notaría 3ª de este Circuito, remató cinco lotes de terreno, distinguidos con los números 377 y 379, y 371, 373 y 375, pertenecientes al llamado 'Ejido-Chiquito' de propiedad de la Nación, con los que formó dos globos de terreno, que integran a su vez una finca que se conoce con el nombre de Santa Ana, situada en la ciudad de Bogotá, en el barrio llamado antes de San Victorino y hoy de Ricaurte. Cada uno de

estos cinco lotes tenía, según los mencionados títulos, una extensión de dos hectáreas, y por tanto, la finca que integraron debió tener una superficie total de diez hectáreas.

Fallecido Antonio María Forero, adjudicatario de dichos lotes, propietario por tanto de la finca de Santa Ana, se adjudicó ésta a su heredero Trino o José Trinidad Forero en la partición judicial correspondiente, que se halla protocolizada el 6 de julio de 1916, bajo el Nº 542, en la Notaría 5ª de esta ciudad. Con esta adjudicación se cubrieron a Trino no sólo los derechos herenciales del adjudicatario, sino también los de sus cedentes Roberto Forero y María Luisa Forero de Martín, y el valor de las deudas hereditarias que el partidor dejó a su cargo.

Muerto Trino (o José Trinidad) Forero, se inventarió, avaluó y midió el predio en su causa mortuoria y se adjudicó a Roberto Forero y a María Luisa Forero de Martín, por partes iguales, en su carácter de hermanos legítimos del causante, reputados entonces como sus herederos legítimos; mas habiendo con posterioridad decidido la Justicia que Ana Forero de Gouffray era legítima hija del 'de cujus' Forero, y reconociéndole su mejor derecho a la herencia, condenó a Roberto y María Luisa Forero, como a simples herederos aparentes, a restituir a ésta los dos lotes o 'globos' que forman el inmueble mencionado. Jorge Martín cónyuge legítimo de María Luisa Forero se opuso el 13 de junio de 1942 a la restitución, alegando poseer los lotes en su propio nombre, y luego, el 24 de octubre de 1944, inició el presente juicio ordinario, dirigido contra Ana Forero de Gouffray, sobre prescripción extraordinaria de tales terrenos, por los linderos que expresa en su demanda, en la cual subsidiariamente solicita se declarse que la demandada "solamente tiene derecho a recoger y a que se le entregue real y materialmente, el globo de tierra denominado Santa Ana (sic), cuyos linderos constan en los títulos respectivos acompañados a la demanda, con la cabida precisa de diez hectáreas, o sean 100.000.00 mts. cuadrados, por ser ésta la extensión superficiaria que con relación a dicha finca integraba el patrimonio de su causante o causahabiente, de conformidad con los certificados y títulos que se acompañan a este libelo".

Advierte en la demanda que el terreno objeto de la declaración de pertenencia a que aspira, linda con uno de mayor extensión, por su costado occidental, que fué adjudicado a Roberto Forero y a María Luisa Forero de Martín en la mortuoria de José Trinidad Forero; que Ana Forero de Gouffray ha querido incorporar aquel terreno en éste; que en el título de adquisición de ésta figura el predio de Santa Ana con una cabida mayor de trece hectáreas porque en el juicio sucesorio de "José Trinidad Forero se hizo un plano que abarcó la finca de Santa Ana con el exceso" que pertenece al demandante, pero que dicha cabida no fué la habida por José Trinidad ni la que su causante Antonio María había antes habido.

Como disposiciones legales aplicables cita el actor los artículos 673, 762, 981, 2512, 2518, 2522, 2531 y concordantes del C. C., las de la ley 120 de 1928 y las que comprende el Título 17, Capítulo II del C. J.

La Forero de Gouffray, notificada de la demanda el 27 de noviembre de 1944, la contestó oponiéndose a la acción y afirmando que el lote a cuyo dominio aspira Jorge Martín, ha hecho parte siempre del globo denominado Santa Ana; que nunca Martín ha poseído aquel predio, sino Antonio María Forero primero, luego Trino Forero y últimamente la demandada como verdadera causahabiente de éste. Y que los actos aparentemente posesorios ejecutados por Martín no lo son en realidad, por haber sido ejecutados como representante legal de María Luisa Forero de Martín, simple heredera aparente de José Trinidad Forero.

De la primera instancia del juicio conoció el Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, quien en sentencia de 8 de julio de 1946, absolvió a la demandada, declaró no probadas las excepciones propuestas por ésta y condenó al actor en las costas del juicio.

La sentencia acusada:

En virtud de apelación de la parte actora, se surtió la segunda instancia del juicio ante el Tribunal de Bogotá, el cual en fallo de 20 de junio de 1947, reformó la resolución apelada y en su lugar, negó la súplica principal de la demanda, declaró probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería del demandante con relación a la petición subsidiaria, y condenó al demandante en las costas de ambas instancias.

El Tribunal, como el Juzgado, consideró que no estaba demostrada la prescripción extraordinaria

que el actor invoca en relación con su súplica principal, y que la acción subsidiaria, de existir, sólo podría ser ejercida por la Nación que había entregado al adjudicatario primitivo de los cinco lotes que integraron la finca de Santa Ana, una extensión territorial mayor que la de diez hectáreas que en total fué subastada.

El Tribunal, luego de hacer un detenido estudio de las disposiciones legales pertinentes y de las pruebas producidas en el juicio, calificó al demandante de simple tenedor del bien y advirtió que aún en el caso, contrario a los hechos demostrados, de reputársele poseedor, no podría reconocerse en su favor la prescripción que alega, por no haber durado la supuesta posesión los treinta años que la ley exige. "Martín —afirma la sentencia— entró a detentar todo el globo de Santa Ana reconociendo dominio ajeno". "En efecto: En la diligencia de entrega, 13 de junio de 1942, responde que ocupó el lote "siendo de su esposa"; en su calidad de jefe de la sociedad conyugal que tuvo con ésta, lo arrendó a Eduardo Martín, reconociendo la propiedad de su mujer, por un lapso de años comprendido de octubre de 1929 a diciembre de 1932, que debió prorrogarse por más tiempo, pues se pactó por tiempo indefinido; dentro del juicio de sucesión de Trino Forero reconoció que el lote de Santa Ana tiene una cabida superior a diez hectáreas y que era propiedad del causante; y dentro de la mortuoria de Antonio María Forero aceptó ser de propiedad de ésta y estar comprendido por las lindes que cubren la cabida dicha. Desde 1916 hasta junio de 1942 reconoció que el predio de Santa Ana, y los dos globos en que se dividió, no eran de su propiedad; y en todo ese período no alegó ni posesión ni propiedad exclusiva sobre parte de ese predio. Luego si reconoció dominio ajeno no es poseedor, sino simple tenedor. (art. 775 C. C.). "Y por cuanto el simple lapso de tiempo —agrega— no muda la mera tenencia en posesión".

"La mera tenencia en un lapso de treinta años —agrega— no configura el fenómeno de la usucapión. A menos que concurran las dos circunstancias indicadas en el art. 2531 del C. C. Por eso, habiendo establecido Ana Forero de Gouffray que Jorge Martín reconoció dominio sobre el globo general por parte de los antecesores de élla, no hay lugar a la usucapión extraordinaria".

Respecto de la solicitud subsidiaria, el Superior expone: "Con razón observa el Juzgado que la Nación sería la única que tiene derecho para formular tal súplica, en caso de que existiera tal derecho. Que por cuanto se vendieron esos lotes formando dos globos, cada uno de los cuales se señaló por linderos, no importa la cabida pues cuando se enajena expresando cabida y linderos priman éstos conforme al artículo 1889, inciso 2º del C. C. Y en fin, porque en tratándose de subastas siempre priman los linderos conforme a la última frase del artículo 1887".

El recurso ante la Corte:

El actor interpuso contra la sentencia de segunda instancia el recurso extraordinario de casación, que legalmente admitido y sustanciado, se decide en esta sentencia.

En la demanda respectiva formula los cuatro cargos que a continuación se sintetizan, estudian y resuelven:

Primer cargo:

Según el recurrente "El Tribunal Superior de Bogotá ha violado los artículos 2514 y 2531 del Código Civil por aplicación indebida e interpretación errónea....". Considera que el Tribunal aplicó fragmentariamente el citado artículo 2531 "en contradicción con los antecedentes del problema debatido". "...el artículo 2531 del Código Civil establece que la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fé y no dará lugar a la prescripción. Pero esta presunción que es de hecho, admite prueba en contrario como lo determina el mismo artículo cuando da la facultad a quien se pretende dueño de demostrar que su dominio se ha exteriorizado ya en forma tácita, ya en forma expresa. Y estas circunstancias son precisamente las que se hallan plenamente demostradas en autos, en la siguiente forma: Primero, con las declaraciones contestes de los testigos sobre los puntos esenciales de la posesión con ánimo de señor y dueño en relación con el lote.... Segundo, el señor Jorge Martín admitió en principio la partición del lote de terreno que correspondía a su esposa y a su cuñado Roberto Forero en el juicio de sucesión de José Trinidad Forero, porque en esa forma no se vulneraban los derechos que como dueño venía ejerciendo en el lote que a sus propias expensas había plantado y cultivado y en el cual y sin interrupción alguna por el espacio de treinta años,

había ejercitado su derecho de dominio. No creyó oportuno... plantear en familia un problema de posesión, y esa actitud vino en el fondo a representar una verdadera renuncia de sus derechos de prescribiente a favor de su esposa y de su cuñado Roberto Forero... Pero por una parte, como en aquel entonces la prescripción no se había cumplido, no podía él renunciarla por prohibición expresa del artículo 2514 del Código Civil, y porque la prescripción es de orden público; y por otra parte porque esa renuncia habría venido a tener efectos a favor hoy de un tercero, en cuyo beneficio no se hizo, o sea a favor de la demandada Ana Forero de Gouffray...".

Estudio del cargo

Como lo sostuvo el Tribunal, para que tenga lugar la prescripción extraordinaria se requiere, además de que la cosa sea prescriptible, su posesión no interrumpida por el lapso señalado en la ley.

En el caso presente no se discute la prescriptibilidad de la cosa, mas sí su posesión y la duración de esta posesión por el término de treinta años, exigible en él.

En la diligencia de entrega, de 13 de junio de 1942 —según observa el Tribunal— expuso el demandante que "ocupó el lote siendo de su esposa; en su calidad de jefe de la sociedad conyugal que tuvo con ésta lo arrendó a Eduardo Martín, reconociendo la propiedad de su mujer, por un lapso de años comprendido de octubre de 1929 a diciembre de 1932, que debió prorrogarse por más tiempo, pues se pactó por tiempo indefinido; dentro del juicio de sucesión de Trino Forero reconoció que el lote de Santa Ana tiene una cabida superior a diez hectáreas y que era propiedad del causante; y dentro de la mortuoria de Antonio María Forero aceptó ser de propiedad de ésta y estar comprendido por las lindes que cubren la cabida dicha. Desde 1916 hasta junio de 1942 reconoció que el predio de Santa Ana y los dos globos en que se dividió, no eran de su propiedad; y en todo ese período no alegó ni posesión ni propiedad exclusiva sobre parte de ese predio". Y de lo anterior concluye el sentenciador que "si reconoció dominio ajeno no es poseedor, sino simple tenedor (artículo 775 C. C.)... por cuanto el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión".

Respecto del lapso de tiempo, el Superior advierte:

"La usucapión requiere posesión ininterrumpida por un lapso de treinta años. Como la demanda se notificó el 27 de noviembre de 1944, tal lapso debe contarse de esta fecha para atrás. Siendo esto así, no se pueden tener en cuenta las declaraciones de Martín Vargas y de Gratiniano Ospina, porque no cubren igual período de años. A uno le constan hechos desde hace más o menos veinticinco años y al otro desde hace diez años".

Agrega que "si la posesión es la tenencia de una cosa **determinada,** tampoco hacen fe los testimonios restantes que no individualizan ni distinguen el lote en cuestión del predio de Santa Ana. Deponen confusamente que Martín lo explotó económicamente. Esta observación se predica especialmente de los testimonios de Julio Mendoza y de Carlos Callejas, por cuanto el último manifiesta que "no podría precisar los linderos del lote", y aquél, que conoce el lote, "pero en cuanto se refiere a los linderos sólo sé que esta finca linda con la del señor Camilo Cabrera".

En resumen, y como antes se dijo, basado el Tribunal en las copias auténticas allegadas al expediente, negó al demandante el carácter de poseedor, por cuanto éste en repetidas ocasiones manifestó haber poseído el lote cuya pertenencia reclama, no en su propio nombre, sino como representante legal de su mujer legítima María Luisa Forero de Martín (heredera aparente de Trino Forero) y reconoció con anterioridad el dominio sobre él de los citados causantes. Y se negó en el fallo a aceptar los testimonios mencionados, por referirse unos a un tiempo menor que el legalmente necesario y por no determinar los restantes la finca materia del pleito.

No demuestra el recurrente el error, que no encuentra la Corte, en la apreciación de las anteriores pruebas, que fueron debidamente analizadas y pesadas.

Para usucapir se requiere ante todo ser verdadero poseedor, esto es haber tenido la cosa **con ánimo de señor o dueño** por el término exigido en la ley; y es claro que, quien la tiene en representación de otra persona, a la que considera dueña, no ejerce posesión en su propio nombre, sino en nombre y provecho de la persona que representa.

El artículo 2531 del C. C., regla 3ª, establece una presunción que califica la doctrina de "mix-

ta", por ser intermedia entre la de derecho y la legal. Sólo se admite en contrario la prueba de que concurren las dos circunstancias que la disposición enumera, y ninguna otra prueba, y, por tanto, cuando en casos de prescripción extraordinaria se comprueba "la existencia de un título de mera tenencia" en el pretendido prescribiente, éste, para destruir la presunción de mala fe, debe establecer estas dos circunstancias: 1ª Que en los últimos treinta años no ha reconocido expresa o tácitamente el dominio de quien se pretende dueño, y 2ª Que ha poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción, por el mismo espacio de tiempo.

El Tribunal, como ya se vio, con base en documentos fehacientes encuentra evidenciado que el demandante durante los treinta años anteriores a su demanda, reconoció el dominio sucesivo de Antonio María Forero, José Trinidad Forero y la herencia de éste (cuyos derechos representa hoy su opositora), lo que no niega el propio Martín en casación aunque explique que esa su actuación tendía a evitar discordias familiares.

Según el artículo 2514 del C. C., que el recurrente considera quebrantado, la prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente, pero sólo después de cumplida.

El fallador no aplicó la norma transcrita por no reconocer sino en simple gracia de estudio, el carácter de poseedor que inovca el demandante, que, por otro lado, no duró treinta años continuos, como fundadamente se advierte en la sentencia.

De aceptarse, contra la evidencia de los hechos demostrados en los autos, que la tenencia de Martín sobre el predio de Santa Ana, o sobre una parte de él, constituye verdadera posesión, se tendría que con el reconocimiento que en repetidas ocasiones hizo del dominio ajeno, esto es, del dominio de Antonio María Forero y de Trino Forero y su herencia, que legítimamente representa la opositora señora de Gouffray, interrumpió (y no propiamente renunció) a la posible futura prescripción, por no haberse ésta cumplido, como en la misma demanda de casación lo acepta el apoderado del pretendido prescribiente.

Como lo ha sostenido la Corte, "Cuando dentro del tiempo de la prescripción el poseedor reconoce el derecho ajeno, no renuncia a ella sino que interrumpe la posesión, porque no se concibe cómo uno pueda renunciar el derecho que reconoce no haber tenido nunca". (Casación, 25 de noviembre de 1938, XLVII, 431).

Por las razones expuestas se rechaza el cargo.

Segundo cargo

El actor sostiene que: "El Tribunal incurrió en error de derecho al atribuir al demandante Martín reconocimiento de dominio ajeno sobre el lote de terreno sobre el que se pide la declaración de pertenencia, por la circunstancia de haber firmado él contratos de arrendamientos como jefe de la sociedad conyugal en relación no sólo del predio que él ocupa, como señor y dueño sino en el que correspondió a su esposa en la partición y adjudicación verificada en el sucesorio de José Trinidad Forero, por cuanto ello implica aceptar una renuncia de la prescripción antes de ésta cumplirse con violación expresa del artículo 2514 del C. C. Además la conclusión del Tribunal induce por su fuente y necesariamente a dar validez jurídica a una partición y adjudicación que vino a quedar sin ningún valor ni efecto en virtud de la sentencia de la Corte de fecha 15 de julio de 1941".

Examen del cargo

No se señalan por el autor del cargo las disposiciones legales que hayan podido ser violadas en el fallo acusado. Sabido es que la casación supone un estudio comparativo de la sentencia con la ley, que se hace imposible cuando el recurrente no señala la norma que en su concepto haya sido infringida, indicando la manera como lo haya sido, dado que, como es también conocido, es vedado a la Corte proceder de oficio cuando decide de este recurso extraordinario.

Ya se explicó, por lo demás, al analizar el ataque anterior, que quien reconoce dominio ajeno durante el tiempo de la prescripción, no renuncia al derecho que no ha adquirido; abdica simplemente del carácter real o aparente de poseedor, o se descubre como mero tenedor, perdiendo o confesando no tener la calidad de poseedor, esencial a la prescripción.

Huelga aclarar, por último, que el fallador, al poner de presente el reconocimiento de dominio ajeno que encierra el acto de partición a que alude el recurrente, no se está pronunciando sobre la validez o invalidez del acto. Y que el hecho de que esa partición haya perdido su eficacia y

razón de ser, por no pertenecer los bienes divididos a quienes intervinieron en ella como herederos simplemente putativos del dueño, no priva de valor y efecto al reconocimiento que le precede, perjudicial para el declarante Martín, de ser el inmueble de la pertenencia de Trino Forero, de quien resultó ser verdadera sucesora la contrincante Ana Forero de Gouffray.

Por lo demás, la Resolución acusada se sustenta principalmente en otras pruebas ya determinadas y que ella detalla.

No se acepta, en consecuencia, el cargo.

Tercer cargo

Sostiene el demandante que el Superior "incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, al haber dejado de apreciar como parte fundamental de la prueba de identificación del inmueble, la inspección ocular verificada por el Juzgado del conocimiento en la cual se dejó determinado por sus linderos y cabida el lote materia de la controversia"; y que, además, "no analizó detenidamente los testimonios producidos en la primera instancia, con los cuales se comprueba fehacientemente los actos de dominio ejercidos... sobre el lote materia del litigio". Pero en este capítulo de su demanda tampoco señala las disposiciones legales sustantivas que hayan podido ser violadas como consecuencia de los errores que encuentra en la apreciación de dichas pruebas.

En numerosos fallos ha sostenido la Sala, con base en el artículo 520, ordinal 1º del C. J., que para que proceda el cargo de violación de la ley proveniente de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario no sólo que se alegue y demuestre el error, con indicación precisa de las pruebas desestimadas o mal apreciadas, sino que se señalen las disposiciones legales sustantivas que se consideren infringidas. Agregando que, de no hacerse esto último, "la acusación se queda a medio camino" y es por tanto "infructuosa o inútil". (Véase casación de septiembre 15 de 1949, G. J. números 2077 y 2078, páginas 615 ss.).

Mas para abundar, y aun cuando no sea del caso, observa la Corte que en el fallo acusado no se desestimó propiamente la prueba que suministra la inspección ocular, en la que se identificó y midió el inmueble, constatándose un exceso sobre el área territorial que del Estado adquirió Antonio María Forero, como se anota en la parte pertinente del propio fallo. Ocurrió simplemente que, como los testigos que afirman la posesión treintenaria del demandante, no expresan los linderos del predio y manifiestan no conocerlos, se hizo imposible para el fallador concatenar la prueba testimonial con la del reconocimiento que hizo el Juez en asocio de peritos, lo que era indispensable para aceptar que lo poseído por Martín, según dichos testigos, es lo mismo que el Juez y los peritos reconocieron e identificaron con lo deslindado en los títulos exhibidos.

No es, pues, atendible este cargo, incompletamente formulado por lo demás.

Cuarto cargo

Dice el recurrente que: "El Tribunal violó los artículos 1887, 1888 y 1889 del Código Civil, al haberlos interpreado erróneamente en relación con el caso de autos. En efecto, según consta de los títulos escriturarios que se acompañaron con el libelo de demanda, el predio de 'Santa Ana' fue adquirido mediante el remate de cinco lotes de cabida precisa cada uno de ellos de dos (2) hectáreas, o lo que es lo mismo de veinte mil (20.000) metros cuadrados cada lote, lo que da a la finca de 'Santa Ana' en total una extensión precisa de diez (10) hectáreas, o sean, cien mil metros cuadrados (100.000 mts.^{2}). Dicha adquisición o remate de lotes por una extensión superficiaria exacta, no da lugar a ninguno de los problemas suscitados por los artículos en cita, ni dicho problema viene por tanto a incidir sobre la posesión de un tercero en relación con un predio que no está comprendido dentro de dicha extensión de terreno...". Nuevamente alega su carácter de poseedor, con la advertencia de no haber sido perturbado jamás por la opositora, y explica se trata de una simple confusión de linderos, para concluir insistiendo que la finca de Santa Ana, "hoy patrimonio de Ana Forero de Gouffray", "no puede tener otra extensión superficiaria que la de diez (10) hectáreas con que fue adquirida".

Se considera:

No es atendible el cargo, primero, porque la sentencia acusada se basa principalmente en que el demandante por haber carecido del carácter de poseedor, no puede aspirar a la prescripción del predio, sea cual fuere la extensión superficia-

ria de ésta, concepto éste que comparte integralmente la Corte; y, segundo, porque, como lo sostiene acertadamente el Tribunal, si el Estado entregó al rematante Forero mayor extensión que la adjudicada, solamente el mismo Estado podría hacer la reclamación del caso, "de no haber expirado dentro del cortísimo tiempo de prescripción señalado por el artículo 1890 del C. C." (V. casación, 1º de abril de 1925, XXXI, 183).

Los artículos 1887, 1888, 1889 del C. C. generan las acciones allí previstas, en los casos varios que contemplan, en favor de la parte lesionada por la mayor o menor extensión real en relación con la cabida expresada en el contrato de compraventa; y, por ende, como es obvio, tales acciones exclusivamente competen al vendedor o al comprador, según sea el caso, y como jurídicamente lo sostiene el Superior, no pueden hacerse valer por personas extrañas al mismo contrato.

Por otra parte, como el demandante lo acepta, de haberse reconocido la posesión treintenaria del demandante, en las condiciones requeridas para el cumplimiento de la prescripción extraordinaria, sobre todo o parte del inmueble referido, lo que no ha hecho el Tribunal ni hace la Corte, tampoco habría habido lugar a aplicar o a considerar siquiera los mencionados preceptos relativos a compraventa, como que son extraños del todo al fenómeno de la usucapión. Lo que quiere decir, concretando, que si Martín hubiere prescrito en su favor el predio, no rezarían con él las mencionadas normas relativas a un contrato al que fue del todo ajeno.

Se anota, aunque esté de más, que el fallador hizo sólo referencia a los artículos legales citados, para concluir con lógica que de ellos únicamente podrían emanar acciones a favor de la Nación, vendedora de los lotes, y deducir de allí la ilegitimidad de su invocación por parte de Martín; por lo cual no hay lugar a revisar por otros aspectos, que no vienen al caso, ya que no incidieron en el fallo, la interpretación que se hace en la sentencia de dichos artículos, ya que, por lo demás, con dichos otros aspectos no reza la acusación.

En resumen, y esta réplica vale con respecto a todos los cargos, el Tribunal negó al demandante el carácter de poseedor treintenario, primero, porque los testimonios por él aducidos son incompletos o deficientes; segundo, porque son evidentemente contrarios a los reconocimientos varios e innegables que el propio Martín hizo del dominio ajeno, y, en especial, del dominio de los nombrados antecesores de su actual opositora; y tercero, porque no existe constancia de que el predio a que los testigos aluden sea el mismo que el Juez y los peritos reconocieron en la inspección ocular.

Para la Corte, como para el Tribunal, la finca de Santa Ana, compuesta por dos globos formados a su vez por los lotes que al Estado remató Antonio María Forero, que, como está demostrado, tiene una extensión superficiaria mayor de diez hectáreas, no fue poseída, al menos durante todo el período de treinta años, por el demandante Martín, quien ha reconocido en varias ocasiones haberla tenido durante tal período, a nombre de su cónyuge María Luisa Forero de Martín, heredera simplemente aparente de Trino Forero, del que es sucesora legítima la demandada Ana Forero de Gouffray; y quien, además, ha confesado haber iniciado el manejo de dicha finca, no en nombre propio, sino en el de su citada cónyuge y como representante legal de ésta.

Por todo lo expuesto, no se acepta tampoco este último cargo.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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, que profirió el Tribunal Superior de Bogotá el día veinte de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Condénase en costas a la parte recurrente.

Arturo Silva Rebolledo — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Pablo Emilio Manotas.—Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

REQUISITOS DEL TESTAMENTO VERBAL.—EN ESTE CASO PUEDEN SER MAS DE TRES LOS TESTIGOS. — EN EL ACTO DEL TESTAMENTO VERBAL PUEDEN EXISTIR DOS CLASES DE TESTIGOS: LOS QUE COMPARECEN O SON LLAMADOS A SOLEMNIZARLO Y A LOS CUALES LA LEY DENOMINA INSTRUMENTALES, Y OTRAS PERSONAS QUE POR CUALQUIER CIRCUNSTANCIA ESTUVIEREN TAMBIEN PRESENTES EN EL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO, TESTIGOS ESTOS QUE LOS AUTORES DENOMINAN INFORMATIVOS O ILUSTRATIVOS

Nuestro Código Civil ha establecido que las personas en ciertas circunstancias graves, en que no es posible observar los preceptos que rigen los testamentos solemnes u ordinarios, pueden testar con menos formalidades que las exigidas para aquéllos, con el fin de asegurarles el ejercicio de un derecho importante, pero sin comprometer la verdad de las disposiciones testamentarias, los cuales actos se designan como privilegiados por las especialísimas condiciones en que se realizan y permiten.

Entre los testamentos de tal índole, nuestra ley civil reconoce el verbal, que es aquel en que el testador hace de viva voz sus declaraciones y disposiciones, de manera que todos los testigos instrumentales le vean, oigan y entiendan, y que sólo puede otorgarse en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne (artículos 1090, 1091, 1092 del C. C.).

"La base de este privilegio es la CONDICION de que el testamento verbal sólo se otorga en caso de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne, y en efecto, el testamento verbal caduca sin necesidad de revocación y no tendrá valor alguno, si el testador falleciere después de los treinta días subsiguientes al otorgamiento; o si habiendo fallecido antes, no se hubiere puesto por escrito el testamento, con las formalidades que van a expresarse, dentro de los treinta días subsiguientes al de la muerte". (Véase GACETA JUDICIAL, Tomo 49, pág. 561).

El testamento verbal será presenciado por tres testigos a lo menos (artículo 1090 del C. C.). Dada la redacción del precepto, se desprende que tácitamente, el legislador aconseja, siendo posible, emplear más de tres. No pueden ser menos de tres, pero sí mayor número.

Para poner el testamento verbal por escrito, el Juez del Circuito en donde se hubiere otorgado, a instancia de cualquiera persona que pudiera tener interés en la sucesión, y con citación de los demás interesados residentes en el mismo Circuito, tomará declaraciones juradas a los individuos que lo presenciaron como testigos instrumentales y a todas las personas cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer los puntos siguientes: 1º el nombre, apellido y domicilio del testador, el lugar de su nacimiento, la nación a que pertenecía, su edad y las circunstancias que hicieron creer que su vida se hallaba en peligro inminente; 2º el nombre y apellido de los testigos instrumentales y el lugar de su domicilio; 3º el lugar, día, mes y año del otorgamiento (artículo 1094 del C. C.).

Los testigos instrumentales depondrán sobre los puntos siguientes: 1º si el testador parecía estar en su sano juicio; 2º si manifestó la intención de testar ante ellos; y 3º sus declaraciones y disposiciones testamentarias (artículo 1095 del C. C.).

El Juez del último domicilio del testador, si no lo fuere el que ha recibido la información y si encontrare que se han observado las reglas prescritas y que en la información aparece claramente la última voluntad del testador, fallará que según dicha información el testador ha hecho las decla-

raciones y disposiciones, que expresará, y mandará que éstas valgan como testamento del difunto y que se protocolice como tal su acto (artículo 1096 del C. C.).

"No se mirarán —termina el artículo— como declaraciones y disposiciones testamentarias sino aquellas en que los testigos que asistieron por vía de solemnidad, estuvieren conformes".

Don Fernando Vélez, en su obra de Derecho Civil, refiriéndose al testamento verbal, dice:

"El Juez no debe declarar como disposiciones testamentarias sino las que claramente se comprendan y respecto de las cuales estén conformes los tres testigos instrumentales. Así es que disposición que no se entienda, o que un testigo diga de un modo y otro de otro, no será disposición testamentaria. Si los testigos no están de acuerdo en nada, lo que puede hacer presumir mala fe, entonces no habrá testamento, porque no se sabría con seguridad cuál era". (Tomo IV, página 204, número 292).

De lo indicado en los artículos 1094 y 1095 del C. C. se desprende, pues, que en el acto del testamento verbal pueden existir dos clases de testigos los que comparecen o son llamados a solemnizar el testamento, que el legislador llama testigos INSTRUMENTALES, y las otras personas que estuvieren también presentes en el momento del otorgamiento, por cualquier circunstancia, y a quienes el Juez puede llamar a testificar cuando lo estime necesario, para esclarecer alguno o algunos de los puntos atrás enumerados. Estas últimas personas son llamadas por los autores testigos "ilustrativos" o "informativos".

Como ya se vio, tratándose de declaraciones y disposiciones testamentarias, basta que haya contradicción de los testigos instrumentales para que desaparezca lo controvertido. Es decir, para desechar por ello aquella parte en que los testigos instrumentales no estuvieren acordes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Por providencia de cinco de julio de mil novecientos cuarenta y tres, en las diligencias propuestas para legalizar las disposiciones testamentarias hechas en forma verbal ante testigos, por el señor Julio López Vásquez o Vásquez López, quien falleció el veintinueve de abril del mismo año, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Civil del Circuito de Palmira, declaró que, según la información levantada al respecto, el testador hizo las declaraciones y disposiciones de última voluntad que allí se consignaron y mandó que ellas valieran o se tuvieran como testamento verbal del difunto y que se protocolizara como tal su decreto de ordenación (art. 1096 del C. C.).

El veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, la señora Aquilina López viuda de González, como hermana natural del testador, actuando por medio de apoderado, demandó ante el mismo Juzgado de Palmira, que se declarara la nulidad o inexistencia de dicho testamento, y en consecuencia, que la sucesión de su hermano Julio López Vásquez se tramitara según las normas de la sucesión intestada, "por no estar debidamente probada su existencia", o que "es nulo por haberse ordenado su inscripción en contra de la ley".

Para los efectos de la litis, la acción se propuso contra los instituídos herederos en el testamento verbal, o sea contra César Escobar y otros.

Se señalan como hechos determinantes de la acción de nulidad incoada, además de los relativos al grado de parentesco que ligan a la señora Vásquez de González con el causante, y que a falta —dice— de herederos legitimarios, le permite ser llamada a la sucesión como hermana natural del difunto. La absoluta contradicción entre los dos grupos de testigos en que se dividieron quienes estuvieron presentes en el momento del otorgamiento del acto, lo que hace pensar —dice— por la diversidad de pareceres, que Julio López Vásquez otorgó dos testamentos simultáneamente: para los testigos Bejarano, Quintero, López, Durán, los bienes los distribuyó así: la mitad para los Escobares, hijos de Pedro Escobar; otra parte para Teófilo y otra parte para los hijos naturales. El otro testamento, sostenido por el declarante Fidel Calero Lozano, abogado, y Julio Herrera Prado, la última voluntad del causante fue la de distribuir sus haberes así: "La mitad para los hijos naturales;

una cuarta parte para los Escobares y otra cuarta parte para Teófilo".

En consecuencia, la tacha fundamental que la demandante le encuentra al testamento verbal consignado en el decreto judicial susodicho, se hace consistir en la discrepancia y contradicción de los testimonios de las personas que dicen haber presenciado el acto testamentario, lo que hace que en su sentir, "los declarantes no hayan oído, visto y entendido uniformemente al testador, faltando así uno de los requisitos esenciales para la validez del testamento, ya que los testimonios acreditan declaraciones opuestas y contradictorias".

El Juzgado del conocimiento, por medio de sentencia del trece de julio de mil novecientos cuarenta y siete, falló negando todas las peticiones de la demanda.

La sentencia recurrida

Apelada esta providencia por la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali falló, a su turno, con fecha trece de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, confirmando la sentencia de primer grado. Contra esta sentencia, se interpuso el recurso de casación, que la Corte procede ahora a fallar.

El Tribunal encuentra, al examinar las diligencias levantadas por el Juez del Circuito para decretar como testamento, el verbal otorgado ante testigos por el señor López Vásquez, que quienes actuaron en puridad de verdad como instrumentales, fueron los llamados Tomás Quintero, Carlos López y Jaime Bejarano, que rindieron su declaración al tenor de lo dispuesto en el artículo 1095 del Código Civil, y quienes expresan que el testador se hallaba en su entero y cabal juicio; que manifestó de viva voz y en forma clara su intención de testar y en seguida consignó las declaraciones y disposiciones de su última voluntad, dando los deponentes una razón perfecta de sus dichos, uniforme y categórica, en cuanto a las circunstancias de lugar, de tiempo y de modo. En cuanto al punto discutido de la distribución de su herencia, declararon que el señor López Vásquez hizo la siguiente: 'La mitad para los hijos de Pedro Escobar, otra parte para don Teófilo López, hermano del causante y la otra para los hijos naturales del mismo testador". Es de advertir que el testigo López dijo no recordar el nombre de los hijos naturales instituídos como herederos.

Que el Juez ante quien se pidió la legalización del testamento verbal, facultado por el artículo 1094 del C. C., recibió declaración jurada, no sólo a los testigos designados por el testador para oír su disposición testamentaria, sino a otras personas allí presentes, en orden a esclarecer los puntos que dicho precepto señala, o sea sobre el nombre, apellido, domicilio del testador, lugar de su nacimiento, etc., el nombre y apellido de los testigos instrumentales y domicilio, y el lugar, día, mes y año del otorgamiento.

Que además de los testigos instrumentales, presenció el testamento el Presbítero doctor Buenaventura Durán, quien depuso, no sólo sobre las circunstancias apuntadas, sino en un todo de acuerdo con los testigos del testamento, en cuanto al modo como López Vásquez quiso distribuir su patrimonio .

Que del grupo de los examinados, tan sólo disienten los mencionados doctor Calero Lozano y señor Herrera, quienes si bien están acordes en la forma como se otorgó el testamento, no lo están en cuanto a la cuota de distribución del caudal herencial entre los beneficiarios. De donde concluye el Tribunal, que el Juez que legalizó el testamento verbal de que se ha venido hablando, se conformó a lo establecido en el artículo 1089 del C. C.

Examina luégo el sentenciador los testimonios de Calero Lozano y Herrera, para llegar a la conclusión de que dichos dos deponentes, que se separaron de los demás, tampoco están acordes entre sí.

El juzgador de segundo grado finaliza su estudio con el siguiente razonamiento: "Frente a esta situación, la Sala no vacila en acoger los testimonios de los señores Tomás Quintero, Carlos López, Jaime Bejarano y Presbítero Buenaventura Durán, no sólo por tratarse de un número mayor de testigos frente a los presentados por la parte demandante, sino también porque ellos dan una razón perfecta de sus dichos en cuanto hace relación a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que presenciaron y vieron y oyeron los hechos y expresiones sobre los cuales deponen". (Artículo 702 C. J.).

Todo lo cual dio base al Tribunal para decidir sobre la legalidad del testamento demandado, en el cual se cumplieron, para ponerlo por escrito, las disposiciones consagradas por el artículo 1089

del C. C., y en consecuencia, confirma la sentencia apelada.

El recurso de casación

El recurrente acusa la sentencia en estudio por la causal primera del artículo 520 del C. J. y hace consistir su reparo en que el fallo fue violatorio "de la ley sustantiva por aplicación indebida y por no haberse apreciado las pruebas en forma legal, lo cual llevó al Tribunal a incurrir en errores de hecho y de derecho".

Del conjunto de la demanda de casación, se desprende que los artículos que el recurrente considera violados son: 1088, 1090, 1091 y 1096 del C. C., y los artículos 699 y 702 del C. J.

Dice que, según el artículo 1090 del C. C., el testamento verbal será presenciado por tres testigos, a lo menos, y que el artículo 1091 allí, dispone que en dicho acto el testador hace de viva voz sus declaraciones y disposiciones de última voluntad, de manera que todos lo vean, oigan y entiendan; que el artículo 1094 faculta al Juez para oír, no sólo a los testigos instrumentales, sino a cualquier otro individuo que lo haya presenciado y cuyo testimonio le pareciere conducente.

Que al tenor del artículo 1096 del mismo Código, no se mirarán o tendrán como declaraciones testamentarias, sino aquellas en que los testigos que asistieron por vía de solemnidad, estuvieren conformes. Que las disposiciones procesales que determinan el valor probatorio de testimonios, dicen: el artículo 699 del C. J., que las declaraciones sobre palabras no forman jamás plena prueba sobre los hechos, pero sí sobre aquéllas, siempre que el testigo asegure haberlas oído proferir, y en este caso, la uniformidad de los testigos debe referirse a las palabras e igualmente a las circunstancias que puedan alterar o modificar su sentido.

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

Agrega que el Tribunal ha violado tales normas, ya porque la declaración del doctor Calero Lozano y la del Notario Julio Herrera Prado, ni están acordes entre sí, ni con los otros declarantes; ya porque habiendo estado presentes en el acto todos los testigos, no se comprende la disparidad de los testimonios; asimismo, porque en la apreciación de la prueba testimonial es necesario atenerse, no al número simplemente, sino a la calidad y fama del testigo; porque sin razón justificativa, el Tribunal divide a los deponentes en dos grupos: el de los instrumentales y el de los simplemente presenciales; que si el testigo, abogado doctor Calero Lozano, como lo expresa, corregía, aclaraba o explicaba lo que iba diciendo el testador, queda destruído el hecho de que el testador, y solamente éste, dictó su testamento.

Que si todo ello es así, como lo reconoce el Tribunal, el testamento no fue acto de una sola persona y la sentencia cuya casación se pide, violó directamente la ley en la apreciación de la prueba.

La Corte considera:

Nuestro Código Civil ha establecido que las personas en ciertas circunstancias graves, en que no es posible observar los preceptos que rigen los testamentos solemnes u ordinarios, pueden testar con menos formalidades que las exigidas para aquéllos, con el fin de asegurarles el ejercicio de un derecho importante, pero sin comprometer la verdad de las disposiciones testamentarias, los cuales actos se designan como privilegiados por las especialísimas condiciones en que se realizan y permiten.

Entre los testamentos de tal índole, nuestra ley civil reconoce el verbal, que es aquel en que el testador hace de viva voz sus declaraciones y disposiciones, de manera que todos los testigos instrumentales le vean, oigan y entiendan, y que sólo puede otorgarse en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne (artículos 1090, 1091, 1092 del C. C.).

"La base de este privilegio es la condición de que el testamento verbal sólo se otorga en caso de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne, y en efecto, el testamento verbal caduca sin necesidad de revocación y no tendrá valor alguno, si el testador falleciere después de los treinta días subsiguientes al otorgamiento; o si habiendo fallecido an-

tes, no se hubiere puesto por escrito el testamento, con las formalidades que van a expresarse, dentro de los treinta días subsiguientes al de la muerte". (Véase GACETA JUDICIAL, Tomo 49, página 561).

El testamento verbal será presenciado por tres testigos a lo menos (art. 1090 del C. C.). Dada la redacción del precepto, se desprende que, tácitamente, el legislador aconseja, siendo posible, emplear más de tres. No pueden ser menos de tres, pero sí mayor número.

Para poner el testamento verbal por escrito, el Juez del Circuito en donde se hubiere otorgado, a instancia de cualquiera persona que pudiera tener interés en la sucesión, y con citación de los demás interesados residentes en el mismo Circuito, tomará declaraciones juradas a los individuos que lo presenciaron como testigos instrumentales y a todas las personas cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer los puntos siguientes: 1º el nombre, apellido y domicilio del testador, el lugar de su nacimiento, la nación a que pertenecía, su edad y las circunstancias que hicieron creer que su vida se hallaba en peligro inminente; 2º el nombre y apellido de los testigos instrumentales y el lugar de su domicilio; 3º el lugar, día, mes y año del otorgamiento. (Artículo 1094 del C. C.).

Los testigos instrumentales depondrán sobre los puntos siguientes: 1º si el testador aparecía estar en su sano juicio; 2º si manifestó la intención de testar ante ellos, y 3º sus declaraciones y disposiciones testamentarias. (Artículo 1095 del C. C.).

El Juez del último domicilio del testador, si no lo fuere el que ha recibido la información y si encontrare que se han observado las reglas prescritas y que en la información aparece claramente la última voluntad del testador, fallará que según dicha información, el testador ha hecho las declaraciones y disposiciones, que expresará, y mandará que éstas valgan como testamento del difunto y que se protocolice como tal su acto (artículo 1096 del C. C.).

"No se mirarán —termina el artículo— como declaraciones y disposiciones testamentarias sino aquellas en que los testigos que asistieron por vía de solemnidad, estuvieren conformes".

Don Fernando Vélez, en su obra de Derecho Civil, refiriéndose al testamento verbal, dice:

"El Juez no debe declarar como disposiciones testamentarias sino las que claramente se comprenden y respecto de las cuales estén conformes los tres testigos instrumentales. Así es que disposición que no se entienda, o que un testigo diga de un modo y otro de otro, no será disposición testamentaria. Si los testigos no están de acuerdo en nada, lo que puede hacer presumir mala fé, entonces no habrá testamento, porque no se sabría con seguridad cuál era". (Tomo IV, pág. 204 Nº 292).

De lo indicado en los artículos 1094 y 1095 del C. C. se desprende, pues, que en el acto del testamento verbal, pueden existir dos clases de testigos: los que comparecen o son llamados a solemnizar el testamento, que el legislador llama testigos instrumentales, y las otras personas que estuvieren también presentes en el momento del otorgamiento, por cualesquiera circunstancias, y a quienes el Juez puede llamar a testificar cuando lo estime necesario, para esclarecer alguno o algunos de los puntos atrás enumerados. Estas últimas personas son llamadas por los autores, testigos 'ilustrativos' o 'informativos'.

Como ya se vió, tratándose de declaraciones y disposiciones testamentarias, basta que haya contradicción de los testigos instrumentales para que desaparezca lo controvertido. Es decir, para desechar por ello aquella parte en que los testigos instrumentales no estuvieren acordes.

Aplicando estos principios al caso del pleito, se tiene que las partes no disienten en cuanto a que el testador se encontraba en las circunstancias previstas por la ley para que pudiera hacer sus declaraciones y disposiciones testamentarias en forma privilegiada, y que en tal forma las hizo.

Sostiene el recurrente, en oposición a los demandados, que las seis personas que estuvieron cerca del lecho del enfermo cuando hizo verbalmente sus declaraciones y disposiciones testamentarias, fueron todos testigos instrumentales, y que estando dos de éllos en discrepancia con los demás, no podía el Juez, existiendo tal contradicción, tener como testamento lo que la mayoría de éllos depusieron. Sostiene dos veces que, de acuerdo con la ley, no podía aceptarse como testamento sino aquello en que todos los testigos estuvieron conformes unánimemente. Rechaza, por consiguiente, la distinción hecha por el juzgador, de testigos instrumentales y testigos ilustrativos.

En puridad de verdad, el veintiocho de abril de mil novecientos cuarenta y tres y amanecer

del día veintinueve, se encontraron por diversas circunstancias varias personas en la habitación donde el señor Julio López Vásquez o Vásquez López se hallaba en inminente peligro de muerte. El doctor Domingo Irurita, quien lo asistía como médico, el Presbítero doctor Buenaventura Durán, llamado para prestarle los auxilios espirituales al enfermo, el señor Julio Herrera Prado, Notario Segundo del Circuito, quien fue llamado para legalizar las declaraciones de última voluntad del mismo, el doctor Fidel Calero Lozano, conducido allí por el señor César Escobar con el propósito de darle forma legal al testamento que se proponía otorgar don Julio López Vásquez o Vásquez López, y los señores Carlos López, Jaime Bejarano D. y Tomás Quintero, como testigos del instrumento que se iba a otorgar.

Declara el señor Tomás Quintero, después de relatar cómo trajo a la casa al Notario y al abogado, que "pasados unos momentos nos llamaron —dice— a Jaime Bejarano, al boticario del doctor Irurita (Carlos López) y a mí, para que figuráramos como testigos del testamento que iba a otorgar el señor Julio López Vásquez". Relata que el señor Notario estaba dedicado a encabezar el testamento "colocando nuestros nombres como testigos", cuando en ese momento, el señor Vásquez López o López Vásquez manifestó que la mitad de sus bienes la dejaba a los Escobares. Alguien preguntó que a cuáles Escobares, a lo cual repuso el señor Vásquez López o López Vásquez, que "a los hijos de Pedro...."; pasó algún incidente con respecto al número de la cédula, y el testador continuó: "Una parte para mi hermano Teófilo, la otra para mis hijos naturales", designando éstos.

Más adelante agrega: "Yo intervine como testigo presencial e instrumental en el acto del otorgamiento del testamento de que hablan estas diligencias", y el testador expresó claramente su voluntad de testar.

El señor Carlos López, propietario de la botica, después de relatar cómo llegó a la casa del enfermo, dice: "Al poco rato fuí llamado para que me acercara al lecho del enfermo, a fin de servir de testigo en el acto del otorgamiento del testamento". Enumera, lo mismo que el anterior, las declaraciones y disposiciones hechas por el testador. Expresa que el Notario en ese momento, redactaba en una mesa el encabezamiento de un testamento escrito.

El testigo Jaime Bejarano, luego de manifestar cómo fué en busca del Notario, a quien también acompañó a casa del enfermo junto con el doctor Calero Lozano y esposa dice que "recuerda que alguien le preguntó al enfermo que si era su voluntad dictar el testamento, a lo cual repuso el señor Vásquez López o López Vásquez que sí. Luego continúa: "El señor Vásquez López o López Vásquez consignó sus disposiciones de última voluntad, diciendo que dejaba la mitad de sus bienes a los Escobares", etc. Es decir, en la forma ya indicada por los otros dos testigos instrumentales. Dice también, que mientras tanto, el Notario escribía el encabezamiento del testamento.

Don Julio Herrera, Notario Segundo, a quien el Juez interrogó sobre el mismo asunto, dice entre otras cosas, luego de manifestar que fué llamado para el otorgamiento de un testamento: que el enfermo se hallaba en peligro de muerte; que sirvieron como testigos instrumentales, los señores Jaime Bejarano, Tomás Quintero y Carlos López B. Cuenta luego cómo se hizo la distribución de bienes, en lo cual se separa del dicho de los tres testigos que él mismo señala que fueron designados como instrumentales, pues afirma que aquélla se hizo así: la mitad para los hijos naturales y la otra mitad para los Escobares y para su hermano Teófilo.

No dice el declarante que para el testamento verbal, él fuera designado como testigo.

El doctor Calero Lozano, presente también allí, expone que fué llamado por Escobar para actuar como abogado en el otorgamiento del testamento, y al preguntarle el Juez sobre la forma como el testador hizo la distribución de bienes, hace su relación en contradicción con los testigos designados como instrumentales, diciendo que el señor López Vásquez repartió sus bienes así: "Una parte para Teófilo López, mi hermano; otra para los Escobares y otra para mis hijos naturales". "Queriendo yo aclarar —dice el deponente— mejor su concepto sobre la manera de distribución anterior, le dije: Entonces usted deja una cuarta parte de sus bienes para su hermano Teófilo, y él me contestó: Sí doctor. Otra cuarta parte para los Escobares y él me contestó: Sí doctor. Y la mitad restante para sus hijos naturales ya nombrados y él me contestó: Sí doctor". No dice que figurara como testigo instrumental, sino que había sido buscado para prestar sus servicios profesionales en el otorgamiento del testamento.

El Presbítero Doctor Durán declara en un todo de acuerdo con los testigos que fueron designados

como instrumentales en el otorgamiento del acto; tampoco afirma que se le designara como testigo.

De donde se desprende que no hay error en la apreciación de los testimonios, hecha por el juzgador, al admitir que los nombrados Quintero, López y Bejarano actuaron en la recepción del testamento verbal de López Vásquez, como testigos instrumentales, llenándose cumplidamente lo ordenado en el artículo 1090 del C. C., que dispone que el testamento verbal "será presenciado por tres testigos a lo menos", dándole valor como declaraciones y disposiciones de última voluntad, a aquellas en que los testigos que asistieron al acto por vía de solemnidad, estuvieron conformes.

No sería obstáculo para ello, el hecho establecido de que dos de los testigos a quienes indagó el Juez por vía de ilustración, estuvieran en contradicción con los anteriores, ya porque estos mismos no están acordes entre sí y porque lo esencial para que las declaraciones hechas por el testador, puedan tenerse como su testamento verbal es, en tal caso, que los testigos instrumentales, los que comparecen por vía de solemnidad, estén conformes en las declaraciones y disposiciones del testador.

En estas circunstancias, el Tribunal bien pudo desechar de las seis declaraciones rendidas, las de los testigos Calero y Herrera, ya por no estar de acuerdo entre sí, ya porque no siendo ellos testigos instrumentales, el juzgador debía atenerse a la exposición de quienes asistieron por vía de solemnidad que, además, concordaron con la del Presbítero Doctor Durán.

En el esclarecimiento de cómo se produjo el testamento, bien pudo el sentenciador aceptar como disposición de última voluntad, la ya expresada. Al proceder así, se atuvo a lo dispuesto en los artículos 1094 y 1096 del C. C.

Examinada la sentencia acusada, se observa que, ante todo, era el caso de definir quiénes actuaron como testigos en el otorgamiento del testamento, por vía de solemnidad, y establecido esto, tener como manifestación de la voluntad del causante, lo afirmado por tales testigos. En esta tarea, el sentenciador tuvo en cuenta lo observado por el Notario, quien señala a Quintero, Bejarano y López como los testigos instrumentales y así lo consignó en la parte del testamento que alcanzó a escribir; en igual sentido declara el testigo Quintero, e igual aserción hace, en cuanto a su persona, el testigo López. En cambio, ni Durán ni Calero, ni Herrera, sostienen o expresan que asistieron como testigos, llamados expresamente para oir al testador.

En las diligencias levantadas ante el Juez de Circuito de Palmira para poner por escrito el referido testamento verbal, diligencias en las cuales fué citada y estuvo presente la demandante, se hizo comparecer por aquel funcionario, al doctor Calero Lozano y al Notario, en uso de la facultad que otorga al Juez el artículo 1094 del C. C., es decir, como testigos que pudieran servir para esclarecer el nombre, apellido, domicilio del testador, el lugar de su nacimiento, la nación a que pertenecía, etc., o sea, las circunstancias que detalla el memorado artículo.

Es de notar que el doctor Calero Lozano actuaba como abogado para la legalización del acto; el señor Herrera se ocupaba de sus obligaciones como Notario; el Presbítero Durán se hallaba presente en funciones de su ministerio; luego, en realidad quienes obraban simplemente como testigos instrumentales, fueron las personas ya nombradas, quienes estuvieron completamente acordes en la forma cómo López Vásquez consignó ante éllos su última voluntad.

También cabe consignar que los testigos llamados instrumentales no fueron tachados, y que su honorabilidad y buena fama la reconoce el mismo apoderado de la recurrente, cuando dice: "a quienes igualmente considero y reconozco como personas honorables y correctas".

Es inexplicable, dada la calidad de los testigos, la contradicción en que se encuentran, lo sostenido por el doctor Calero Lozano y por el señor Herrera, con los otros cuatro declarantes, pero en la tarea de esclarecer la verdad, de indagar y respetar la voluntad del testador, el Tribunal no erró en aceptar como testamento lo afirmado por los testigos instrumentales y el Presbítero Doctor Durán, ya que para éllo lo faculta el artículo 1096, inciso 2º, del C. C.

Por lo expuesto, se declara que no hubo error de hecho, ni de derecho, en la apreciación de los testimonios que llevaron al Tribunal a juzgar la legalidad del acto testamentario, y consiguientemente, es el caso de decidir que no se violaron las disposiciones citadas.

Sentencia:

Por las anteriores razones, 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 Cali, de fecha trece de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

Costas a cargo del recurrente.

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

Arturo Silva Rebolledo—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas — Manuel José Vargas. El Secretario: Hernando Lizarralde.

VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE INSPECCION OCULAR — EL JUEZ DEBE DEJAR CONSIGNADO EN ESTAS ACTAS SU CONCEPTO, YA DIRECTAMENTE, YA HACIENDO SUYO EL DICHO DE LOS TESTIGOS O ACEPTANDO EL DE LOS EXPERTOS, CUANDO ESTOS INTERVIENEN — LA SOLA NEGATIVA DEL DEMANDADO DE NO TENER LA COSA REIVINDICADA COMO POSEEDOR, NO ES SUFICIENTE PARA QUE NO PROSPERE LA ACCION REIVINDICATORIA — CUAL DEBE SER EN ESTOS CASOS LA PRUEBA DE LA POSESION

1—La Corte en varias ocasiones ha puesto de manifiesto el alcance de las actas de inspección ocular, en el sentido de estimarlas como plena prueba de los hechos y circunstancias observados por el juez, pero siempre y cuando que las conclusiones o constancias consignadas en este acto procesal o judicial, constituyan el resultado de las apreciaciones personales y directas del mismo, respecto de las objetividades de la cosa materia de la diligencia, pues, si para la apreciación de esos hechos y circunstancias, es necesario y conveniente el auxilio o cooperación de expertos, la eficacia de la prueba queda subordinada a la del dictamen de los expertos cuya intervención se ha estimado como indispensable.

2—De las enseñanzas de los artículos 724 y 727 del C. J. ha deducido la jurisprudencia que dos son los elementos o extremos que deben concurrir en la diligencia de inspección ocular para su completa eficacia probatoria: el examen 'propio visu' que hace el juez, de las cosas objeto de la controversia, y la apreciación y reconocimiento de su estado actual. En tal virtud, el juez, en el acta en que se haga constar la diligencia correspondiente, debe dejar consignado su concepto, ya directamente, ya haciendo suyo el dicho de los testigos o aceptando el de los expertos, dado en forma de dictamen, cuando la diligencia se practica en esta última forma. No pueden considerarse como prueba de la inspección ocular las simples disertaciones de las partes litigantes y las exposiciones de testigos, que el juez se limita a escuchar pasivamente, sin que se produzca su concepto sobre el estado actual de las cosas o hechos motivo de la diligencia de inspección ocular.

3—Como lo dijo la Corte, en sentencia publicada en los ns. 2048-2049, Tomo LXII, de la GACETA JUDICIAL, "De la acción reivindicatoria responde el poseedor actual de la cosa singular o de la cuota determinada proindiviso de cosa singular materia de aquélla. Si quien la ocupa niega tener ese ánimo, sencillo sería que toda acción reivindicatoria se frustrase, si esa sola negativa del demandado bastara como prueba de la falta de ese elemento, sin el cual, como queda dicho, no puede reputársele poseedor, aunque ocupe la cosa o esté ejecutando en ella actos que, vistos en sí se supongan posesorios. De otro lado, si a esta apariencia se atribuyera desde luego esa calidad, si esos actos hubieran de tenerse por sí solos como prueba de posesión, quedaría identificada con ésta la mera tenencia. Uno y otro extremo son peligro para la justicia. A esquivarlo conduce el análisis de esos hechos, no limitado a su simple materialidad, sino extendido a cuanto revele si efectivamente van acompañados del ánimo de dominio indispensable para que constituyan posesión".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre cinco de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Por medio de la escritura pública número 242 de fecha 28 de marzo de 1936, de la Notaría Se-

gunda del Circuito de Ibagué, Urbano Rengifo Alvarez vendió a Timoteo, Urbano, Abel y Francisco Rengifo S., en la proporción de dos sextas partes para cada uno de los primeros y una sexta parte, para cada uno de los dos últimos, el globo de terreno denominado 'La Palmillita' ubicado en jurisdicción del Municipio de Venadillo determinado por los siguientes linderos: "Desde el desemboque de la zanja llamada 'La Palmillita' que desemboca en el río 'Totare', esta zanja arriba a dar una cuchilla que sale a la zanja; de la punta de la citada cuchilla mirando de para arriba, la línea recta a la cuchilla montañosa; de ésta arriba hasta su remate que queda frente del desemboque de la quebrada Cuminá; de aquí, línea recta, hasta encontrar el río Totare; éste abajo hasta el desemboque de la zanja titulada 'La Palmillita' que cae al río Totare, primer lindero".

Afirman los compradores Timoteo y Abel Rengifo S., que los condueños del terreno 'La Palmillita' tienen la posesión inscrita por medio de una serie de operaciones que hacia atrás llegan hasta el remate fechado el 15 de marzo de 1934, verificado en el juicio ejecutivo seguido por Urbano Rengifo A. contra Victor Oliveros, ante el juzgado 2º Civil del Circuito de Ibagué y donde Rengifo Alvarez tuvo el carácter de rematante, a la adquisición de Oliveros en el sucesorio de Ramón Perea, hasta la escritura número 8 de 8 de agosto de 1870, de la Notaría de Venadillo, por la cual Perea adquirió el terreno por compra a Domingo Torres; que el demandado Rueda no se opuso a la entrega del terreno al rematante Rengifo A., inmediato tradente de los demandantes; que el mismo demandado se pretende causahabiente de Gabina Mogollón de Millán, Isales Millán y otros hijos de Francisco Millán, cónyuge de Gabina y padre de Isales, vencidos en las tercerías excluyentes en el ejecutivo contra Oliveros. Que el demandado en el terreno de 'La Palmillita' detenta la posesión de los seis lotes que lo componen y se apropia indebidamente sus frutos naturales y civiles, con grave perjuicio para la comunidad, y afirman así mismo los demandantes que, del lote sexto "se excluyen los cinco lotes alinderados separadamente en el hecho sexto de la demanda y dos pequeñas porciones ocupadas por Alfonso Caramillo y Marcelino Rivera, con sus respectivas habitaciones, la primera de las cuales linda por todos sus costados con terrenos del lote que se acaba de alinderar, —lote sexto— y la segunda, con el camino real que va de Anzoátegui a Venadillo y con terrenos detentados por el demandado".

Con fundamento en los hechos anotados, ante el Juzgado Civil del Circuito de Ambalema, por medio de apoderado, y en libelo presentado el 20 de septiembre de 1946, Abel y **Timoteo Rengifo** S. demandaron por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía a **Gregorio Rueda** para que con su audiencia se hicieran las declaraciones y condenas siguientes:

Primera.—Que pertenece a la comunidad formada por los poderdantes míos con los señores Francisco y Urbano Rengifo, la finca rural denominada **'La Palmillita'**, en jurisdicción del Municipio de Venadillo y alinderada como reza el hecho primero de este libelo.

Segunda.—Que como consecuencia de la anterior declaración, pertenecen a la misma comunidad los terrenos alinderados en los seis lotes o porciones que detalla el hecho sexto de esta misma demanda.

Tercera.—Que acceden al terreno y pertenecen, por lo tanto, a los mismos condómines de 'La Palmillita', todas las mejoras establecidas dentro de los seis lotes o porciones a los cuales se refiere la súplica anterior.

Cuarta.—Que el demandado debe restituir a mis representados para la comunidad propietaria de 'La Palmillita', los terrenos y mejoras alinderados en cada uno de los seis lotes especificados por el hecho sexto de esta demanda so pena de que se haga judicialmente, por Ud., la entrega referida tan pronto quede en firme la sentencia.

Quinta.—Que el demandado debe pagar a la comunidad de 'La Palmillita' los frutos naturales y civiles de los lotes a los cuales se refieren las súplicas anteriores, pero no solamente los que él haya realmente percibido sino todos aquellos otros que mis representados hubieren podido percibir con mediana inteligencia y diligencia si la cosa hubiera estado en poder de ellos.

Sexta.—Que los demandantes recibirán del demandado las costas de esta acción si a ella se oponen.

El demandado se opuso a las pretensiones de la demanda, acepta unos hechos y niega otros y pone de manifiesto que el lote de terreno que posee, es "para la sucesión ilíquida de Francisco Millán, representada por la cónyuge supérstite Gabina Mogollón de Millán, como cesionario de derechos herenciales de los hijos legítimos

del causante, señores Isales, Raimundo y Librada Millán Mogollón" y se trata del lote de terreno número 21 que formó parte de la extinguida comunidad territorial de "Boluga y Llano Alegre", situada en jurisdicción del municipio de Venadillo, alinderado especialmente en la forma indicada en la contestación de la demanda; que el respectivo juicio divisorio de esta comunidad cursó en el Juzgado Civil del Circuito de Ambalema, y que tanto la partición como la sentencia aprobatoria de la misma, están registradas en la oficina correspondiente del mismo Circuito en el libro 2º, Tomo I, folios 88 a 90, partida 29, el 30 de mayo de 1896, en donde entre varios lotes, se adjudicó al señor Solón Quijano el lote número 21, por los mismos linderos indicados en la contestación de la demanda, y que el señor Quijano transfirió a título de venta al señor Francisco Millán dicho terreno que el demandado posee regularmente, para la sucesión de éste.

Sobre estas bases se desenvolvió la controversia, la que fue decidida por el Juzgado del conocimiento en sentencia de cinco de diciembre de 1947, donde se absolvió al demandado de los cargos formulados en la demanda, por no "haberse comprobado nada en relación con su posesión y la posterioridad de ésta en cuanto al título de los actores".

Recurrió ante el Tribunal Superior de Ibagué en apelación el actor y esta entidad en fallo definitivo de 8 de junio de 1948, concluyó la actuación de segunda instancia con la revocatoria de la sentencia recurrida, la declaración de pertenencia de la finca "La Palmillita" y de los seis lotes que la integran, a favor de la comunidad demandante, la consiguiente condena al demandado a restituir tales bienes con sus frutos naturales y civiles, en su calidad de poseedor de buena fe, reconociéndole a su favor el derecho a los abonos por concepto de gastos, expensas y mejoras útiles. Sin costas.

Estima el Tribunal para fundamentar su fallo, que la acción incoada es la reivindicatoria o de dominio, que por tanto, debe indagarse si los elementos probatorios allegados al juicio acreditan los que configuran esta acción. Respecto al elemento dominio encuentra que con la contestación de la demanda, la escritura pública 242 de 1936, debidamente registrada y el Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ambalema, según el cual la tradición inscrita de la finca "La Palmillita" se remonta hacia atrás en inscripciones canceladas, a partir del número 242 vigente, hasta la inscripción en 21 de agosto de 1870 de la escritura 8 de 8 de agosto de los propios mes y año, aquel elemento está suficientemente acreditado. Que "si de la inspección ocular con peritos y del dictamen de éstos, que la parte actora hizo practicar en la primera instancia, se llega al conocimiento pleno de que los lotes de tierra alinderados en el hecho sexto (6º) de la demanda están situados o comprendidos dentro de los linderos del globo o finca 'La Palmillita', entonces los demandantes han demostrado ser dueños o poseedores inscritos de los terrenos cuya restitución o reivindicación persiguen.

Afirma el Tribunal que, "por otra parte, de la diligencia de la inspección ocular con peritos mencionada y del dictamen de éstos, también se llega al conocimiento de la singularización e identificación de los terrenos objeto de esta restitución, al par que del hecho de estarlos poseyendo el demandado, por sí y por medio de Roldán Rueda, Silverio Rueda y Pedro Rueda, con mejoras de las especificadas en el acta respectiva".

"Si pues en concepto del Tribunal en este proceso se encuentran probados los elementos o requisitos esenciales que configuran la acción reivindicatoria o de dominio incoada, inclusive, la posesión material del demandado Rueda, para decretar las súplicas impetradas en la demanda no será óbice la falta u omisión de la determinación de la época precisa desde la cual el demandado está o ha venido ejerciendo dicha posesión material, por la sencilla razón de que si el mismo demandado cree que su posesión de hecho es anterior a la posesión inscrita actual de la comunidad demandante, o a las inscripciones canceladas hacia atrás del título de dicha comunidad, hasta llegar al primer registro o inscripción, y que por tanto, se halla en la capacidad legal de invocar una prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio, debió el demandado proponer en las respectivas oportunidades procesales tan eficaz medio de defensa y suministrar él, no la comunidad demandada, la prueba pertinente de los hechos consiguientes".

Agrega el Tribunal en su sentencia, que el demandado Rueda se limitó a traer en el término probatorio de la primera instancia, además de "los documentos y escrituras públicas citadas atrás, unas partidas de origen eclesiástico encaminadas a demostrar la existencia y representa-

ción de la sucesión del causante Francisco Millán, a pedir y hacer practicar la diligencia de inspección ocular con peritos, también ya mencionada, y las declaraciones de los testigos Juan de Dios Ramírez Quimbayo, Natalio Reyes, Luis Ayala, Marcelino Rivera, Abraham Rivera, Antonio Duque, Eugenio Bravo, Jenaro Hernández, Manuel Rivera, Elías Rivera, Gabriel Borja y Antonio Villarriaga, declaraciones que el Tribunal prescinde de analizar, debido a que con ellas el demandado lo que pretende es probar posesión material, desde tiempo inmemorial, no en los lotes de terreno objeto de restitución, sino en el lote de tierra número 21 de los en que se dividió el globo de "Boluga y Llano Alegre", que como se ha visto, no está situado dentro del globo o finca en comunidad denominado "La Palmillita", de propiedad de los demandantes.

El recurso

Perdido para el demandado el litigio ante el Tribunal, recurrió en casación ante la Corte, contra el fallo en cuestión y sustanciado legalmente el recurso como está, se procede a decidirlo en la forma que adelante se anota.

En dos capítulos divide el recurrente su libelo de casación: el primero lo denomina "Violación de la ley sustantiva", expresión que sugiere la invocación de la causal primera del artículo 520 del C. J. como fundamento de esta impugnación, y en el segundo, ésta la apoya expresamente en el numeral segundo de dicha disposición.

Causal primera. — Dos reparos se hacen a la sentencia como violatoria de la ley sustantiva, que para su estudio pueden reunirse en uno solo, así: Que el fallo viola los artículos 721, 722, 723, 730, 669 —numeral 2º— y 728 del C. J., que determinan el valor legal de las pruebas de inspección ocular, pericial y testifical, al otorgárseles a las practicadas en el juicio, en forma concurrente, el de plena prueba, siendo así que ellas no tienen todo el valor probatorio asignado en la sentencia para demostrar los objetivos perseguidos con su práctica: la posesión material del demandado y la identificación de la cosa que se pretende reivindicar, elementos esenciales para la prosperidad de la acción de dominio, ya que de dichas pruebas no puede surgir o nacer esa demostración. Violación que llevó al Tribunal a tener como plenamente probados aquellos elementos, y por la senda de la apreciación errónea, al quebrantamiento de los artículos 981 y 946 del C. C. que preceptúan: cómo debe probarse la posesión del suelo y que el poseedor de la cosa reivindicada debe restituírla a su dueño, lo que implica la plena demostración de que el demandado es su poseedor actual, e implícitamente, su verdadera y completa identificación, para poder aplicar dichas disposiciones.

Se considera:

En relación con el valor probatorio de las actas de inspección ocular, la Corte en varias ocasiones ha puesto de manifiesto el alcance de ellas, en el sentido de estimarlas como plena prueba de los hechos y circunstancias observadas por el juez, pero siempre y cuando que las conclusiones o constancias consignadas en este acto procesal o judicial, constituyan el resultado de las apreciaciones personales y directas del mismo, respecto de las objetividades de la cosa materia de la diligencia, pues, si para la apreciación de esos hechos y circunstancias, es necesario y conveniente el auxilio o cooperación de expertos, la eficacia de la prueba queda subordinada a la del dictamen de los expertos cuya intervención se ha estimado como indispensable.

Que "como en la prueba de inspección ocular con la intervención de peritos se combinan dos medios de convicción, esto es, el reconocimiento judicial de los hechos y circunstancias observados por el juez, y el dictamen de los técnicos, es lógico y natural que el acta de la inspección relativa a la verificación de los hechos y circunstancias hace plena prueba porque ella se refiere a lo que está a la vista del mismo juez, porque en cuanto a esos hechos y circunstancias observados por él, es la percepción sensual de los mismos, elaborados por su propio criterio, el mejor fundamento de convicción que el fallador puede tener acerca del punto materia de la controversia. Empero, respecto del punto materia del dictamen pericial, su fuerza probatoria, según lo expresa el artículo 730 del C. J., se aprecia conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre peritos. De manera que entre dos pruebas combinadas, teniendo cada una su objeto propio, cada una tiene también su propia apreciación: la relativa a los hechos y circunstancias vale como un simple testimonio con base en la estimación ontológica que de ellos se haga, y la de los peritos vale según los fundamentos científicos en que ellos funden su dictamen. (G. J. número 1895 de 1934).

Enseñan los artículos 724 y 727 del C. J. que, "la inspección ocular tiene por objeto el examen

y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos relacionados con el debate"; y que "en el día y hora señalados, el juez y los peritos o testigos proceden al examen y reconocimiento de que se trata y luégo se extiende la correspondiente acta, en que se anotan cuidadosamente, las cosas y hechos examinados y las observaciones conducentes del juez, los peritos o testigos y las partes que hayan concurrido, acta que firman todos ellos", respectivamente. De estas enseñanzas ha deducido la jurisprudencia, que dos son los elementos o extremos que deben concurrir en la diligencia de inspección ocular para su completa eficacia probatoria: el examen "proprio visu" que hace el juez de las cosas objeto de la controversia, y la apreciación y reconocimiento de su estado actual. En tal virtud, el juez en el acto en que se haga constar la diligencia correspondiente, debe dejar consignado su concepto, ya directamente, ya haciendo suyo el dicho de los testigos o aceptando el de los expertos, dado en forma de dictamen, cuando la diligencia se practica en esta última forma. No pueden considerarse como prueba de la inspección ocular las simples disertaciones de las partes litigantes y exposiciones de testigos que el juez se limita a escuchar pasivamente, sin que se produzca su concepto sobre el estado actual de las cosas o hechos motivo de la diligencia de inspección ocular.

En el caso **sub judice** la diligencia de inspección ocular, pedida como prueba por el actor, tenía como objetivos inmediatos la identificación de la finca "La Palmillita" y la de los siete lotes que la integran, el avalúo de las mejoras existentes en cada uno de ellos y que el demandado Gregorio Rueda "los ha poseído materialmente desde hace más de cinco años hasta la fecha y que los posee actualmente, teniendo en ellos mejoras, que se señalarán y expresarán por los declarantes", que se pide sean citados para que concurran a la práctica de la diligencia y en ésta rindan las declaraciones que se le solicitan, según el respectivo memorial de pruebas. Serie quinta, ordinales a), b) y c) del numeral quinto del proveído de quince de noviembre de 1946 que ordena practicarla. En ella consta que, "los testigos a que se refiere el numeral d) del memorial de pruebas de la parte actora, señores Pedro Justinico, Alfredo Rojas, Angel María Justinico y Nicolás Malaguera", estuvieron acordes en señalar como linderos generales del globo de tierra de "La Palmillita", y los especiales de cada uno de los seis lotes que la integran, los allí indicados, después de haberlos recorrido con el juez y el resto del personal que componía la diligencia: que la finca "La Palmillita" y cada uno de los lotes que la componen, están poseídos por el demandado señor Gregorio Rueda, según dicho de los testigos que han acompañado al personal de la diligencia en el trabajo de identificación del globo general denominado "La Palmillita", porque como lo expresamos, el referido por sus apoderados. Sin observación de ninguna naturaleza en relación con este último hecho la posesión del demandado.

"De la acción reivindicatoria responde el poseedor actual de la cosa singular o de la cuota determinada proindiviso de cosa singular materia de aquélla. Si quien la ocupa niega tener ese ánimo, sencillo sería que toda acción reivindicatoria se frustrase, si esa sola negativa del demandado bastara como prueba de la falta de ese elemento sin el cual, como queda dicho, no puede reputársele poseedor, aunque ocupe la cosa o esté ejecutando en ella actos que, vistos en sí, se supongan posesorios. De otro lado, si a esta apariencia se atribuyera desde luego esa calidad, si esos actos hubieran de tenerse por sí solos como prueba de posesión, quedaría identificada con ésta la mera tenencia. Uno y otro extremo son peligro para la justicia. A esquivarlo conduce el análisis de esos hechos, no limitado a su simple materialidad, sino extendido a cuanto revele si efectivamente van acompañados del ánimo de dominio indispensables para que constituyan posesión. (G. J. Tomo LXII, números 2048 y 2049).

La Sala después de un minucioso estudio de los elementos probatorios que obran en el expediente, encuentra que no sólo se ha demostrado la posesión actual que el demandado tiene de la finca que se pretende reivindicar, sino también su identificación, en efecto, en el acta de inspección ocular que obra en los folios 34 v. a 45 cuaderno de pruebas número 4 consta que, los testigos, citados previamente, para rendir declaración en el acto de la diligencia, estuvieron acordes en afirmar que el demandado poseía aquella finca y los seis lotes que la integran: así lo certifica el juez en esta acta en los términos siguientes: "están poseídos por el demandado señor Gregorio Rueda, según dicho de los testigos que han acompañado al personal de la diligencia en el trabajo de

identificación del globo general denominado 'La Palmillita' ". Acta que después de leída, fue aprobada por todos los asistentes a la diligencia, y firmada por las partes y sus representantes legales o apoderados, de donde se deduce, su asentimiento tácito, a la constancia dejada por el juez sobre este hecho, la posesión del demandado sobre la finca objeto de la acción reivindicatoria. Por otro lado, en el dictamen pericial rendido por los peritos designados por las partes, éstos después de poner de presente el hecho de haber recorrido e identificado, todos y cada uno de los linderos generales del globo de tierra de "La Palmillita" y los especiales de cada uno de los lotes, afirman que éstos están poseídos por el demandado Gregorio Rueda y constatan la existencia de mejoras en ellos, consistentes en siembras o plantaciones de café, pastos artificiales y naturales, cercados de alambres de púas, casa de habitación, tal como se determina en la declaración pericial que obra a los folios 53 a 55 del cuaderno de pruebas número 4 del demandante.

Asimismo, los peritos que intervinieron en la inspección ocular, practicada a petición del demandado, en la declaración pericial que obra a los folios 28 a 29 del cuaderno número 3 —pruebas del demandado— al resolver el quinto punto del memorial de pruebas respectivo, que dice: "Determinar si dentro del lote número 21 de que se viene tratando, el señor Gregorio Rueda ocupa o posee una porción de terreno, con mejoras puestas a sus expensas, alinderarla o precisarla, enumerar y avaluar dichas mejoras", dijeron: "Dentro del lote número 21 en referencia, el señor Gregorio Rueda, no posee mejoras puestas a sus expensas, puesto que las mejoras plantadas por el señor Gregorio Rueda, se encuentran dentro de la alinderación de la finca de "La Palmillita", porque como lo expresamos, el referido lote 21 queda fuéra de la finca "La Palmillita". A todo lo cual se auna la circunstancia de haber sostenido el demandado a través de la contestación de la demanda y en la diligencia de inspección ocular, que él poseía el lote de terreno número 21 colindante con el globo de "La Palmillita" y que el lindero común que tienen estos terrenos, no es el identificado por los testigos y peritos que actuaron en esta diligencia, sino la zanja o quebrada "La Palmillita" indicada por él en el momento de identificarse el lindero estimado como el primero de la finca de cuya identificación se trataba, que con esta fijación se cometía "la injusticia de arrebatar considerable extensión de terreno que ha venido y sigue siendo poseída por los cesionarios de derechos y la sucesión de Francisco Millán", lo que implica una confesión de parte del demandado de estar poseyendo, por lo menos, esa considerable extensión de terreno, que forma parte de la del globo "La Palmillita" que se identificaba con motivo del juicio reivindicatorio promovido por los Rengifo contra Rueda, quien se dice cesionario de aquellos derechos.

Leyendo el acta de la inspección ocular practicada en los días 16 a 18 de julio de 1947, y la declaración pericial correspondiente, se observa que, ellas adolecen de algunas irregularidades de forma, pero, que no alcanzan a afectar el contenido mismo de esas diligencias, como para dejarlas de estimar como actos procesales, o judiciales probatorios sin perfeccionar. En aquella acta consta que concurren los dos elementos o extremos esenciales que le dan el valor probatorio de plena prueba, a las diligencias de inspección ocular: el examen "proprio visu" que hizo el juez del predio general y de los seis lotes que lo integran, y el reconocimiento personal y directo de su estado actual, en cooperación con los testigos, los peritos y las partes, así lo indica el hecho de aparecer firmada por todas las personas que, con uno u otro carácter, intervinieron en la diligencia. Esta versó sobre hechos propios del conocimiento general, buscaba únicamente la localización en el terreno de los linderos de la finca reivindicada, es decir, su identificación, operación sencilla que se reducía en definitiva a saber si efectivamente las líneas o linderos señalados por los testigos, correspondían a los trazados en la escritura 242 de marzo de 1936 y en la demanda, y si el demandado Gregorio Rueda se hallaba actualmente en posesión de la finca. No era de rigor que en dicha inspección ocular intervinieran peritos, era suficiente la presencia de los testigos, con todo el de que se hubiere practicado con asistencia de aquéllos, no hace cambiar el carácter y naturaleza de los hechos observados, los cuales son susceptibles de ser directamente por el Juzgador. Este al dar cuenta de esos hechos en el acta misma de la inspección, dejó constancia expresa de su observación directa y personal, sin que fuera objeto de contradicción de las partes; así fue firmada por ellas, lo que le da mérito pleno, porque son hechos que, además de que pudieron ser

percibidos por él, la ley los estima bien demostrados con su solo testimonio, como lo predica el inciso 1º del artículo 730 del C. J.

La declaración de los peritos que actuaron en este caso, en lo que hace a la identificación y reconocimietno de los linderos de la finca "La Palmillita", y de los especiales de cada uno de los lotes que la componen, hace plena prueba sobre tal situación procesal aunque no fuera necesaria su intervención por tratarse de hechos que no requerían conocimientos especiales, pero en todo caso lo eran de la categoría de los sujetos a los sentidos. No anduvo, pues, errado el Tribunal de Ibagué, al apreciar y asignarle valor probatorio pleno, a la inspección ocular practicada en concurrencia con las pruebas testifical y pericial en esa oportunidad, en cuanto hace a la demostración de los hechos de la posesión del demandado Rueda de la finca reivindicada y de los que hacen relación con su identificación. En consecuencia, se rechazan los cargos estudiados.

Causal segunda.—Se impugna la sentencia recurrida porque en ella se incurrió en la causal de casación consagrada en el numeral 2º del artículo 520 del C. J.

El cargo se desarrolla, sobre la base de que en la petición cuarta de la demanda se solicitó se decidiese que el demandado debe restituir a la comunidad, los terrenos y mejoras alinderados en cada uno de los seis lotes especificados en el hecho sexto del libelo, que en éste, después de determinarse los lotes primero a quinto, mediante la especificación de sus linderos, al hacer la del sexto, el demandante se expresa así: "De este lote se excluyen los cinco lotes alinderados separadamente en este mismo hecho y dos pequeñas porciones ocupadas por Alfonso Jaramillo y Marcelino Rivera, con sus respectivas habitaciones, la primera de las cuales linda por todos sus costados con terrenos del lote que se acaba de alinderar y la segunda, con el camino real que va de Anzoátegui a Venadillo y con terrenos detentados por el demandado".

La sentencia de segundo grado —dice el recurrente— olvidando la aplicación del artículo 471 del C. J., en el sentido de que debía hacerse el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos en consonancia con la demanda, ordenó la restitución de la totalidad de las porciones de terreno que comprenden los seis lotes precitados, sin hacer la exclusión que se hace en la propia demanda, y de esta suerte, el Tribunal violó el citado artículo 471, por infracción directa e incurrió en la causal invocada, esto es, no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas por la parte demandante.

Se considera:

El propio recurrente le resta importancia al reparo, pues, dice que lo formula, subsidiariamente, "porque estima que el meollo de la cuestión está en el Capítulo 1º".

La sentencia se halla ajustada a los términos del artículo 471 del C. J., tanto en su parte formal, como en lo que hace a su contenido de fondo. En ella, "el juzgador no ha deducido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda, ni ha fallado en más de lo pedido, ni dejó de desatar ninguno de los puntos sobre que versa la controversia", situaciones procesales, que son las determinantes de la prosperidad del cargo por falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ni siquiera en su parte motiva se emiten conceptos que puedan implicar el desconocimiento de estas pretensiones. Es apenas supuesta la contradicción entre la sentencia y lo pedido en la demanda cuarta del libelo y el contenido del hecho sexto; en la primera se solicita la restitución del globo general de tierra de "La Palmillita" y la de los seis lotes que la integran, descrito en el mencionado hecho, y en éste se especifican los linderos de esos lotes por separado, y al hacer la del lote sexto, se dice que queda excluído, lo mismo que dos porciones de terreno, de los cinco lotes alinderados anteriormente, lo que quiere decir que no están comprendidos dentro de los linderos de esos cinco lotes. Es inepto el cargo y así se declara.

Por las razones expuestas, 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 Ibagué, de ocho de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

Con costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal de origen.

A. Silva Rebolledo—Alfonso Bonilla G.—Pedro Castillo Pineda—Pablo E. Manotas—Alberto Holguín Lloreda — Manuel José Vargas — Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UN INMUEBLE, POR HABERLO ADQUIRIDO POR PRESCRIPCION EXTRACRDINARIA.—REQUISITOS PARA QUE SE OPERE EL FENOMENO DE LA UNION E INCORPORACION DE POSESIONES

1.—Contra la confesión judicial hecha directamente por la parte misma, no es admisible prueba en contrario, mientras no se demuestre plenamente que el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable al hacerla (artículo 606 del C. J.).

2.—"La unión e incorporación de posesiones de que hablan los artículos 778 y 2521 del C. C. tienen que realizarse a través del vínculo jurídico del causante a sucesor, que es el puente por donde el primero transmite al segundo, a título universal, por herencia, o singular, por contrato, las ventajas derivadas del hecho de una posesión que se ha tenido. No puede concebirse el fenómeno de incorporación de posesiones en las que están aisladas unas de otras, en que no haya mediado transmisión de una persona a otra, bien por herencia, o legado, o bien por contrato o convención. De ahí el artículo 778 del C. C. De consiguiente, terminada por cualquier causa, aún voluntaria, la posesión de una persona sobre la cosa, si otra la toma, sin transmisión de dominio, no hay lugar a unión de posesiones. Será el caso del artículo 778". (Casación de 14 de agosto de 1946, G. J. Tomo LX, pág. 810).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Juan de la Cruz Arango y Marcelina Posada de Arango, cónyuges, y Elías Botero B. propusieron demanda ordinaria contra Luis E. Maya Arango, Clemente López, Magdalena o Magola Delgado Franco, Teresa Franco Arango y Joaquín Vélez para que en sentencia definitiva se declare que los dos primeros adquirieron por prescripción extraordinaria el inmueble descrito en el hecho primero del libelo; que a Botero, como comprador de Arango y Posada de la parte del inmueble alinderado en el hecho cuarto, aprovecha la anterior declaración, y que se ordene el registro del fallo que haga tales pronunciamientos.

Tramitado el juicio con la oposición de los demandados, el Juez 5º Civil del Circuito de Medellín le puso fin a la primera instancia en sentencia de 30 de abril de 1945, en la que hizo las declaraciones solicitadas, sin costas.

Contra ese fallo apelaron los demandados para ante el Tribunal Superior de Medellín, el que en sentencia de 29 de agosto de 1947 confirmó la apelada, con la reforma de que la prescripción que se declara sólo favorece a Arango y a Botero y que de ella se excluyen la casa y solar de Joaquín Vélez y los lotes de terrenos que ocupan Clemente López, Magdalena Delgado y Teresa Franco, por los linderos que expresan sus respectivos títulos.

En la fundamentación de esa decisión encontró el Tribunal que con un abundante número de declaraciones traídas por el actor está acreditado plenamente que Arango poseyó por un laspo mayor de treinta años el globo de terreno materia de la demanda, por lo cual debían prosperar los pedimentos del libelo, con exclusión, entre otros, del solar y casa de Joaquín Vélez, cuya propiedad y posesión halló demostradas con los elementos probatorios que cita, corroborados con la manifestación que al respecto hizo uno de los actores.

Después añadió:

"Establecida así y con la salvedad de que se ha hecho mérito, la posesión de los señores demandantes, es preciso afirmar que en favor del señor Luis E. Maya, demandado y vendedor de los terrenos que se reclaman de los señores doctor Clemente López, doña Magola Delgado y doña Teresa Franco, obra un crecido número de declarantes que ponen de manifiesto que el señor Maya desde el año de 1934 en que compró a la señora María Antonia Arango el lote de terreno a que se contrae la escritura número 342 de 8 de marzo de 1934, lo ha poseído quieta y pacíficamente y que su vendedora venía poseyéndolo en

los mismos términos desde hacía más de diez años, es decir, desde el año de 1920 que le correspondió por herencia; pero esos testimonios no merecen una incondicional e irrestricta acogida por las razones que se pasan a exponer.

"Don Luis E. Maya, de acuerdo con la escritura número 342 de que ya se hizo mérito, compró a la señora doña María Antonia Arango de Maya un lote comprendido por estos linderos: 'Por el frente comprendido por la calle de 'La Floresta'; por el costado norte, con propiedad de José Gabriel Piedrahita y Antonio Arango; por el occidente o centro, con propiedad de la vendedora y con una calle en proyecto de propiedad de la misma; y por el costado sur, con propiedad de Marco A. Gaviria y José María y Bernardo Uribe", lote que es parte de lo que a la vendedora le fue adjudicado en la sucesión de la señora Dolores Arango y que delimita así: "Por el occidente con propiedad de la Iglesia de América y predio de Antonio Arango; por el sur con propiedad de Marco A. Gaviria, Leonardo Correa y Carlos Arango; por el oriente, con callejón de servidumbre de 'La Floresta', los Arango y Ulpiano Echeverry; y por el norte, con propiedad de Ramón Arango"; pero de este lote se excluyó para el pago del pasivo una porción delimitada que hasta el presente se ignora si incluye o no la parte que corresponde a ese señor Maya.

"Ahora bien, como los declarantes que tratan de sustentar las pretensiones de éste y quienes afirman que el globo de terreno que correspondió a la señora María Antonia Arango, o sea el que se deja alinderado en la correspondiente hijuela, ha sido poseído por ella, sin parar mientes en la especial exclusión para el pago del pasivo de que se ha hecho mérito, resulta que esta señora no ha podido poseer la integridad de ese inmueble y por tanto los testimonios de aquéllos, en apariencia irrechazables, no pueden estimarse en buena lógica, pues que precisamente en su amplitud contradicen la realidad de los hechos. Según esto, la posesión que ha obrado en favor de esta señora y consecuencialmente en favor del señor Maya bien pudo no comprender el lote de terreno cuya posesión sí se establece sin lugar a dudas ni vacilaciones en pro de los actores.

"No obstante lo expuesto, como tales declarantes en sus exposiciones, en relación con la posesión ejercida por el señor Maya aseveran que esa posesión ha sido continuada respectivamente por parte de los señores doctor Clemente López, doña Magola Delgado y doña Teresa Franco, en las parcelas que a ellos fueron vendidas y que actualmente ocupan, es forzoso reconocer que respecto a tales lotes sí se ha ejercido por el señor Maya y luégo por estos señores, que excluye o no comprende la posesión de los actores, y por tanto, en cuanto a esos lotes la acción no puede ser próspera a sus proponentes".

Finalmente, descartó las excepciones propuestas y sostuvo que la declaración de prescripción sólo debía hacerse en favor de Arango y no de su cónyuge, por haber comenzado la posesión cuando aquél era a la sazón soltero.

Tanto al demandante como al demandado se les concedió por el Tribunal recurso de casación; pero la Sala en auto de 26 de julio de 1948, declaró admisible el otorgado al primero e inadmisible el concedido al segundo. Por tal motivo, sustentado como ha sido únicamente el interpuesto por el actor y agotada como está su tramitación, se procede a decidirlo.

El recurrente, apoyándose en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., propone contra la sentencia los dos cargos que en seguida se resumen y estudian conjuntamente:

Primer cargo.—Sostiene el recurrente que los artículos 762, 770, 778, 2512, 2518, 2521, 2522, 2531, 2534 del Código Civil; 2º, 5º y 11º de la Ley 120 de 1928 fueron infringidos directamente por la sentencia recurrida al no haberlos aplicado al juicio e indirectamente como consecuencia de errores de derecho y de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas.

En el desarrollo del cargo asevera, en primer lugar, que en el juicio está plenamente acreditado, con las pruebas que cita y analiza, la posesión real y material ejercida por la parte demandante sobre el terreno materia de la litis, por más de cuarenta años y que ese es punto que el Tribunal acoge íntegramente, como lo demuestra con los apartes que copia del fallo; después transcribe y destaca el análisis que el Tribunal hace de las pruebas de los demandados y critica severamente el que éste, después de rechazarlas, les dé mérito parcialmente. Luégo, entre otras cosas dice:

1º "El Tribunal de instancia puede analizar las declaraciones que presenten las partes sobre los mismos hechos y tiene un amplio poder para calificarlas dentro de los límites de la crítica testimonial, pero su soberanía no puede alcanzar

hasta señalar cuáles efectos debe producir una prueba cuyos fundamentos son perfectos a juicio del mismo juzgador y cuáles efectos deben producir testimonios que él mismo ha rechazado y a los cuales les ha negado eficacia en la misma sentencia para amparar a uno de los demandados. Las mismas pruebas de los mismos hechos no pueden producir consecuencias distintas, respecto de las diferentes personas que forman la parte demandada".

2º "Si el Tribunal admite sin oponer tacha alguna las declaraciones presentadas por los demandantes; si los testigos son numerosísimos; si concuerdan en las circunstancias de tiempo, lugar y modo; si sus calidades los hacen acreedores a la más plena credibilidad; si el Tribunal, en suma, declara probados los hechos a que tales declaraciones se refieren, es porque esa prueba testimonial reviste entonces el carácter de plena prueba, según lo dispuesto en los artículos 693, 697 y 202 del C. J.; y a la inversa, cuando la sentencia recurrida descarta las declaraciones sobre posesión del señor Maya en el lote materia del litigio, porque se trata de declaraciones sospechosas, ya que los testigos han declarado sobre hechos que no pueden constarles, tales pruebas no pueden tener eficacia legal. Porque conviene observar que el Tribunal no se limita a rechazar tales testimonios en la parte relativa al lote que no había podido poseer el demandado, ni dice que con tales declaraciones sólo se acredita la posesión que éste ejerce sobre una parte del inmueble, sino que se funda en la falta de veracidad de los testigos para considerar que ellos "no merecen una incondicional e irrestricta acogida" y que "no pueden aceptarse en sana lógica" y les niega eficacia para desvirtuar las pruebas de los demandantes".

3º "Como consecuencia de todo lo anterior, queda establecido que el Tribunal dejó de apreciar las pruebas del demandante en lo relativo a su posesión frente a los señores Clemente López, Magdalena Delgado y Teresa Franco, incurriendo así en manifiesto error de hecho; que la sentencia incurrió en doble error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial al negar, por una parte, efectos completos, frente a los citados demandados, a unas declaraciones, cuyas características, según la apreciación del mismo Tribunal, les daban el carácter de plena prueba, y reconocer, por otra parte, consecuencias jurídicas a testimonios rechazados por el mismo Tribunal, por cuanto sus condiciones los hacían inadmisibles. Tales errores llevaron a la violación de los artículos 693, 697, 699, 701, 702 del C. J. que regulan el valor probatorio de la prueba testimonial; de los artículos 762, 770, 778 del C. C., relativos a la posesión, a los requisitos de la posesión irregular y a la agregación de posesiones, de los artículos 2512, 2518, 2521, 2522, 2531 y 2534 de la misma obra sobre prescripción, sus características generales y las especiales extraordinarias; y de los artículos 2º, 5º y 11º de la Ley 120 de 1928, los cuales no fueron aplicados al pleito debiendo haberlo sido".

Segundo cargo.—Se alega que la sentencia es violatoria de los artículos 764 a 769, 785, 789, 791, 980, 2523, 2526, 2528 del Código Civil, por haber sido aplicados indebidamente al juicio; de los artículos 981 y demás citados en el cargo anterior al no haber sido aplicados al litigio. Agrega que todos esos textos fueron también infringidos indirectamente como consecuencia de errores de hecho manifiestos, pues el Tribunal no tuvo en cuenta lo que estaba plenamente acreditado con las pruebas mismas en que se funda la sentencia, y como consecuencia de errores de derecho, al no haber dado a tales pruebas el valor que legalmente les corresponde.

Al exponer los fundamentos del cargo sostiene, en síntesis, que de la prueba testimonial de los demandados se deduce que cuando Clemente López, Magdalena Delgado y Teresa Franco entraron a poseer sus respectivos lotes, en la hipótesis de que esto ocurriera, ello no pudo suceder sino después de 1938 y 1939, en que Maya hizo a aquéllos ventas de los aludidos lotes, y para esa época ya se había consumado —según la prueba a que alude— la prescripción que invoca el demandante, pues la posesión de éste viene desde 1903 y legalmente desde 1901, agregando cómo debe hacerse su posesión a la de su antecesora Dolores Arango, por lo cual en 1931 o 1933 ya estaba cumplido el lapso de la prescripción adquisitiva extraordinaria.

Se considera:

No le falta razón al recurrente en las críticas que formula al Tribunal en cuanto al sistema y al criterio que siguió en la apreciación de las pruebas del proceso, olvidando y prescindiendo no sólo de elementales nociones de lógica sino también de las reglas que al respecto prescribe la ley.

En efecto, en el caso de autos se presentaron

dos grupos de testigos numerosos y contradictorios entre sí:

1º Los traídos por el demandante, que en resumen sostienen que él ha tenido, por espacio de más de treinta años, la posesión del globo de terreno a que se refiere el hecho primero de la demanda, y

2º Los aportados por el demandado, que en síntesis afirman que quienes han gozado de esa posesión han sido Luis E. Maya desde 1934 y sus antecesores en el dominio desde ese año y por muchos más hacia atrás y que algunos sucesores de aquél (los demandados López, Delgado y Franco) han sido sus continuadores en la misma desde 1939, poco más o menos, hasta el presente, en las respectivas parcelas de que tratan los títulos en que constan sus compras.

En presencia de esas exposiciones testificales contradictorias entre sí, el Tribunal ha debido acogerse a las reglas que consagra el artículo 702 del C. J. para determinar cuál de los dos grupos decía la verdad y decidir de conformidad con lo que de él resultaba probado, o para prescindir de ambos, si lo estimaba más acertado; pero en vez de seguir los principios de sana crítica en que ese texto se informa, escogió un procedimiento peculiar, que podría calificarse de híbrido, pues como con toda propiedad lo apunta el recurrente, después de haber reconocido que las declaraciones del primer grupo tienen la calidad de plena prueba y demuestran suficientemente la posesión del demandante y de haber declarado que las del segundo grupo "no pueden estimarse en buena lógica" porque "contradicen la realidad de los hechos", concluye aceptando esas mismas declaraciones que repudia, en lo relativo a la posesión de los lotes vendidos por el demandado Maya a López, Delgado y Franco, que son parte integrante del globo litigioso.

Siguiendo los propios conceptos de la sentencia acusada, lo conforme a derecho habría sido que el Tribunal decidiera el litigio acogiendo el grupo de declaraciones que reputaba perfectas y plenas y desechando integralmente las que él mismo tenía como imperfectas y sospechosas; pero al fallarlo, ateniéndose en parte a aquéllas y en parte a éstas, incurrió en un manifiesto y doble error de hecho y de derecho con respecto a ambas, siguiendo —se repite— las mismas premisas que el fallo sienta, y quebrantó —como consecuencia— los textos legales que cita el recurrente.

Mas esos errores y esa violación de ley no conducen a la casación del fallo, porque la Corte encuentra que existen otras razones que son suficientes para sostener la solución de la parte resolutiva, en el punto que es materia del recurso.

Se observa, ante todo, que las circunstancias de que el Tribunal se haya decidido por el grupo de testigos traídos por el actor y de que la sentencia en cuanto a éste favorece haya de quedar en firme por no haber recurrido los demandados (artículo 494 del C. J.), no fuerzan legalmente a la Corte a seguir el derrotero o el criterio del sentenciador: ella, juzgando en instancia, tiene que enfocar el problema en lo que queda **sub-judice** a la luz de su propio criterio y decidirlo de conformidad con él. Es decir, al darle solución a la acción de prescripción en cuanto respecta a los demandados López, Delgado y Franco, que es el único aspecto de la controversia que cae bajo su jurisdicción, debe hacerlo con entera libertad en el examen de los hechos y del derecho, teniendo naturalmente en cuenta que el fallo judicial debe ceñirse, en virtud del lazo de instancia que delimita y restringe las funciones del juzgador, a los hechos alegados en la demanda y en la contestación que aparezcan debidamente demostrados en el proceso (artículos 471 y 593 del C. J.).

En el hecho 2º de aquélla, que fue presentada en 30 de septiembre de 1943, se afirma que la posesión de Juan de la Cruz Arango, demandante, se inició "desde comienzos del año de 1903", y los testigos del actor en su mayoría dicen que aquél la comenzó varios años antes de su matrimonio con Marcelina Posada, que se celebró en 1912; pero en cambio Arango que es el único de los dos demandantes a quien beneficia la declaración de prescripción según la sentencia, confiesa expresamente en posiciones (fs. 55 v. y 56, cuaderno de prueba de los demandados), que su madre Dolores estuvo en posesión tranquila y pacífica del globo de terreno de las Américas que ella heredó de sus padres, y del cual es desmembración o parte el de que trata la demanda, hasta el año de 1919, en que murió.

Contra la confesión judicial hecha directamente por la parte misma, no es admisible prueba en contrario, mientras no se demuestre plenamente que el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable al hacerla (artículo 606 del

C. J.), y esa circunstancia no ha ocurrido o no se ha comprobado en el caso de autos.

Entonces, la prueba testifical que asevera otra cosa distinta, o sea que la posesión de Arango comenzó varios años antes de 1912, es inadmisible frente a aquella confesión, por lo cual las pretensiones de la demanda en cuanto se refieren a los lotes que, según la sentencia, ocupan López, la Delgado y la Franco, no pueden prosperar aún admitiendo que las declaraciones de los aludidos testigos prueben dicha posesión en el actor a contar de 1919, y que sean en realidad desechables los presentados por la parte demandada, porque a la fecha de la demanda no habían transcurrido los treinta años requeridos para que se consume la prescripción extraordinaria (artículo 2531 del C. C.).

De otro lado, la posesión material que se alega es la propia del actor Arango, que se afirma iniciada por él en 1903. Ni en la demanda ni aún en los alegatos de los demandantes en primera y segunda instancia, se invoca en su favor la de su antecesora: luego la obligada sujeción del juzgador a la relación jurídico-procesal determina que la controversia deba decidirse con prescindencia de esa última cuestión.

Además, el fenómeno de la unión de posesiones es jurídicamente imposible en el caso de autos. En efecto, la donación de que se habla en la demanda como hecha por Dolores Arango al demandante Juan de la C. Arango fue verbal y como es relativa a inmuebles debió hacerse por escritura pública, por lo cual es absolutamente nula en atención a lo estatuído en los artículos 1457, 1500, 1740, 1741 y 1760 del Código Civil. Por consiguiente, existe una ausencia completa de vínculo jurídico que haga posible la unión de posesiones entre antecesor y sucesor.

A este respecto la Corte ha dicho:

"La unión e incorporación de posesiones de que hablan los artículos 778 y 2521 del C. C. tienen que realizarse a través del vínculo jurídico del causante a sucesor, que es el puente por donde el primero transmite al segundo, a título universal, por herencia, o singular, por contrato, las ventajas derivadas del hecho de una posesión que se ha tenido. No puede concebirse el fenómeno de la incorporación de posesiones en las que están aisladas unas de otras, en que no haya mediado transmisión de una persona a otra, bien por herencia, o legado, o bien por contrato o convención. De ahí el artículo 778 del C. C. De consiguiente, terminada por cualquier causa, aún voluntaria, la posesión de una persona sobre la cosa, si otra la toma, sin transmisión de dominio, no hay lugar a unión de posesiones. Será el caso del artículo 778". (Casación, 14 de agosto de 1946, LX, página 810).

Examinadas como quedan todas las cuestiones que el recurso plantea, se ve que, fuéra de las rectificaciones que le han sido hechas, la sentencia no puede ser casada, porque la Sala ha encontrado razones distintas que conducen a darle la misma solución al punto de la controversia que estaba sometida a su jurisdicción.

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 de veinte y nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el presente negocio.

No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente oportunamente a la oficina de su procedencia.

Arturo Silva Rebolledo—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda — Pablo Emilio Manotas — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

CUANDO LA DECLARACION DE PRESCRIPCION ADQUISITIVA ES RESULTADO DE UNA ACCION DIRECTA, NO ES NECESARIO PEDIR QUE SE ORDENE LA CANCELACION DEL REGISTRO DE LOS TITULOS DEL DUEÑO ANTERIOR, PORQUE LA INSCRIPCION DE LA SENTENCIA QUE RECONOCE LA PRESCRIPCION LO CANCELA EN REALIDAD, AUNQUE LO DEJE FORMALMENTE VIGENTE — LA DECLARACION JUDICIAL DE QUE UNA HERENCIA ESTA YACENTE ES NECESARIA PARA QUE ESE ESTADO DE YACENCIA ENTRE A PRODUCIR LOS DETERMINADOS EFECTOS QUE LA LEY SEÑALA — LA SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION, EN FAVOR DE LA HERENCIA YACENTE SE CUENTA DESDE EL MOMENTO DE LA DELACION, PERO PARA QUE TAL COSA OCURRA ES INDISPENSABLE QUE HAYA PRECEDIDO LA DECLARACION JUDICIAL DE YACENCIA, LA CUAL RETROTRAE SUS EFECTOS AL MOMENTO DE LA MUERTE DEL CAUSANTE

1—Cuando la declaración de prescripción adquisitiva es resultado de una acción directa, no es necesario pedir que se ordene la cancelación del registro de los títulos del dueño anterior. La inscripción de la sentencia que reconoce la prescripción, aunque deje formalmente vigentes tales registros anteriores, los cancela en realidad, en forma tan absoluta que el Registrador al expedir, por ejemplo, un certificado sobre tradición del dominio de determinada finca raiz, debe considerar que el registro de la sentencia que declaró la prescripción de ella en favor de cierta persona, canceló tácitamente la inscripción del título del dueño anterior. Así se deduce rectamente de los artículos 789, 2534, 2652, ordinal 2º, y 2681 del C. C.

2—No parece discutible que la yacencia herencial es un estado de hecho que existe mientras la herencia no haya sido aceptada, siempre además que no haya albaceazgo aceptado y con tenencia de bienes. La ley es clara al respecto (artículos 569 y 1297 C. C.). Lo que hace el Juez, cuando aplica esta última disposición, a petición del interesado o de oficio, es reconocer y declarar la existencia de esa situación de hecho, para el efecto de nombrar representante a la herencia que no lo tiene, y para los demás efectos legales. Por eso, al decreto respectivo ha de dársele la mayor publicidad, insertándolo en el periódico oficial y en carteles que se fijan en tres de los parajes más frecuentados del distrito en que se hallen la mayor parte de los bienes hereditarios, y en el del último domicilio del difunto.

Pero la declaración judicial de estar la herencia yacente es indispensable, en concepto de la Sala, para que ese estado entre a producir los determinados efectos que la ley señala. La simple situación de yacencia, es decir, la que no ha sido declarada como tal por el juez que conoce del juicio de sucesión, ni produce efecto alguno, ni goza de ningún beneficio legal. En el sistema de nuestro código la herencia está yacente cuando así lo ha declarado el juez del conocimiento, quien está en capacidad de conocer el hecho negativo que justifica e impone la declaración: la falta de representante. A no ser así, sería inexplicable que el artículo 1297 le ordene al juez DECLARAR LA YACENCIA. Se habría limitado a ordenarle el nombramiento de curador, de oficio o a petición de interesado.

El legislador ha sido consecuente al respecto, pues habiéndoles atribuído a los herederos la posesión legal del patrimonio del causante, desde el momento mismo de la muerte de éste y aunque aquéllos ignoren la delación (artículos 757, 783 y 1013 C. C.), no podía desatender la posibilidad de que ninguno se presente a aceptar la herencia, o retarde su aceptación, o que todos la re-

pudiera, con lo cual la falta de representante de la sucesión traería un estado de estancamiento económico, a todas luces inconveniente y perjudicial para los asociados, que el legislador ha querido evitar. Porque la sucesión implica un proceso de liquidación, encaminado a cubrir el pasivo del causante y a distribuir su activo neto, adjudicando a quienes corresponda, mediante el título traslaticio de la partición, los bienes relictos. Son muchas las disposiciones del Código que revelan claramente ese propósito legal de que la sucesión no se estanque, que tienda siempre a liquidarse, para que siga en movimiento productivo la riqueza privada, base de la pública. Por eso, sin perder de vista aquella posibilidad proveyó el legislador, respecto de la herencia no aceptada dentro de cierto plazo, en una forma similar a la que había adoptado en relación con las personas ausentes, considerando como tales a los herederos que dentro de cierto término no se han presentado a aceptar la herencia o una cuota de ella.

No basta, pues, que según la definición legal, se considere yacente la herencia no aceptada. Es necesario también, según nuestro Código, que el estado de yacencia sea declarado judicialmente para que produzca efectos legales, lo cual en nada se opone a la definición.

3—Para la Corte es acertado el concepto de que la suspensión de la prescripción en favor de la herencia yacente se cuenta desde la delación, pero siempre sobre la base indispensable de que la yacencia haya sido declarada. El decreto respectivo retrotrae sus efectos al momento de la muerte del causante, como es obvio, desde luego que la no aceptación de aquélla es la base de la declaración.

La yacencia declarada judicialmente produce el efecto de suspender la prescripción desde la delación de la herencia, es decir, durante todo el lapso en que ésta careció de representante y también durante el período en que esté representada por el curador, pero no se puede pretender que el estado de yacencia opere sin decreto que lo declare, porque precisamente es a la declaración de herencia yacente o a la herencia declarada yacente a la que la ley atribuye efectos jurídicos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Carlos Bravo Escobar y Encarnación Uribe contrajeron matrimonio en 1889, y de esa unión nacieron Angela, Carlos Antonio, Emilia y María Margarita Bravo Uribe.

En 1929, por la escritura 3393 de 21 de agosto, de la notaría 2ª de Medellín, Carlos Bravo Escobar adquirió, por compra a su hijo Carlos Antonio, el dominio de una casa de dos pisos, situada en Medellín, en la carrera de Venezuela con la calle de Cuba, por el precio de $ 12.000.00, así: $ 2.000.00 al contado y $ 10.000.00 que quedaron en poder del comprador para pagar un crédito hipotecario que pesaba sobre la misma finca, en favor del Banco Hipotecario de Bogotá.

Sin que por ninguno de los medios legales se hubiera cancelado la posesión inscrita del señor Bravo Escobar, el Banco expresado inició, en marzo de 1930, juicio especial hipotecario contra Carlos Antonio Bravo Uribe, quien no era ya poseedor inscrito de la casa referida, para la efectividad de la hipoteca que éste había constituído por la escritura 4174 de 15 de diciembre de 1928, de la notaría 4ª de Medellín; y a ese juicio, en que se perseguía una finca de mayor extensión, de la cual apenas es parte la que fue materia de la referida compraventa, no fue citado el señor Bravo Escobar, ni lo fueron tampoco los poseedores inscritos del resto.

En ese juicio se remató, previo avalúo de $ 10.000.00, el inmueble de mayor extensión ya mencionado, el cual le fue adjudicado al Banco Hipotecario de Bogotá por $ 6.666.67. El remate, en copia del acta respectiva, fue registrado el 20 de febrero de 1931, partida 265 del Libro 1º de registro, inscripción que no canceló la del título del señor Bravo Escobar, quien no fue citado al juicio, según ya se dijo.

El 15 de agosto de 1931 registróse de nuevo el remate indicado, bajo la partida 1480 del mismo libro, y en esta inscripción se suprimió la indicación de la cabida de la finca (975 varas cuadradas), que figuraba en la diligencia de remate

y en su inscripción anterior, y se variaron los linderos en forma que no consta en el acta de la licitación, ni fue autorizada por el juzgado del conocimiento. Esa segunda inscripción, que no corresponde a ninguna escritura o decreto judicial, tampoco canceló la existente a favor del señor Bravo Escobar.

El Banco rematador vendió a Faustino Echavarría, por la escritura 907 de 3 de junio de 1933, de la notaría 4ª de Medellín, registrada el 8 en el Libro 1º, la casa descrita al principio de esta relación, y Echavarría, por la escritura 1539 de 2 de octubre de dicho año, de la misma notaría, registrada el 9 en el citado Libro, la vendió a Argemiro Yepes, actual poseedor.

Bravo Escobar, cuya posesión inscrita no ha sido cancelada, murió el 28 de diciembre de 1935, quedando disuelta e ilíquida la sociedad conyugal con su esposa, y hasta ahora ninguno de sus herederos legitimarios ha hecho acto de heredero, siendo el primero que hacen la iniciación de este juicio. La sucesión de aquél ha permanecido yacente e ilíquida, y sus hijos, demandantes, aceptan la herencia con beneficio de inventario.

Fundándose en los hechos que resumidamente han quedado expuestos y en los artículos 762, 789, 946, 1008, 1740, 1871, 2637, 740 y concordantes del Código Civil, y 737 y siguientes del Judicial, Encarnación Uribe v. de Bravo Escobar, María Bravo de Gómez, Emilia Bravo de Saravia y Angela Bravo de Bernal, todos por sí y también en representación de la sociedad conyugal Bravo Escobar-Uribe, disuelta pero ilíquida, y de la sucesión ilíquida de Carlos Bravo Escobar, demandaron por la vía ordinaria a Argemiro Yepes, Faustino Echavarría, Carlos Antonio Bravo Uribe y el Banco Hipotecario de Bogotá, domiciliados éste y Emilia y Angela en Bogotá, y los demás en Medellín, para que se hicieran las siguientes declaraciones, que se sintetizan:

Primera. Que está vigente la inscripción de la escritura 3393 de 21 de agosto de 1929, de la notaría 2ª de Medellín.

Segunda. Que el juicio de venta de bien hipotecado, seguido en el Juzgado 3º civil del circuito de Medellín, por el Banco Hipotecario de Bogotá contra Carlos A. Bravo Uribe; la adjudicación al Banco en el remate ya expresado; la venta que el mismo Banco hizo a Faustino Echavarría por la escritura 907 de 1933, y la de éste a Argemiro Yepes por la 1539 del mismo año, carecen de efectos legales contra los derechos de la sociedad conyugal Bravo Escobar-Uribe, representada hoy por la sucesión ilíquida de Carlos Bravo Escobar y por la cónyuge de éste, Encarnación Uribe de Bravo Escobar, en el inmueble descrito en la petición primera, y les son inoponibles.

Tercera. Que se ordene la cancelación de las inscripciones del remate y de las escrituras citados en la petición anterior, en cuanto la del remate versó sobre un inmueble que comprendía el descrito en el hecho segundo y en la petición primera de la demanda.

Cuarta. Que es del dominio de la sociedad conyugal referida el inmueble descrito en la petición primera.

Quinta. Que Argemiro Yepes debe restituir a la misma sociedad conyugal el inmueble expresado, con todos sus aumentos y con sus frutos naturales y civiles, y no sólo los percibidos sino los que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y actividad a partir del día en que recibió la posesión material y hasta la fecha de la restitución.

Sexta. Que la misma restitución de frutos debe hacer Echavarría por el lapso en que estuvo en posesión del inmueble.

Séptima. Que igual restitución debe hacer el Banco Hipotecario de Bogotá, durante el período de su posesión material.

Octava. Que el mismo Banco debe indemnizar a la sociedad conyugal los perjuicios civiles que le causó con el juicio especial hipotecario seguido contra Bravo Uribe y con el remate del inmueble.

Novena. Que es nula toda la actuación en el juicio expresado y nulo el remate de 30 de enero de 1931.

Décima. Que se condene a los opositores en las costas del juicio.

Los demandados no contestaron la demanda, aunque fueron debidamente notificados, pero Yepes denunció el pleito a Echavarría, y éste al Banco Hipotecario de Bogotá, denuncias cuyas notificaciones se surtieron legalmente.

Sentencia de primer grado. La pronunció el Juzgado 5º civil del circuito de Medellín con fecha 30 de julio de 1946, acogiendo la primera súplica de la demanda, es decir, la declaración de estar vigente el registro del título de dominio del reivindicante, y negando todas las demás, de las cuales absolvió a los demandados.

Sentencia de segunda instancia. Concedida ape-

lación a la parte actora, única que la interpuso, surtióse la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Medellín, quien la clausuró con su sentencia de 26 de agosto de 1947, en que revoca la de primer grado, en la parte que fue apelada, y declara, en su lugar, probada la excepción de prescripción adquisitiva, propuesta o alegada por uno de los demandados, a quienes absuelve "de las respectivas peticiones de la demanda, cuya negativa en la sentencia fue causa de la apelación".

La casación fue interpuesta por los demandantes y ha sido legalmente tramitada, por lo cual se procede a decidirla.

El recurso. — La sentencia del Tribunal puede sintetizarse así: sobre la base de la personería sustantiva indiscutible de las partes, encuentra plenamente probada la acción de dominio, con la consiguiente restitución, única sustancial o fundamental en el juicio, pero enervada por la excepción de prescripción adquisitiva, alegada por el representante del Banco Hipotecario de Bogotá, a quien los demandados Echavarría y Yepes —este último poseedor actual— denunciaron el pleito. Reconoce que en el prescribiente Yepes concurren todos los elementos legalmente necesarios para ganar por prescripción ordinaria el dominio de la finca, prescripción que no se ha suspendido —como lo alega el actor— por yacencia de la herencia del señor Carlos Bravo Escobar, por no haberse declarado judicialmente tal estado. "De suerte — dice — que aun cuando la suspensión no empiece a contarse sino desde la delación de la herencia, mientras no haya sentencia que la declare yacente, no puede operarse la suspensión de la prescripción. La sentencia que tal cosa declara, tiene por consiguiente, efecto retrospectivo".

En consecuencia, declara probada la prescripción referida y absuelve, previa revocatoria del fallo en la parte que fue objeto de la apelación.

El recurrente acusa por varios motivos, que la Sala pasa a examinar, principiando por el que se funda en la causal 6ª del artículo 520 del C. J.

Estima aquél que el fallador incurrió en la causal 1ª de nulidad del artículo 448 del C. J., por cuanto "demostrado como está que la declaración de dominio a favor de los demandantes no fue apelada ante el H. Tribunal, éste era incompetente para modificar el fallo del juzgado del circuito, en la parte favorable a los actores".

No se admite el cargo, porque se apoya en dos supuestos falsos: 1º Que la sentencia de primer grado declaró dominio en favor del actor, cosa que no es exacta. La declaración de estar vigente el registro del título de dominio del causante señor Bravo Escobar es, como lo observa el opositor, puramente formal. El juez la hizo y debía hacerla porque ella simplemente significa que una inscripción asentada en un libro de registro no ha sido cancelada, pero en manera alguna implica declaración de dominio en favor de los demandantes, desde luego que el juzgado negó la acción reivindicatoria y sus consecuenciales. Además, lo ocurrido en este juicio es lo mismo que sucede con frecuencia cuando la declaración de prescripción adquisitiva es resultado de una acción directa, en que no es necesario pedir que se ordene la cancelación del registro de los títulos del dueño anterior. La inscripción de la sentencia que reconoce la prescripción, aunque deje formalmente vigentes tales registros anteriores, los cancela en realidad, en forma tan absoluta que el Registrador al expedir, por ejemplo, un certificado sobre tradición del dominio de determinada finca raíz, debe considerar que el registro de la sentencia que declaró la prescripción de ella en favor de cierta persona, canceló tácitamente la inscripción del título del dueño anterior. Así se deduce rectamente de los artículos 789, 2534, 2652, ordinal 2º, y 2681 del C. C. En el caso **sub judice**, el registro de la sentencia del Tribunal, que declara la prescripción adquisitiva en favor del demandado Yepes, cancelará tácitamente el del título de dominio del señor Bravo Escobar.

2º Que el Tribunal modificó el fallo del Juzgado, en la parte que no fue objeto de la apelación, lo cual es también inexacto, desde luego que la sentencia recurrida no desconoce la vigencia formal del registro del título de dominio del actor. Antes, al contrario, la admite expresamente, comoquiera que encontró probados plenamente los requisitos de la acción reivindicatoria, uno de los cuales es el dominio, que supone título válidamente registrado. Pero la virtud de la prescripción, que el Tribunal declaró en favor de Yepes, estriba precisamente en extinguir el dominio del demandante, destruyendo su acción.

Segundo cargo—Violación directa de los artículos 569 y 2530 del C. C., el primero que define lo que es herencia yacente, y el segundo que establece en favor de ella suspensión de la prescripción ordinaria; e interpretación errónea de los

mismos textos legales y aplicación indebida del artículo 1297 del citado código.

Según el recurrente, estando definido por el artículo 569 lo que es herencia yacente —los bienes de un difunto cuya herencia no ha sido aceptada— es obligatorio dar a esa expresión su significado legal, de acuerdo con las normas de los artículos 27, 28 y 29 del C. C., y no hay, por tanto, ninguna razón para sostener, como lo hace la sentencia, que el estado de yacencia requiera declaración judicial.

"Si se toma —dice— en consideración que el artículo 569 prealudido define lo que se entiende por herencia yacente; que lo hace en el mismo sentido que le dan a ese término los profesores de derecho; y que tal norma es clara, es obvio que ha de dársele el significado y extensión allí mismo contemplado, sin que se le puedan agregar exigencias que no contienen ni la definición ni los tratadistas, como sería la de que para tal estado de hecho, o situación jurídica se requiera declaratoria judicial".

De donde concluye que la suspensión de la prescripción, que en favor de la herencia yacente establece el artículo 2530, es efectiva legalmente aunque la yacencia no haya sido declarada, pues precisamente la ley "está atendiendo a la reglamentación razonable de aquella situación de hecho, o sea que por no haber representante que defienda los bienes, no corra el lapso prescriptivo durante ese período irregular", pues de lo contrario se iría contra el tenor literal de tales disposiciones y contra la reglamentación de tal situación de hecho, "pues sería absurdo que la prescripción se suspendiese cuando la herencia está ya declarada yacente y hay por ende un curador o persona que la defienda y tome medidas para evitar que se consume tal prescripción; y que en cambio estuviese corriendo tal fenómeno extintivo de derechos cuando no hay persona alguna que represente esos bienes y que pueda tomar medidas a fin de evitar dicho perjuicio para el titular de esos derechos. Más claro: si cuando hay curador y la herencia tiene un defensor se suspende la prescripción con mucho mayor motivo debe ella igualmente suspenderse cuando no hay dicho defensor o curador, por no haberse dictado aún declaratoria de vacancia".

Encaminadas van estas alegaciones a demostrar que si la prescripción no corrió desde el 28 de diciembre de 1935, fecha de la muerte del causante señor Bravo Escobar, hasta el 10 de marzo de 1944, fecha en que fue presentada la demanda en este juicio por sus herederos, quienes hicieron de ese modo su primer acto de tales, que implica su aceptación de la herencia, no estaban cumplidos los diez años de la prescripción ordinaria reconocida por la sentencia.

La Sala considera:

No parece discutible que la yacencia herencial es un estado de hecho que existe mientras la herencia no haya sido aceptada, siempre que además no haya albaceazgo aceptado y con tenencia de bienes. La ley es clara al respecto (artículos 569 y 1297 C. C.). Lo que hace el juez, cuando aplica esta última disposición, a petición de interesado o de oficio, es reconocer y declarar la existencia de esa situación de hecho, para el efecto de nombrar representante a la herencia que no lo tiene, y para los demás efectos legales. Por eso, al decreto respectivo ha de dársele la mayor publicidad, insertándolo en el periódico oficial y en carteles que se fijan en tres de los parajes más frecuentados del distrito en que se hallen la mayor parte de los bienes hereditarios, y en el del último domicilio del difunto.

Pero la declaración judicial de estar la herencia yacente es indispensable, en concepto de la Sala, para que ese estado entre a producir los determinados efectos que la ley señala. La simple situación de yacencia, es decir, la que no ha sido declarada como tal por el juez que conoce del juicio de sucesión, ni produce efecto alguno, ni goza de ningún beneficio legal. En el sistema de nuestro código la herencia está yacente cuando así lo ha declarado el juez del conocimiento, quien está en capacidad de conocer el hecho negativo que justifica e impone la declaración: la falta de representante. A no ser así, sería inexplicable que el artículo 1297 le ordene al juez **declarar la yacencia.** Se habría limitado a ordenarle el nombramiento de curador, de oficio o a petición de interesado.

El legislador ha sido consecuente al respecto, pues habiéndoles atribuído a los herederos la posesión legal del patrimonio del causante, desde el momento mismo de la muerte de éste y aunque aquéllos ignoren la delación (artículos 757, 783 y 1013 C. C.), no podía desatender la posibilidad de que ninguno se presente a aceptar la herencia, o retarde su aceptación, o que todos la repudien, con lo cual la falta de representante de la sucesión traería un estado de estancamiento económico, a todas luces inconveniente y per-

judicial para los asociados, que el legislador ha querido evitar. Porque la sucesión implica un proceso de liquidación, encaminado a cubrir el pasivo del causante y a distribuir su activo neto, adjudicando a quienes corresponda, mediante el título traslaticio de la partición, los bienes relictos. Son muchas las disposiciones del Código que revelan claramente ese propósito legal de que la sucesión no se estanque, que tienda siempre a liquidarse, para que siga en movimiento productivo la riqueza privada, base de la pública. Por eso, sin perder de vista aquella posibilidad, proveyó el legislador, respecto de la herencia no aceptada dentro de cierto plazo, en una forma similar a la que había adoptado en relación con las personas ausentes, considerando como tales a los herederos que dentro de cierto término no se han presentado a aceptar la herencia o una cuota de ella.

No basta, pues, que, según la definición legal, se considere yacente la herencia no aceptada. Es necesario también, según nuestro código, que el estado de yacencia sea declarado judicialmente para que produzca efectos legales, lo cual en nada se opone a la definición.

Para la Sala es acertado el concepto de que la suspensión de la prescripción en favor de la herencia yacente se cuenta desde la delación, pero siempre sobre la base indispensable de que la yacencia haya sido declarada. El decreto respectivo retrotrae sus efectos al momento de la muerte del causante, como es obvio, desde luego que la no aceptación de aquélla es la base de la declaración. Y eso es precisamente lo que sostiene el Tribunal, con apoyo en la ley y en las citas que trae de los doctores Morales y Giraldo. Este último no ha dicho que la suspensión pueda operar sin declaración judicial de yacencia, como parece insinuarlo el recurrente. En la cita que éste hace de don Fernando Vélez tampoco se encuentra tal afirmación.

El absurdo que el recurrente anota de que "la prescripción se suspendiese cuando la herencia está ya declarada yacente y hay por ende un curador o persona que la defienda y tome medidas para evitar que se consume tal prescripción; y que en cambio estuviese corriendo tal fenómeno extintivo de derechos cuando no hay persona alguna que represente esos bienes y que pueda tomar medidas a fin de evitar dicho perjuicio para el titular de esos derechos", no existe en realidad, o se debe a una simple confusión de términos, pues ya se ha dicho que la yacencia declarada judicialmente produce el efecto de suspender la prescripción desde la delación de la herencia, es decir, durante todo el lapso en que ésta careció de representante y también durante el período en que esté representada por el curador, pero no se puede pretender que el estado de yacencia opere sin decreto que lo declare, porque precisamente es a la declaración de herencia yacente o a la herencia declarada yacente a la que la ley atribuye efectos jurídicos.

La sentencia no ha violado, por tanto, los artículos citados por el recurrente, ni de modo directo, ni por interpretación errónea, ni por aplicación indebida del 1297, y, en consecuencia, se rechaza el cargo.

Tercer cargo.—Violación de ley sustantiva por infracción directa de los artículos 473 y 474 del C. J.

La deduce el recurrente del hecho de haberse declarado vigente, en el fallo de primer grado, el registro de la escritura por la cual el señor Bravo Escobar adquirió el dominio del inmueble objeto de la reivindicación, y de que tal declaración, que quedó en firme por no haber apelado de dicho fallo la parte demandada, significa que tiene toda su eficacia legal ese título escriturario, y conserva toda su validez el contrato que allí consta, lo cual es contrario a la declaración de prescripción que del dominio de la misma finca hizo el Tribunal en favor del demandado Yepes.

Este cargo quedó ya descartado al analizar el fundado en la causal 6ª del artículo 520 del C. J.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, dictada, con fecha 26 de agosto de 1947, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas a cargo del recurrente (artículo 537 C. J.).

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo—**Alfonso Bonilla Gutiérrez**—**Pedro Castillo Pineda**—**Alberto Holguín Lloreda**—**Pablo Emilio Manotas** — **Manuel José Vargas**—**Hernando Lizarralde**, Secretario.

NO SE ADMITE UN RECURSO DE HECHO. — EL DECRETO 003547 DE 1950 ES APLICABLE A TODOS AQUELLOS PROCESOS EN QUE NO HUBIERA SIDO DICTADA AUN SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA CUANDO EL MENCIONADO DECRETO COMENZO A REGIR. — ESTA DISPOSICION NO DESCONOCE DERECHOS ADQUIRIDOS

Para los efectos de la interposición del recurso de casación, el Decreto Nº 003547 de 1950 rige desde la fecha de su expedición, o sea desde el 29 de noviembre de 1950 (artículo 5º ibidem), y por consiguiente es aplicable, en sentir de la Corte, no sólo a los pleitos que se inicien con posterioridad a la fecha, sino también a todos aquellos ya propuestos, en que no se hubiere pronunciado para la referida época la sentencia de segundo grado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre once de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Se decide el recurso de hecho interpuesto por el demandante en contra del auto de once de junio último proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual se negó el de casación que dicha parte había introducido contra la sentencia de 7 de marzo del corriente año, dictada en el juicio ordinario seguido por Aníbal Morales P. contra la sociedad Eduardo L. Gerlein & Co.

El Tribunal negó la casación fundándose en que la cuantía del negocio no alcanza a la suma de diez mil pesos m. c. ($ 10.000.00), lo que hacía improcedente aquélla al tenor de lo estatuído en el artículo 1º del Decreto número 003547 de 1950.

En dos razones apoya el peticionario su reclamo:

1ª Dice que el Tribunal "no tuvo en cuenta que el inciso segundo de la citada disposición contiene dos excepciones a la regla contenida en el primero, a saber: La elevación de la cuantía de $ 5.000.00 a $ 10.000.00 "no se APLICARA" para la procedencia del recurso de casación, para los juicios "QUE ACTUALMENTE ESTEN EN CURSO" (como lo es el de que se trata) y también en aquellos de los mismos en que "YA SE HA DICTADO SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA", esto es, en los juicios en curso (primera excepción) y también de los mismos en que ya se haya dictado la sentencia de segundo grado (segunda excepción)".

2ª Que la norma citada, entendida con el criterio del Tribunal viola los derechos adquiridos por el demandante con la presentación de la demanda.

Se considera:

El artículo 1º del mencionado Decreto dice así: "Elévanse a la suma de diez mil pesos las cuantías de que trata el artículo 519 del Código Judicial sobre procedencia del recurso extraordinario de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los juicios que actualmente estén en curso y en los cuales ya se haya dictado sentencia de segunda instancia".

Es de tan meridiana claridad el texto del inciso 2º de la disposición copiada, que excluye por lo mismo la posibilidad de una interpretación, que en todo caso no conduciría sino a hacerle decir algo distinto de lo que en él perentoria y expresamente se dispone. La que le da el recurrente conduce a descartar su aplicación en todos los negocios que estaban en curso al momento en que entró a regir, porque está en curso tanto el proceso iniciado antes de esa época como aquél en que se hubiere dictado sentencia que no estuviere ejecutoriada. Para los efectos de la interposición del recurso de casación, el mencionado Decreto rige desde la fecha de su expedición, o sea desde el 29 de noviembre de 1950 (artículo 5º ibidem), y por consiguiente es aplicable, en sentir de la Corte, no sólo a los

pleitos que se inicien con posterioridad a esa fecha sino también a todos aquellos ya propuestos, en que no se hubiere pronunciado para la referida época la sentencia de segundo grado.

De otro lado, ¿qué derecho adquirido podía asistirle al recurrente en relación con el recurso de casación contra una sentencia que aún no se había proferido cuando la citada norma comenzó a regir? Absolutamente ninguna, pues apenas existía la mera posibilidad o expectativa de que llegara a interponerlo según que la decisión le fuese o no favorable. Se trataba de una contingencia incierta que escapa a la noción de derecho adquirido. "Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene", ha prescrito categóricamente el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, y mucho menos en tratándose de leyes de procedimiento, que son siempre de orden público, y por consiguiente tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio, mientras no choque con un auténtico y real derecho adquirido.

Ese es el principio que consagra el artículo 1228 del Código Judicial, respecto del cual dijo la Comisión preparadora del Código:

"Siendo las leyes procedimentales disposiciones de orden público, deben aplicarse a las actuaciones pendientes y no dejar que sobrevivan las viejas normas sino en aquello que verdaderamente constituye un derecho adquirido".

Estuvo, por consiguiente, bien denegado el recurso de casación, por lo cual no se admite el de hecho propuesto por medio del memorial precedente, que en tales términos queda resuelto.

Hágase saber al Tribunal Superior de Bogotá lo que aquí se ha decidido.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese.

Arturo Silva Rebolledo — Alfonos Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda — Pablo Emilio Manotas — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, EXCEPTUADA LA PROVISIONAL DE LAS SOCIEDADES PREEXISTENTES A LA VIGENCIA DE LA LEY 28 DE 1932, NO ES OBJETO DE UNA ACCION PRINCIPAL, SINO QUE VIENE SIEMPRE COMO CONSECUENCIA DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO, O DEL DIVORCIO, O DE LA NULIDAD DE AQUEL, O DE LA SEPARACION TOTAL DE BIENES. — ESA LIQUIDACION SE SUJETA SIEMPRE, CON LA EXCEPCION ANOTADA DE LA PROVISIONAL, A LAS DISPOSICIONES PERTINENTES DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE Y EN NINGUN CASO SE EFECTUA POR EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

La liquidación de la sociedad conyugal— exceptuada la provisional que autoriza el artículo 7º de la Ley 28 de 1932 para que las sociedades existentes cuando entró a regir pudieran amoldarse al nuevo régimen patrimonial— no es objeto de una acción directa o principal. Viene siempre como consecuencia de la disolución del matrimonio, o del divorcio, o de la nulidad de aquél, o de la separación total de bienes, que son, todas ellas, causas de disolución de la sociedad (artículos 148, 152, 1821, 1830 y 1832 C. C.).

Con la sola excepción de la provisional del citado artículo 7º, que se tramita por el procedimiento breve y sumario del artículo 1203 del C. J., la liquidación de la sociedad conyugal se sujeta siempre a las disposiciones pertinentes de la sucesión por causa de muerte (artículos 203 y 1821 C. C., 795 y 802 del C. J.).

De suerte que en ningún caso la liquidación de sociedades conyugales se efectúa por el procedimiento ordinario, y no es aceptable que la liquidación definitiva "conlleva necesariamente el procedimiento señalado por la ley para ejercitar las acciones de nulidad de matrimonio o divorcio, de acuerdo con los artículos 782 y 784 del C. J.". Estas acciones se tramitan por la vía ordinaria, según lo disponen expresamente tales artículos, pero ya se ha dicho que la liquidación —consecuencial de ellas— tiene también, por disposición expresa, procedimiento especial, a lo cual puede agregarse que la separación de bienes, que no por ser SIMPLE deja de ser total, no necesita la base de una sentencia de nulidad del matrimonio o de divorcio (artículo 197 C. C.), aunque conlleva, como es obvio, la liquidación definitiva de la sociedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre doce de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

El Tribunal Superior de Bogotá, en auto de 4 de junio último, negó el recurso de casación contra su sentencia de 6 de abril anterior, interpuesto en tiempo hábil por el apoderado del demandado, señor Mario Avella, en el juicio que, sobre separación de bienes, le ha seguido su esposa, señora Julia González de Avella.

Pidió aquél reposición, que le fue negada, y en subsidio copia de las piezas pertinentes para recurrir de hecho ante la Corte, que fue decretada y se le entregó el 16 de julio.

En el escrito anterior, presentado oportunamente junto con la copia referida, el apoderado del demandado funda el recurso de hecho, que la Sala entra a decidir.

Para negar la casación fundóse el Tribunal en dos razones: 1ª Que no se trata de juicio ordinario, pues el demandante, en ejercicio de la facultad que da el último inciso del artículo 799 del C. J., optó por el procedimiento especial; y 2ª Que la sentencia no versa sobre liquidación de la sociedad conyugal sino que decreta simplemente la separación de bienes, para que se proceda a la liquidación por el procedimiento especial que para ello indica el artículo 795 ibidem.

Concluye que, por tanto, no se está en ninguno de los casos de los ordinales 1º y 2º del artículo 519 del código citado.

Replica el recurrente: a) Que lo demandado fue la liquidación definitiva de la sociedad conyugal, no la simple separación de bienes, que fue lo decretado por el Tribunal; b) Que el juicio ha debido tramitarse como ordinario "por tratarse de una disolución de la sociedad conyugal, de acuerdo con los artículos 782 y 784 del C. J. y en consecuencia se estaría ante el numeral 1º del artículo 519 ibidem que trata de las sentencias pronunciadas en juicio ordinario o que asuman tal carácter"; y 3º Que "la simple separación de bienes no disuelve por sí misma la sociedad conyugal como en el caso de la liquidación definitiva de la misma, según lo dispone el artículo 179 del C. C. y la separación de bienes puede ser parcial o definitiva de acuerdo con la acción invocada por el demandante", y éstas "tienen procedimientos especiales determinando (sic) taxativamente por la ley, la primera en virtud de lo dispuesto en el artículo 8º de la ley 28 de 1932 y la segunda reglamentada en el título XX del Libro 2º del Código Judicial", de todo lo cual resulta que en ninguno de esos códigos "se establece un procedimiento sumario para la tramitación de la demanda sobre liquidación definitiva de la sociedad conyugal", por lo cual "hay que aplicar el principio general que toda acción judicial debe tramitarse por el procedimiento ordinario, a menos que la misma ley establezca un procedimiento especial".

La Sala considera: Parece que el recurrente no sólo se sale de la cuestión debatida, desviándose hacia temas inconducentes, sino que incurre en confusiones de derecho y de procedimiento.

La liquidación de la sociedad conyugal —exceptuada la provisional que autoriza el artículo 7º de la ley 28 de 1932 para que las sociedades existentes cuando entró a regir pudieran amoldarse al nuevo régimen patrimonial— no es objeto de una acción directa o principal. Viene siempre como consecuencia de la disolución del matrimonio, o del divorcio, o de la nulidad de aquél, o de la separación total de bienes, que son, todas ellas, causas de disolución de la sociedad (artículos 148, 152, 1821, 1830 y 1832 C. C.).

Y también con la sola excepción de la provisional del citado artículo 7º, que se tramita por el procedimiento breve y sumario del artículo 1203 del C. J., como el recurrente lo reconoce, la liquidación de la sociedad conyugal se sujeta siempre a las disposiciones pertinentes de la sucesión por causa de muerte (artículos 203 y 1821 C. C., 795 y 802 del C. J.).

De suerte que en ningún caso la liquidación de sociedades conyugales se efectúa por el procedimiento ordinario, como lo pretende el recurrente, no obstante citar él la regla terminante del artículo 734 del C. J., según la cual el procedimiento ordinario se sigue "cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario".

No es aceptable que la liquidación definitiva "conlleva necesariamente el procedimiento señalado por la ley para ejercitar las acciones de nulidad de matrimonio o divorcio, de acuerdo con los artículos 782 y 784 del C. J.". Estas acciones se tramitan por la vía ordinaria, según lo disponen expresamente tales artículos, pero ya se ha dicho que la liquidación — consecuencial de ellas— tiene también, por disposición expresa, procedimiento especial, a lo cual puede agregarse que la separación de bienes, que no por ser simple deja de ser total, no necesita la base de una sentencia de nulidad del matrimonio o de divorcio (artículo 197 C. C.), aunque conlleva, como es obvio, la liquidación definitiva de la sociedad.

Teniendo ésta señalado el procedimiento especial de la sucesión por causa de muerte, a nada conduce la discusión de que en el caso sub judice lo demandado fue liquidación definitiva y no simple separación. Lo importante es saber, como se sabe a ciencia cierta, que ambas acciones se tramitan por reglas especiales, de modo que no puede hablarse, en el presente juicio, de sentencia pronunciada en ordinario o que hubiera asumido ese carácter, ni tampoco de sentencia aprobatoria de la liquidación y partición de la sociedad conyugal Avella-González, actos que aún no se han cumplido, como que apenas se ha decretado la separación de bienes, de la cual la liquidación y partición serán consecuencia.

Tampoco puede acogerse la afirmación del recurrente de que "la simple separación de bienes no disuelve por sí misma la sociedad conyugal como en el caso de liquidación definitiva de la misma...". Ya se ha dicho que la llamada simple separación de bienes es una separación total de éstos (artículo 203 C. C.) y, por tanto, causa de disolución de la sociedad (ordinal 3º del artículo 1820 C. C.). La liquidación no es causa sino consecuencia de la disolución.

Por lo expuesto, la Sala no admite el recurso de hecho expresado, por estimar que estuvo bien denegado el de casación.

Comuníquese al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

Arturo Silva Rebolledo — Alfonso Bonilla—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DECLARATIVA DE HABER ADQUIRIDO EL DOMINIO DE UNOS INMUEBLES POR MEDIO DE LA PRESCRIPCION — LA ENUNCIACION DE LOS HECHOS POR EL DEMANDANTE EN EL LIBELO Y SU ACEPTACION POR EL DEMANDADO EN LA CONTESTACION, CONSTITUYEN CONFESIONES EN CUANTO ELLOS PUEDAN PERJUDICAR AL UNO O AL OTRO, RESPECTIVAMENTE — REQUISITOS PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCION DE CORTO TIEMPO RECONOCIDA POR LA LEY 200 DE 1936

1—La enunciación de los hechos en que se apoya la demanda, no solamente constituye una exigencia imperativa a cargo de quien ocurre ante los Tribunales en demanda de justicia conforme a los preceptos de los artículos 205 y 737 del C. J., sino que la afirmación de los mismos por el demandante en lo que puedan perjudicarle, o su aceptación por el demandado, en la contestación de la demanda, en los mismos términos, implican otras tantas confesiones, siempre que los hechos en cuestión sean legalmente demostrables por ese medio probatorio. Es, entre otras, por esta razón, por lo que la Corte ha sóstenido invariablemente que la demanda, peticiones y hechos de la misma constituyen de una manera especial un todo que fija las bases del litigio, determina las posiciones de las partes e inviste al Juez del poder necesario para decidir, dentro de las cuestiones que se pidieron, los hechos que se aceptaren y las pruebas producidas. El proceso no es un sistema de sorpresas, sino un ordenamiento claro, lógico y público entre las partes, que permita al juzgador una decisión "en consonancia con la demanda y demás pretensiones oportunamente deducidas por la parte" (art. 471 del C. J.).

2—Las disposiciones de los artículos 471 y 472 del C. J. no entrañan un precepto sustantivo que garantice un derecho de tal naturaleza, que pueda ser objeto de violación en una sentencia. Son normas de conducta a las cuales debe ceñirse el Juez, pero que no dan base para un cargo en casación, en caso de que no se hubieran tenido en cuenta.

3—Para que tenga lugar la prescripción especial de que habla el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, son necesarias estas condiciones:

1º—Que la posesión se ejercite de acuerdo con el artículo 1º, o sea mediante la explotación económica del suelo;

2º—Que exista en el poseedor la creencia fundada de que no hay más dueño del terreno que el Estado y que, por lo mismo, el verdadero dueño no se haya apersonado a ejercer actos de dominio, a significarle por medio de requerimientos o por medio de acciones de lanzamiento o posesorias que existe un derecho anterior que es necesario respetar;

3º—Que la posesión del presunto prescribiente no abarque la reserva de otra explotación;

4º—Que el globo de terreno del cual forma parte el poseído, no esté o haya estado demarcado con cerramientos artificiales, ni existan señales inequívocas de propiedad particular;

5º—Que todo el terreno materia de la prescripción esté cultivado o aprovechado con trabajos agrícolas, industriales o pecuarios y que se haya poseído quieta y pacíficamente durante cinco años contínuos; y

6º—Que el dueño del terreno del cual haga parte el que se pretende prescribir, no sea absolutamente incapaz o menor adulto.

La salvedad establecida por la última parte del artículo, en contra de la presunción

de buena fé, y que fue introducida por la comisión del Senado como modificación al proyecto originario que no la traía, es de incalculable trascendencia, porque es indiscutible que con la presunción general establecida por el artículo 2º de la Ley, de que las tierras incultas se consideran baldías, y, por otra parte, con la presunción escueta a favor de quien las entra a poseer de buena fe, se crearía un grave problema con respecto a quienes ocupen con cultivos tierras ajenas.

4—La prescripción ordinaria del Código Civil exige justo título y buena fe y una posesión material de diez años; la prescripción extraordinaria establecida en el propio Código Civil, requiere simplemente la posesión treintenaria; y la señalada por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, la posesión material por sólo veinte años, aún sin buena fe, en ambos casos. En cambio, la prescripción especialísima de la Ley 200 de 1936, exige buena fe y una posesión material de sólo cinco años.

Por esto, dice el artículo 12 de la mencionada Ley 200: "Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno está o ha estado demarcado por cerramientas artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre trece de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto por Tomás Córdoba, en el ordinario sobre declaración de pertenencia seguido por él contra Roberto Pastrana y otros.

Antecedentes:

Ante el Juez Civil del Circuito de Pitalito, en el Departamento del Huila, Tomás Córdoba presentó demanda ordinaria contra Roberto Pastrana y otros, para que se declare que el primero de los nombrados, "tiene a su favor la posesión extraordinaria adquisitiva de dominio de bienes raíces", relativa a ciertos inmuebles, que determina por su situación y linderos; que, en consecuencia, el demandante ha adquirido su dominio por prescripción. En subsidio, pide se decida que es propietario de los mismos inmuebles, por haberlos ganado por prescripción de corto tiempo, en los términos que contempla el artículo 12 de la ley 200 de 1936.

Los hechos en que apoya sus pretensiones, pueden sintetizarse así:

Lote de "La Resaca"

En relación con el lote de este nombre, afirma que su antecesor en el dominio entró allí a poseerlo desde el mes de febrero de mil novecientos diez y nueve y en consecuencia, a realizar cultivos, tales como sementeras de plátano, yuca, maiz, arracacha, de pastos para el pastoreo del ganado y plantaciones de caña de azúcar, haciendo además, cerramientos para su mejor utilización, y que antes de esa época, el terreno no había sido objeto de explotación económica. Que iniciada así la posesión del suelo, su dueño lo enajenó a dos individuos, en lotes separados, quienes continuaron poseyéndolos, viniendo luego uno de éllos a ser dueño exclusivo de las dos porciones que vendió al demandante, con posterioridad al año de mil novecientos veintiocho, quedando el comprador como único propietario, y que consta ha continuado su posesión y cultivo hasta la fecha.

Lote de "Vegagrande"

Que el lote de "Vegagrande" lo poseía para el mes de enero de mil novecientos veinte, el señor José Rodríguez, con cultivos de café, cacao, plátano, maiz, yuca, pastos ganados, con casa de habitación, que luego continuó en élla Cándido Rodríguez hasta el año de mil novecientos veintinueve, época en que transfirió su propiedad al demandante, quien desde entonces ha venido explotándolo económicamente sin solución de continuidad.

Que hace parte de los predios de 'La Resaca' y 'Vegagrande', 'un mangón de sabana', que dice ha venido explotando con ganados.

Lote de "Los Gavilanes" y la casa

Que el predio de 'Los Gavilanes' lo ha poseído desde mil novecientos veintitrés, y a partir de

entonces, ha venido ensanchando sus plantaciones y, por último, que la zona de la casa la viene ocupando como señor y dueño desde mil novecientos veintiseis, fecha de su compra a Marcelo Polanía. Su vendedor venía poseyendo allí en los mismos términos desde mil novecientos veintidós.

Que en los diversos fundos que se dejan designados, ha venido realizando su explotación económica, sin interrupción, desde las fechas indicadas, con cultivos de diversas clases, y los ha poseído quieta, pacífica y tranquilamente, y que a su posesión agrega las de sus antecesores en el dominio.

Que, no obstante no tener título inscrito sobre las propiedades en cuestión, las ha relacionado en el Catastro Municipal para los efectos del pago de la contribución predial, que ha cubierto desde hace más de ocho años. Todo lo cual —dice— lo habilita para solicitar la declaración de pertenencia que demanda.

Señala cómo disposiciones que amparan su derecho, los artículos 778 y 2512 del C. C., artículo 1º de la ley 50 de 1936, artículos 1º al 5º de la ley 120 de 1928 y 12 de la ley 200 de 1936.

Corridos los traslados respectivos y designado un curador ad litem para los demandados ausentes o desconocidos, se contestó la demanda por los interesados, negando los hechos y el derecho alegado.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento dictó fallo con fecha tres de julio de mil novecientos cuarenta y seis, en el cual declara probada la excepción de ineptitud sustantiva de la acción propuesta, apoyado en que para la fecha de la notificación de la demanda, ya se había efectuado la partición material del indiviso de "Saladoblanco", al cual pertenecen los predios o zonas de terreno cuya declaración de pertenencia se solicita y que, en consecuencia, no era legal la litis consorcio pasiva. Que ha debido demandarse separadamente a cada uno de los individuos que como adjudicatarios, disputan la propiedad de esas tierras.

La sentencia recurrida

Apelada la providencia anterior, el expediente fue enviado al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el cual por sentencia de fecha diez y seis de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, consideró necesario modificar la parte resolutiva de la sentencia que se revisa, con el objeto de declarar pura y simplemente que se absuelve a los demandados de los cargos de la demanda, por no haber adquirido el demandante por prescripción extraordinaria, ni por la especial que señala el artículo 12 de la ley 200 de 1936, el derecho de dominio de los lotes determinados en la misma. Sin costas.

De este fallo, interpuso en tiempo el demandante recurso de casación. El juicio ha tenido ante la Corte, la tramitación de rigor; en oportunidad se fundó el recurso y el opositor presentó las alegaciones que considera pertinentes en defensa de su cliente.

El Tribunal estudia la demanda y demás piezas del proceso y encuentra que el actor se acoge al artículo primero de la ley 50 de 1936, que redujo a veinte años el término de la prescripción extraordinaria. Determina los efectos de tal disposición en presencia del artículo 41 de la ley 153 de 1887, para concluir que, apoyándose el demandante en lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 50, la prescripción de veinte años que este precepto reconoce, no puede contarse sino a partir del diez y ocho de mayo de mil novecientos treinta y seis, fecha en que, de acuerdo con las disposiciones del C. P. y M., se entiende promulgada tal disposición, dado el día de su inserción en el Diario Oficial y como de mil novecientos treinta y seis a mil novecientos cuarenta y cuatro, fecha de la notificación de la demanda, no han transcurrido los veinte años exigidos para la prescripción señalada en la ley 50, concluye negando la declaratoria de pertenencia por la prescripción, que se invoca.

Agrega, que por otra parte, no sería posible declarar la prescripción extraordinaria que indican los artículos 2531 y 2532 del Código Civil, porque el actor no demostró la posesión treintenaria, exigida en tales preceptos, para adquirir la propiedad por este medio, ni indicó entre los hechos de la demanda, el haber poseído en los términos de la ley durante tal espacio de tiempo.

Se refiere luégo a la acción subsidiaria de prescripción adquisitiva del dominio, en las condiciones señaladas en el artículo 12 de la ley 200 de 1936, y observa que el mandato en cuestión establece una prescripción adquisitiva del dominio en favor de quien, creyendo de buena buena que se trata de tierras baldías, posea en los tér-

minos señalados en el artículo 1º de dicha ley, durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada, no explotados por su dueño en la época de la ocupación, ni comprendidos dentro de las reservas de explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo precepto.

Dice que "es muy sencillo comprender a la luz de algunos de los documentos que se encuentran en el proceso, que el demandante Córdoba, al proponer su demanda, tenía pleno conocimiento de que los predios sobre los cuales pretende haber ganado la propiedad por prescripción, eran de propiedad particular desde tiempos remotos. En efecto, dice, en el cuaderno 2º, corre la escritura número 556 otorgada en el Circuito de Pitalito el 14 de noviembre de 1944, escritura por medio de la cual se protocolizó el juicio de división de las zonas de terreno denominadas "La Palma", "Las Mercedes", "Pedregal", "Confite", comprendidas en jurisdicción del Corregimiento de Saladoblanco, del Municipio de Elías; y que viene allí incluída copia de la hijuela de adjudicación que en la misma liquidación se le hizo a la comunera Cristina Polanía, y que al contestar el traslado sobre las excepciones dilatorias propuestas por esta demandada, hace referencia el actor a los títulos de propiedad que la señalaban como sucesora de Pedro Polanía, lo que demuestra —dice— que Córdoba tenía conocimiento de la titulación que amparaba la propiedad privada de sus demandados en dichas tierras. No podía, pues —concluye— tener la creencia de que ocupaba tierras baldías.

Anota también el Tribunal, que en la inspección ocular practicada por el Juez de instancia, se reconocieron vestigios inequívocos de cerramientos con muros de piedra practicados desde tiempo inmemorial sobre las mencionadas propiedades.

Estas consideraciones y el examen detallado de las pruebas aducidas, que analiza con detenido empeño el Tribunal, lo llevó a decidir que no era el caso de hacer las declaraciones de pertenencia impetradas sobre adquisición por prescripción de determinados terrenos del partido de Saladoblanco; reformando, en consecuencia, la sentencia de primera instancia, para expresar simplemente que el demandante no ha adquirido por prescripción extraordinaria, ni por la que reconoce el artículo 12 de la ley 200 de 1936, las tierras que menciona su demanda. Absolvió, en consecuencia, a los demandados de todos los pedimentos propuestos.

El recurso

Contra la sentencia anterior, interpuso el demandado, en tiempo, recurso de casación para ante la Corte. Recibidos los autos en la oportunidad procesal debida, se admitió y corridos los traslados de ley, se encuentra el proceso para dictar sentencia, lo cual procede la Sala a realizar, teniendo en cuenta lo que pasa a expresarse.

Las causales de casación alegadas

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal de Neiva, por la causal contenida en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., y desarrolla sus reparos en cuatro acápites, de los cuales los tres primeros se refieren a la petición principal de la demanda, y el último a la subsidiaria.

Los términos empleados por el actor, son del tenor siguiente: "Invoco —dice— la causal del numeral 1º, inciso segundo del artículo 520 del C. J., pues la sentencia es violatoria de ley sustantiva por infracción directa y por aplicación indebida, procedente de la falta de apreciación de las pruebas producidas por la parte demandante en la segunda instancia. A su vez, la falta de apreciación de esas pruebas, procedió de un error en la interpretación de la demanda.

De sus fundamentos, toma la Corte lo siguiente: "La sentencia —dice— viola directamente los artículos 778, 2512, 2531 y 2532 del C. C., invocados como fundamentos de derecho en la demanda. La violación es clara porque el demandante demostró suficientemente, como puede verse en el cuaderno de pruebas de la segunda instancia, que poseyó los terrenos sobre los cuales invoca la declaratoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, por el término de treinta años, y a pesar de esto, el fallo no reconoció esa prescripción, sino que, por el contrario, declaró que el demandante no tiene adquirido el derecho de dominio por prescripción extraordinaria".

A continuación agrega: "Este motivo es suficiente por sí solo para que la H. Corte deba casar la sentencia en estudio, pues está fundado en la falta de apreciación de elementos probatorios que obran en el proceso y que fueron producidos legal y oportunamente, y así, su parte resolutiva supone que el hecho demostrado de la posesión por treinta años no hubiera sucedido, o que tal posesión probada por treinta años sea ajena al

elenco de la litis, errores evidentes: de hecho el primero y de derecho el segundo".

Se considera:

El juzgador de segundo grado, teniendo en cuenta que toda decisión judicial que se pronuncie, habrá de recaer sobre las peticiones de la demanda y se apoyará necesariamente sobre los hechos que en ella se enumeran y que el demandante propone como fundamento del derecho que alega, y en atención a los propuestos como base del litigio y el derecho invocado, tomó la demanda base del pleito como una acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, apoyada en el artículo 1º de la ley 50 de 1936, que redujo a veinte años el término de la prescripción extraordinaria, lo que lo llevó a decidir que, dada la regla señalada en el artículo 4º de la ley 153 de 1887, al invocar el demandante el nuevo término de prescripción, éste no podía contarse sino a partir de la vigencia del nuevo precepto, el cual entró a regir el 18 de mayo de 1936, y como desde tal fecha a la en que se propuso el litigio, no habían transcurrido los veinte años señalados para ganar por prescripción el dominio de los bienes que se pretende, decidió el pleito declarándolo así.

Pero no obstante ello, no tuvo inconveniente en "entrar a estudiar las pruebas traídas —dice la sentencia— para establecer si se ha cumplido en el demandante Córdoba el lapso de prescripción treintenaria".

De tal manera que, al dar por sentado que hubo error en la interpretación de la demanda, éste no influiría en definitiva en la solución del proceso, por haber entrado el Tribunal al fondo de la cuestión y estudiado también la prescripción treintenaria, que no encontró, por lo demás, demostrada.

La Sala considera que no hubo error evidente de hecho en la interpretación expresada, en la cual coincidieron Juez y Tribunal, error que sería el requerido para casar el fallo, si ello hubiera dado origen a la no apreciación de las pruebas que, como se dijo, estudió y comentó el Tribunal.

En efecto, el juzgador partió de la base de que los pedimentos del demandante hay que estimarlos como el límite de sus pretensiones y tomarlos en relación con los hechos que enumera en apoyo de los mismos.

Se observa que son cuatro los lotes sobre los cuales se aspira a obtener la declaración de pertenencia, y con respecto a la posesión de cada uno de ellos, se anota por el actor en su pedimento inicial:

I. Lote de "La Resaca" y "Vegagrande". Sobre tal bien se dice en la demanda:

"a) Que el señor Laureano Alvarado ocupó el lote conocido con el nombre de La Resaca, o sea el que se ha señalado con la letra a) en la primera de las cláusulas petitorias de la demanda;

"b) Que en el mes de febrero del año de 1919 el nombrado señor Alvarado entró a trabajar en el terreno de que se trata, el cual no había sido objeto de explotación económica".

Allí se ve, por la propia manifestación del demandante, que antes de 1919 no se había efectuado allí ninguna explotación económica, y como éste es requisito indispensable para obtener por prescripción el dominio de un bien raíz, no era posible pensar que se buscara la declaratoria de prescripción treintenaria. Es de anotar que en el inciso c) de los mismos hechos de la demanda, expresa el actor que, iniciada en dicha época (1919) la explotación, ésta ha sido sucesiva. De 1919 a 1944, en que se notificó la demanda, van corridos veinticinco años; no podía, pues, referirse tal hecho a una prescripción treintenaria.

II. Con respecto al lote de "Vegagrande", hace constar en los mismos hechos de la demanda:

"e) El lote de Vegagrande que hace parte también de la letra a) ya mencionada, lo poseía en el mes de enero de 1920 el señor José Rodríguez, con cultivos de café, cacao, plátano, maíz, yuca, arracacha, fríjol y pastos artificiales ocupados con ganados y casa de habitación de bahareque y paja, finca que posteriormente poseyó Cándido Rodríguez hasta el año de 1929, época en la cual le vendió el mencionado lote de Vegagrande a mi poderdante, quien desde esa época ha venido poseyéndolo y explotándolo económicamente, sin solución de continuidad hasta el presente".

Como es de notar, en este hecho, el propio demandante es quien está diciendo que el origen de su posesión allí, parte del año de 1920 y por consiguiente, para la fecha de la notificación de la demanda, apenas han podido transcurrir veinticuatro años.

III. En relación con los inmuebles de "Casposo", etc., si bien no expresa el demandante, con claridad, cuándo iniciaron su posesión sus antecesores en el dominio, en el memorial de pruebas dice su apoderado que la posesión se principió por el presribiente desde 1922.

IV. En relación con el lote de la casa, se dice en los mismos hechos de la demanda, que el actor entró a poseer allí desde el año de 1926, en que lo hubo por compra a Marcelo Polanía, quien había iniciado su posesión desde 1922.

Es verdad que en la parte petitoria de la acción instaurada, se habla simplemente de la "prescripción extraordinaria", mas entre los hechos, además de lo comentado, se dice en el aparte n): "que la posesión que ha venido ejerciendo mi poderdante sobre los inmuebles que son objeto de la presente acción, la ha llevado a cabo en forma tranquila y no interrumpida, por un lapso mayor de veinte años". Y sí es de notar que el lapso de treinta años, estaría comprendido en la expresión "mayor de veinte años", es lo cierto que no sólo esta circunstancia, sino el examen de las fechas señaladas como iniciales de la posesión y de otras piezas del proceso, llevaron al Tribunal a considerar que el actor demandaba la declaración de pertenencia por prescripción de veinte años, apoyado en el artículo 1º de la ley 50 de 1936, que cita, por lo demás, como uno de los fundamentos de derecho de la acción incoada. Y si es verdad, que esta cita no pudiera ser óbice para el reconocimiento de una prescripción extraordinaria de treinta años, no es menos evidente que el libelo de demanda está indicando, dados los hechos propuestos, que entrañan una confesión del actor, que la acción seguida es la de declaratoria de prescripción por la posesión y explotación económica como dueño, por el término señalado en el artículo 1º de la memorada ley 50; y que al tenor del artículo 41 de la ley 153 de 1887, este término de prescripción no podía contarse sino a partir de la fecha en que la nueva ley empezó a regir.

La enunciación de los hechos en que se apoya la demanda, no solamente constituye una exigencia imperativa a cargo de quien ocurre ante los Tribunales en demanda de justicia, conforme a los preceptos de los artículos 205 y 737 del C. J., sino que la afirmación de los mismos por el demandante en lo que puedan perjudicarle, o su aceptación por el demandado, en la contestación de la demanda, en los mismos términos, implican otras tantas confesiones, siempre que los hechos en cuestión sean legalmente demostrables por ese medio probatorio. Es, entre otras, por esta razón, por lo que la Corte ha sostenido invariablemente, que la demanda, peticiones y hechos de la misma constituyen de una manera especial, un todo que fija las bases del litigio, determina las posiciones de las partes e inviste al Juez del poder necesario para decidir, dentro de las cuestiones que se pidieron, los hechos que se aceptaron y las pruebas producidas. El proceso no es un sistema de sorpresas, sino un ordenamiento claro, lógico y público entre las partes, que permita al juzgador una decisión "en consonancia con la demanda y demás pretensiones oportunamente deducidas por la parte" (artículo 471 del C. J.).

Pero hay algo más, que justifica la interpretación del Tribunal. En el alegato de bien probado de primera instancia, después de comentar el demandate que demostró su posesión por más de veinte años, observa que la ley 50 de 1936 redujo a ese lapso el de la prescripción extraordinaria del dominio de bienes raíces, que establece el Código Civil.

En segunda instancia, se quiso darle un nuevo giro a la cuestión, y es allí donde por primera vez en el proceso se habla de la prescripción treintenaria.

Lo dicho hasta aquí, es suficiente para rechazar el cargo por error de hecho en la interpretación de la demanda, ya que no aparece justificado un error evidente en su interpretación.

Cargo b) — Acusa también el demandante la sentencia en estudio, por violación de los artículos 778, 2512, 2531 y 2532 del Código Civil, por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, porque sostiene se demostró la prescripción treintenaria y, sin embargo, no la reconoció el Tribunal.

Se considera:

Establecido como se halla en el examen del cargo anterior, que el demandante, entre los dos términos de prescripción extraordinaria, el señalado por el Código Civil (artículo 2532), y el designado en el artículo 1º de la ley 50 de 1936, se acogió a este último mandato, haciendo uso de la facultad de elegir que al prescribiente le otorga el artículo 41 de la ley 153 de 1887, con el consiguiente fracaso de la acción instaurada, ya que el nuevo término de prescripción, como ya se dijo, se empieza a contar desde la fecha de la vigencia de la nueva ley en adelante y, por tanto, no ha transcurrido el término necesario para que empiece a operar. Sobraría, pues, estudiar el reparo, dado que el demandante se acogió al nuevo precepto.

Por lo demás, la acusación estaría mal formu-

lada, pues no se señalaron las pruebas mal apreciadas y el concepto en que lo fueron.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo c)—Se sostiene, de igual manera, que la sentencia es violatoria de los artículos 471, inciso final, y 472 del C. J., porque el juzgador desestimó el sentido claro y preciso de las peticiones de la demanda, llevándolo a hacer innocuo e inoperante el procedimiento, olvidando que el objeto de éste es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva y que con ese criterio han de aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a pruebas de los hechos.

Dice que se falló sobre una acción, que hipotéticamente se consideró fundada en el artículo 1º de la ley 50 citada, cuando en realidad se apoya en las disposiciones del C. C. sobre prescripción extraordinaria.

Agrega también, que se violó el artículo 41 de la ley 153 de 1887, que da al prescribiente en el caso, el derecho de elegir entre la prescripción de la ley anterior y la posterior.

Se considera:

El artículo 471 del C. J. establece las condiciones de forma para la redacción de las sentencias, que deben tener en la parte motiva "una relación concisa en que consten los nombres y domicilio de las partes y el objeto del pleito, las pruebas de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que han de resolverse", etc.

El artículo 472 del C. J., a la vez, traza normas que deben tenerse en cuenta por el Juez, ya que "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva".

Tales disposiciones, que no fueron desconocidas por el juzgador, no entrañan un precepto sustantivo que garantice un derecho de tal naturaleza que pudiera haber sido violado. Son normas de conducta a las cuales debe ceñirse el Juez, pero que no dan base para un cargo en casación, en caso de que no se hubieran tenido en cuenta que, por lo demás, lo fueron.

El Tribunal vio, por los términos muy explícitos de la demanda, que el actor, haciendo precisamente uso del derecho de elegir entre la ley de prescripción antigua y el nuevo estatuto sobre la materia, que se adoptó el último, que lo condujo por su inoperancia al fracaso de la acción.

Y aun cuando, según la regla de hermenéutica, relativa a los contratos, que puede serlo también de la demanda, ha de preferirse el sentido de una petición en que pueda producir algún efecto, y no aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno, no es menos cierto que fue tan reiterada y explícita la manifestación del actor de acogerse al término de prescripción de la ley 50, que la Corte no encontró error en la forma como lo entendió el Tribunal, ni menos un error evidente que diera lugar a casar el fallo. Lo expresado en la demanda, fue corroborado por otros elementos del proceso. Así, en el alegato de primera instancia, dice el apoderado del demandante.

"La ley 50 de 1936, en su artículo primero, redujo a veinte años el término de las prescripciones de treinta que traía el C. C.", etc.

Y más adelante agrega: "...y en fin, ha ejecutado por un espacio mayor de veinte años todos los actos que ejecuta el verdadero dueño de una finca raíz, como señor y dueño, razón más que suficiente para que el señor Juez le dé a Tomás Córdoba el título de propiedad".

Por último, no puede decirse, dados los términos de la demanda, complementados por los memoriales en que se pidieron pruebas en la primera instancia y el alegato de conclusión, que el demandante se acogiera a la prescripción treintenaria establecida en el Código Civil. El Tribunal entendió que el señor Córdoba eligió el término de prescripción de veinte años, expresados en el artículo 1º de la ley 50 de 1936, luego no se violó el derecho a elegir de que habla la ley 153 de 1887. El juzgador respetó, precisamente, la determinación del demandante. Fue sólo en la segunda instancia cuando se pretendió enderezar el litigio hacia la prescripción treintenaria.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo d) — Finalmente, el recurente ataca la sentencia por violación del artículo 12 de la ley 200, por cuanto el Tribunal dejó de reconocer —dice— la prescripción especial de cinco años, autorizada por tal disposición y propuesta como acción subsidiaria en la demanda.

Manifiesta que el Tribunal afirma que no aparece establecida la buena fe en la creencia de que, al ocupar Córdoba las tierras que demanda, lo hubiera hecho en la convicción de ser baldíos de la Nación, pues se opone a ello el reconocimiento de vestigios de cerramientos, que se hallaron en la inspección ocular practicada en los

predios materia de la litis, porque el demandante tenía conocimiento de la existencia de títulos de propiedad, como son los referentes a los otorgados por la señora Polanía.

Estudia estas dos pruebas, para concluir que carecen de mérito legal para enervar la acción de prescripción reconocida por el mencionado artículo 12, cometiéndose error en su apreciación.

Se considera:

Para que tenga lugar la prescripción especial de que habla el artículo 12, son necesarias estas condiciones:

1º Que la posesión se ejercite de acuerdo con el artículo 1º, o sea mediante la explotación económica del suelo;

2º Que exista en el poseedor la creencia fundada de que no hay más dueño del terreno que el Estado y que, por lo mismo, el verdadero dueño no se haya apersonado a ejercer actos de dominio, a significarle por medio de requerimientos o por medio de acciones de lanzamiento o posesorias, que existe un derecho anterior que es necesario respetar;

3º Que la posesión del presunto prescribiente no abarque la reserva de otra explotación;

4º Que el globo de terreno del cual forma parte el poseído, no esté o haya estado demarcado con cerramientos artificiales, ni existan señales inequívocas de propiedad particular;

5º Que todo el terreno, materia de la prescripción, esté cultivado o aprovechado con trabajos agrícolas, industriales o pecuarios y que se haya poseído quieta y pacíficamente durante cinco años continuos; y

6º Que el dueño del terreno del cual haga parte el que se pretende prescribir, no sea absolutamente incapaz o menor adulto.

La salvedad establecida por la última parte del artículo en contra de la presunción de buena fe, y que fue introducida por la comisión del Senado como modificación al proyecto originario que no la traía, es de incalculable trascendencia porque es indiscutible que con la presunción general establecida por el artículo 2º de la Ley de que las tierras incultas se consideran baldías y, por otra parte, con la presunción escueta a favor de quien las entra a poseer de buena fe, se crearía un grave problema con respecto a quienes ocupen con cultivos tierras ajenas.

En el señor Córdoba no pudo existir de buena fe la creencia de que, al adquirir de manos de algunos colonos tierras en la región de Saladoblanco, lo hacía en baldíos de la Nación, porque a ello se oponían dos circunstancias: que dentro de uno de los globos de tierra de los demandados en declaración de pertenencia y a inmediaciones de los otros, algunos de los cuales son colindantes entre sí, existen unos cimientos o cercos de piedra antiquísimos, construídos para impedir el paso de ganados, que demuestran que con anterioridad a la presencia de Córdoba en tales terrenos, ya habían sido poseídos por particulares. Esto lo corroboran dos de los testigos de la inspección ocular, quienes relatan que aquellas vallas o muros de piedra fueron levantados por el señor Polanía hace muchos años, y que en sus inmediaciones existía la casa de habitación de tal señor.

Estas señales inequívocas de propiedad particular en el fundo, hacen desaparecer la buena fe en la creencia de que las tierras fueran ocupadas por Córdoba o sus antecesores como baldíos de la Nación.

En la inspección ocular se presentó la escritura 284 de 25 de diciembre de 1922, por la cual Juan Trujillo y Cristina Polanía venden a varios individuos, entre ellos a José Rodríguez, derechos en la comunidad de "Yarumos" y "Saladoblanco", por los linderos determinados allí; también se presentó por parte de Córdoba, un documento privado que hace referencia a dicha venta y donde aparece que el padre del comprador Rodríguez le transfiere ciertos cultivos y derechos en el mismo predio. Todo lo cual está indicando su condición de tierras de propiedad particular, que hacían imposible la buena fe al entrar a poseerlas considerándolas baldíos no explotados por su dueño en la época en que se inició la ocupación.

La prescripción ordinaria del Código Civil exige justo título y buena fe y una posesión material de diez años; la prescripción extraordinaria establecida en el propio Código Civil, requiere simplemente la posesión treintenaria, y la señalada por el artículo 1º de la ley 50 de 1936, la posesión material por sólo veinte años, aún sin buena fe, en ambos casos; en cambio, la prescripción especialísima de la ley 200, exige buena fe y una posesión material de sólo cinco años.

Por esto, dice el memorado artículo 12: "Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales

inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular".

Los cercos de piedra y los vestigios de las edificaciones en cuestión, son una señal inequívoca, de la cual aparece que allí hubo propiedad particular, y no es menos significativa la prueba del conocimiento de que las zonas de terreno ocupadas por Córdoba, pertenecían a una comunidad, dados los documentos presentados por el propio demandante.

Todos estos indicios vienen a destruir la presunción del artículo 2 de la Ley de Tierras, de ser baldíos aquellos inmuebles, desapareciendo la buena fe necesaria en la prescripción de corto tiempo, que señala el artículo 12 de la misma ley

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

SENTENCIA

Por las anteriores razones, 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 Neiva, de fecha diez y seis de mayo de mil novecientos cuarenta y siete.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Silva Rebolledo — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda — Pablo Emilio Manotas — Manuel José Vargas.—El Secretario, Hernando Lizarralde.

ACCION REIVINDICATORIA — APORTE DE BIENES INMUEBLES A UNA SOCIEDAD

La prueba del dominio en el demandante es uno de los requisitos indispensables para la prosperidad de la acción reivindicatoria y cuando ésta versa sobre un inmueble, aquella prueba, necesaria y legalmente tiene que consistir en la escritura pública debidamente registrada (artículo 630 del C. J.), que acredite el derecho de propiedad en cabeza del reivindicante, ya que con ella, y sólo con ella, demuestra que por ese medio legal — la tradición — radica en él la condición de dueño alegada en la demanda.

Y el aporte en propiedad de bienes inmuebles a una sociedad entraña una enajenación que debe constar y ser hecha por medio de escritura pública, debidamente inscrita en el respectivo libro de registro de instrumentos públicos. Sólo así adquiere eficacia legal el aporte y se verifica la tradición del dominio del inmueble (artículos 749, 756, 1500, 1760, 2577 y concordantes del C. C.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre diez y ocho de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Efraín Barreneche, hablando como socio administrador de la compañía "Barreneche Hermanos", domiciliada en Yolombó, propuso ante el Juez del Circuito de Santo Domingo juicio ordinario contra María Cardona v. de Osorno, María, Juan Bautista, José, Emilia, Ana, Zoila y Pablo Osorno Cardona, para que en sentencia definitiva se declare que la referida sociedad es propietaria del inmueble alinderado en la súplica primera de la demanda y que los demandados están obligados a restituírle a la misma sociedad la parte que de dicho inmueble ocupan junto con sus frutos.

Entre los hechos en que la acción se funda aseveró el demandante que la sociedad adquirió el inmueble por escritura pública número 615 de 10 de marzo de 1937, de la Notaría 2ª del Circuito de Medellín, y que los demandados se encuentran ocupándolo parcialmente.

Al final del libelo se expresó: "Donde dice 'Barreneche Hermanos', colectiva de comercio, debe entenderse 'Barreneche Hermanos, Limitada' ".

Tramitado el juicio con la oposición de los demandados, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 29 de enero de 1945, por medio de la cual declaró que "la sociedad Barreneche Hermanos, colectiva de comercio, domiciliada en Yolombó, Departamento de Antioquia, República de Colombia, es propietaria del inmueble alinderado en la súplica primera de la demanda" y negó las demás declaraciones solicitadas.

En las consideraciones del fallo dijo el Juzgado que la primera petición debía prosperar "por cuanto el inmueble allí especificado pertenece a la sociedad Barreneche Hermanos, según puede colegirse de la escritura número 615 de 10 de marzo de 1937", pero no así las restantes porque el demandante no probó que el bien a que se contrae la demanda sea el mismo que poseen los demandados.

El Tribunal Superior de Medellín, que conoció del recurso de apelación que contra ese fallo interpuso el apoderado del actor, lo revocó en el suyo de veinte (20) de mayo de 1946, en el que declaró que "la sociedad Barreneche Hermanos Limitada es dueña del inmueble" en cuestión y que los demandados están obligados a restituírle la parte que del mismo ocupan, junto con sus frutos, en condición de poseedores de mala fe.

En la motivación de esa sentencia y en cuanto se estima pertinente para la decisión del recurso de casación que en su contra se ha interpuesto, expresó el Tribunal que el bien a que se refiere el pleito lo vendieron Jesús y María Moreno Alviar a Barreneche Hermanos, la que "al liquidarse y reconstituírse con el nombre social de Barreneche Hermanos Limitada, lo aportó a ésta. Las anteriores transferencias de dominio cons-

tan en las escrituras número 615 de 10 de marzo de 1937, de la Notaría 2ª de Medellín, y número 238, de 30 de agosto de 1940, de la Notaría de Yolombó, respectivamente, que debidamente registradas figuran en este juicio. Más adelante dijo: "El dominio aparece acreditado con la copia registrada de la escritura número 615 de que ya se hizo mención y con la escritura número 238 de 30 de agosto de 1940, de la Notaría de Yolombó, según extracto social hecho en el Juzgado de aquel circuito, donde consta que Barreneche Hermanos, quienes fueron compradores en la escritura número 615, aportaron todos sus bienes muebles e inmuebles a la sociedad Barreneche Hermanos Limitada y que en la oficina de registro de instrumentos públicos y privados de Santo Domingo se tomó razón de la transferencia del dominio de esa finca en favor de Barreneche Hermanos Limitada en el libro 1º, tomo 4º bajo la partida número 515 el 4 de octubre de 1940, aporte que en esa forma en que fue hecho lo halla legal el Tribunal".

A los demandados se les concedió el recurso de casación, el que tramitado en tiempo y forma debidos, se procede a decidir.

El recurrente, apoyándose en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, propone varios cargos contra la sentencia; pero como la Sala encuentra que uno de ellos es fundado, a él concreta su estudio, con prescindencia de los restantes, en atención a lo estatuído en el artículo 538 ibidem.

En ese cargo, sintetizándolo, afirma el recurrente que lo primero que debe acreditarse en una acción de dominio es el carácter de dueño en el actor y que tratándose de bienes raíces la prueba del dominio es la escritura pública registrada; que según la escritura número 615 de 10 de marzo de 1937, no hay duda de que el dominio del inmueble fue adquirido por la sociedad colectiva de comercio Barreneche Hermanos, la que es distinta de la sociedad demandante, que es Barreneche Hermanos Limitada, la que sólo vino a constituírse por escritura número 238 de 30 de agosto de 1940, según se demuestra con los certificados que cita, y que no se ha establecido que el dominio del inmueble lo hubiera transferido la primera sociedad a la segunda; que "al considerar el Tribunal que en autos existe la escritura número 238 de 30 de agosto de 1940 de la Notaría de Yolombó por la cual se dice se constituyó la sociedad de Barreneche Hermanos, Limitada, y se aportó a ella el inmueble de la litis, cometió un evidente error de hecho, pues vio lo que no existe en autos toda vez que no se trajo a ellos la copia de la escritura número 238 en la cual dice el Tribunal se hizo el aporte de dicho bien"; que el sentenciador "cometió un evidente error de derecho al dar al certificado del Registrador de Yolombó de 26 de mayo de 1945, un valor que no tiene, cual fue el de considerarlo capaz de demostrar el aporte del inmueble de la litis a la sociedad de Barreneche Hermanos Limitada. Ese certificado no puede servir de prueba principal para demostrar el aporte a una sociedad ni el dominio sobre el inmueble, pues que se necesita la escritura en que el aporte se hizo que es la única prueba legal principal. El registro no tiene más objeto que dar publicidad a ciertos actos y servir de medio de tradición de los bienes raíces, pero por sí solo no demuestra el acto o contrato, sino supletoriamente, en el caso de excepción del artículo 2675 del C. C. que no es el de este litigio, pues en ninguna parte aparece la prueba de la pérdida del protocolo, ni de que no exista en expedientes que se guarden en una oficina pública ni que no exista en poder de los interesados la copia legalizada del título. Y el Tribunal no vio ni pudo ver que existían estas pruebas previas para poder dar cabida a la supletoria del certificado. Y si creyó que existían o podían darse por existentes, cometió con ello un monstruoso error de hecho.

Y al considerar que la copia del extracto de la Sociedad Limitada de Barreneche Hermanos que obra a folios 3 del cuaderno de pruebas, de la parte demandante, en segunda instancia, sirve de prueba de que el dominio del lote se transmitió por aporte a la sociedad de Barreneche Hermanos Limitada, cometió un evidente error de derecho, pues dio a dicho extracto un valor que no tiene al considerarlo capaz de demostrar una tradición de dominio a favor de la sociedad"; que en ese certificado no consta siquiera que el inmueble se hubiera aportado a la sociedad demandante y que al mismo sólo puede reconocérsele la función de demostrar la existencia de la sociedad y la personería de su gerente, pero no la de acreditar el dominio de bienes raíces, porque él no es título traslaticio de dominio; y que "a consecuencia de los errores de hecho y de derecho anotados, el Tribunal violó por aplicación indebida los artículos 946, 950, 952,

961 y 964 del C. C.; violó el artículo 2675 al considerar como prueba del dominio un certificado del Registrador sin ser el caso, aplicando, pues, indebidamente tal disposición".

Se considera:

La prueba del dominio en el demandante es uno de los requisitos indispensables para la prosperidad de la acción reivindicatoria y cuando ésta versa sobre un inmueble aquella prueba necesaria y legalmente tiene que consistir en la escritura pública debidamente registrada (artículo 630 del C. J.) que acredite el derecho de propiedad en cabeza del reivindicante, ya que con ella y sólo con ella, demuestra que por ese medio legal —la tradición— radica en él la condición de dueño alegada en la demanda.

Y el aporte en propiedad de bienes inmuebles a una sociedad entraña una enajenación que debe constar y ser hecha por medio de escritura pública, debidamente inscrita en el respectivo libro de registro de instrumentos públicos.

Sólo así adquiere eficacia legal el aporte y se verifica la tradición del dominio del inmueble (artículos 749, 756, 1500, 1760, 2577 y concordantes del C. C.).

En el caso de autos el Tribunal dio por demostrada la condición de dueño en el actor, con los siguientes elementos probatorios: con la escritura número 615, ya citada; con la escritura número 238 de 30 de agosto de 1940, de constitución de la sociedad Barreneche Hermanos Limitada; con el extracto social de ésta, en el que consta que la colectiva "Barreneche Hermanos" fue liquidada y que los socios aportaron a aquélla los bienes que en esa liquidación les correspondieron, y con el certificado del Registrador sobre transferencia del dominio del inmueble en favor de Barreneche Hermanos Limitada.

La primera de aquellas escrituras apenas acredita que la sociedad colectiva de comercio "Barreneche Hermanos" adquirió la finca por compra que de ella hizo; pero como dicha sociedad es una persona jurídica diferente de la demandante, esa prueba no acredita el dominio de la última. La escritura pública número 238 mencionada, por medio de la cual se constituyó la firma "Barreneche Hermanos Limitada" y por la que se dice que los socios que la formaron aportaron a ella el inmueble materia del pleito, no fue traída al proceso, y sólo ella, presentándose debidamente registrada, constituiría la prueba de la transferencia del dominio. La copia del aludido extracto social en que no consta siquiera qué bienes fueron aportados por los socios a la nueva sociedad, sólo sirve para acreditar la existencia de la misma, y la personería de su gerente o administrador (artículos 40 y 41 de la Ley 28 de 1931). Por último, el referido certificado del Registrador, no es prueba por sí solo del dominio faltando, como falta, la prueba principal, que lo es la escritura pública en que conste que el inmueble fue aportado en propiedad a la sociedad reivindicante.

Entonces, al dar por probado en esas condiciones el derecho de dominio que ésta alega, el Tribunal incurrió en un doble error de hecho y de derecho, a consecuencia de los cuales quebrantó, por aplicación indebida al caso del pleito, los siguientes artículos del Código Civil, citados todos por el recurrente: el 946 y el 950, en cuanto conceden la acción reivindicatoria, a quien es dueño o tiene la propiedad de una cosa singular de que no está en posesión; acción que el actor no tenía por cuanto no demostró ser dueño o propietario del bien materia de la controversia; el 961 y el 964, que imponen al poseedor que es vencido, la obligación de restituir la cosa y sus frutos, por cuanto la sentencia ordenó, sin ser el caso, que los demandados restituyeran tanto la una como los otros.

Las razones que preceden son bastantes para casar el fallo recurrido y a la vez suficiente motivación para la decisión de instancia que debe dictar la Corte, pues no habiendo demostrado el demandante ser dueño del inmueble a que se contrae la litis, la acción reivindicatoria, por ese solo motivo no puede prosperar. A ella sólo es necesario agregar —para replicar una alegación del opositor en el recurso— que el hecho de que los demandados no hubieran apelado de la sentencia de primera instancia, no es obstáculo que legalmente enerve las alegaciones sobre prueba de dominio que el recurrente ha presentado, pues como muy bien lo anota éste en casación y lo advirtió el apoderado de los demandados en el alegato de segunda instancia, a éstos en nada les perjudica la única declaración que hizo la sentencia de primer grado, puesto que el dominio que en ella se reconoció, fue en favor de la "sociedad Barreneche Hermanos, colectiva de comercio", "que fue liquidada, y que es diferente de la sociedad demandante, que lo es "Barreneche Hermanos Limitada". Si ese reconocimiento de dominio hubiera sido pronunciado en favor de ésta,

es claro que no habiendo apelado los demandados, ese punto habría quedado fuéra del debate; pero nada hay en la sentencia de primer grado que permita siquiera entenderlo así, puesto que en la motivación de ésta expresamente se citó, como motivo para acceder a la primera súplica de la demanda, "la escritura número 615 de 10 de marzo de 1937", que es el título por medio del cual la sociedad colectiva "Barreneche Hermanos", había adquirido el inmueble. Es más, el Juzgado entendió y afirmó que la acción era ejercitada por esta sociedad como demandante, pues ni siquiera se dio por apercibido del último párrafo del libelo, que entrañaba una aclaración sustancial de la demanda.

En mérito de las precedentes 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 de veinte (20) de mayo de mil novecientos cuarenta y seis (1946), proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el presente negocio, y revocando la de primera instancia, absuelve a los demandados de los cargos que se les formularon.

Sin costas en el presente recurso ni en las instancias.

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

Arturo Silva Rebolledo — **Alfonso Bonilla Gutiérrez**—**Pedro Castillo Pineda**—**Alberto Holguín Lloreda** — **Pablo Emilio Manotas** — **Manuel José Vargas**—**Hernando Lizarralde**, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UN INMUEBLE POR HABERLO ADQUIRIDO POR PRESCRIPCION.—TENICA DE CASACION.—QUE SE NECESITA PARA QUE EL RECURSO PROSPERE CON FUNDAMENTO EN LO PRECEPTUADO POR LA SEGUNDA PARTE DEL ORDINAL 1º DEL ARTICULO 520 DEL CODIGO JUDICIAL

La infracción de los artículos 596 y 697 del C. J., que no amparan derecho alguno sustantivo, que son simples medios para hacer efectivos los derechos de esa clase, no justifican por sí sola la procedencia del recurso extraordinario de casación. Es necesario, además, el complemento de la violación de normas que tutelen un verdadero derecho subjetivo, las cuales debe el recurrente indicar con precisión.

Cuando se acusa un fallo de acuerdo con la segunda parte del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., el proceso de impugnación, para que el recurso pueda prosperar, ha de comprender la demostración del error, manifiesto, si es de hecho; la de haberse violado, por esa causa, la norma probatoria, y, finalmente, que, en consecuencia, se haya infringido determinado precepto sustantivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre diecinueve de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Albero Holguín Lloreda)

El 5 de septiembre de 1945, Ismael Núñez S. y Santos Vera viuda de Núñez demandaron por la vía ordinaria a Zacarías Luna V., vecinos todos de Coello, para que se hicieran las siguientes declaraciones, que se sintetizan:

1ª Que los demandantes son dueños, por partes iguales, de un lote de terreno situado en la fracción del Llano de la Virgen, municipio de Coello, Departamento del Tolima, por los linderos especiales allí expresados;

2ª Que, en consecuencia, se ordene registrar debidamente la sentencia que declare la pertenencia de dicho lote;

3ª Que se ordene la cancelación del registro de cualquier título distinto de la misma sentencia;

4ª Que se condene en costas al demandado, si se opusiere.

Subsidiariamente, que se hagan las mismas cuatro declaraciones en favor de la sucesión de Ismael Núñez Devia.

Fundóse la demanda en los siguientes hechos, que se resumen: La familia Núñez, oriunda de Coello, representada por Ismael Núñez Devia, padre y cónyuge de los demandantes, en su orden, ha poseído materialmente, desde tiempos antiguos, el terreno mencionado, contiguo a los predios de la misma familia en el Llano de la Virgen, de los cuales ha formado parte desde hace más de treinta años. Núñez Devia poseyó ese terreno pacíficamente y sin interrupción por más de treinta años, ejecutando actos de dominio, y a principios de 1915 lo entregó a los demandantes, herederos suyos **ab intestato,** "entrega que comprendió sus derechos de poseedor material del lote y su condición de adquirente por prescripción...". De ese modo, los demandantes entraron desde entonces en posesión material, que han conservado hasta hoy (fecha de la demanda), ejecutando también, como su antecesor, actos de dominio, sin que nadie los haya perturbado. Parece que en 1916 se verificó la partición material de la comunidad de La Arenosa, en la cual se adjudicó el lote a un tercero, quien lo vendió a Oliverio Rodríguez, y éste al demandado Luna, pero sin que aquél ni éstos entraran en posesión, ni ejercitaran actos de dominio, ni reclamaran el terreno a los demandantes, hasta que, días antes de iniciarse este juicio, Oliverio Rodríguez (hijo), a quien Luna lo dio en arrendamiento, notificó por carta a Núñez S. que iba a ocupar el lote en cuestión, lo cual no tomaron en serio los actores, comoquiera que han poseído y están poseyendo de buena fe, pacífica y públicamente, primero por medio de su antecesor, y luégo personalmente desde hace más de treinta años.

Invocaron los demandantes la ley 120 de 1928, el título 41, libro 4º y el artículo 778 del C. C.,

la ley 45 de 1936 y los capítulos I y II, título XVIII, libro 2º del C. J.

Se opuso el demandado a las pretensiones de los actores, negó los hechos, excepcionó de carencia de acción, cosa juzgada e interrupción de la prescripción, y contrademandó para que se declarara en su favor el dominio del mismo terreno y se condene a aquéllos a restituírlo, con sus frutos civiles y naturales desde que lo retienen, como poseedores de mala fe.

Son hechos de la reconvención: el inmueble de La Arenosa, del cual era parte el lote cuestionado, dividióse materialmente en juicio que está protocolizado en la notaría de Ibagué por la escritura 475 de 31 de julio de 1919; y además de los lotes adjudicados a Luna en esa división, él compró a Oliverio Rodríguez, por la escritura 956 de 9 de diciembre de 1922, de la notaría de Girardot, varios otros, adjudicados a Hipólito Olivar, entre los cuales figura el que los actores pretenden haber adquirido por prescripción, el cual ha sido poseído por Luna y sus antecesores. Los demandantes tienen alguna posesión en parte del común llamado Llano de Devia, que colinda con la extinguida comunidad de La Arenosa, y por haber invadido ellos y su antcesor Núñez Devia la posesión de Luna, éste demandó el deslinde y se fijó la línea divisoria entre su predio y el de aquéllos. En el juicio ordinario de oposición al deslinde, Núñez Devia alegó la prescripción, que le fue negada por extemporánea, a pesar de lo cual los demandantes vienen poseyendo de mala fe el terreno y aprovechándose de sus frutos, sin que hayan "valido las amonestaciones, reclamos y denuncios que el señor Luna ha llevado ante las autoridades". Luna ha construído cercas, que han sido destruídas por Ismael Núñez y por los actores, y varias acciones de policía han sido falladas en favor de Luna; y, por último, los demandantes están indebidamente en posesión de lo que pertenece a Luna.

Se apoyó la contrademanda, que fue rechazada en absoluto por los actores principales, en los artículos 946 y siguientes del C. C., 737 del Judicial y ley 120 de 1928.

Sentencia de primer grado. La dictó el Juez Civil del circuito del Espinal con fecha 18 de junio de 1946, declarando no probadas las excepciones y reconociendo la prescripción extraordinaria en favor de los demandantes, con costas a cargo del opositor.

Sentencia de segunda instancia. Apelado dicho fallo por el demandado Luna, el Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de 28 de enero de 1947, lo confirmó totalmente, sin costas.

La sentencia recurrida, después de descartar las excepciones por las mismas razones del juez del conocimiento, analiza la prueba de testigos de la parte actora y encuentra que "todos esos testimonios demuestran la posesión de los demandantes en la forma definida por el art. 762 del C. Civil, o sea la tenencia de la cosa con ánimo de dueño y señor, ejecutando sobre el suelo hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, que aparecen probados de conformidad con lo exigido por el art. 981 ibidem, en consonancia con el 5º de la ley 120 de 1928". Y encontrando también que esa "posesión material la han tenido los demandantes por espacio de treinta años, sin título, pero de buena fe, porque el demandado no acreditó que aquéllos la hubieran ejercido con fraudes o con vicios...", llega a la conclusión de que los actores han ganado por prescripción extraordinaria el dominio del predio determinado en la demanda, "en la forma y con los requisitos enumerados por el artículo 2531 del Código citado".

Y respecto de la acción reivindicatoria de la contrademanda, observa el sentenciador, examinando los títulos de Luna, que "si se comparan los linderos descritos en esos dos instrumentos (escritura 475 de 1919 y 956 de 1922) con los que se señalan al lote litigioso en la petición primera de la reconvención, se echa de ver que difieren fundamentalmente".

La Casación. Este recurso, interpuesto por el demandado Luna, fue admitido y sustanciado legalmente en la Corte, quien pasa a decidirlo.

Se acusa la sentencia por los dos primeros motivos de casación, y en relación con el primero se invocan todas las causas determinantes de la violación de ley sustantiva.

Entra la sala a estudiar el cargo de violación por errores en la apreciación de las pruebas:

El recurrente, en los dos apartes finales del capítulo 1º de su demanda, acusa la sentencia por error de hecho manifiesto y por error de derecho "al darle valor probatorio a las declaraciones" de Silvano y Pedro Montealegre, Felipe Rodríguez, Valerio Preciado, Luis López, Aristides Cortés y Trinidad Urquiza, a las cuales les dio el Tribunal "un valor de que carecen según la ley", y cita como violadas por tales errores las disposiciones de los artículos 596 y 697 del

C. J., el primero de los cuales dice que "las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión, y son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces", y el segundo que forman plena prueba dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, en los casos en que el testimonio es admisible conforme a la ley.

Se comprende que la infracción de esas disposiciones, que no amparan derecho alguno sustantivo, que son simples medios para hacer efectivos los derechos de esa clase, no justifica por sí sola la procedencia del recurso extraordinario. Es necesario además el complemento de la violación de normas que tutelen un verdadero derecho subjetivo, las cuales debe el recurrente indicar con precisión.

Cuando se acusa un fallo de acuerdo con la segunda parte del ordinal 1º del art. 520 del C. J., el proceso de impugnación, para que el recurso pueda prosperar, ha de comprender la demostración del error, manifiesto, si es de hecho; la de haberse violado, por esa causa, la norma probatoria, y, finalmente, que en consecuencia se haya infringido determinado precepto sustantivo.

Pero, en el segundo capítulo de su acusación, el recurrente insiste en el cargo y reitera que "incurrió también el fallador en error de hecho evidente en la apreciación de la prueba testimonial, y ese error lo llevó a admitir que los actores habían poseído el inmueble durante treinta años, incurriendo también en error de derecho". Y, después de analizar los testimonios, vuelve a hacer la imputación, con estas palabras: "El Tribunal incurrió en error de derecho y en evidente error de hecho al darles a esos siete testimonios un valor de que carecen según la ley. De acuerdo con el artículo 697 del Código Judicial, para que los testimonios formen plena prueba se necesita que concuerden exactamente en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. En las declaraciones que se estudian, los testigos dicen cosas contradictorias en el tiempo, imputando posesión a Núñez Devia desde 1915, para luego sostener que los actores también poseyeron el terreno por treinta años, con la circunstancia de que los testigos le dan primero la posesión a Núñez Devia y luego a los demandantes, y es imposible aceptar en el tiempo que de 1915 a esta parte hayan transcurrido más de sesenta años".

Y ahora sí indica el recurrente como violados por consecuencia de esos errores, además de los artículos 596, 697 y 701 del C. J., los 778 y 2521 del Civil, que permiten la incorporación de posesiones, y también el 2531, que sienta las reglas de la prescripción adquisitiva extraordinaria.

Se hace pues necesario examinar los referidos testimonios, en busca de los errores que en la apreciación de tal prueba se imputan al juzgador.

De ese examen resulta que a los testigos les consta a) Que Núñez Devia poseyó el terreno sin interrupción durante más de treinta años. b) Que desde principios de 1915 dicho señor vivió con su familia en sus posesiones del Llano de la Virgen, y que desde entonces les entregó el terreno a los demandantes, quienes entraron en posesión material, la que han ejercido, de modo continuo y tranquilo, hasta la fecha de las declaraciones (marzo de 1946), es decir, por más de treinta años, ejecutando, como su antecesor, distintos actos de dominio. c) Que Núñez Devia murió, según algunos de los declarantes en 1944.

Ya aparece una grave contradicción en los testigos, pues ellos atribuyen posesión de treinta años tanto a Núñez Devia como a los demandantes, pero el hecho resulta inexacto, si se observa que Silvano Montealegre conoció a Núñez Devia desde la edad de quince años, más o menos, es decir, aproximadamente desde 1910, pues tenía más de cincuenta cuando declaró; que Luis López llegó al Llano de La Virgen en 1911, "o sea hace treinta y cinco años"; que Aristides Cortés conoció a Núñez Devia en 1900, y que Pedro Montealegre y Trinidad Urquiza afirman que Núñez Devia venía poseyendo desde 1915.

De donde se infiere fácilmente —puesto que, se repite, los testigos atribuyen posesiones sucesivas de treinta años tanto a Núñez Devia como a los demandantes— que es imposible que el lapso de sesenta años haya transcurrido desde 1915, o si se quiere desde 1900, hasta 1946, en que depónen aquéllos. El único modo de eliminar tal absurdo sería que la posesión de Núñez Devia hubiera comenzado en 1886, pero ya se ha visto que el testigo que en año más remoto conoció a Núñez Devia es Cortés, en 1900, y que, según dos declarantes, aquél venía poseyendo apenas desde 1915.

¿Cómo pueden pues afirmar los testigos que vieron poseyendo a Núñez Devia durante treinta años y a los actores durante un término igual?

(Se refiere la Sala a la posesión de Núñez Devia, que no interesa, sólo para hacer resaltar las inexactitudes y contradicciones patentes de los

testigos referidos, quienes han declarado enteramente de acuerdo con el cuestionario que se les formuló, del cual no se apartan en una palabra sino el ser contrainterrogados).

Hay otra contradicción palmaria en las declaraciones expresadas: Todos los testigos afirman que Núñez Devia entregó el terreno a su mujer (Santos Vera) y a su hijo (Ismael Núñez Segura) a principios de 1915, comenzando en ese año la posesión de éstos, pero al ser contrainterrogados acerca de cuándo conocieron a dicha señora, respondieron casi todos que desde que se casó con Núñez Devia, o sea desde hace unos veinticinco años, según Silvano y Pedro Montealegre, o unos veinte años, según los demás, con excepción de Cortés y Urquiza, quienes fijan el año de 1920, sin referirse al matrimonio. Es decir, que ninguno de los testigos conoció a Santos Vera antes de 1920. Luego no pudieron darse cuenta de la entrega del terreno a esta señora a principios de 1915, hecho que, no obstante, aseveran todos categóricamente. Queda destruído el comienzo de la posesión de los demandantes en ese año, indispensable para que hubiera durado treinta completos hasta septiembre de 1945, año de la demanda.

Parece pues que la posesión treintenaria de los actores la computan los testigos y el Tribunal sumando a la de aquéllos la de Núñez Vera. Así se deduce del análisis que se ha hecho y también de las respuestas uniformes de los declarantes a la pregunta e) del interrogatorio: "...que fuera de los señores Ismael Núñez Devia primero y después de Ismael Núñez Segura y Santos Vera viuda de Núñez, que son a los que he visto que han tenido y tienen la posesión desde hace más de treinta años, esa posesión ha sido pacífica y públicamente y es del dominio y fama pública en el vecindario de la población de Coello y con especialidad en la fracción del Llano de la Virgen, no obstante las pretensiones de los señores Rodríguez (padre e hijo) y del señor Zacarías Luna Vélez, éstos jamás han tenido ocupación o posesión alguna en dicha faja de terreno".

Adoleciendo la prueba testimonial, única en que se funda la sentencia para declarar la prescripción demandada, de las notables inexactitudes y contradicciones que quedan indicadas, no puede tener mérito probatorio, mucho menos el pleno que el Tribunal le atribuye, y, por consiguiente, éste incurrió en los errores de apreciación que se le imputan: evidente de hecho, por cuanto da por probada una posesión treintenaria que no lo está; y de derecho, por cuanto asigna a tales testimonios valor de prueba suficiente. Violó pues los artículos 697 y 701 del C. J., y consecuencialmente los 778, 2521 y 2531 del C. C., ya que no habiendo prueba alguna en el proceso de que los demandantes sean sucesores, a título universal o singular, de Núñez Devia en el dominio del terreno litigioso, es imposible legalmente la suma de posesiones, que requiere vínculo jurídico entre los sujetos de ellas. Y sin esa incorporación de posesiones no resulta probada la de los demandantes por treinta años, que la última disposición citada establece como base **sine qua non** de la prescripción adquisitiva extraordinaria.

Ha de casarse pues la sentencia recurrida, porque prospera el cargo de error de derecho y error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba testimonial, único cimiento de aquélla, lo que releva a la Sala del estudio de los cargos restantes.

Sobra decir —ya con jurisdicción de instancia— que ha de absolverse al demandado Luna de todas las súplicas de la demanda, pues ya se ha visto que la acción principal carece de la base indispensable para poder declarar la prescripción, y en cuanto a la subsidiaria los demandantes no han legitimado su intervención para pedir en nombre de la sucesión de Ismael Núñez Devia, de quien no han probado ser herederos.

Demanda de reconvención. Se ejercita en ella la acción reivindicatoria, en favor de Zacarías Luna V., exactamente del mismo terreno que es objeto de la acción de prescripción, pero ha de correr aquélla la misma suerte de ésta, por las razones que adujo el Juez del conocimiento para negarla y que el Tribunal acogió para confirmar el fallo de primer grado, en esa parte, aunque en éste ha debido absolverse expresamente a los contrademandados.

En efecto, el reivindicador exhibe, como título de dominio, la escritura 956 de 9 de diciembre de 1922, de la notaría de Girardot, por la cual adquirió de "Oliverio Rodríguez & Compañía", a título de permutación, un lote de terreno en la fracción del Llano de La Virgen, municipio de Coello, "terreno de primera y segunda clase que de cercos para fuera de los potreros de La Arenosa le quedó en la partición del globo de La Arenosa y en la dirección de Coello (población) a la vía de Chagualá y que linda así: "De la desembocadura de 'La Salada' en la de 'Chagualá' ésta aguas

abajo ciento sesenta metros; hasta encontrar un mojón clavado y sobre la margen derecha de la misma quebrada; de este punto línea recta con un ángulo de ochenta y dos grados en un trayecto de ciento diez metros a encontrar otro mojón allí clavado; de este punto ciento ochenta metros a encontrar un mojón clavado con un ángulo de ochenta y cuatro grados treinta minutos N. E. de este punto línea recta ciento cincuenta metros con un ángulo de ochenta y ocho grados treinta minutos N. E. a encontrar otro mojón; de este punto línea recta en dirección N. ciento veintiocho metros hasta encontrar otro mojón clavado sobre el camino de la Chagualá; por éste abajo trescientos noventa metros a encontrar otro mojón; de este punto línea recta con un ángulo de cuatro grados N. O. E. a encontrar otro mojón clavado sobre la margen derecha de la quebrada Chagualá; de aquí por todo el camino arriba hacia Coello hasta encontrarse con cercos donde tenía la puerta el finado **Cayetano Martínez,** cerca a las casas de **Alejandro Rojas** e **Ismael Sarta,** de este mojón que está en el cerco de los Rodríguez línea recta al mojón del lote de gastos y de este punto línea recta a la boca de La Salada, primer lindero. Dentro de esta demarcación quedan los lotes números seis (6), siete (7), ocho (8), nueve (9), diez (10), once (11), doce (12), trece (13) y catorce (14), pertenecientes a Jerónimo Rojas, María Góngora de Pérez, herederos de Basilia Rico y otros".

Sin contar con que la exclusión final de los lotes seis (6) a catorce (14), deja prácticamente indeterminado el terreno descrito, basta comparar la alinderación transcrita con la que figura en la primera súplica de la contrademanda, para advertir, como lo hicieron el Juzgado y el Tribunal, que son absolutamente diferentes, lo que significa que el señor Luna no ha probado que sean uno mismo el terreno que adquirió por la citada escritura y el que pretende reivindicar.

En la inspección ocular que, a petición de la parte contrademandante, se practicó en la primera instancia por el Juez municipal de Coello, comisionado al efecto por el del conocimiento, no se hizo tal identificación, que implicaba una confrontación de los linderos del lote discutido con los del que Luna adquirió por medio de la citada escritura 956 de 1922, la cual ni siquiera fue leída en el acto de la diligencia. En ésta sólo se examinaron los linderos que aparecen en la demanda.

Faltando, pues, ese elemento básico para la prosperidad de la reivindicación, habrá de absolverse a los contrademandados de todos los cargos, por no haber probado el señor Luna su derecho.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, 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 Ibagué con fecha 28 de enero de 1947, y, revocando la de primera instancia, absuelve a Zacarías Luna V. de los cargos de la demanda principal, y a Ismael Núñez Segura y Santos Vera viuda de Núñez de los cargos de la demanda de reconvención, sin costas en las instancias, ni en la casación.

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

Arturo Silva Rebolledo — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

ABOGADOS QUE HAN SIDO DESIGNADOS CONJUECES DE LA SALA DE CASACION CIVIL

La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil,

CONSIDERANDO:

Que por recientes providencias del Gobierno ha sido reorganizado el funcionamiento de las Salas de la Corporación;

Que por este motivo el actual personal de Conjueces no corresponde numéricamente al que, de acuerdo con la ley, debe tener cada una de dichas Salas;

Que a virtud del aumento de Magistrados para las Salas de Casación Civil y consiguiente disminución para la de Negocios Generales, queda en esta última un personal excedente del que tampoco puede prescindirse por la calidad que adquirió para el ejercicio de su función en Sala Plena; y

Que la Sala de Casación Civil no ha hecho para el período en curso los nombramientos de Conjueces que le corresponden,

RESUELVE:

Primero. Trasladar para la Sala de Casación Civil a los Conjueces de la Sala de Negocios Generales, doctores Roberto Goenaga, Rafael Ruiz Manrique, José del Carmen Mesa y Pedro Posse Camargo.

Segundo. Reconstituir el personal de Conjueces de las dos Salas en que se encuentra dividida la casación civil, y para el resto del actual período así:

Casación Civil—a)—Liborio Escallón, Roberto Goenaga, Alvaro Leal Morales, Rafael Ruiz Manrique, Antonio Rocha, Luis Eduardo Gacharná, Manuel F. Caamaño y Hernán Salamanca.

Casación Civil—b)—Arturo Tapias Pilonieta, José del Carmen Mesa, Pedro Posse Camargo, Gabriel Rodríguez Ramírez, Luis Felipe Latorre, Hernán Copete, Juan Francisco Mújica y Ramón Miranda.

Dado en Bogotá, a nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y uno.

Arturo Silva Rebolledo — Pedro Castillo Pineda—Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas—Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — VALOR QUE TIENE EN UN JUICIO CIVIL EL DICTAMEN PERICIAL PRACTICADO EN UN PROCESO PENAL SEGUIDO POR EL MISMO HECHO QUE FUNDA LA RECLAMACION CIVIL INDEMNIZATORIA — LA PRUEBA TESTIMONIAL NO ES IDONEA PARA ESTABLECER CUESTIONES TECNICAS O CIENTIFICAS

1—En materia civil, el dictamen uniforme de dos peritos, explicado y debidamente fundamentado, tiene el valor de plena prueba; pero para asignarle ese mérito es menester que además de que reúna esas calidades, se hayan observado antes y después de rendirlo ciertas formalidades que la ley establece como garantía de verdad y como tutela del derecho de defensa, tales como las siguientes: que los peritos se nombren en forma legal (arts. 705 y 706 del C. J.); que su designación sea puesta en conocimiento de las partes a fín de que ellas puedan ejercitar el derecho de tacharlos o recusarlos, cuando los estimen faltos de idoneidad e imparcialidad (arts. 708 y 709 ibídem); y que del dictamen, una vez rendido, se dé traslado a las partes, a efecto de que si lo consideran oportuno y procedente pidan su aclaración, explicación o ampliación o lo objeten por error, fuerza, dolo, cohecho o seducción (arts. 719 y 720 ibídem).

En el caso de autos, se trata de una prueba trasladada del proceso penal, en donde se practicó sin intervención del demandado, carente, por lo mismo, de todas las condiciones y requisitos ya indicados que la ley exige en materia civil para su producción adecuada, y a la cual, en consecuencia, no puede conferírsele pleno valor probatorio.

2—La prueba testimonial sólo es idónea cuando tiende a demostrar hechos perceptibles directamente por los sentidos. Ella no lo es cuando se trata de una cuestión técnica o científica que no puede ser establecida sino mediante dictamen pericial, en debida forma practicado y rendido (art. 705 del C. J.).

Sobre el particular se ha expresado así la Corte: "La comprobación de hechos sobre que declaran facultativos no se hace por medio de declaraciones. Es la prueba pericial la única aceptable en orden a establecer en procesos civiles la incapacidad de una persona como consecuencia de lesiones orgánicas. Los testigos no están habilitados para dar conceptos. Cuando se requiere establecer en un proceso civil hechos referentes a cuestiones técnicas o científicas, se recurre a la prueba pericial, que es fundamentalmente distinta de la testimonial (Sentencia de agosto 29 de 1947. G. J., Tomo 62, págs. 874).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá. octubre nueve de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez 1º del Circuito de Barranquilla se promovió juicio ordinario por Juan M. Soto y Ana Raquel Durán, en su condición de "padres de la fallecida señorita Hilda Soto Durán y del menor Alejandro Soto Durán, contra la sociedad 'Parrish & Compañía S. A.', con domicilio en aquella ciudad, para que en sentencia definitiva se declare que la empresa demandada "es civilmente responsable de los daños materiales y morales causados al señor **Juan M. Soto** y a la señora **Ana Raquel Durán** y al hijo menor de éstos **Alejandro Soto Durán** por los siguientes conceptos: a) por la muerte de la señorita **Hilda Soto Durán**; b) por las lesiones, quemaduras y enfermedad psíquica de que fue y es víctima la señora **Ana Raquel Durán**; y b) (sic) por las quemaduras y la enfermedad que padeció el menor **Alejandro Soto Durán**, en cuanto tales muerte, lesiones, quemaduras y enfermedades se produjeron —en la madrugada del día 16 de junio de 1944, en la ciudad de Magangué— a consecuencia de una corriente de alta tensión que se descargó en los cuerpos de las personas de que tratan las letras a), b) y c), corriente de alta tensión generada

en la planta eléctrica de que es propietaria y administradora la compañía demandada y que electrizó todo el circuito que alimenta la casa donde vivían y permanecían a las sazón las víctimas, y que se produjo por haberse roto el hilo exterior de la canalización de alta tensión, a unos quince metros al sur del poste que sostenía o sostiene el transformador de 5 Kw." y para que se le condene al pago de los perjuicios materiales y morales y a las costas del juicio.

Admitida la demanda, el apoderado de la sociedad demandada la contestó negando todos los hechos en que se funda y oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas.

La demanda fué corregida en oportunidad para suplicar en subsidio que se pronuncien las mismas declaraciones pero con fundamento en culpa contractual.

El Juez del conocimiento cerró la primera instancia con la sentencia de 28 de enero de 1947, por la que condenó al demandado a pagar a Ana Raquel Durán la suma de $ 2.000.00 y a Alejandro Soto Durán $ 1.000.00 por razón de los perjuicios morales subjetivos que recibieron con ocasión de la muerte de Hilda Soto Durán, y lo absolvió de las demás peticiones de la demanda.

Por recurso de apelación concedido a ambas partes, subió el negocio al Tribunal Superior de Barranquilla, el que en sentencia de 29 de septiembre siguiente reformó la apelada y condenó a 'Parrish & Compañía S. A.' a pagar a Juan M. Soto y a Ana Raquel Durán, padres de Hilda Soto Durán, la cantidad de $ 2.000.00 en concepto de perjuicios morales subjetivos sufridos por ellos con motivo del suceso en que perdió la vida la última y a pagarles a los mismos, perjuicios materiales y morales objetivados, cuyo monto se determinaría con arreglo a lo estatuído en el artículo 553 del C. J.

De las consideraciones en que ese fallo se apoya se copian las que se estiman indispensable poner de presente para la decisión del recurso de casación que una de las partes ha interpuesto. Tales son las siguientes:

"La culpa viene fundamentada en una concatenación de hechos que pueden resumirse así:

Los peritos médicos legistas han dictaminado como causa de la muerte de la señora Hilda Soto Durán, la descarga por alta tensión de la corriente eléctrica y en examen o reconocimiento del menor Alejandro Soto Durán y Ana Raquel Durán, igualmente las lesiones y quemaduras tienen el mismo origen. La línea de alta tensión reventada cayó sobre una línea de baja tensión comunicándole una corriente eléctrica mucho mayor, la cual produjo el lamentable accidente en que perdió la vida la señorita Hilda Soto Durán y en que fueron lesionados Alejandro y Ana Raquel. Las puntas del cable de donde se originó la rotura estaban sulfatadas y al reventarse éste como no había redes de amparo fue inevitable el daño causado en la casa donde permanecían esa madrugada del día aludido las personas mencionadas. Basta leer el dictamen pericial de José Nigró, Fernando Criales y el informe del ingeniero Veláquez para llegar a ese extremo".

Ambos litigantes han recurrido en casación; pero como el recurso interpuesto por el demandado ataca a fondo la sentencia y la Corte encuentra que uno de los cargos que se proponen es fundado y debe prosperar, a él concreta su estudio en atención a lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial. Al invalidarse el fallo por ese motivo, carece de objeto considerar el recurso del actor, a lo cual sólo habría habido lugar en el caso de que aquél se mantuviera.

En ese cargo, que se apoya en la causal primera del artículo 520 ibidem, dice, en resumen, el recurrente, que el Tribunal para dar por probado el hecho fundamental de la causa, de la electrocución de que se afirma murió la menor Hilda Soto Durán y atribuída al mal estado en que la Compañía demandada mantenía los cables conductores del servicio de energía eléctrica, acogió el dictamen pericial de José Nigró y Fernando Criales y el informe del ingeniero Velásquez, rendidos dentro de la investigación penal que se adelantó con motivo de los sucesos a que se refiere el pleito, de donde se trajeron en copias a este proceso, en el cual se obtuvo la ratificación de aquéllos mediante declaración; que esa prueba se practicó sin intervención del demandado en el negocio penal; que para dar a un experticio el valor de plena prueba de que tratan los artículos 722 y 723 del C. J. es menester que se llenen las formalidades de que hablan los artículos 705, 708, 719 y 720 ibidem, las que no se observaron en ese caso y que lo dicho es aplicable al informe del ingeniero Velásquez.

Finaliza así su alegación:

"Al dar el Tribunal el valor de plena prueba a los dictámenes periciales considerados, ya conforme al artículo 722 o al siguiente, dictámenes periciales que no se rindieron en contradicción

de las partes en el presente juicio y sin que se cumplieran las formalidades prescritas para la producción de la prueba, según las demás disposiciones procesales citadas, incurrió en manifiesto error de derecho en su apreciación.

Este error condujo al fallador a la violación indirecta de los artículos 2341, 2343 y 2356 del C. C., pues es claro que no habría el Tribunal declarado a "Parrish & Co. S. A." civilmente responsable y como consecuencia condenado a indemnizar daños y perjuicios a los demandantes, conforme a esas disposiciones, si el hecho culposo, la falta de diligencia o cuidado en el servicio de la energía eléctrica para el alumbrado público, causante de la injuria de que se quejan y que esas disposiciones sancionan, no lo hubiera estimado con el peritaje o peritajes considerados.

La sentencia, es pues, casable por este extremo".

La Corte considera:

El Tribunal fundó su sentencia condenatoria —como se ve en las consideraciones que de ésta se copiaron arriba— en que encontró establecida plenamente —mediante la utilización o estimación que probatoriamente hizo del "dictamen pericial de José Nigró, Fernando Criales y el informe del ingeniero Velásquez"— una culpa concreta del demandado. Tales dictamen e informe fueron rendidos dentro de las diligecias sumarias o investigación penal que con motivo de los mismos hechos a que se refiere el presente negocio adelantaron las autoridades correspondientes; se acompañaron en copia a la demanda y en ellos se ratificaron sus actores en declaraciones juradas que rindieron durante el término probatorio de este juicio.

Que el sentenciador se apoyó en esas piezas y no en las declaraciones aludidas —como pretende sostenerlo el opositor— es un hecho que no puede remitirse a duda alguna, pues por una parte el fallo expresamente invoca y menciona "el dictamen pericial" y "el informe" referidos, que se produjeron en el proceso penal y no en el presente, y de otra, no es posible suponer en un sentenciador de segunda instancia un grado tan manifiesto de confusionismo o ignorancia como sería el que confundiera una simple declaración testifical con un dictamen pericial, que tan notorias y marcadas diferencias tienen entre sí.

Ahora, en materia civil, el dictamen uniforme de dos peritos, explicado y debidamente fundamentado, tiene el valor de plena prueba; pero para asignarle ese mérito es menester que además de que reúna esas calidades se hayan observado antes y después de rendirlo ciertas formalidades que la ley establece como garantía de verdad y como tutela del derecho de defensa, tales como las siguientes que los peritos se nombren en forma legal (artículos 705 y 706 del C. J.); que su designación sea puesta en conocimiento de las partes, a fin de que ellas puedan ejercitar el derecho de tacharlos o recusarlos, cuando los estimen faltos de idoneidad e imparcialidad (artículos 708 y 709 ibidem); y que del dictamen, una vez rendido, se dé traslado a las partes, a efecto de que si lo consideran oportuno y procedente pidan su aclaración, explicación o ampliación o lo objeten por error, fuerza, dolo, cohecho o seducción (artículos 719 y 720 ibidem).

En el caso de autos, se trata de una prueba trasladada del proceso penal, en donde se practicó sin intervención ni contradicción del demandado, carente, por lo mismo, de todas las condiciones y requisitos ya indicados que la ley exige en materia civil para su producción adecuada, y a la cual, en consecuencia, no puede conferírsele pleno valor probatorio. Y como el Tribunal se lo otorgó, sin tenerlo, para dar por demostrada la culpa del demandado, es claro que incurrió en notorio error de derecho, a consecuencia del cual quebrantó los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, que requieren la existencia de una culpa, como condición previa ineludible de la obligación de indemnizar perjuicios.

Se impone, por tanto, la casación del fallo acusado y con el fin de proferir el que ha de reemplazarlo, la Sala añade a las anteriores las consideraciones que siguen:

En toda acción de indemnización de perjuicios por culpa extracontractual el actor para triunfar en sus pretensiones, tiene a su cargo el deber ineludible de dar la plena prueba de los tres elementos que la integran: la culpa del demandado, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla. Cuando falta siquiera la demostración de uno de ellos, la acción indemnizatoria no puede prosperar.

La demanda le atribuye al demandado culpa concreta directa, la cual se hace consistir, según se lee en el hecho tercero de aquélla, en que el siniestro se produjo por deficiencia en la prestación del servicio de energía eléctrica, "descuido en las instalaciones y conservación de las líneas" y "por defectos graves de que adolece el

sistema de distribución urbana empleado por la Empresa".

Pero sobre estos hechos que en su mayoría implican cuestiones de orden técnico, no hay en el proceso la prueba adecuada que los establezca, como sería la resultante de un dictamen pericial, pues el de que se hizo mérito se practicó en la investigación penal, al igual que el informe técnico del ingeniero Velásquez, y ya están dichas las razones por las cuales a esas pruebas no puede asignárseles pleno valor. Y las declaraciones juramentadas que para ratificarse en esas piezas se obtuvo en el presente juicio de parte de sus autores, versan sobre cuestiones, conceptos y apreciaciones de orden técnico en materia de electricidad, que no encaja dentro de la naturaleza de la prueba testifical, que sólo es idónea cuando se trata de demostrar hechos perceptibles directamente por los sentidos.

Fuéra de los aludidos no hay en el expediente otros elementos de convicción que tiendan a demostrar los hechos concretos que la demanda precisa como determinantes de la culpa que imputa al demandado, por lo cual puede afirmarse que esa culpa concreta no se ha establecido.

Y si se admitiera, no obstante que en el libelo nada se expresa al respecto, que en el caso de autos la presunción de culpa que consagra el artículo 2356 del Código Civil opera contra el demandado, por cuanto éste ejercita una actividad que puede con toda propiedad calificarse como peligrosa, habría que llegar también a la conclusión de que la acción no puede prosperar, desde luego que sobre la relación de causalidad, o sea el hecho de que una de las víctimas murió y las otras sufrieron lesiones al entrar en contacto con la corriente de alto voltaje que se afirma se comunicó a la casa que ellas habitaban, no se trajo al proceso prueba alguna hábil que la demuestre.

En efecto, el testimonio de José María Galvis (fs. 21 a 25 del cuaderno de pruebas número 2, del demandante), es de referencias, en cuanto dice relación con esa circunstancia; no presenció los hechos, como que llegó a la aludida casa cuando ya se habían consumado y se enteró de ellos por informaciones de las personas que allí se encontraban presentes. Igual observación cabe hacer a ese respecto sobre las ratificaciones juramentadas de José Nigró y Fernando Criales (fs. 32 y 68, cuaderno citado).

Y como el artículo 698 del Código Judicial perentoriamente estatuye que "no tiene fuerza el dicho del testigo que depone sobre algún punto por haberlo oído a otros, sino cuando recae la declaración sobre hecho muy antiguo, o cuando se trata de probar la fama pública", y como de estos dos casos de excepción no se trata aquí, como es obvio, a los citados testimonios no es posible otorgarles fuerza alguna probatoria en orden a establecer la relación de causalidad.

Sobre este mismo particular nada útil se deduce de las declaraciones de los doctores Carlos A. Martínez C., Manuel Guillermo Miranda y Luis C. Padrón (fs. 59 a 61, c. citado), pues en ellas sólo se asevera por los declarantes —por el concepto que como médicos se formaron al respecto al examinar a las víctimas— que la muerte de una de ellas y las lesiones de las otras fueron causadas por la descarga de una corriente eléctrica de alto voltaje que sufrieron sus cuerpos. Y ni siquiera para demostrar esta conclusión es legalmente aceptable esa prueba testimonial, desde luego que se trata de una cuestión técnica o científica que no puede ser establecida sino mediante dictamen pericial, en debida forma practicado y rendido (artículo 705 del C. J.).

"La comprobación de hechos sobre que declaran los facultativos no se hace por medio de declaraciones. Es la prueba pericial la única aceptable en orden a establecer en procesos civiles la incapacidad de una persona como consecuencia de lesiones orgánicas. Los testigos no están habilitados para dar conceptos. Cuando se requiere establecer en un proceso civil hechos referentes a cuestiones técnicas o científicas, se recurre a la prueba pericial, que es fundamentalmente distinta de la testimonial. (Sentencia, agosto 29 de 1947, G. J. Tomo LXII, pág. 874).

Se impone, en consecuencia, la absolución del demandado, ora porque no se probó la culpa que se le imputa o bien porque tampoco se demostró la relación de causalidad a que ya se hizo referencia.

Resta expresar que igual decisión debe proferirse sobre la acción que subsidiariamente se propone sobre indemnización de perjuicios contractuales, pues para ello es suficiente anotar, sin que haya lugar a otras observaciones, que está ausente en el proceso la prueba de que la muerte y las lesiones de las víctimas se hayan causado al usar del servicio contratado.

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 de veinte y nueve (29) de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947) proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el presente negocio, y revocando la de primera instancia, de fecha veinte y ocho (28) de enero del mismo año, absuelve a la empresa demandada de todos los cargos que se le formularon.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

LA PRESUNCION DE VERDAD DE LAS DECLARACIONES CONTENIDAS EN UN INSTRUMENTO PUBLICO NO ES UNA PRESUNCION DE DERECHO, Y QUIENES HAN HECHO ESAS DECLARACIONES PUEDEN CONTRAPROBAR POR LOS MEDIOS LEGALES, Y LA CONTRAPRUEBA, SI ES COMPLETA, TIENE EFICACIA RESPECTO DE LOS OTORGANTES DEL INSTRUMENTO. — LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR DE RESPONDER DE LOS FRUTOS DE LA COSA VENDIDA Y DE INDEMNIZAR LOS PERJUICIOS, CUANDO RETARDA LA ENTREGA, SON DIVISIBLES.—HAY PRESUNCION DE CULPA EN EL VENDEDOR QUE NO HACE LA ENTREGA OPORTUNAMENTE. — PARA QUE EL QUEDE RELEVADO DE LA OBLIGACION DE RESPONDER POR LOS FRUTOS DEBE PROBAR QUE EL CASO FORTUITO SOBREVENIDO ANTES DE LA MORA, IMPIDIO SU PRODUCCION O SU PERCEPCION, Y NO BASTA LA SOLA PRUEBA DE ESE CASO FORTUITO

1. — Es cierto que las declaraciones contenidas en instrumentos públicos hacen plena fe contra los declarantes, pero ello no significa que la verdad de ellas sea incontrovertible, que implique —digámoslo así— una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario. Quienes han hecho tales declaraciones pueden contraprobar por los medios legales, y la contraprueba, si es completa, tiene eficacia respecto de los otorgantes del instrumento, aunque no produzca efectos contra terceros. Así se deduce rectamente del artículo 1766 del C. C., desde luego que las contraescrituras vienen a ser, en relación con los contratantes, prueba de la alteración o infirmación de lo pactado en escritura pública. Y también se desprende del artículo 1934 ibidem, que la jurisprudencia ha interpretado en el sentido de que la declaración contenida en una escritura pública de haberse pagado el precio de la venta, admite prueba en contrario entre los contratantes. La limitación probatoria que tal norma establece (nulidad o falsificación del instrumento) se refiere sólo a las acciones contra terceros poseedores.

2. — Tanto la obligación del vendedor de responder por los frutos como la de indemnizar los perjuicios, cuando ha retardado la entrega de la cosa vendida, son divisibles (artículos 1581 y 1568 del C. C.), de suerte que si son varios los compradores, cada uno de ellos sólo tiene derecho de demandar su parte o cuota en el crédito, a menos que la obligación sea solidaria, calidad que no puede resultar sino de expresa declaración en la convención, en el testamento o en la ley (inciso 3º del artículo 1568).

3.—Hay presunción de culpa en el vendedor que no hace la entrega oportunamente. Para exonerarse de responsabilidad debe destruir esa presunción, probando caso fortuito sobrevenido sin su culpa antes de estar constituído en mora (artículo 1604 del C. C.). Sin esa prueba, responde por los perjuicios que el retardo en la entrega haya causado al comprador (inciso 2º del artículo 1882). Ahora bien: respecto de los frutos que la cosa vendida haya producido o podido producir durante el retardo, no basta —para que el vendedor no esté obligado a restituírlos o a pagar su valor— que una fuerza mayor le haya impedido entregar la cosa en el tiempo debido, pues la imposibilidad de entregar puede ser independiente de la percepción de los frutos y de la posibilidad de producirlos. Sería preciso entonces que el caso fortuito, sobrevenido antes de la mora y sin culpa del deudor, recayera también sobre los frutos, es decir, que los destruyera o hiciera imposible su producción. Sólo así podría el vendedor liberarse de la obligación de satisfacerlos.

La obligación de indemnizar perjuicios emana, pues, siempre de la culpa del deudor. La de restituir frutos o pagarlos surge de la mora en entregar lo vendido, aunque el retardo sea inculpable. Si lo primero, el deudor se defiende con el caso fortuito, que imposibilitó la entrega. Si lo segundo, ten-

dría que probar además que la fuerza mayor refluyó también sobre los frutos e imposibilitó la producción. Quien está obligado, por ejemplo, a entregar la finca vendida dentro de cierto plazo, y sobreviene, antes de vencerse, un caso fortuito que se lo impide (un secuestro, v. gr.), no deberá perjuicios al comprador, porque no responde de lo imprevisto a que no pudo resistir; pero deberá los frutos que haya percibido o los que por su cuenta haya percibido o podido percibir el secuestre, porque el caso fortuito no impidió la percepción. Pero si la fuerza mayor (inundación, v. gr.), no sólo imposibilitó la entrega, sino también la percepción y producción de frutos, no estará obligado a responder por éstos. Juega en esto el principio de que nadie puede enriquecerse sin causa justa y el de que somos responsables de toda negligencia que afecte el derecho de terceros. Porque si el deudor, o el secuestre que lo sustituye legalmente, en el ejemplo propuesto, se cruza de brazos y nada hace para percibir los frutos o para que la cosa los produzca, está perjudicando con su incuria al dueño de la cosa, con quien está en mora —culpable o inculpable— de entregar.

Por lo demás, la cúlpa es el resultado de una omisión, en tesis general. El deudor que quiera destruírla ha de probar el hecho contrario al negativo, en la medida que la ley determine, según la clase de contrato: el cuidado o diligencia que puso para cumplir su obligación. Y desde luego la diligencia y cuidado han de emplearse oportunamente, antes de que la obligación se haga exigible, ya que la mora, por sí, implica culpabilidad. La prueba de la diligencia incumbe al que debió emplearla. La del caso fortuito al que lo alega (artículos 63 y 1604 del C. C. y 1º de la Ley 95 de 1890).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre nueve de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Por la escritura 2897 de 30 de agosto de 1945, de la Notaría 2ª de Medellín, Marco A. y María Luisa Mejía vendieron a Alfonso Isaza, Francisco Luis y Martín Acosta M. una finca en el Municipio de Itaguí, paraje de San José, con casa de habitación y con todas sus demás mejoras y anexidades, por linderos especiales y por el precio de $ 10.000.00 al contado y $ 15.000.00 con plazo de dieciocho meses, al interés del medio por ciento mensual y con garantía hipotecaria de la misma finca.

Advirtióse en la cláusula tercera de dicho instrumento "que en el inmueble materia de la venta existen mejoras que pertenecen al señor Roque Acosta M., mejoras que entran en esta venta, y que por tanto se obligan los vendedores a comprar a dicho señor Acosta tales mejoras dentro del menor tiempo posible, sin pasar de un mes contado de la fecha de hoy en adelante, buscando para ello los medios convenientes, y que por tanto el valor de las susodichas mejoras queda a cargo de los comparecientes vendedores".

La finca no ha sido entregada materialmente a los compradores, porque el dueño de las mejoras ejerce el derecho de retención, y en vista de esto aquéllos demandaron a los vendedores para la entrega, ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín, quien proveyó de conformidad, a pesar de lo cual la entrega judicial no pudo efectuarse, porque se opusieron los dueños de las mejoras.

El retardo en la entrega ha privado a los compradores de los frutos civiles y naturales del predio y les ha causado graves perjuicios.

El comprador Isaza vendió su derecho a Francisco Luis Acosta M. por la escritura 3459 de 25 de octubre de 1945, de la citada Notaría.

Los compradores han pagado puntualmente los intereses de la parte de precio que quedaron a deber.

Fundándose en los hechos que quedan resumidos y en los artículos 1494, 1502, 1602 y siguientes, 1880, 1881 y 1884 del C. C., los compradores Acostas demandaron a los vendedores, vecinos éstos de Envigado y aquéllos de Medellín, para el pago: a). De los frutos naturales y civiles de la finca y de los demás perjuicios que les han causado con la no entrega oportuna; b). De las costas y gastos del juicio posesorio; c). De las costas del presente, si lo afrontan temerariamente.

Sólo Marco A. Mejía contestó la demanda, oponiéndose a las declaraciones pedidas y aceptados todos los hechos sustanciales, con excepción de

haberse causado perjuicios a los actores y de que los demandados sean culpables de la no entrega oportuna de la finca.

Sentencia de primer grado.—La dictó el Juez 5º Civil del Circuito de Medellín el 13 de agosto de 1946, condenando al pago de los frutos naturales y civiles desde el primero de octubre de 1945 hasta que la entrega se efectúe, con costas a cargo de Marco A. Mejía, y negando la segunda súplica.

Sentencia de segunda instancia.—Apelado dicho fallo por ambas partes, fue confirmado por el Tribunal Superior de Medellín en sentencia de 24 de marzo de 1947, contra la cual interpusieron los demandados el recurso de casación, que fue admitido y sustanciado legalmente, por lo cual entra la Sala a resolverlo.

El recurso.—El recurrente acusa la sentencia por el primer motivo de casación, formulando contra ella tres cargos de violación de ley sustantiva, que se estudian en su orden.

Primer cargo.—Fúndase en que la entrega material de la finca a los compradores consta en la escritura de la compraventa, por lo cual hay "un verdadero error de hecho en la apreciación objetiva de esa escritura", y lo hay igualmente de derecho, "porque en presencia del texto y contenido de los artículos 1759 y 1765 del C. C. el instrumento público hace plena fe contra los declarantes u otorgantes, respecto a la verdad o prueba de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados y aún en lo meramente enunciativo con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del contrato...". Por tanto, "el Tribunal ha debido reconocer el hecho de la entrega de lo vendido y como forzosa consecuencia, revocar lo resuelto en el aparte a) o "primero" del fallo del Juzgado, "negando en su lugar la petición primera de la demanda sobre perjuicios por la no entrega de la finca". "No lo hizo así, por ese error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba que emana de la citada escritura 2897, luego violó directamente los artículos 1759 y 1765 del C. C. así como el 630 del C. J., que también es disposición sustantiva que da pleno valor probatorio al contenido de la escritura pública; este artículo se violó indirectamente y también el artículo 1882 del C. C. por indebida aplicación al caso del pleito, por afirmarse que los vendedores no cumplieron la obligación de entregar lo vendido".

Se considera: En la demanda se plantea de modo expreso, tanto en los hechos como en las peticiones, la cuestión de que la finca no ha sido entregada, y esto no sólo fue aceptado expresamente por el demandado Marco A. Mejía sino que está plenamente acreditado por otros medios. El incumplimiento de la obligación de entregar oportunamente el inmueble es pues una indiscutible verdad procesal.

Es cierto que, según la escritura el predio fue entregado a los compradores, quienes lo dieron por recibido, y es cierto también que las declaraciones contenidas en instrumento público hacen plena fe contra los declarantes, pero ello no significa que la verdad de ellas sea incontrovertible, que implique —digámoslo así— una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario. Quienes han hecho tales declaraciones pueden contraprobar por los medios legales, y la contraprueba, si es completa, tiene eficacia respecto de los otorgantes del instrumento, aunque no produzca efectos contra terceros. Así se deduce rectamente del artículo 1766 del C. C., desde luego que las contraescrituras vienen a ser, en relación con los contratantes, prueba de la alteración o infirmación de lo pactado en escritura pública. Y también se desprende del artículo 1934 ibídem, que la jurisprudencia ha interpretado en el sentido de que la declaración contenida en una escritura pública de haberse pagado el precio de la venta, admite prueba en contrario entre los contratantes. La limitación probatoria que tal norma establece (nulidad o falsificación de instrumento) se refiere sólo a las acciones contra terceros poseedores.

La entrega de la finca, de que da cuenta la escritura 2897, podría ser, y lo ha sido, contraprobada plenamente en el proceso. La demanda afirmó que aquélla no se había realizado, y el demandado aceptó esa afirmación, que los perjudica, es decir, confesó judicialmente su incumplimiento, hecho negativo respecto del cual es admisible la prueba de confesión (artículos 604 y 605 C. J.). Y en la acción posesoria que, para obtener la entrega, instauraron los compradores contra los vendedores, éstos reconocieron la verdad de ese hecho, y la entrega judicial no pudo realizarse, a pesar de haberse decretado, porque se opusieron los dueños de las mejoras. Después se efectuó, el 18 de julio de 1946, como consta en autos.

No incurrió pues el Tribunal en los errores que se le imputan, e ilesas están las disposiciones que

se dicen infringidas, por lo cual no puede prosperar la acusación por este primer aspecto.

Segundo cargo.—Está comprendido en estas palabras: "El Tribunal ordenó pagar la totalidad de los perjuicios a solo dos de los tres compradores, pues uno de ellos no ha demandado, ni aparece prueba de que hubiera vendido a los otros incluyendo ese derecho de perjuicios, debiendo así haberse negado esa petición. Como no se hizo, se violaron los citados artículos del C. C. (1568, 1581 y 1583), bien porque se condenó a más de lo probado, también con violación del artículo 210 del C. J. que no es disposición de simple procedimiento".

No indica el recurrente el sentido de la violación, pero del contexto del cargo puede inferirse que se trata de aplicación indebida, en lo cual tiene aquél la razón, pues tanto la obligación del vendedor de responder por los frutos como la de indemnizar los perjuicios, cuando ha retardado la entrega de la cosa vendida, son divisibles (artículos 1581 y 1568 C. C.), de suerte que, si son varios los compradores, cada uno de ellos sólo tiene derecho de demandar su parte o cuota en el crédito, a menos que la obligación sea solidaria, calidad que no tiene en el presente caso, pues la solidaridad no puede resultar sino de expresa declaración en la convención, en el testamento o en la ley (inciso 3º del artículo 1568).

Según la escritura 2897, los compradores de la finca fueron Alfonso Isaza, Francisco y Martín Acosta, por partes iguales; y aunque en la demanda se afirma (hecho 12) que el primero vendió su derecho al segundo por la escritura 3459 de 25 de octubre de 1945, de la Notaría 2ª de Medellín, este hecho, aunque fue aceptado por los demandados en el juicio posesorio, no aparece probado, pues, requiriendo prueba solemne, no figura en los autos la copia de dicha escritura (artículo 1760 C. C.).

La acción para el pago de los frutos y la indemnizatoria se instauraron por dos de los tres compradores, afirmando ser dueños absolutos de toda la finca, en armonía con el hecho 12, y de conformidad fue fallada la primera súplica, de manera que al reconocer la sentencia a los dos demandantes derecho a la totalidad de los frutos, sin limitarlos a los dos tercios que les corresponde, violó las normas sustantivas citadas por el recurrente, por no haberlas aplicado el Tribunal, debiendo hacerlo, al caso **sub judice**. Habrá, pues, de casarse parcialmente el fallo recurrido, por razón de este cargo y para limitar la condena a las cuotas a que tienen derecho los demandantes en los frutos de la finca, casación parcial que no exime a la Sala de examinar el último reparo del recurrente.

Tercer cargo.—Encamínase a sostener que "en el supuesto, inaceptable, de que la demanda se interprete en el sentido de buscar el pago de perjuicios, por la **no entrega** no por **no pago** en oportunidad, de las mejoras que en la finca tenía Roque Acosta M....", el Tribunal violó el artículo 1882 del C. C., por aplicación indebida e interpretación errónea, pues, según el recurrente no hubo culpa de los demandados en el retardo, que se debió a hecho de un tercero. Aquéllos, según él, pusieron toda la debida diligencia para cumplir su obligación de adquirir y entregar las mejoras ajenas, a pesar de no haberse comprometido a esto último, pues sólo se obligaron "a poner los medios convenientes de **comprarlas**... y eso hicieron".

Y concluye con estas palabras: "El Tribunal prescindió de tener en cuenta y de apreciar la prueba referente al interdicto para adquirir y a la determinación judicial del precio que debía pagarse y por ese error de hecho, sin el cual se habría dado por demostrado el cumplimiento de la cláusula tercera, se dió aplicación al artículo 1882, inciso 2º, que no era aplicable. Y si se trataba de **entrega** y no simplemente de **pago** de esas mejoras cuando la entrega se retarda por hecho o culpa del vendedor, hay perjuicios. Aquí no se retardó por hecho o culpa de los vendedores, sino del tercero y entonces, mal puede aplicarse el inciso 2º del artículo 1882 del C. C.".

Como se ve, el recurrente empieza imputando violación del artículo por interpretación errónea y aplicación indebida, para terminar afirmando que la infracción es consecuencia de error de hecho, consistente en falta de apreciación de la actuación relativa al pago de las mejoras. Involucra de ese modo las causas determinantes de la violación del citado precepto.

No debe perderse de vista que la sentencia sólo ha condenado al pago de frutos, los cuales pertenecen al comprador a partir de la fecha en que la cosa vendida debió entregársele, que no es otra que la del perfeccionamiento del contrato, cuando la venta es pura y simple, o la del vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición, cuando la entrega está sujeta a una de estas modalidades (artículo 1872 C. C.).

Hay presunción de culpa en el vendedor que no hace la entrega oportunamente. Para exonerarse de responsabilidad debe destruir esa presunción, probando caso fortuito sobrevenido sin su culpa antes de estar constituído en mora (artículo 1604 ibídem). Sin esa prueba, responde por los perjuicios que el retardo en la entrega haya causado al comprador (inciso 2º del artículo 1882). Ahora bien: respecto de los frutos que la cosa vendida haya producido o podido producir durante el retardo, no basta —para que el vendedor no esté obligado a restituírlos o a pagar su valor— que una fuerza mayor le haya impedido entregar la cosa en el tiempo debido, pues la imposibilidad de entregar puede ser independiente de la percepción de frutos y de la posibilidad de producirlos. Sería preciso entonces que el caso fortuito, sobrevenido antes de la mora y sin culpa del deudor, recayera también sobre los frutos, es decir, que los destruyera o hiciera imposible su producción. Sólo así podría el vendedor liberarse de la obligación de satisfacerlos.

La obligación de indemnizar perjuicios emana pues siempre de la culpa del deudor. La de restituir frutos o pagarlos surge de la mora en entregar lo vendido, aunque el retardo sea inculpable. Si lo primero, el deudor se defiende con el caso fortuito, que imposibilitó la entrega. Si lo segundo, tendría que probar además que la fuerza mayor refluyó también sobre los frutos e imposibilitó la producción. Quien está obligado, por ejemplo, a entregar la finca vendida dentro de cierto plazo y sobreviene, antes de vencerse, un caso fortuito que se lo impide (un secuestro, v. gr.), no deberá perjuicios al comprador, porque no responde de lo imprevisto a que no pudo resistir; pero deberá los frutos que haya percibido o los que por su cuenta haya percibido o podido percibir el secuestre, porque el caso fortuito no impidió la percepción. Pero si la fuerza mayor (inundación, v. gr.) no sólo imposibilitó la entrega sino también la percepción y producción de frutos, no estará obligado a responder por éstos. Juega en esto el principio de que nadie puede enriquecerse sin causa justa y el de que somos responsables de toda negligencia que afecte el derecho de terceros. Porque si el deudor, o el secuestre que lo sustituye legalmente, en el ejemplo propuesto, se cruza de brazos y nada hace para percibir los frutos o para que la cosa los produzca, está perjudicando con su incuria al dueño de la cosa, con quien está en mora —culpable o inculpable— de entregar.

Por lo demás, la culpa es el resultado de una omisión, en tesis general. El deudor que quiera destruirla ha de probar el hecho contrario al negativo, en la medida que la ley determine, según la clase de contrato: el cuidado o diligencia que puso para cumplir su obligación. Y desde luego la diligencia y cuidado han de emplearse oportunamente, antes de que la obligación se haga exigible, ya que la mora, por sí, implica culpabilidad. La prueba de la diligencia incumbe al que debió emplearla. La del caso fortuito al que lo alega (artículos 63 y 1604 C. C. y 1º ley 95 de 1890).

Aplicando estos principios al caso en estudio y sin olvidar que la litis contestatio está planteada sobre la base de que los vendedores no entregaron oportunamente la finca vendida, hecho indiscutible en el proceso, se observa que aquéllos no han pretendido siquiera probar que hubieran estado imposibilitados de cumplir su obligación. Muy al contrario, vendieron sabiendo que en el predio había mejoras ajenas, las cuales incluyeron en la venta, obligándose a adquirirlas en un corto plazo en lo cual ya fueron imprudentes; e hicieron depender la entrega de la finca de la adquisición de tales mejoras. ¿Qué diligencia emplearon para colocarse en posición de cumplir a tiempo sus imprudentes compromisos? Promover extemporáneamente, cuando ya estaba vencido el plazo para la entrega, el avalúo judicial de esas mejoras, en memorial de 3 de octubre de 1945, dirigido al Juez 5º Civil del Circuito de Medellín (Pruebas de los demandados en la 2ª instancia), única prueba de una gestión tardía, que está muy lejos de demostrar el cuidado que debieron usar para poder cumplir, dentro del plazo estipulado su obligación de entregar la finca. ¿Cómo se pretende entonces que el Tribunal haya violado, por errónea interpretación o por aplicación indebida, o por falta de apreciación de la prueba expresada, el segundo inciso del artículo 1882?. La culpa de los vendedores está en pie, y aún sin ella —como se ha visto— serían responsables de los frutos que la finca haya producido o podido producir durante el tiempo corrido desde el primero de octubre de 1945, en que debió verificarse la entrega, hasta el 18 de julio de 1946, fecha en que fue entregada a los compradores. No prospera pues este tercer cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema

de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre da le República de Colombia y por autoridad de la Ley casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín con fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y siete (1947), y reforma la de primera instancia, todo en el sentido de limitar la condenación en frutos a las dos terceras partes de los que los demandantes dejaron de percibir desde el primero de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) hasta el dieciocho (18) de julio de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

En todo lo demás queda confirmada la sentencia de primera instancia.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario en propiedad.

ACCION REIVINDICATORIA — REQUISITOS DE LA COSA JUZGADA — EL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD EN UN JUICIO REIVINDICATORIO, TIENE UN CARACTER SIMPLEMENTE DECLARATIVO, Y NO CONSTITUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Mediante escritura pública Nº 640 de 21 de abril de 1903 otorgada en la Notaría Primera de Manizales los señores Jesús María y José J. Ocampo compraron a Jesús María y Joaquín Gómez E. "unas mejoras situadas en jurisdicción del Corregimiento de Belalcázar, distrito de Ansermaviejo", y "una finca denominada "Zaragoza", ubicada dentro del mismo Municipio, comprendidos uno y otro, dentro de los linderos que en el mismo instrumento se expresan.

Posteriormente, por Resolución número 145 de 19 de octubre de 1926 y 171 de 16 de marzo de 1927 proferidas por el Ministerio de Industrias y protocolizadas mediante escritura Nº 1043 de 17 de agosto de 1927 de la Notaría Segunda de Manizales, le fué adjudicado como baldío al señor José J. Ocampo un terreno conocido con los nombres de 'Beltrán y Arjona', y que corresponde precisamente a los que en el año de 1903 había adquirido de Jesús María y Joaquín Gómez.

Una parte del anterior inmueble fué luego rematado por el señor Francisco Londoño con fecha 30 de mayo de 1936, en ejecución que éste siguió contra Ocampo; pero posteriormente, por escritura Nº 433 de 10 de mayo de 1941, Ocampo readquirió de nuevo el dominio de dicho lote, y en consecuencia, hubo de quedar como dueño exclusivo del inmueble que le había sido adjudicado en 1926 y 1927.

Entre tanto, y mediante Resolución Nº 197 de fecha 26 de mayo de 1922, la Gobernación de Caldas había adjudicado al señor Manuel S. Gómez S. "el terreno baldío denominado 'Cristales' situado en el Distrito de Belalcázar, correspondiente a la extinguida provincia de Riosucio", y deslindado como en aquella misma providencia se determina. Dicho terreno resultó luego comprendido dentro de los linderos del que en 1927 se adjudicó a José Joaquín Ocampo.

Por escritura pública Nº 291 de 29 de julio del mismo año de 1922, otorgada en la Notaría de Belalcázar, Gómez S. le vendió el inmueble referido al señor Adriano González, quien se mantuvo como titular de ese derecho hasta el 11 de enero de 1937, en que por escritura pública Nº 19 otorgada en la misma Notaría de Belalcázar, lo traspasó, o dijo traspasarlo, a la señora María del Carmen Henao de Castrillón.

Por último, y mediante escrituras números 157 de 4 de junio de 1939 y 119 de 5 de abril de 1940, María del Carmen Henao de Castrillón le vendió a Joaquín M. Castrillón el expresado inmueble de 'Cristales', del que entró en posesión material a virtud de entrega que le hizo la compradora.

Sinembargo, cuando González no se había desprendido aún de sus pretendidos derechos a favor de la Henao de Castrillón, febrero de 1928, fué demandado por Ocampo, para que previos los trámites del juicio ordinario se declarara: que el expresado lote, junto con sus mejoras, hace parte de la hacienda de 'Beltrán' de propiedad del primero; que la adjudicación hecha por la Gobernación de Caldas a Gómez S., no constituyó derecho alguno en su favor, y dejó a salvo los que correspondían a Ocampo como cultivador y ocupante de ganados del mismo inmueble; que por lo tanto, González tampoco adquirió derecho alguno a virtud de la venta que Gómez le hiciera, y que, como ocupante de mala fé, está obligado a hacerle las consiguientes restituciones. Estas solicitudes fueron despachadas de conformidad, mediante sentencia de primer grado, proferida por el Juzgado 2º del Circuito de Anserma el día 30 de julio de 1929, que el Tribunal Superior de Manizales declaró ejecutoriada en providencia de nueve de julio de 1930.

En tales circunstancias decidió el señor José J. Ocampo promover la acción ordinaria de que trata este pleito, contra el señor Joaquín Castrillón (causahabiente del anterior demandado Adriano

González), para que se declare: a) Que el terreno de 'Cristales' junto con sus anexidades, pertenece al demandante; b) Que, en consecuencia, se condene al demandado a restituírselo, dentro del término que fije la sentencia; c) Que así mismo se le condene a pagarle al actor el valor de la renta ese terreno durante cinco años y medio, y a indemnizarle los perjuicios ocasionados; d) Que se ordene la cancelación de las escrituras por medio de las cuales la señora Henao de Castrillón dijo venderle a Joaquín Castrillón, el inmueble en referencia; y e) Que se les condene al pago de las costas procesales.

El Juzgado Civil del Circuito de Anserma ante quien se presentó la demanda, la decidió en sentencia de veinticuatro de noviembre de 1934, en el sentido de hacer la declaración y condena de que tratan las dos primeras peticiones, de negar las dos siguientes, y de reconocer al demandado Joaquín Castrillón el derecho de retención "hasta que se le pague o se le asegure el pago de las mejoras puestas por él en el terreno de 'Cristales', el que se fijará mediante el juicio de que habla el artículo 553 del C. Judicial".

La sentencia recurrida

Apelada esta providencia para ante el Tribunal Superior de Manizales, dicha Corporación desató el recurso en sentencia de fecha veinticinco de octubre de 1945 confirmando el fallo del Juzgado, "con la adición de que el demandado debe reconocer al demandante el valor de lo que la tierra ha contribuído a la producción de los frutos. Según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, —agrega— se hará el reconocimiento de mejoras (arts. 964 y 969 del C. Civil)".

Los fundamentos tenidos en cuenta en la sentencia son, sintéticamente concretados, los siguientes:

Con base en los títulos de propiedad que se mencionan al principio de esta providencia y de las diligencias de inspección ocular practicadas durante el término probatorio de las dos instancias, concluye el Tribunal que el lote de terreno que se trata de reivindicar forma parte o está comprendido dentro de los linderos que identifican el inmueble adquirido por el demandante, y es el mismo que posee el demandado con título inscrito. Encuentra sinembargo, que la colisión de derechos resultantes de esa doble titulación es más aparente que real: Porque "en la sentencia antes dicha de julio 30 de 1929 del Juzgado Segundo del Circuito de Anserma, confirmada por este Tribunal y cuyas copias en lo pertinente se trajeron al juicio con la correspondiente nota de registro, el cual consta también en el certificado de la Oficina de Registro de Anserma, sobre la finca de 'Beltrán', se tiene, se repite, que ya fué decidido por medio de la acción correspondiente el conflicto sobre prevalencia de los dos títulos de adjudicación del mismo terreno de 'Cristales', hecha por separado, el primero a José Ocampo V. y el segundo a Manuel S. Gómez,..." Y porque "Auncuando no se trajo el certificado de registro sobre la tradición del dominio referido al terreno de Cristales, y radicado en cabeza del demandado Castrillón éste confiesa y también consta en las escrituras 119 y 157, que su vendedora había adquirido dichos terrenos por compra que hizo a Adriano González, por escritura pública Nº 19 de 11 de enero de 1931, según la cita de la segunda, y en la primera se dice que lo adquirió del mismo vendedor, y éste a su vez, según la escritura 19 traída al juicio, adquirió los lotes vendidos de Manuel S. Gómez (cláusula 2ª). De manera que la causahabiente (sic) de Joaquín Castrillón obtuvo los derechos de dominio vendidos de Adriano González quien a su vez actuó como demandado en el juicio ordinario que José Ocampo V. le instaurara y el cual tuvo por objeto los mismos derechos de dominio sobre el mismo bien que hoy se reivindica, habiéndose aducido al debate los mismos títulos de adjudicación que en el presente se han traído".

Más adelante agrega la sentencia:

"El art. 474 del C. Judicial, consagra la fuerza de cosa juzgada de las sentencias pronunciadas en juicio, y el 17 del C. C., establece que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas.

"Cosa juzgada es la cuestión jurídica discutida plenamente en juicio y resuelta por sentencia que deba cumplirse". 'Son dos los fundamentos de esta excepción, ambos prácticos y negativos: Finalizar definitivamente los procesos y evitar contradicciones entre las sentencias. No obstante lo dicho, la fuerza de la excepción de cosa juzgada, lejos de alcanzar una categoría absoluta, se halla limitada tanto objetiva como subjetivamente' (G. J. Nº 1942, págs. 329 y 330).

"Joaquín Castrillón adquirió el lote de terreno que se reivindica posteriormente a la sentencia

que resolvió sobre la reivindicación en contra de su antecesor causahabiente Adriano González. De tal manera que cuando éste le transfirió el dominio a María del C. Henao de C., le vendió cosa ajena ya que su carácter de dueño le había sido desconocido anteriormente por sentencia que ya hacía tránsito de cosa juzgada y de ahí que el mismo vicio gravaba al mismo inmueble que ésta le transfirió a Joaquín Castrillón, ya que no aparece un título distinto al de la compraventa de su vendedora que la hubiera acreditado como dueña.

"Por consiguiente y como conclusión del anterior análisis, se tiene que el título con que se presenta el demandante en este juicio para reivindicar, prevalece sobre el del demandado, principalmente por razón de los efectos de la cosa juzgada en relación con los causahabientes de Castrillón".

Los fundamentos del recurso

De la sentencia del Tribunal recurrió en casación la parte demandada, alegando como causal el motivo 1º del artículo 520 del C. J., por estimarla "violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la misma; violación que proviene de apreciación errónea y de falta de apreciación de las pruebas, habiendo incurrido en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos; error de hecho que generó el error de derecho en que consiste la violación de la ley sustantiva". Concreta así los cargos en que funda esta conclusión:

El Tribunal sentenciador erró de hecho en la apreciación de los títulos exhibidos por las partes, al considerar que la adjudicación hecha a Ocampo en 1927, jurídicamente comprendía el lote o cuerpo cierto de 'Cristales', que a título de cultivador le había sido adjudicado con anterioridad al primitivo causante de Castrillón, don Manuel S. Gómez, y darle así preferencia a tal adjudicación sobre la anterior, no obstante haberse excluído de aquélla, los derechos adquiridos por cultivadores o colonos que se hallaran establecidos en los terrenos de 'Beltrán' que se adjudicaban. Como erró también, al darle a la sentencia de 1929 el valor de título constitutivo en favor de Ocampo, por cuanto el dominio, "apreciado desde este falso supuesto, no se vinculó en Ocampo V. sino desde la fecha del registro de tal sentencia, esto es, desde el 27 de octubre de 1941", cuando las escrituras por medio de las cuales adquirió Castrillón de María del Carmen Henao, hacía mucho se hallaban registradas, y cuando —por lo demás— había sido ya propuesta la demanda; y luego al deducir de esa errónea apreciación sobre el mérito probatorio de la sentencia la conclusión de ser ventas de cosa ajena las efectuadas por González en favor de María del Carmen Henao de Castrillón, y de ésta en favor del demandado Castrillón.

Como consecuencia de estos errores de hecho en la apreciación de las pruebas, prosigue el recurrente, incurrió el Tribunal en error de derecho, violando así, por falta de aplicación, los artículos 65 del Código Fiscal, 9º de la ley 34 de 1936, 10 y 12 de la ley 71 de 1917, y 740, 749, 752, 756, 759 y 2637 del C. C.; y por haberlos aplicado indebidamente al caso del pleito, violó así mismo los artículos 946, 950 y siguientes del mismo Código Civil, todos de carácter sustantivo.

La Sala considera:

Las conclusiones a que llegó el Tribunal de Manizales respecto del valor probatorio de los títulos exhibidos por las partes en este litigio, descansan sobre el hecho básico de la sentencia proferida por el Juzgado del Circuito de Anserma en 1929, y de la ejecutoria que pronunció el mismo Tribunal en 1930, como se comprueba con el siguiente pasaje de la sentencia, transcrito ya en otro lugar: "Por consiguiente y como conclusión del anterior análisis, se tiene que el título con que se presenta el demandante en este juicio para reivindicar, prevalece sobre el del demandado, principalmente por razón de los efectos de la cosa juzgada en relación con los causahabientes (sic) de Castrillón".

Aquella controversia se adelantó entre las mismas partes que intervienen en la presente, o sea, entre José J. Ocampo y el señor Adriano González, de quien el demandado Castrillón sostiene derivar los derechos que pretende; el objeto de una y otra ha sido también el mismo, es a saber, el derecho de dominio sobre el inmueble denominado 'Cristales' y de que se ha venido hablando; y la causa, idéntica en las dos, por cuanto en una y otra se discute sobre la prevalencia de las adjudicaciones hechas a Manuel S. Gómez (causante de González y por lo mismo de Castrillón), y a José J. Ocampo, la primera, por la

Gobernación de Caldas en 1922, y la segunda por el Ministerio de Industrias en 1927. Y con base en tales presupuestos, quedó definido desde entonces, lo siguiente: a) Que el terreno de 'Cristales', hace parte junto con sus mejoras, de la Hacienda de Beltrán, de propiedad del demandante; b) Que la adjudicación de dicho terreno, hecha a Manuel S. Gómez por Resolución Nº 197 de 26 de mayo de 1922, "no constituyó derecho alguno a favor de Gómez sobre el terreno mencionado y dejó a salvo e intactos los derechos que tenía y tiene el demandante Ocampo V. sobre el tal terreno como cultivador y como ocupante con ganados"; c) Que González, (causante de Castrillón), no adquirió ningún derecho en el mencionado terreno ni en sus mejoras, por razón de la venta que dijo hacerle Manuel Gómez; y que como poseedor de mala fé, está obligado a restituírselo al demandante, junto con sus frutos.

Pero como al tenor de lo establecido por el artículo 473 del C. J., "La sentencia firme dada en materia contenciosa, tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes..."; y según el 474 siguiente, "Para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes", resulta entonces evidente, que al desestimar el Tribunal en este juicio el título de adjudicación de donde deriva el demandado sus pretensiones de dominio, lejos de errar en la apreciación de su mérito probatorio, conformó exactamente su juicio con la verdad jurídica de una sentencia anterior que, —acertada o equivocadamente— pero en todo caso con el sello definitivo que le da la autoridad de la cosa juzgada, se lo había ya desconocido.

En consecuencia, es infundado el cargo que por dicho concepto se formula contra la sentencia.

Por lo que hace al cargo que en segundo lugar se propone, por error de hecho que se resuelve en error de derecho, y consistente en haberle reconocido el Tribunal el carácter constitutivo a favor de Ocampo, al fallo de 1929 que estaba sin registrar cuando se formalizaron e inscribieron en el registro las escrituras por medio de las cuales adquirió el demandado el derecho de dominio que le contrapone en este pleito, y darle así prevalencia al primero sobre los segundos, se observa:

La acción de dominio o reivindicatoria, como en otras ocasiones lo ha dicho la Corte, es por su naturaleza, restitutoria: "para que el poseedor —de una cosa singular— sea obligado a restituírla", según lo enseña el artículo 946 del C. C.; la propiedad en estos juicios, apenas cumple la función de un hecho jurídico fundamental, que el actor está obligado a probar en el juicio, y cuyo reconocimiento en la litis tiene apenas un carácter simplemente declarativo y no constitutivo. Luego al sostener el Tribunal que las enajenaciones hechas —con posterioridad a la sentencia del Juzgado de Anserma— por el vencido en dicho juicio y por su causahabiente, son venta de cosa ajena, lo que exactamente está reconociendo no es la supremacía de dicho fallo como título constitutivo en favor de Ocampo sobre los exhibidos por su contraparte, sino la prevalencia pasada en autoridad de cosa juzgada, de los títulos con que el primero acreditó su mejor derecho dentro de ese juicio, y que ahora se ha querido de nuevo controvertir en el presente. De donde se sigue, que el registro de dicha providencia no podía encaminarse a cumplir con el modo de la tradición del dominio, como lo pretende el recurrente, ni la inscripción de las escrituras de venta efectuada con anterioridad, era por lo mismo susceptible de restarle la eficacia prevalente que aquélla le reconoció a la adjudicación de Ocampo sobre los títulos exhibidos por el causante del demandado Castrillón.

En consecuencia, el cargo de que se trata resulta como el anterior, igualmente infundado.

A 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, **niega** la casación de la sentencia de fecha veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Manizales.

Las costas son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y ejecutoriada, devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

DENTRO DEL ANTIGUO REGIMEN DE ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EL MARIDO ERA EL UNICO RESPONSABLE ANTE TERCEROS DE LAS DEUDAS QUE LA MUJER HUBIESE CONTRAIDO CON LA AUTORIZACION EXPRESA O TACITA DE EL

Como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos, el marido, dentro del régimen jurídico de la sociedad conyugal imperante antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, era el único responsable respecto de terceros, durante la sociedad, de todas las deudas, sin distinción de las sociales, de las personales suyas, personales de la mujer o contraídas por ella con mandato o autorización expresa o tácita del marido o nacidas de contrato celebrado de consuno por los cónyuges (artículos 1796, 1809, 1807, 1834 del Código Civil). El marido era el único deudor respecto de los terceros, como consecuencia natural y lógica de un régimen administrativo en que él disponía como señor y dueño de todos los bienes que integraban el patrimonio social.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Antecedentes de este proceso

Hersilia de González llegó a ser cesionaria de un crédito hipotecario, garantizado con una casa situada en la población de Sardinata, perteneciente por herencia a Ana de Jesús Serrano, quien con su marido Tadeo Sánchez, firmó la escritura número 59, de 5 de mayo de 1930, Notaría de la población mencionada, por el cual instrumento se constituyó el crédito en mención por la suma de $ 1.800.

La cesionaria promovió acción sobre venta del inmueble hipotecado, contra el mencionado Tadeo Sánchez y contra su hija menor Carmen Ramona Sánchez, hija a la vez de Ana de Jesús Serrano, ya muerta, dueña de la casa hipotecada, y dentro del juicio los demandados propusieron la excepción de nulidad, con fundamento en que en la escritura número 59 citada se había hipotecado un bien de la mujer casada, sin cumplirse el requisito de la licencia judicial de que trata el artículo 1810 del C. Civil vigente entonces.

No encontró el señor Juez fundada esa excepción, y ordenó el remate de la finca hipotecada; y la sentencia respectiva fue confirmada por el Tribunal de Pamplona.

El remate se llevó a cabo y fue aprobado en debida forma la adjudicación que en él se hizo de la finca en cuestión a favor de la mentada Hersilia de González, por cuenta de su crédito, según proveído de catorce de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

Esta rematadora vendió después la casa hipotecada a Tulia Martínez de Barjuch, como se lee en la escritura número 347, Notaría 2ª de San José de Cúcuta, de 25 de marzo de 1944.

Más antes de esta venta y después del remate de la casa, el citado Tadeo Sánchez, hablando en su nombre y en nombre de su menor hija Carmen Ramona, entabló demanda contra la rematadora de la casa hipotecada, pidiendo en ella que se declare la nulidad de la hipoteca de que trata la escritura 59 precitada, "y se declare por concepto de la acción reivindicatoria que en esta misma demanda propongo... que la finca raíz a que se refiere el acta... pertenece en dominio y propiedad a la sucesión de María de Jesús Serrano, representada por su menor hija Carmen Ramona, por haberla adquirido aquélla en virtud de adjudicación que se le hizo en la sucesión del señor Antonio María Serrano...".

El juicio ordinario de que se trata fue decidido en primera instancia con absolución para Hersilia de González, pero el Tribunal de Pamplona revocó la sentencia y declaró: a) Nula la hipoteca; b) Que el inmueble a que ella se refiere pertenece a la sucesión de Ana de Jesús Serrano de Sánchez; c) Que la demandada debe entregarlo a la sucesión con sus frutos naturales y civiles alcanzados desde la contestación de la

demanda; d) Que se deben cancelar el registro del gravamen hipotecario y el de la adjudicación.

Se alzó en casación la demandada, y la Corte aceptó la parte de la sentencia por la cual se declara nula la hipoteca, pero no aceptó las demás declaraciones del fallo recurrido. Dijo la Corte: "De lo expuesto fluye la conclusión de que era necesario pedir expresamente y obtenerlo, la revisión de la sentencia de excepciones y de pregón y remate, y la aprobación de este último, dictados en el juicio especial hipotecario, para poder obtener en este proceso la nulidad del remate y la restitución del inmueble". Y dice además la Corte: "Puede agregarse a lo antes expuesto que el artículo 1030 del C. Judicial estatuye que la sentencia de excepciones y de pregón y remate no funda la excepción de cosa juzgada y puede revisarse por la vía ordinaria. Con lo que viene consagrado por nuestra ley positiva que para que tales decisiones, pronunciadas en juicios especiales de venta, pierdan su fuerza coactiva es de rigor solicitar y obtener expresamente su revisión, para dejarlas sin efecto".

De lo expuesto concluye la Sala que es fundado este cargo y debe prosperar, porque la parte actora debió suplicar explícitamente tanto la revisión de esos fallos proferidos en el juicio especial como la nulidad del remate. Al no hacerlo así se han violado los artículos 473 y 1030 del C. J. que tienen carácter sustantivo. Tal omisión acarrea como consecuencia que no puede decretarse en este proceso ni la reivindicación del inmueble, ni su consiguiente restitución, ni la cancelación de los registros del remate, porque si tal acto conserva toda su validez no es posible hacer desaparecer sus efectos jurídicos. Se hace necesario casar parcialmente la sentencia acusada, para el efecto de suprimir del fallo que se revisa y reformar las declaraciones contenidas en los puntos 2º, 3º y 4º de su parte resolutiva".

Y después de esta exposición, hace la Sala, en su fallo de veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres la siguiente advertencia que es de mucha importancia: "Pero esta decisión no agota el ejercicio de las acciones judiciales que la parte actora pretende tener para obtener posteriormente tales declaraciones en forma legal". (G. J. Tomo LVI, pág. 143).

Nuevo proceso de los actores

Aprovechando la advertencia de la Corte, que se acaba de transcribir, el citado Sánchez, obrando en su nombre y en el de su hija menor varias veces citada, presentó demanda contra las mencionadas Hersilia de González y Tulia Martínez de Barjuch, ésta, como ya se dijo, adquirente de la casa hipotecada por compra que hizo a aquélla, para que por el Juez "se revisen las sentencias de excepciones y pregón y remate..., el auto aprobatorio del remate efectuados en el juicio hipotecario seguido por Hersilia de González contra la herencia de Ana de Jesús Serrano y contra la sociedad conyugal en liquidación, y para que como consecuencia de la revisión se declare nulo el remate y el auto que lo aprueba, se ordene la restitución de la finca y se disponga la cancelación del remate en la Registraduría, declaraciones que pido para la sucesión de Ana de Jesús Serrano de Sánchez y para la sociedad conyugal en liquidación formada por ésta y por el actor".

La demandada Hersilia de González presentó demanda de reconvención en que pide, para el caso en que se decrete la restitución de la casa, que se condene a los actores a volver a aquélla la suma de $ 1.800, valor del crédito hipotecario a que se refiere la escritura número 59 de la cual ya se hizo historia, más los intereses. Y pide también el pago "de las expensas y mejoras hechas por ella en la casa hipotecada".

El señor Juez dictó el fallo que le correspondía sobre las dos demandas, disponiendo en él:

1º Revisar, como revisa, las sentencias de excepciones y de pregón y remate y el auto aprobatorio del remate, que se han historiado;

2º Declarar, como declara, nulo el remate y nulo el auto que lo aprueba;

3º Ordenar, como ordena, la restitución de la finca rematada, a la sucesión de Ana de Jesús Serrano de Sánchez y a la sociedad conyugal en liquidación;

4º Se ordena la cancelación del remate en la Registraduría;

5º Se absuelve a quienes fueron citados como opositores en la demanda de reconvención;

6º Se declara infundada la excepción de cosa juzgada.

Por apelación de la demandante en reconvención el Tribunal de Pamplona decidió en segunda instancia el negocio, confirmando lo resuelto por el señor Juez en los numerales de arriba 1º, 2º, 3º, 4º y 6º y revocando el numeral 5º que versa sobre la absolución, de manera que se condena a Sánchez y a su hija Carmen Ramona a

pagar a Hersilia de González la suma de $ 1.800, más los intereses devengados hasta la fecha del pago, a la rata del 8% anual. Nada dijo el Tribunal sobre expensas y mejoras a que se refiere la demanda de reconvención.

Acerca de esta condenación dijo solamente el fallo del Tribunal: "Pero la nulidad de la hipoteca no acarrea la invalidez del contrato de mutuo garantizado con ella, pues lo principal no sigue a lo accesorio. Además, antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, bastaba la autorización tácita del marido para que la mujer pudiera constituírse deudora personal, autorización que consta en el contrato de mutuo (artículo 1807 del C. C.). Es, pues, válida la convención por medio de la cual Tadeo Sánchez y Ana de Jesús Serrano de Sánchez, se declararon deudores solidarios por la suma de un mil ochocientos pesos ($ 1.800), de Natalio Domínguez. En virtud de varias cesiones sucesivas la actual titular del crédito es Hersilia de González, la que como tal, puede exigir su cancelación. Por tanto, precisa revocar la sentencia apelada en lo referente a la absolución de Tadeo Sánchez y su hija, de la obligación de pagar la deuda".

Sólo el apoderado de los actores interpuso el recurso de casación alegando la primera de las causales del artículo 520 del C. Judicial, "por error de derecho al apreciar las pruebas sobre la obligación mutuaria y al aplicar la ley sustantiva". De manera que la demandante en reconvención, Hersilia de González, se conformó con el fallo del Tribunal.

Manifiesta el recurrente que el Tribunal para pronunciar la condenación por $ 1.800, invoca el artículo 1807 del C. Civil, y que este artículo dice todo lo contrario de lo que expresa la sentencia, o sea que antes de la ley 28 de 1932 bastaba la autorización del marido para que la mujer pudiera obligarse, autorización que consta en el contrato de mutuo. Contradice esto el recurrente, sosteniendo, con apoyo en aquel artículo, que la obligación nacida del préstamo con anterioridad a aquella ley, "no pudo obligar personalmente a la mujer casada, y por lo mismo, no se trataba de una obligación transmisible a la heredera para que pueda ser ésta condenada al pago juntamente con el cónyuge señor Sánchez".

Sostiene también el recurrente que fueron quebrantados los ordinales 2º y 3º del artículo 1796 del C. C., porque éstos estiman que son deudas de la sociedad conyugal las contraídas durante el matrimonio por el marido, o por la mujer con autorización del marido, y aún las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad; mientras que el Tribunal carga sobre la hija de la cónyuge muerta una deuda de la sociedad.

Argumenta también el recurrente contra la condenación pronunciada por el Tribunal, invocando como violado el artículo 1834 del C. Civil, porque éste declara la responsabilidad del marido en relación con todas las deudas de la sociedad, y de esta clase es la que contrajeron Sánchez y su esposa en el crédito hipotecario.

Estudio de la Sala

De lo que se ha expuesto sobre este asunto, y de las pruebas de él, resulta:

a) Que los esposos Tadeo Sánchez y Ana de Jesús Serrano tomaron en préstamo en 1930 la suma de $ 1.800, y garantizaron la deuda con hipoteca sobre una casa;

b) Que la casa era de propiedad exclusiva de la esposa, porque la hubo por herencia paterna;

c) Que para hipotecar la casa no se obtuvo licencia judicial;

d) Que el crédito hipotecario, por cesiones varias, llegó a manos de Hersilia de González;

e) Que a ésta se adjudicó la casa en remate a cuenta del crédito hipotecario;

f) Que adjudicada, Hersilia de González la vendió a Tulia Martínez de Barjuch;

g) Que la Serrano de Sánchez murió y dejó como heredera a su hija Carmen Ramona;

h) Que ésta y su padre obtuvieron que se decretara la nulidad de la hipoteca de la casa, y piden ahora entre otras cosas, que el inmueble se le restituya a la sucesión de la Serrano de Sánchez, y a la sociedad conyugal Sánchez-Serrano; e

i) Que el Tribunal accede a la restitución, como consecuencia de la nulidad del remate, y del auto que lo aprobó, que acepta y accede a lo demás decretado en la primera instancia, pero dispone que Sánchez y su hija paguen a Hersilia de González los $ 1.800 valor del crédito hipotecario, más los intereses devengados hasta que el pago se realice, al 8% anual.

Se debe anotar que todo lo pedido por Sánchez y su hija, y que fue aceptado por el Tribunal, queda en pie, pues el fallo de segunda instancia no fue objetado en esa parte por las demanda-

das; y que lo único sometido a casación es la condena por $ 1.800 y sus intereses pronunciada por el Tribunal contra los citados Sánchez y su hija Carmen Ramona, lo que quiere decir que la acusación de la sentencia formulada por el apoderado de éstos es parcial.

Como se ha visto, el recurrente anota que el Tribunal violó por errada aplicación el artículo 1807, y violó también directamente los artículos 1796 en sus numerales 2º y 3º, y 1834, todos del Código Civil.

El primero de esos textos legales dice que toda deuda contraída por la mujer con autorización de su marido, es respecto de terceros deuda del marido, y por consiguiente, de la sociedad conyugal, y el acreedor no podrá perseguir el pago sobre los bienes propios de la mujer; lo cual no está de acuerdo con la sentencia del Tribunal cuando condena a la menor, hija de la cónyuge que se obligó en el crédito hipotecario, con la razón de que antes de la ley 28 de 1932 "bastaba la autorización tácita del marido para que la mujer pudiera constituírse deudora personal, autorización que consta en el contrato de mutuo (artículo 1807 del C. C.)".

El artículo 1796 que el recurrente considera violado, dice entre otras cosas que la sociedad conyugal es responsable de las deudas contraídas durante el matrimonio por el marido o por la mujer con autorización de su marido; lo cual ciertamente no se compadece con lo resuelto por el Tribunal al condenar a la menor al pago de una deuda que era de la sociedad y por la cual debía responder el marido.

Dice por último el artículo 1834 con el cual el recurrente acusa la condenación pronunciada por el Tribunal, que el marido es responsable del total de las deudas de la sociedad conyugal, con la salvedad de la acción que pueda tener contra la mujer en ciertos casos. Y también esto, sin duda alguna, se opone a lo resuelto por la sentencia que se examina, en su parte condenatoria, en cuanto ésta se refiere a la menor.

Sobre estos artículos ya ha hecho estudios la Sala de Casación Civil, en varias ocasiones, y basta reproducir parte de ellos para no hacer más comentarios sobre puntos de mucha claridad.

Dijo la Corte:

"El marido, dentro del régimen jurídico de la sociedad conyugal imperante en la época en que se celebró el contrato de mutuo que recoge la escritura pública número 138 de 16 de julio de 1913, de la Notaría de Tumaco, era el único responsable respecto de terceros, durante la sociedad, de todas las deudas, sin distinción de las sociales, de las personales suyas, personales de la mujer o contraídas por ella con mandato o autorización expresa o tácita del marido, o nacidas de contrato celebrado de consuno por los dos cónyuges, como es el caso de que se trata (1796, numerales 2º y 3º, 1807, 1834, C. C.). El marido era el único deudor respecto de los terceros, como consecuencia natural y lógica de un régimen administrativo en que él disponía como señor y dueño de todos los bienes que integraban el patrimonio social. De la obligación mutuaria adquirida por la sociedad Santander-Pinillos a favor de Isabel B. Douat, cobrada por las herederas de la acreedora con la acción real que les daba el contrato accesorio de hipoteca, era Carlos Santander N. el exclusivo deudor, la única persona de quien podía legalmente demandarse el pago de la obligación. Entre las relaciones jurídicas que por virtud de ese contrato de préstamo se generaron no existe ninguna que vinculara personalmente a la cónyuge María Pinillos de Santander como deudora de Isabel Douat por razón del dinero prestado". (G. J. Tomo LI, página 802).

Más tarde, dentro de estas mismas ideas, dijo la Sala en sentencia de marzo de 1934:

"Ya viene dicho por la Corte en numerosos fallos que el marido, dentro del régimen jurídico de la sociedad conyugal imperante en la época en que se celebró el contrato de mutuo con garantía hipotecaria, era el único responsable respecto de terceros, durante la sociedad, de todas las deudas, sin distinción de las sociales, de las personales suyas, personales de la mujer o contraídas por ella con mandato o autorización expresa o tácita del marido o nacidas de contrato celebrado de consuno por los dos cónyuges (artículos 1796, 1806, 1807, 1834 del Código Civil). El marido era el único deudor respecto de los terceros, como consecuencia natural y lógica de un régimen administrativo en que él disponía como señor y dueño de todos los bienes que integraban el patrimonio social.

"Ahora bien: de la obligación mutuaria adquirida por la sociedad conyugal Marroquín-Sánchez a favor de Hincapié, era Marroquín indudablemente exclusivo deudor, la única persona a quien podía legalmente demandarse el pago de la deuda. Y esto es así porque entre las relaciones ju-

rídicas que en virtud de ese contrato de mutuo con hipoteca se generaron, no existe ninguna que vinculara personalmente a la cónyuge Elisa Sánchez como deudora de Hincapié, por razón del dinero recibido en préstamo por su marido". (G. J. Tomo LVII, pág. 135).

Mas lo expuesto hasta aquí, diciendo está que no puede cargarse sobre la menor una deuda de su madre, que era de la sociedad conyugal formada por ésta y por el demandado en reconvención Tadeo Sánchez, y la cual deuda debía ser atendida por éste, como jefe de esa sociedad. Los motivos de casación, que se han examinado, tienden todos a demostrar que el crédito por $ 1.800 no obliga a la menor, pero no demuestran que no obligue a Sánchez, como jefe de la sociedad conyugal. Y como el Tribunal abarcó en su condenación tanto a Sánchez como a la menor, es preciso casar la sentencia en la parte objeto del recurso, y dictar la que corresponde a la Sala como Tribunal de instancia.

Como se vio, contra Sánchez y su hija presentó demanda de reconvención Hersilia de González, en que pide que si se ordena la restitución del inmueble hipotecado a que se refiere la escritura número 59 de 5 de mayo de 1930, otorgada en la Notaría de Sardinata, se condene a aquéllos a volverle la cantidad de $ 1.800, más los intereses correspondientes al crédito de que trata la mencionada escritura, y pide también la demandante que se le paguen "las expensas y mejoras hechas por ella en la casa materia de la restitución", y que se decida que ella tiene derecho a retener la casa hasta que se verifique el pago o se le asegure su valor.

El Tribunal no encontró aceptable esto último, y nada dijo sobre expensas y mejoras; mas como la demandante Hersilia de González se conformó con el fallo del Tribunal, la Sala no puede examinar estas dos últimas cuestiones.

De otro lado, la prenombrada Hersilia de González demandó intereses de acuerdo con el crédito, en el cual se estipulan éstos al uno y cuarto por ciento mensual, y el Tribunal, con aplicación de la ley 37 de 1932, fijó esos intereses en el ocho por ciento anual. Y también con esto se conformó la demandante en reconvención.

En la sentencia del Tribunal se confirman los numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 6º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia. Por el 1º se revisan las sentencias de excepciones y pregón y remate, y el auto que aprueba el remate, proferidos en el juicio hipotecario de Hersilia de González contra la herencia de Ana de Jesús Serrano y contra la sociedad conyugal en liquidación; por el 2º se declara nulo el remate y nulo el auto que lo aprueba; por el 3º se ordena la restitución de la finca hipotecada y rematada a la sucesión de Ana de Jesús Serrano y a la sociedad conyugal; por el 4º se ordena la cancelación del remate en la Registraduría; y por el 6º se declara no probada la excepción de cosa juzgada.

De acuerdo con estas decisiones, el crédito por $ 1.800 recobra su valor en manos de Hersilia de González.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de fecha nueve de abril de mil novecientos cuarenta y seis en la parte que ha sido materia del recurso, y en su lugar CONDENA a Tadeo Sánchez a pagar a Hersilia de González la suma de $ 1.800 con los intereses debidos, a la rata del ocho por ciento anual, suma a que se refiere la escritura número 59, de 5 de mayo de 1930, de la Notaría de Sardinata.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

Cuando de reivindicación de finca raiz se trata, la identificación de ella ha de estar conforme con el título del demandante, ya que es el dominio de éste el que ha de ser declarado en la sentencia, o rechazado por falta de alguno de los requisitos de la acción.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

El Ministerio de Industria y Trabajo por medio de las resoluciones 145 y 176 de 19 y 26 de febrero de 1935, confirmó las de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca que adjudicaron a Belisario y Carlos Arturo Taborda, a título de cultivadores, respectivamente, sendos lotes de terreno baldío, denominados El Viboral y el Recreo, cada uno de veinte (20) hectáreas y situados en el Municipio de Jamundí de ese Departamento.

La adjudicación de El Viboral tuvo por base las mejoras plantadas por Avelino Salazar, colono primitivo, y la de El Recreo las establecidas por Sergio Hurtado, quien las vendió a Belisario Taborda por la escritura 82 de 2 de diciembre de 1920, de la Notaría de Jamundí. Belisario, a su turno, las dió en venta a su hijo Carlos Arturo, junto con el lote de El Viboral, por la escritura 77 de 7 de octubre de 1935, de la misma Notaría, de suerte que este último vino a quedar como dueño exclusivo de ambas adjudicaciones, que están debidamente alindadas en las citadas resoluciones.

En 1929, Belisario, dueño entonces de todo el fundo, celebró con Pedro Nel y José Cristián López un contrato de arrendamiento y administración de la finca, pero, a su vencimiento, Pedro Nel negóse a restituírla, lo cual originó demanda de Belisario, que fue fallada en favor de éste por el Juez Municipal de Jamundí con fecha 5 de noviembre de 1934, sentencia que confirmó el Juez 3º del Circuito de Cali.

En cumplimiento de ese fallo, se le hizo entrega judicial de la finca a Belisario, a pesar de la oposición de Matilde Neira, quien presentose como propietaria por haber comprado aquélla, a Pedro Nel, dando lugar esto a un juicio por despojo, que terminó con sentencia del Tribunal Superior de Cali en favor de dicha señora, a quien se restituyó en su posesión el 23 de enero de 1936, después de lo cual ella vendió la finca al doctor Manuel Erazo Pardo por la escritura 116 de 18 de febrero del mismo año, de la Notaría 3ª de Cali.

Fundado en estos antecedentes, Carlos Arturo Taborda vecino de Jamundí, demandó al doctor Erazo Pardo y a Matilde Neira, vecinos de Cali y Jamundí, en su orden, para que se declarara, en síntesis:

1º—Que es dueño del lote de El Recreo, que le fue adjudicado como baldío por la resolución 176, ya citada.

2º—Que es dueño del lote de El Viboral, comprado a Belisario Taborda por la escritura 77 de 1935, de la Notaría de Jamundí.

3º—Que, en consecuencia, tiene derecho a continuar en la posesión de "la propiedad de que hacen parte las dos porciones indicadas, y de que fue despojado el 23 de enero de 1936... o sea de la finca con sus cultivos" alindada así: Por el Norte, con la quebrada de El Indio; por el Sur, con la quebrada del Culebrero; por el Oriente, con fincas de Francisco Lemos, y Vicente Obregón; y por el Occidente, con mejoras de Luis y Adriano Piso.

4º—Que el doctor Erazo Pardo está en la obligación de restituírle los bienes de que tratan las tres peticiones anteriores.

5º—Que Matilde Neira está en la obligación de pagar los perjuicios causados por el juicio seguido indebidamente contra Belisario Taborda, y por la detentación de la propiedad.

6º—Que Matilde Neira está obligada a pagar los frutos de la finca referida, a partir del 23 de febrero y hasta el día de la venta a Erazo Pardo,

y éste a partir de la notificación de la demanda y hasta la fecha de la restitución del predio.

7º—Que los demandados deben pagar las costas.

Tramitado el juicio con oposición de los demandados, el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali le puso fin a la instancia con la sentencia de 2 de octubre de 1940, en que absolvió al demandado Erazo Pardo de todos los cargos, sin costas.

Sentencia recurrida.—Por apelación del actor, el Tribunal Superior de Cali, con fecha 27 de noviembre de 1946, revocó dicho fallo y resolvió, en resumen:

1º—Que el demandante es dueño de los inmuebles objeto del juicio.

2º—Que, en consecuencia, el doctor Erazo Pardo debe restituírle tales bienes.

3º—Que el doctor Erazo Pardo está obligado a pagar al actor los frutos percibidos después de la contestación de la demanda.

4º—Que el demandante está obligado a pagar al doctor Erazo Pardo las mejoras que éste haya plantado antes de la contestación de la demanda, con derecho de retención hasta que este pago se efectué o se asegure en forma legal.

5º—Absuelve a Matilde Neira de los cargos respectivos.

6º—Sin costas en las instancias.

La Casación.—Concedióse este recurso al demandado, y la Corte procede a decidirlo, agotada como está la sustanciación legal.

El recurrente ataca la sentencia por violación de los artículos 946 del C. C., 47 y 65 del Fiscal nacional y 12 de la ley 45 de 1917, ya directamente, ya como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de ciertas pruebas, y divide su acusación en cinco capítulos, el segundo de los cuales ofrece, en concepto de la Sala, mérito suficiente para determinar la casación, como pasa a demostrarse:

Ese segundo cargo dice textualmente:

"Violación del artículo 946 del C. C. por error de hecho. Es algo muy raro lo ocurrido con el Tribunal de Cali en relación con la prueba traída a este debate por el demandante. Pues en el fallo no tiene para nada en cuenta los títulos que éste presentó para fundar su reivindicación. No se han localizado por sus linderos los dos lotes adjudicados. Lo positivo, ya demostrado, es que los linderos de esos lotes, ni unidos ni separados concuerdan con los del terreno que el actor reclama del demandado. En esta parte de límites, el Tribunal más bien acepta íntegramente los de la parte demandada. Esos títulos sólo dan la propiedad de una extensión superficiaria de cuarenta hectáreas, y en la inspección ocular que practicó el Tribunal con prueba pericial se estableció que el terreno que se reclama tiene ciento sesenta hectáreas. Luego el Tribunal ni apreció los títulos del actor, ni tampoco hizo caso de la prueba pericial. Por lo mismo cabe la causal 1ª del artículo 520 del C. J., consistente en un error de hecho, por haber dejado a un lado la prueba de títulos de adjudicación y la prueba pericial que demuestra la verdadera cabida de lo que se trata de reivindicar".

Veamos que dice el Tribunal al respecto:

En primer lugar, considera probados los siguientes hechos: las adjudicaciones de baldíos a Belisario y Carlos Arturo Taborda; la venta del lote de El Viboral por el primero al segundo; el rechazo de la oposición de Matilde Neira a la entrega de la finca a Belisario, decretada en juicio de éste contra Pedro Nel López; la entrega judicial de la misma finca a Matilde Neira el 23 de enero de 1936, como consecuencia del juicio posesorio por despojo que ella siguió contra Belisario; la venta de Matilde al demandado Erazo Pardo, de las mejoras que le fueron entregadas y que ella había adquirido por la escritura 103 de 1935, de la Notaría 1ª de Cali; la posesión inscrita y material de la finca por el doctor Erazo Pardo; "que los varios lotes mencionados forman un mismo bien auncuando están separados por el río Pital"; y que el demandante es dueño del terreno donde están plantadas las mejoras del doctor Erazo Pardo.

En segundo lugar, reconoce que "la identificación de los lotes aludidos en la demanda está evidenciada ya que en la inspección ocular practicada por el Tribunal se constató que los linderos coinciden con los dados en la escritura de compraventa hecha por la señora Neira Cuéllar al codemandado Erazo Pardo como también con los dados en la diligencia de entrega hecha a dicha señora en el juicio posesorio por despojo de que se hizo mención anteriormente y por ende con los títulos exhibidos por el demandante".

Concluye la sentencia que "se han llenado los tres requisitos exigidos por la ley para la viabilidad de la acción reivindicatoria, o sean: dominio por parte del reivindicante, posesión por parte del demandado y cosa singular individualizada o

sean: dominio por parte del reivindicante, posesión por parte del demandado y cosa singular individualizada o determinada; es decir, se cumple a cabalidad el requisito exigido por el artículo 946 del C. C.".

Se considera: Los lotes de El Viboral y El Recreo, adjudicados a Belisario y Carlos Arturo Taborda por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, con aprobación del Ministerio, de los cuales vino a ser dueño exclusivo el último de dichos señores, miden en conjunto, según las referidas resoluciones, cuarenta (40) hectáreas (veinte cada uno). Tales adjudicaciones son los únicos títulos de dominio presentados por el actor, pues aunque Belisario también vendió a Carlos Arturo las mejoras que habían pertenecido a Sergio Hurtado, esas mejoras, que ocupaban diez plazas más o menos, fueron la base de la adjudicación del lote de El Recreo a Carlos Arturo, según se afirma en el hecho 20 de la demanda.

En ésta, después de las dos primeras súplicas, que se refieren a los expresados lotes de El Viboral y El Recreo, se afirma en la tercera que esos dos lotes o porciones **hacen parte** de la propiedad o finca objeto de la reivindicación, cuyos linderos se indican en la misma petición tercera y se han transcrito en el presente fallo, al hablar de las súplicas de la demanda.

Ahora bien, tales linderos son idénticos a los que trae el título del demandado doctor Erazo Pardo (escritura 116 de 1936), pero sustancialmente distintos de los que figuran en las adjudicaciones de baldíos ya mencionadas, por lo cual se hacía indispensable la identificación, sobre el terreno, de la finca que se trata de reivindicar, a fin de establecer si la alinderación de ésta, consignada en la tercera petición de la demanda, coincide con las alinderaciones de El Viboral y El Recreo.

Buscóse tal identificación con la prueba de inspección ocular con peritos, la cual figura al folio 21 del cuaderno 7º, y el dictamen al folio 36 del mismo cuaderno. Pero inútilmente se busca en el acta de dicha inspección la localización de los dos baldíos referidos, ni la confrontación de sus alinderaciones con la de la finca de que se afirma que son parte y que es el objeto de la acción de dominio.

En efecto, allí consta que el señor Magistrado ponente, en asocio de los peritos, procedió a la identificación de la propiedad objeto del litigio, con este resultado: "Que el globo de tierra a que se refiere la demanda está formado por dos lotes desiguales, separados por el cauce del río Pital, y ambos lotes, tomados en conjunto y según las informaciones verbales que se pudieron recoger, **y por lo que se puede percibir a distancia con la vista,** presentan la siguiente alinderación general: Por el Norte, con quebrada de El Indio; por el Sur, con la quebrada de El Culebrero; por el Oriente, con fincas de Francisco Lemus y Vicente Obregón; y por el Occidente, con mejoras de Luis y Adriano Piso, en la parte más alta de la cordillera". (Subraya la Sala).

No aparece del párrafo transcrito que los "dos lotes desiguales, separados por el cauce del río Pital" sean los de El Viboral y El Recreo, adjudicados como baldíos a Belisario y Carlos Arturo Taborda, y aún admitiendo que la alinderación de la finca demandada haya quedado establecida "por lo que se puede percibir a distancia con la vista", es lo cierto que aquellos lotes no resultan identificados con la inspección. Esta identificación, que no se hizo, era la indispensable para saber si los linderos de tales lotes, que figuran en las resoluciones de adjudicación, únicos títulos del actor, coinciden o no con los de la finca poseída por el demandado, cuya alinderación, enteramente igual a la del título de éste, fue la que percibió a distancia el funcionario que practicó la diligencia, la cual quedó incompleta, pues no bastaba identificar lo poseído por el doctor Erazo Pardo sino que —se repite— era preciso ante todo determinar sobre el terreno los dos lotes del demandante.

En seguida entró el funcionario a constatar las distintas mejoras existentes, después de lo cual se dice en el acta: "Llenado de esta manera el cometido propio de la inspección ocular, el Magistrado ordenó a los peritos que procedieran al reconocimiento y verificación de la superficie del globo de terreno, en conjunto, y de los dos lotes en que está dividido por el río Pital, así como a la valoración de las mejoras existentes en el predio y el terreno, tomando en consideración lo pertinente de las solicitudes que hicieron las partes en los memoriales sobre inspección ocular; advirtiéndoles que podían abstenerse de considerar los puntos relacionados con la pertenencia de las mejoras que se dicen plantadas por el demandante y por otras personas, así como sobre el estudio y confrontación de títulos y documentos, citados por el apoderado del demandante en los puntos 2º, 3º y 4º del memorial sobre inspección

ocular, porque la misión de los expertos debía concretarse a las cosas o hechos que podrían percibirse por los sentidos dentro de una diligencia de esta clase, y sobre el mismo terreno, y no a los particulares que dependen de otro género de pruebas, cuya calificación le corresponde únicamente al juzgador".

Véase cómo el Magistrado ordenó a los peritos que procedieran al reconocimiento y verificación de la superficie del globo de terreno y de los dos lotes en que está dividido por el río Pital, absteniéndose del estudio y confrontación de los títulos citados en los puntos 3º, 4º y 5º del memorial respectivo, sin darse cuenta de que precisamente en el punto 3º se pidió por el demandante la constatación de "si es verdad que dentro de la misma propiedad existen las adjudicaciones" hechas a título de baldíos; y en el 4º, "si las propiedades a que se refiere la reivindicación, según la demanda, son las mismas que disputa o reclama el señor Manuel Erazo, diciéndose comprador de la señora Matilde Neira Cuéllar...", peticiones perfectamente adecuadas y pertinentes a establecer la identidad de lo demandado. Porque el único modo de saber, a ciencia cierta, si los dos lotes de El Viboral y El Recreo forman o integran la finca de que el demandado es poseedor, era la confrontación cuidadosa de las respectivas alinderaciones, cosa que no se hizo en manera alguna en la inspección ocular, según se ha visto.

Ni se identificaron los dos lotes expresados, ni se confrontó si ellos están dentro de la propiedad de que son parte, según el libelo, no obstante que así lo había pedido el demandante expresamente al solicitar la prueba.

No arroja más luz el dictamen de los peritos, para quienes "el globo de terreno denominado El Viboral parece estar compuesto de los dos lotes señalados por el demandante en su libelo de demanda, como en los especificados en la escritura número 116 de 18 de febrero de 1936, por la cual Matilde Neira C. vendió al doctor Manuel Erazo Pardo, parecen ser los mismos". (Subraya la Sala).

La vaguedad, la indecisión del reconocimiento ocular se prolonga, como es natural, en el dictamen pericial, que al emplear y repetir el vocablo "parece", coloca sus conclusiones en un plano dubitativo, que nada prueba en punto a identificación de la finca y de los dos lotes adjudicados como baldíos.

Agréguese a esto que, según el mismo dictamen, "el globo de terreno conocido con el nombre de El Viboral, según los linderos de la escritura 116... por la cual compró esa propiedad el doctor Erazo Pardo a Matilde Neira, tiene aproximadamente una cabida de ciento sesenta hectáreas (160 hts.); veinte el lote pequeño y ciento cuarenta el lote grande".

El demandante sólo ha presentado títulos de dominio de las cuarenta (40) hectáreas que a él y a Belisario les fueron adjudicadas por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca y pretende reivindicar una finca que mide aproximadamente ciento sesenta (160) hectáreas, sin haber probado siquiera que aquéllas sean parte de éstas, como lo afirmó en su demanda.

Incurrió pues el Tribunal en un manifiesto error de hecho al estimar que está acreditada la identidad de los dos lotes objeto de la reivindicación con la diligencia de inspección ocular y con el dictamen de los peritos que en ella intervinieron, y también al reconocer al actor derecho de dominio sobre la finca poseída por el demandado, que mide, según se ha visto, una extensión mucho mayor que la justificada por los títulos en que aquél ha fundado su acción de dominio; y a consecuencia de ese error violóse el artículo 946 del C. C., que exige para la acción reivindicatoria no sólo que el demandante sea dueño de la cosa que reclama sino también que ésta sea singular y se identifique plenamente.

Cuando de reivindicación de finca raíz se trata, la identificación de ella ha de estar conforme con el título del demandante, ya que es el dominio de éste el que ha de ser declarado en la sentencia, o rechazado por falta de alguno de los requisitos de la acción. Los linderos expresados en la petición tercera de la demanda son exactamente los del título del demandado, no los de los títulos del actor, por lo cual era indispensable confrontar éstos sobre el terreno para establecer, a ciencia cierta, si coinciden o no con aquéllos, pues fundándose el demandante en títulos que lo acreditan dueño de los dos lotes de El Viboral y El Recreo, que miden en total cuarenta hectáreas precisas, según las resoluciones de adjudicación, le era forzoso probar que la finca de que el demandado es poseedor, comprada a Matilde Neira por la escritura 116 de 1936, está integrada por aquellos lotes y nada más que por ellos, puesto que él la reclama entera. No ha-

biéndose acreditado tal hecho, es claro que la acción no puede prosperar.

Y no es dudoso que los errores apuntados incidieron decisivamente en la parte resolutiva de la sentencia acusada, la cual no tiene ningún soporte distinto de los títulos del actor, cuya cabida no fue tenida en cuenta, y la inspección ocular, en que halló el Tribunal prueba de la identificación de los lotes por aquél adquiridos, que no resulta de tal diligencia.

El cargo es pues fundado y exime a la Sala del examen de los restantes.

Se impone lógicamente la confirmación de la sentencia de primer grado, en cuanto fue absolutoria, pero no por las razones dadas por el Juez del conocimiento sino por las que han servido a la Corte para infirmar la de segundo grado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Cali con fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, y confirma la pronunciada por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali el dos de octubre de mil novecientos cuarenta, sin costas en las instancias ni en la casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

LAS ESCRITURAS DE TRASPASO DE DERECHOS HEREDITARIOS DEBEN REGISTRARSE EN EL LIBRO NUMERO SEGUNDO

"Al someter la ley a la formalidad del registro —ha dicho la Corte— ciertos títulos, actos o documentos, no por mero capricho ordena que lleve el Registrador varios libros, en cada uno de los cuales han de inscribirse los diversos actos, no de modo arbitrario, sino de acuerdo con la naturaleza de cada uno de ellos. Ella se propone por este medio realizar los fines que consigna el artículo 2637 del Código Civil: no sólo dar mayor publicidad y autenticidad a los actos o contratos que mudan o limitan el dominio de bienes raíces, sino servir de medio de tradición de dichos bienes. Por tanto, no hay tradición del dominio de esta clase de bienes mientras no se registren debidamente los respectivos documentos o títulos, es decir, no sólo en el lugar de la ubicación del inmueble, sino también en el libro respectivo". (Sentencia de 28 de junio de 1930. G. J., Tomo 38, pág. 91).

El artículo 2641 establece que el Registrador debe llevar separadamente los siguientes libros: el Libro de Registro número 1º, para la inscripción de los títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los inmuebles, o varíen el derecho de administrarlos; el Libro de Registro número 2º, para la inscripción de todos los demás títulos, actos o documentos que deban registrarse y que no queden comprendidos en las clasificaciones del inciso anterior (el referente al Libro 1º) ni del posterior, o sea el Libro de Anotación de Hipotecas, ni en cualquiera otro de los libros creados por leyes posteriores para llevar en ellos determinados registros especiales.

Como lo expresa el artículo 2637 del C. C., los fines de la institución del registro son los de dar publicidad, autenticidad y seguridad a los títulos registrados, tanto respecto de las partes otorgantes, como de terceros, y estos fines no se cumplirán debidamente si la inscripción se hace en el Libro que no corresponde, pues la división establecida por la ley, tiene por objeto hacer más fácil o expedita la búsqueda de los extractos o registros en los libros correspondientes.

En esta materia no pueden ser aceptables las dudas o las vacilaciones, ni se puede presumir que la ley sea equívoca en cuanto a los libros competentes para efectuar el registro. La ley ha sido clara, precisa e inequívoca, porque sería de una extraordinaria gravedad admitir lo contrario. No es posible, por tanto, que se diga que la enajenación de derechos hereditarios en abstracto, quede bien hecha lo mismo en el Libro 1º, que en el Libro 2º, que en el Libro de Causas Mortuorias, y que siendo dudoso el asunto, hay que admitir la eficacia o validez de la inscripción en uno cualquiera de esos Libros.

La jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme en la materia, pero en los últimos fallos, a partir de mil novecientos cuarenta y dos, ha considerado que las escrituras de traspaso de derechos hereditarios han de registrarse en el Libro número 2º, porque no versan sobre traspaso, modificación, gravamen o limitación del dominio de inmuebles, para ser inscritos en el Libro 1º, ni menos sobre actos constitutivos de hipotecas o de cancelación de éstas, para que pudieran inscribirse en el Libro especial sobre la materia. No podrían inscribirse en el Libro de Causas Mortuorias, porque tal Libro está destinado exclusivamente para los títulos o actos que tengan origen en UN JUICIO DE SUCESION.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Cerbeleón Arias e Isidra Gamboa contrajeron matrimonio el diez y ocho de febrero de mil ochocientos ochenta y cuatro. Durante el vínculo conyugal, el marido adquirió por compra a Esteban Delgado o Villamizar Delgado, un solar situado en la cabecera del Municipio de California, Departamento de Santander, por escritura 854 de la Notaría Primera del Circuito de Bucaramanga. Allí, los esposos construyeron posteriormente una casa de habitación. De esta manera, vino a ser el inmueble en referencia un bien de la sociedad conyugal, al tenor del numeral 5º del artículo 1781 del Código Civil.

El matrimonio Arias-Gamboa se disolvió por fallecimiento de la esposa el diez y siete de diciembre de mil novecientos veintidós. Dos años después, el nueve de diciembre de mil novecientos veinticuatro, el cónyuge sobreviviente adquirió, por compra hecha a todos sus hijos, los derechos y acciones que les pudieran corresponder en la mortuoria de su difunta madre, sin vinculación determinada y concreta. Esta cesión de derechos se efectuó por medio de la escritura pública número 383 de la Notaría de Matanza y se inscribió únicamente en el libro número 1º de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de tal lugar.

En estas circunstancias, el nueve de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, antes de liquidarse la sucesión de la señora Isidra Gamboa, por escritura número 1118 de la Notaría Segunda del Circuito de Bucaramanga, el cónyuge sobreviviente Cerbeleón Arias, le vendió a su hijo Emiliano Arias, como cuerpo cierto y determinado, la dicha casa de habitación con su correspondiente solar, adquirida durante el matrimonio por compra a Esteban Delgado, de que se ha hecho mérito. El doce de enero de mil novecientos cuarenta y dos falleció Cerbeleón Arias, y sus hijos legítimos promovieron el juicio de sucesión de sus padres, en cuyos inventarios de bienes relictos y con intervención del heredero, actual demandante, Emiliano Arias, se incluyó en el haber sucesoral la casa de habitación situada en el Municipio de California, de que se ha venido hablando, la cual fue estimada en la suma de un mil doscientos pesos ($ 1.200), y adjudicada en la partición de bienes, en pago de sus respectivas cuotas hereditarias, al propio Emiliano Arias, a Herminia Arias y a los herederos de otra de las hijas del memorado matrimonio, llamada Celmira, fallecida durante la secuela del juicio. Emiliano Arias no presentó en la mortuoria el título que le había otorgado su padre. Como ninguno de los copartícipes objetara la partición de la herencia, el Juez la aprobó y dispuso protocolizarla, como en efecto se hizo en la Notaría Segunda del Circuito de Bucaramanga, bajo el número 2286, el 30 de octubre de 1944.

Con base en los hechos que se dejan relatados, Emiliano Arias promovió juicio ordinario contra los demás herederos en las mortuorias acumuladas de Cerbeleón Arias y esposa, o sea contra José Crisanto Arias Gamboa y Herminia Arias v. de Arias y herederos de Celmira, a fin de que se declare la nulidad de la partición de bienes en la sucesión de Cerbeleón Arias e Isidra Gamboa, por habérsele adjudicado allí —dice el demandante— la casa y solar que había adquirido por compra a su padre y que reclama como de su exclusiva propiedad, y en subsidio, para que la partición se rescinda por lesión enorme, porque sostiene que esta acción le corresponde, ya que no se le adjudicó cosa alguna en la distribución de bienes, desde que se le destinó para el pago de su haber herencial un inmueble que le pertenecía.

Como consecuencia de cualquiera de los pedimentos expresados, exige se decida además, que la finca situada en el Municipio de California le pertenece y que, por lo mismo, debe rehacerse la partición de bienes en la sucesión de sus padres.

Los demandados se opusieron y contrademandaron a su turno, para que se sentencie sobre la ineficacia legal de la escritura de cesión de los derechos que Cerbeleón hizo a su hijo, luégo de haberle comprado a los demás herederos los que pudieran tener en la finca en litigio, porque sostienen que el inmueble no era del vendedor, por ser de la sociedad conyugal que existió entre sus padres, transferible únicamente por sus herederos y el cónyuge; que la venta fue simulada y que la escritura anterior de traspaso de los derechos herenciales de los hijos al señor Arias, fue ineficaz por error en la inscripción.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento, primero del Circuito de Bucaramanga, con fecha diez de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, decretó la rescisión de la partición por lesión enorme, y negó los pedimentos de la contrademanda.

La sentencia recurrida

El Tribunal del Distrito Judicial de la misma ciudad, a donde fueron enviados los autos en grado de apelación, decidió la alzada por providencia de veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual confirmó la recurrida, excepto en cuanto ordena rehacer la partición, porque a su entender, el Juez no puede en estos casos disponerlo así, quedando como consecuencia de la rescisión que se declara, restablecida la comunidad herencial. Decretó también la propiedad a favor del demandante, sobre el inmueble en disputa.

Sostiene el juzgador de segundo grado, que la finca pertenecía a la sociedad conyugal Arias-Gamboa y que, por lo mismo,no podía ser vendida "sino por el marido y por los hijos, conjuntamente, representantes de la sociedad disuelta y no liquidada", y que así le fue vendida en realidad, porque "los hijos todos cedieron a su padre los derechos que les correspondían en la sucesión de la madre, con lo cual vino a quedar radicada en cabeza del marido exclusivamente la representación de la disuelta sociedad". "Cierto —continúa la sentencia— que la escritura de venta de tales derechos no se registró en el libro segundo, como ha estimado la jurisprudencia debe hacerse, sino apenas en el primero"; pero siendo dudoso en la legislación colombiana este punto, no podría decirse que es inválido e ineficaz el registro en la forma en que se efectuó. Menciona, al efecto, la sentencia de la Corte de de fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos treinta y uno. Encuentra, por último, que no se demostró la simulación alegada por los contrademandantes.

Cita el artículo 1405 del C. C., para concluir que no se estableció causal de nulidad alguna en el juicio, que pudiera dar lugar a declarar la de la partición demandada. Pero, en cambio, puede existir —dice— lesión enorme cuando el partícipe recibe "menos de la mitad de lo que en justicia es suyo"; con mayor razón la hay —agrega— "cuando no recibe nada", o cuando lo que recibe no pertenece al caudal hereditario, sino a su propio peculio, como anota con razón el demandante.

"En general —continúa la sentencia— la inclusión de bienes ajenos en la masa partible, no da lugar a la nulidad o rescisión, sino solamente a una acción de saneamiento en favor del copartícipe a quien tales bienes se le adjudiquen, una vez que haya sido privado de ellos por sentencia judicial (art. 1402 ibídem)".

"Pero el Tribunal —agrega el fallo— no encuentra obstáculo en admitir la acción rescisoria por lesión, cuando los bienes indebidamente incluídos pertenecen al mismo copartícipe a quien se le adjudican, por dos motivos: el primero, porque la ley consigna esa acción en favor de todo el que "ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota", sin distinguir entre las posibles causas de perjuicio, cuáles causas generan la acción rescisoria y cuáles no. Y el segundo, es el de que no puede hablarse propiamente de evicción en un negocio como éste, en donde no hay un tercero que pueda reclamar las cosas y privar de ellas al partícipe a quien se le adjudicaron, evicción sin la cual no se produce la acción de saneamiento que consagra el citado artículo 1402. El tratadista Demolombe, aunque también estima que es la acción de saneamiento la que en general corresponde al partícipe que se vé privado de su cuota en todo o en parte, por acción judicial de un tercero que le reclama el dominio de las cosas comprendidas en ella, admite la acción de nulidad cuando los bienes pertenecen al mismo copartícipe, siempre que tales cosas comprendan la totalidad o la casi totalidad de la masa; como en el caso de este pleito, en que los bienes de Emiliano Arias valen menos de la mitad del acervo líquido partible. Dice Demolombe, que en tal caso hay falta de objeto, tal vez porque el objeto de la partición hereditaria son los bienes del causante, lo mismo que cuando se incluyen en la partición bienes inexistentes (Cours de Code de Napoleón. Tomo 17 Nº 397 y 398)".

Razonando así, llegó el juzgador de segundo grado a considerar jurídica la sentencia recurrida, en cuanto admite la acción rescisoria por lesión enorme, que el Tribunal encontró interpuesta de una manera subsidiaria para el caso de no prosperar la nulidad señalada en primer término, lo cual lo condujo a confirmar la providencia apelada.

El recurso de casación

No satisfechos los demandados con la solución acordada, interpusieron recurso de casación, el que tramitado y fundado en oportunidad, pasa la Corte a fallar.

Las causales de casación alegadas

Con apoyo en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., se acusa la providencia en estudio por dos motivos, de los cuales la Sala acoge el primero, por considerarlo fundado, y prescinde del segundo, al tenor del artículo 538 del mismo Código.

Sostiene el recurrente, que el Tribunal incurrió en error de derecho evidente en la apreciación de la validez del registro de la escritura 383 de 9 de diciembre de 1924, de la Notaría del Circuito de Matanza, por la cual el causante Cerbeleón Arias adquirió por compra a sus hijos todos los derechos y acciones que a éstos pudieran corresponderles en la sucesión de su difunta madre Isidra Gamboa de Arias, esposa de aquél, dando por establecido y probado para los fines legales, que el registro e inscripción del indicado instrumento público, se hizo en la forma y términos que ordenan las disposiciones legales y fue suficiente para la tradición del dominio del inmueble enajenado, por lo cual se violó, por interpretación errónea, el artículo 2641, numeral 2º, del C. C., en cuanto ordena al Registrador llevar el Libro de Registros número 2º "para la inscripción de los títulos, actos o documentos que deban registrarse, y que no estén comprendidos en las clasificaciones del inciso que antecede y del que sigue"; y se violaron igualmente los artículos 759 y 2673 del mismo Código.

Para resolver, se considera:

"Al someter la ley a la formalidad del registro —ha dicho esta Corte— ciertos títulos, actos o documentos, no por mero capricho ordena que lleve el Registrador varios libros, en cada uno de los cuales han de inscribirse los diversos actos, no de modo arbitrario sino de acuerdo con la naturaleza de cada uno de ellos. Ella se propone por este medio realizar los fines que consigna el artículo 2637 del Código Civil: no sólo dar mayor publicidad y autenticidad a los actos o contratos que mudan o limitan el dominio de bienes raíces, sino servir de medio de tradición de dichos bienes. Por tanto, no hay tradición del dominio de esta clase de bienes mientras no se registren debidamente los respectivos documentos o títulos, es decir, no sólo en el lugar de la ubicación del inmueble, sino también en el libro respectivo". (Sentencia de 26 de junio de 1930. Tomo XXXVI, pág. 91).

El artículo 2641 del C. C., como lo expresa el recurrente, establece que el Registrador debe llevar separadamente los siguientes libros: el Libro de Registro número 1º para la inscripción de los títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los inmuebles, o varíen el derecho de administrarlos; el Libro de Registro número 2º para la inscripción de todos los demás títulos, actos o documentos que deban registrarse y que no queden comprendidos en las clasificaciones del inciso anterior (el referente al Libro 1º) ni del posterior, o sea el Libro de Anotación de Hipotecas, ni en cualesquiera otros de los Libros creados por leyes posteriores para llevar en ellos determinados registros especiales.

Como lo expresa el artículo 2637 del C. C. los fines de la institución del registro son los de dar publicidad, autenticidad y seguridad a los títulos registrados, tanto respecto de las partes u otorgantes como de terceros, y estos fines no se cumplirían debidamente si la inscripción se hace en el Libro que no corresponde, pues la división en libros establecida por la ley, tiene por objeto hacer más fácil o expedita la búsqueda de los extractos o registros en los libros correspondientes.

En esta materia no pueden ser aceptables las dudas o vacilaciones, ni se puede presumir que la ley sea equívoca en cuanto a los libros competentes para efectuar el registro. La ley ha sido clara, precisa e inequívoca, porque sería de una extraordinaria gravedad admitir lo contrario. No es posible, por tanto, que se diga que la enajenación de derechos hereditarios en abstracto, quede bien hecha lo mismo en el Libro 1º que en el Libro 2º, que en el Libro de Causas Mortuorias, y que siendo dudoso el asunto, hay que admitir la eficacia o validez de la inscripción en uno cualquiera de esos Libros.

La jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme en la materia, pero en los últimos fallos, a partir de mil novecientos cuarenta y dos, ha considerado que las escrituras de traspaso de derechos hereditarios han de registrarse en el Libro número 2º, porque no versan sobre traspaso, modificación, gravamen o limitación del dominio de inmuebles, para ser inscritos en el Libro 1º, ni menos sobre actos constitutivos de hipotecas o de cancelación de éstas, para que pudieran inscribirse en el Libro especial sobre la materia. No podrían inscribirse en el Libro de Causas Mortuorias, porque tal Libro está destinado exclu-

sivamente para los títulos o actos que tengan origen en un juicio de sucesión.

En sentencia de ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, dijo esta Corte lo siguiente, al estudiar un cargo contra la decisión de segundo grado, en que se negó a una demandante su condición de cesionaria de ciertos derechos herenciales, por cuanto la escritura correspondiente de traspaso de tales derechos, no se inscribió en el Libro número 2º.

Al respecto, dijo la Sala:

"En la venta de derechos hereditarios lo que en realidad traspasa el cedente es su condición auténtica de heredero y la espectativa de que demostrada esa condición, su cuota herencial se fije o radique posteriormente en determinados bienes sucesorales.

"Según lo estatuye el artículo 2641 del C. C., en el Libro de Registro número 1º sólo deben inscribirse los títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los bienes inmuebles, y en el Libro de Registro número 3º únicamente los títulos legales constitutivos de hipotecas. Es en el Libro de Registro número 2º donde deben inscribirse los títulos, actas y documentos que deben registrarse y que no están comprendidos en las clasificaciones anteriores.

"La escritura 266 fue registrada en el Libro número 1º y en el de causas mortuórias. Falta determinar si debe rechazarse como prueba de la cesión, por no estar registrada en el Libro número 2.

"El artículo 38 de la ley 57 de 1887 creó otros Libros de Registro, entre éstos el de causas mortuorias, autos de embargo y demandas civiles. Pero aparece claro que dicha norma no quiso introducir en nuestro sistema orgánico de inscripción y publicidad modificación alguna en lo concerniente a la manera como el artículo 2641 del C. C. estableció que no se registraran las escrituras sobre cesión de derechos hereditarios, las que necesariamente deben registrarse en el Libro número 2º, porque a la vista salta que no versa sobre traspaso, modificación, gravamen o limitación del dominio de inmuebles, ni menos sobre actos constitutivos de hipoteca o de cancelación de éstas.

"Por lo demás, si se pensara en que hay una sucesión de por medio, tampoco, esa consideración determinaría por sí sola el registro de tales cesiones en el Libro de Causas Mortuorias, porque bien sabido es que tal Libro según el artículo 38, está destinado exclusivamente para los títulos o actos que tengan origen en un juicio de sucesión, verbi gracia el decreto de posesión efectiva, la partición y su sentencia aprobatoria; y los instrumentos sobre cesión de derechos hereditarios sólo contienen contratos sobre enajenación de un derecho genérico y abstracto que no proviene ni se deriva de las resultas de tal juicio. (Véase sentencia de 20 de septiembre de 1940. G. J. Tomo L, pág. 91)". (G. J. Tomo 54, pág. 38).

"La escritura de cesión de bienes herenciales queda registrada válidamente en el Libro Segundo; no es preciso inscribirla en el Libro de Causas Mortuorias. En éste se inscriben todos los títulos que tienen su origen en el juicio de sucesión, pero no todos los que de alguna manera se relacionan con la sucesión de una persona". (Jurisprudencia Dr. Orozco Ochoa, Tomo 8º Nº 7118).

En otros fallos se ha dicho lo siguiente:

"Las escrituras sobre cesión de derechos hereditarios deben registrarse en el Libro número 2º, porque no versan sobre traspaso, gravamen o limitación del dominio de inmuebles, ni menos sobre actos constitutivos de hipoteca o de cancelación de éstas". (Casación 25 de noviembre de 1918, Tomo XXVII, 101, sentencia 10 de octubre de 1923, T. XXX, pág. 352 y sentencia de 8 de mayo de 1942, T. 54, pág. 39).

Así pues, si para que un título sujeto a registro haga fé en juicio, se requiere que haya sido inscrito en la respectiva o respectivas oficinas del lugar correspondiente, y si los propósitos de la ley no se cumplen con el solo hecho del registro en cualesquiera de los Libros, los cuales son dar mayor publicidad, autenticidad y seguridad a los títulos registrados, necesario es concluir que erró el Tribunal al admitir como prueba de la venta de los derechos sucesorales que José Crisanto Arias y hermanos hicieron a su padre por medio de la escritura pública número 383 de 9 de diciembre de 1924, ante el Notario de la población de Matanza, en Santander, por cuanto tal instrumento que contiene el traspaso de los derechos herenciales de los vendedores en la sucesión de su madre, no fué inscrito como era necesario, en el Libro de Registro número 2º. Por consiguiente, no está probada la venta y por lo mismo, mal pudo el señor Cerbeleón Arias enajenar posteriormente la finca materia del litigio a su hijo Emiliano Arias, fundado en que en su cabeza se habían radicado todos los derechos relativos al inmueble en cuestión, ya por ser cónyuge sobrevi-

viente de la señora Isidra Gamboa de Arias, ya por considerar que adquirió por medio de la escritura número 383 citada, los derechos sucesorales de todos sus hijos en la mortuoria de la referida señora.

Si no pudo adquirir Emiliano Arias la finca cuya propiedad reclama y que le dió base para demandar la rescisión de la partición, al tenerlo como propietario, el Tribunal violó los preceptos citados, porque por falta de registro en la forma legal de la escritura número 383 en cuestión, no pudo admitirse ésta como prueba.

Lo dicho es suficiente para casar el fallo y absolver a los demandados, por cuanto no se estableció que al efectuar la liquidación y partición de los bienes herenciales en las mortuorias de Cerbeleón Arias e Isidra Gamboa de Arias, se hubiera adjudicado al demandante, en pago de su haber herencial, un bién de su propiedad.

Pero hay algo más: mientras no se verifique la partición, o no se registre, al menos el decreto sobre posesión efectiva de la herencia, sigue apareciendo como titular del dominio el causante y no quien haya adquirido los derechos de sus herederos en la mortuoria. (Casación, 20 de mayo de 1936, G. J. Tomo 43, Nº 1904, pág. 53).

Ya en instancia, la Sala observa:

Se demandó en primer término, la nulidad de la partición, pero no se señala por qué causa; si ella se origina también en la adjudicación al demandante de un bién que dice le pertenece, ya se vió que el hecho alegado no se ha demostrado, por no poderse apreciar como prueba para los efectos propuestos, la escritura número 383 en cuestión.

En cuanto a la rescisión de la partición, segundo pedimento de la demanda inicial, fundado el señor Arias en que al demandante se le adjudicó en la sucesión de sus padres, en pago de su haber herencial, un bién de su propiedad, ya se vió que el actor no pudo demostrar su dominio sobre tal inmueble, porque si bien es cierto que acompañó al litigio, debidamente inscrita, copia de la escritura número 1118 de 9 de noviembre de 1938, por medio de la cual adquirió de su padre Cerbeleón Arias la finca cuya propiedad discute, no pudo demostrar la propiedad de su vendedor en presencia de los títulos de los demandados, porque la escritura por la cual aquél adquirió por compra a todos sus hijos de los derechos que a los mismos les correspondía en la sucesión de la madre, o sea la número 383 de 1924, no pudo admitirse como prueba por la falta de registro en el libro correspondiente, como ya se vió.

En cambio, para establecer la legitimidad de la adjudicación del mismo bien, hecha a los demandados en el juicio de sucesión de sus padres, adjudicación que los acredita como dueños, éstos presentaron la copia de la hijuela de adjudicación en la mortuoria de Cerbeleón Arias Novoa e Isidra Gamboa, debidamente inscrita, como resulta de la copia de la escritura pública número 2286 de 3 de octubre de 1944, de la Notaría Segunda del Circuito de Bucaramanga y a la vez, acompañaron copia de la escritura 854 de 18 de octubre de 1890, por la cual Cerbeleón Arias, siendo casado con Isidra Gamboa, adquirió para la sociedad conyugal, de manos de Esteban Delgado Villamizar, el bién en litigio. Establecida, pues, en forma debida la propiedad de la sociedad conyugal Arias-Gamboa, queda justificada la adjudicación a sus herederos, al liquidarse tal sociedad, en la mortuoria mencionada, entre cuyos partícipes se cuenta el demandante, quien no pudo probar, por lo ya explicado, ser dueño exclusivo por otros títulos, de lo allí adjudicado, lo cual lleva a la Corte a disponer la absolución de los demandados.

Por lo que respecta a la demanda de reconvención propuesta por los hermanos Arias Gamboa contra don Emiliano, se tiene que la negación de la acción principal a que llega la sentencia, no ha tenido otro fundamento que la inadmisibilidad como prueba de la escritura que contiene la tradición de los derechos herenciales, de que se ha hecho mérito, escritura marcada con el número 383 de 1924, por no aparecer registrado tal instrumento en la forma legal, inadmisión que le resta, por lo demás, toda eficacia probatoria a la escritura posterior, la 1118 de 1938, en que el mismo Cerbeleón Arias aparece vendiendo el inmueble al demandante, porque por lo ya dicho, no se estableció el título de su vendedor.

Estas consideraciones permiten a la Sala darle todo valor a la partición verificada en las sucesiones acumuladas Arias-Gamboa, y a su registro, según la escritura 2286 de 1944 citada, instrumento complementado con la prueba de la adquisición por los causantes del inmueble en disputa, según la escritura número 854 de 18 de octubre de 1890.

La solución del presente negocio en la forma

que a continuación se expresa, entraña la decisión de las cuestiones propuestas ante la justicia, tanto en la acción principal, como en la de reconvención.

Habiendo sido resuelto favorablemente el recurso, no hay lugar a costas en él. Sin costas en las instancias.

Sentencia:

Por las razones que se dejan consignadas, 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 Bucaramanga, con fecha veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, y revocando la de primera instancia, falla el pleito así:

I.—Declárase que el inmueble respecto del cual versa la acción reivindicatoria ejercitada por Emiliano Arias contra José Crisanto Arias Gamboa y Hermencia Arias v. de Arias, fué debida y legalmente adjudicado a Emiliano Arias Gamboa, como heredero de los referidos cónyuges.

II.—No es el caso de hacer la declaración de que trata la demanda principal, ni las restantes de la reconvención. En consecuencia, se absuelve a los demandados y contrademandado de los respectivos cargos.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Silva Rebolledo — Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS—LA RESPONSABILIDAD CIVIL INDIRECTA DE LOS EMPLEADORES O PATRONOS POR LA CULPA O HECHO DE SUS AGENTES PROVIENE DE LA PRESUNCION DE CULABILIDAD EN QUE LA LEY LES COLOCA, POR LA MALA ELECCION O POR LA FALTA DE VIGILANCIA Y CONTROL SOBRE EL MODO COMO CUMPLE EL DEPENDIENTE CON LAS FUNCIONES QUE LE HAN SIDO ENCOMENDADAS. — PARA CONFORMAR LA RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL NO CABE ACUDIR A LAS NORMAS QUE RIGEN LA RESPONSABILIDAD POR CULPA CONTRACTUAL.—MANERA DE ACREDITAR CADA UNA DE ESTAS DOS CULPAS Y DE PROBAR SU INEXISTENCIA.—ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

1.—El error de hecho, como lo tienen repetido la jurisprudencia y la doctrina, no es sino la manera equivocada como, independientemente de toda consideración jurídica, se aprecia la existencia o inexistencia de un suceso cualquiera; a diferencia de lo que sucede con el error de derecho, que consiste en juzgar equivocada o falsamente de un hecho a la luz de la ley, ya por dejarla de aplicar al caso controvertido, o por aplicarla indebidamente, o a través de una interpretación errónea de sus disposiciones.

2.—La responsabilidad civil en que incurren los empleadores o patronos por la culpa o hecho de sus agentes, no proviene directamente de un acto personal suyo, sino de la presunción de culpabilidad en que la ley les coloca, por la mala elección o por la falta de vigilancia y control sobre el modo como cumple el dependiente con las funciones que le han sido encomendadas. De ese estado de culpabilidad pueden sin embargo descargarse, probando una de dos cosas: su AUSENCIA DE CULPA, esto es, que "con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no habrían podido impedir el hecho", o que su agente se comportó de un modo impropio, que "no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente" (artículos 2347 y 2349 del C. C.); o acreditando también, como es forzoso hacerlo cuando el daño se ha causado en el ejercicio de actividades naturalmente peligrosas, que éste se produjo por FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, o por LA INTERVENCION DE UN ELEMENTO EXTRAÑO, como la propia culpa de la víctima.

3.—Frente a la prueba de una causa conocida, no cabe ya la presunción de que otras, más o menos probables, hayan sido las determinantes del daño cuya reparación se demanda.

4.—Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han reconocido siempre dos clases de responsabilidad: la subjetiva, que acoge nuestra legislación, y se funda siempre en la culpa, probada o presunta, del autor, o de la persona de quien éste depende, o a quien pertenece el objeto con que se produjo el perjuicio; o en una presunción de peligrosidad que la conlleva, cuando el daño se causa por razón de actividades naturalmente peligrosas. Y la responsabilidad objetiva, o del riesgo creado, en la cual no cabe examinar si existió o no la culpa en el agente, sino que se deduce por el solo hecho del daño ocasionado. Del estado de culpabilidad a que conducen aquellas presunciones, se libra el responsable mediante la prueba de la ausencia de culpa, o demostrando fuerza mayor o caso fortuito, o intervención de un hecho extraño. De la responsabilidad objetiva, en cambio, no puede exonerarse: UBI EMOLUMENTUM IBI ONUS, quien recibe el provecho, debe asimismo soportar las cargas.

Por lo tanto, no son equivocados los conceptos del Tribunal, cuando afirma que la responsabilidad extracontractual radica

siempre en una culpa, y que para conformarla, no cabe acudir a las normas que rigen la responsabilidad por culpa contractual.

La responsabilidad que se origina en el "hecho de las cosas" se funda precisamente en los presuntos descuidos e imprevisión con que su propietario o poseedor las guarda o conserva. Y en cuanto al modo como debe acreditarse cada una de estas dos culpas, su naturaleza impone tan claras diferencias, que no es posible identificarlas: la responsabilidad extracontractual supone que, fuéra de toda convención o acuerdo, se ha causado culposamente un daño a otro, por lo cual tiene éste derecho a ser indemnizado. La víctima tiene entonces que acreditar, real o presuntivamente, de acuerdo con lo expuesto hasta aquí, el hecho culposo, y, además, que ese hecho fue la causa determinante del daño. En cambio, la responsabilidad contractual parte de la base de que el deudor dejó por su culpa de cumplir una obligación previamente estipulada. Así, el acreedor sólo está obligado a probar el contrato, correspondiendo al primero, para liberarse, demostrar, contra dicha presunción, que lo cumplió, o que ha estado en imposibilidad de hacerlo (artículos 1604, 1730 y 1757 del C. C.). De esta suerte, la presunción de culpabilidad, que es principio general en la responsabilidad contractual, constituye apenas una excepción en la extracontractual, susceptibles las dos de ser devirtuadas, en conformidad con los principios que gobiernan una y otra.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Hacia las seis de la mañana del día trece de febrero de 1946, bajaba en carrera por el lado norte de la calle 32 de esta ciudad, el obrero Luis Alberto Soler, de aproximadamente unos veintidós años de edad; al llegar al andén oriental de la carrera 13, pretendió atravesarla a velocidad, "seguramente con el ánimo de tomar un tranvía que en ese momento iba a llegar al paradero de la calle 32"; en esos momentos transitaba por la carrera en dirección sur a norte el camión número 8399, de propiedad de la Compañía "Gaseosas Limitada" y manejado por el señor Gregorio Vega, empleado de dicha sociedad; pero fue tan corta la distancia que alcanzó a mediar entre el obrero y el camión, que no obstante el viraje de éste hacia su izquierda y la aplicación inmediata de los frenos, aquél fue cogido por las ruedas del vehículo y muerto por el choque, casi instantáneamente.

Como consecuencia de este hecho, se adelantó la consiguiente acción penal contra el conductor del camión, la cual concluyó con sobreseimiento definitivo proferido por el Juzgado 3º Superior de Bogotá, en sentencia de 22 de marzo de 1945, a cuyo contenido pertenecen los siguientes conceptos: "De acuerdo con las nuevas probanzas allegadas al informativo y que se dejan analizadas a espacio es evidente que por parte de Gregorio Vega no hubo imprevisión, falta de destreza o habilidad en el manejo del autocamión, ni negligencia alguna que hiciera presumir una responsabilidad culposa en el desgraciado accidente en que perdió la vida el señor Luis Alberto Soler, ya que éste, como hemos visto, resultó ser único culpable de tan lamentable suceso, al pretender atravesar la vía sin tomar las debidas precauciones".

No conforme don Carlos J. Soler con los resultados de la investigación penal, en la que, a título de hermano de la víctima, se constituyó en parte civil, decidió demandar por la vía ordinaria y a nombre de la sucesión, a la Compañía "Gaseosas Limitada", para que con citación y audiencia de su Gerente, don Hernán Restrepo, se declare lo siguiente:

"a) Que la nombrada sociedad "Gaseosas Colombianas, Limitada" debe pagar a la sucesión ilíquida de Luis Alberto Soler Gómez, representada por el heredero Carlos Julio Soler Gómez, la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda corriente, por concepto de los daños y perjuicios materiales derivados de la muerte del citado Luis Alberto;

"b) En subsidio, a pagar a la misma sucesión el valor de los daños o perjuicios materiales que correspondan por la muerte del causante Luis Alberto Soler Gómez;

"c) Que la nombrada sociedad 'Gaseosas Colombianas Limitada', debe pagar a la sucesión ilíquida de Luis Alberto Soler Gómez, representada por el heredero Carlos Julio Soler Gómez,

la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda corriente en que se estiman los perjuicios morales ocasionados a los familiares de Luis Alberto Soler Gómez por la muerte de éste;

"d) En subsidio, a pagar a mi mandante los perjuicios morales sufridos por mi mandante a causa de la muerte de su hermano el mencionado Luis Alberto Soler Gómez".

El Juzgado del conocimiento decidió la demanda en el sentido de declarar que la sucesión de Luis Alberto Soler, no tiene personería sustantiva para promover la acción de que se trata, y en consecuencia, absolvió a la Compañía de los cargos que se le formularon. De este fallo apeló la parte actora por ante el Tribunal, quien mediante providencia de fecha diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete revocó el fallo del Juez, y resolvió lo siguiente:

"1º Es infundada la excepción de cosa juzgada que alegó la parte demandada.

"2º Se absuelve a la parte demandada, sociedad 'Gaseosas Colombianas Limitada', de todas y cada una de las peticiones de la demanda con que se inició este juicio.

"3º Sin costas en ninguna de las instancias".

Contra este fallo interpuso el demandante el recurso de casación, que tramitado en regular forma, procede ahora a decidirse, mediante las siguientes consideraciones:

Los fundamentos del Tribunal

La conclusión absolutoria a que llega la sentencia se apoya, en la comprobada inculpabilidad del conductor en la ocurrencia del siniestro, y consiguiente irresponsabilidad civil de la sociedad a cuyo servicio ejercía él las actividades con ocasión de las cuales se produjo el daño. Sobre el particular se expresa así la sentencia:

"A este propósito dice bien la sentencia de primer grado: 'Una responsabilidad, como la que pretende deducirse en el presente juicio, exige la existencia de una culpa en el agente autor del hecho dañoso. Si esa culpa no existe, desaparece consecuencialmente la culpa trasladada o presumida... Ahora bien: según se deduce de lo preceptuado por el artículo 28 del Código en referencia (de P. P.), y como lo sostienen la jurisprudencia y los tratadistas, "las decisiones irrevocables emanadas con autoridad de alguna jurisdicción judicial represora, se imponen con autoridad absoluta al juez que conoce de un proceso civil cuando, al recaer en el fondo, ha condicionado la solución del proceso penal. Entonces, pero sólo entonces, cualesquiera que sean las partes en el negocio o los problemas que se le planteen, el Juez civil está atado por el Juez penal, a quien no puede contradecir'. (Mazeaud).

"Ciertamente el caso de autos debe plantearse y decidirse a la luz de los principios que reglamentan la responsabilidad civil indirecta por el hecho ajeno, según las cuales y con base en la culpa **in eligendo** o por falta de control o vigilancia, se ha aceptado la que corresponde a las personas jurídicas por los actos culposos, de acción u omisión, cometidos por sus agentes o dependientes en el ejercicio de sus funciones y por razón de ellas, principios contenidos en los artículos 2346, 2347, 2348 y 2352 del Código Civil. De estas disposiciones conviene destacar el artículo 2349, según el cual el amo o empleador no responde del daño causado por el sirviente o empleado, cuando se pruebe o aparezca la ausencia de culpa de parte de aquél, o sea, cuando la conducta del dependiente no puede ser prevista, ni impedido el hecho empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente. Esto se deriva o está de acuerdo con el principio fundamental de nuestra legislación civil, de la culpa, factor esencialmente humano, puesto que lo constituye un error de conducta, es la condición vital de la responsabilidad; y ya se vio atrás que las circunstancias probadas en las causas sobre el accidente que originaron esta acción contra la Compañía empleadora del conductor del autocamión, descartan toda especie de culpabilidad en la conducta del empleado Vega, es decir, afirman la ausencia total de culpa original que pudiera haberse trasladado a la Compañía demandada.

"El señor apoderado de la parte actora, en su alegato ante este Tribunal, insinúa entonces en favor de la causa que patrocina la teoría del riesgo, la presunción de culpa en contra del porteador establecida en el artículo 306 del Código de Comercio, y, en general, la presunción de responsabilidad en materia de vehículos de locomoción terrestre, fluvial, marítima y aérea.

"A lo cual se observa que la teoría del riesgo no tiene cabida en tesis general en nuestra legislación y ha sido rechazada por la jurisprudencia nacional, salvo en los casos concretos y especiales en que un texto de ley positiva le permita funcionar; que la presunción de culpa establecida contra el porteador en el artículo 306

del Código de Comercio regula solamente el contrato de transporte y no puede extenderse su aplicación a la especie de culpa extracontractual en perjuicio de terceros de que trata este pleito; y, por último, que la presunción de responsabilidad en contra del chofer Vega, cualquiera que sea el fundamento y extensión que se le atribuya, apenas jugaría como relevo de prueba de la culpa imputable a la entidad demandada, por lo que su efecto queda completamente anulado en el presente caso con la prueba positiva y suficiente de la culpa de la víctima, establecida en los términos del artículo 2357 del Código Civil".

Causales de casación

Acusa el recurrente el fallo del Tribunal, por dos motivos: a) "Violación de ley sustantiva por errores de hecho y de derecho que constan de manera evidente en los autos, consistentes el primero en confundir la responsabilidad civil de Gregorio Vega con la responsabilidad civil de la persona jurídica demandada, o sea, la sociedad "Gaseosas Colombianas Ltda", y el segundo, en la apreciación errónea de unas pruebas; y b) "Violación de ley sustantiva por interpretación errónea".

PRIMER CARGO—**Errores de hecho y de derecho**

El error de hecho de que se acusa la sentencia, lo concreta el recurrente así: "La confusión que establece el Tribunal entre la culpa y responsabilidad civil de Gregorio Vega con las de la sociedad demandada, implican una confusión entre dos figuras jurídicas disímiles, análoga al error de hecho que consiste en tomar un objeto por otro distinto. "Con tal motivo fueron quebrantados los preceptos legales de que hablaré al fin de este aparte".

Y hace consistir el error de derecho por errónea interpretación de la prueba en que, de acuerdo con el ordinal 3º del artículo 1602 del C. C., "La prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido de emplearlo", lo que vale tanto como decir que la culpa, lo mismo in eligendo e in vigilando, se presumen; por lo cual y para librarse la Compañía demandada de la consiguiente responsabilidad tenía que desvirtuar dicha presunción, comprobando que el chofer reunía las calidades de pericia e idoneidad necesarias para el cabal desempeño de su cargo, y que el mismo vehículo se encontraba debidamente revisado y en estado de normal funcionamiento cuando se produjo el accidente. Pero como esa prueba no se allegó a los autos, forzoso es concluir la culpabilidad que el Tribunal desechó por haber considerado erróneamente, que las pruebas de inculpabilidad del chofer, eran bastantes para desvituar la presunción de culpa contra la sociedad.

"Con motivo de tan errónea apreciación de las pruebas que obran en autos —concluye el recurrente— el Tribunal, dejando de estudiar la responsabilidad civil del demandado que fluye de ello y de la presunción legal de que se viene hablando, vulneró por falta de aplicación el inciso 3º del artículo 1602 C. C. y los artículos 2341, 2342, 2343, 2347, 2359 y concordantes del C. C."

La Sala considera:

El error de hecho, como lo tienen repetido la jurisprudencia y la doctrina, no es sino la manera equivocada como, independientemente de toda consideración jurídica, se aprecia la existencia o inexistencia de un suceso cualquiera; a diferencia de lo que sucede con el error de derecho que consiste, en juzgar equivocada o falsamente de un hecho a la luz de la ley, ya por dejarla de aplicar al caso controvertido, o por aplicarla indebidamente, o a través de una interpretación errónea de sus disposiciones.

Ahora bien. El error de hecho por el cual se acusa el fallo de segunda instancia, no se hace consistir en la manera equivocada o falsa como el sentenciador apreció o dejó de apreciar, con independencia de toda consideración jurídica, la existencia de determinado hecho; sino en "la confusión que establece el Tribunal entre la culpa y responsabilidad civil de Gregorio Vega, con la sociedad demandada", y que —en concepto del propio recurrente —"implica una confusión entre dos figuras jurídicas disímiles". Lo cual está demostrando, que no se trata en realidad de un cargo por error de hecho, sino por error de derecho: Porque no es de hecho sino de derecho el juicio que puede hacer la mente, sobre el estado de relación existente entre la culpabilidad y consiguiente responsabilidad del agente o empleado con las que, a virtud de ese vínculo jurídico de dependencia, corresponde deducirles al empresario o empleador Y porque si el primero de tales errores consistiera en la simple equivocación de tomar un objeto por otro, como lo pretende el recurrente, nunca podría darse el de derecho, por lo mismo que no puede hacerse el juicio sino sobre el objeto que es materia del mismo.

Respecto del error de derecho, por errónea interpretación de la prueba, se observa:

La responsabilidad civil en que incurren los empleadores o patronos por la culpa o hecho de sus agentes no proviene directamente de un acto personal suyo, sino de la presunción de culpabilidad en que la ley les coloca, por la mala elección o por la falta de vigilancia y control sobre el modo como cumple el dependiente con las funciones que le han sido encomendadas. De ese estado de culpabilidad pueden sin embargo descargarse, probando una de dos cosas: su **ausencia de culpa,** esto es, que "con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no habrían podido impedir el hecho", o que su agente se comportó de un modo impropio, que "no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente" (artículos 2347 y 2349 del C. C.); o acreditando también, como es forzoso hacerlo cuando el daño se ha causado en el ejercicio de actividades naturalmente peligrosas, que éste se produjo por **fuerza mayor** o **caso fortuito,** o por **la intervención de un elemento extraño,** como la propia culpa de la víctima.

En el caso de que aquí se trata, es un hecho establecido a través de la autoridad de la cosa juzgada en el juicio penal, que ni siquiera trató de desvirtuarse en el curso del presente, que la muerte del señor Soler obedeció a su propia culpa, cuando sin cuidarse para nada de los vehículos que transitan a toda hora por las calles de la ciudad, pretendió atravesar intempestivamente una de las más concurridas, a la misma veloz carrera que traía, y sin que estuviera en las posibilidades del conductor que le atropelló hacer nada distinto a lo que hizo, al desviar hacia el lado opuesto el aparato, "ya que —como lo expresan los peritos del Departamento de Circulación y Tránsito que intervinieron en el caso— tan poca distancia, el declive de la vía y la carga que llevaba el camión, la frenada no ofrecía ninguna garantía de salvamento para el peatón".

Con lo cual, más que la simple **ausencia de culpa** respecto del conductor en cuyo beneficio sobreseyó la justicia penal, y que, desde luego, hubiera podido dejar en vigencia la presunción de culpabilidad de la Compañía, según las ideas expuestas por el recurrente, quedó acreditado el **hecho extraño,** bastante por su naturaleza, para descartar cualquiera otra causa, como lo sería la de la propia culpa presunta de la sociedad. Precisamente porque frente a la prueba de una causa conocida, no cabe ya la presunción de que otras, más o menos probables, hayan sido las determinantes del daño cuya reparación se demanda.

Luego al deducir el Tribunal de la comprobación de ese hecho extraño la absoluta irresponsabilidad de la entidad demandada, no erró en la apreciación de la prueba, ni pudo por lo tanto, violar, por dicho concepto, las disposiciones de carácter sustantivo que configuran la responsabilidad indirecta con base en una presunción de culpabilidad.

SEGUNDO CARGO—**Interpretación errónea.**

Sostiene el recurrente que "no es verdad, como lo asevera el Tribunal en la sentencia recurrida, que para que los daños ocasionados a una persona, en su integridad personal o en sus bienes, puedan ser objeto de indemnización civil, es necesaria siempre la existencia de una culpa, pues como lo dije en mi alegato de instancia..., "En cuanto a los daños y perjuicios ocasionados por la cosa o bien que pertenece a alguien, los artículos 2351, 2060, numeral 3º, inciso final del artículo 2057 del C. C., separan completamente las nociones de culpa y responsabilidad civil, ya que atribuyen ésta al propietario del bien, aún sin que haya incurrido en culpa alguna. Lo propio ocurre con el artículo 2355 de la misma obra".

Fuéra de esto, agrega, el artículo 306 del C. de Co. establece que, "el porteador responde de la culpa grave y leve, en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte. "Se presume que la pérdida, avería o el retardo ocurren por culpa del porteador. "Para exonerarse de toda responsabilidad, el porteador deberá probar que el caso fortuito no ha sido preparado por culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo". Pero como el transporte no sólo genera obligaciones entre cargador, porteador y consignatario, sino que obliga también al porteador por la seguridad de las personas y las cosas que de alguna manera puedan ser afectados con el transporte, resulta entonces que en caso de daño, no es a la víctima, sino al empresario, a quien corresponde acreditar la ausencia de culpa para librarse de la consiguiente responsabilidad.

Luego al rechazar el Tribunal la aplicación de este precepto, por considerarla limitada a la responsabilidad originada en el incumplimiento con-

tractual del transporte, lo violó por errónea interpretación, así como también los artículos 2341, 2342, 2343, 2347, 2350 y concordantes del Código Civil.

Se considera:

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han reconocido siempre dos clases de responsabilidad: la subjetiva que acoge nuestra legislación, y se funda siempre en la culpa probada o presunta del autor, o de la persona de quien éste depende, o a quien pertenece el objeto con que se produjo el perjuicio; o en una presunción de peligrosidad que la conlleva, cuando el daño se causa por razón de actividades naturalmente peligrosas. Y la responsabilidad objetiva, o del riesgo creado, en la cual no cabe examinar si existió o no una culpa en el agente, sino que se deduce por el solo hecho del daño ocasionado. Del estado de culpabilidad a que conducen aquellas presunciones se libra el responsable mediante la prueba de la ausencia de culpa, o demostrando fuerza mayor o caso fortuito, o intervención de un hecho extraño. De la responsabilidad objetiva, en cambio, no puede exonerarse: ubi emolumentum ibin onus, quien recibe el provecho, debe asimismo soportar las cargas.

Por lo tanto, no son equivocados los conceptos del Tribunal, cuando afirma que la responsabilidad extracontractual radica siempre en una culpa, y que para conformarla, no cabe acudir a las normas que rigen la responsabilidad por culpa contractual.

La responsabilidad que se origina en el "hecho de las cosas" se funda precisamente, en los presuntos descuidos e imprevisión con que su propietario o poseedor las guarda o conserva. Y en cuanto al modo como debe acreditarse cada una de estas dos culpas, su naturaleza impone tan claras diferencias, que no es posible identificarlas: La responsabilidad extracontractual supone, que fuéra de toda convención o acuerdo, se ha causado culposamente un daño a otro; por lo cual tiene éste derecho a ser indemnizado; la víctima tiene entonces que acreditar, real o presuntivamente, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, el hecho culposo, y además, que ese hecho fue la causa determinante del daño. En cambio la responsabilidad contractual parte de la base de que el deudor dejó por su culpa de cumplir una obligación previamente estipulada; así el acreedor sólo está obligado a probar el contrato, correspondiendo al primero, para liberarse, demostrar, contra dicha presunción, que lo cumplió, o que ha estado en imposibilidad de hacerlo (artículos 1604, 1730 y 1757 del C. C.). De esta suerte, la presunción de culpabilidad que es principio general en la responsabilidad contractual, constituye apenas una excepción en la extracontractual, susceptible las dos de ser desvirtuadas, en conformidad con los principios que gobiernan una y otra.

Pero como, según se ha visto, el estado de presunción en que de hecho estaba la Compañía demandada por la índole peligrosa de la actividad mediante la cual se ocasionó el daño, fue debidamente desvirtuado con la prueba del hecho extraño que produjo el evento, el cargo por errónea interpretación de las disposiciones sustantivas que rigen esta especie de responsabilidad, resulta igualmente infundado.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NIEGA la casación de la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Las costas del recurso a cargo de la parte vencida.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA — LOS BALDIOS NO SON ENAJENABLES A TITULO DE VENTA.-QUIEN ADQUIERE DE OTRO PARTICULAR UN TERRENO BALDIO SIN QUE HAYA PRECEDIDO LA ADJUDICACION HECHA EN FAVOR DEL VENDEDOR POR EL ESTADO, NO ADQUIERE POR EL SOLO HECHO DE LA COMPRA UN DOMINIO QUE EL ENAJENANTE NO TENIA SOBRE EL TERRENO

Según lo establece el artículo 60 del Código Fiscal, los terrenos baldíos no son enajenables a título de venta, y este precepto se refiere —como lo ha sostenido la Corte— no sólo a la Nación, sino también a los particulares (Casación de 1º de diciembre de 1930, Tomo 38, pág. 337). Por consiguiente, toda enajenación que de ellos se haga a título de venta, es nula.

Para adquirir el dominio de un terreno baldío, es imprescindible que se obtenga su adjudicación por parte del Estado, otorgada en las condiciones y con los requisitos determinados en las leyes sobre la materia. Ese dominio no puede adquirirse ni aún por prescripción, por disponerlo así el artículo 61 del Código Fiscal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veinte y siete de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelo presentado el 2 de mayo de 1946 ante el Juez Civil del Circuito de Armenia, que fué corregido por el de 4 de septiembre siguiente, José María Grajales propuso juicio ordinario contra Domingo González, Carlos Patiño, Luis Guerra y Dioselina Grajales de G., para que se declare que el actor es dueño exclusivo del inmueble determinado en el aparte a) de la demanda; que los lotes especificados y alinderados en la demanda, que ocupan los demandados, son partes integrantes de aquél, y que éstos están obligados a restituírselos.

En los apartes a), b) y c) del libelo el demandante citó los títulos que lo acreditan como dueño del inmueble de que forman parte los lotes que reivindica.

Los demandados contestaron la demanda negando los hechos en que se funda; afirmando que al actor no le asiste el dominio que alega, por cuanto sus tradentes jamás lo tuvieron, por haber tenido y tener el inmueble objeto de la acción la calidad de baldío, y oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas.

La sentencia de primera instancia la profirió el Juzgado con fecha cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete y en ella condenó a los demandados a restituírle al demandante los lotes en cuestión, una vez que éste les haya abonado el valor de las mejoras que ellos plantaron, y les reconoció además derecho de retención.

Ambas partes apelaron y el Tribunal Superior de Pereira, que conoció del recurso, lo decidió en sentencia de veinte y ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, por la que confirmó la apelada, con las reformas de que el pago o aseguro del valor de las mejoras debe hacerlo el actor tan pronto como se haga la tasación correspondiente y de excluir a la demandada Dioselina Peñaranda de la orden de restitución de que trata la primera declaración de la sentencia apelada.

En su fallo el Tribunal consideró que la acción reivindicatoria debía prosperar por encontrar plenamente probados los tres requisitos que la configuran: derecho de dominio en el demandante, posesión del demandado, e identidad entre la cosa singular reivindicada con la poseída por el reo. El primero de esos requisitos lo encontró debidamente acreditado con los siguientes instrumentos: La Escritura Pública Nº 405 del 1º de abril de 1944, de la Notaría 2ª de Armenia, por la cual José María Grajales compró al Presbítero Jesús Antonio Gómez "el inmueble y sus mejoras, relacionado en la demanda"; la Nº 648, corrida en la Notaría de Filandia el 12 de noviembre de 1923 por la cual compró el Presbítero Gómez el mismo inmueble a la Sociedad Pobladora

de Alejandría (hoy Quimbaya); y la Nº 155 de 27 de mayo de 1914, de la Notaría de Filandia, por la cual las personas que allí se mencionan, constituídas en la citada Sociedad Pobladora, compraron a Luis María Ocampo "un fundo de mayor extensión comprensivo del inmueble demandado".

No se citan, por carecer de interés para la decisión del recurso de casación interpuesto por los demandados, las demás consideraciones en que el fallo se apoya.

Aquéllos, con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. han propuesto varios cargos contra la sentencia, y como uno de ellos lo encuentra probado la Sala, a él concreta su estudio, con prescindencia de los restantes, en virtud de lo estatuído en el artículo 538 ibídem.

En ese cargo sostiene el recurrente, que el Tribunal erró manifiestamente en la apreciación objetiva de aquellos títulos, porque en primer lugar, la Sociedad Pobladora de Alejandría no compró a Luis María Ocampo **"un fundo** de mayor extensión comprensivo del inmueble demandado", sino "unas mejoras en baldíos de la Nación" y en segundo lugar, porque la Escritura de 1944, no da cuenta de venta de **terreno** y **mejoras** sino simplemente de un lote de terreno. Y añade sobre ese mismo aspecto:

"Por haber considerado que la de 1914 contenía venta de un predio, concluyó que era título básico para el dominio del actor. Mas, como allí sólo se transfirieron mejoras en baldíos de la Nación, mal podía originarse en ese título el derecho para vender el terreno por las escrituras de 1923 y de 1944. El cambio de dueño de mejoras por dueño del terreno sólo podía operarse por adjudicación hecha por el Estado. Y ese título no se ha aducido por el actor. "Los terrenos baldíos no son enajenables a título de venta" dice el artículo 60 del Código Fiscal.

"Los tradentes de 1923 y 1944 no podían enajenar el terreno por ser baldío y no ser los baldíos materia adecuada para contratos de compraventa. Luego mal pudieron transmitirle al señor Grajales el dominio del terreno. No teniéndolo, el Tribunal apreció indebidamente los instrumentos mencionados al considerarlos suficientes para acreditar el derecho de dominio en el actor Grajales. Esa errónea apreciación de los títulos lo llevó a considerar a Grajales como titular de la acción de dominio y a decretar la reivindicación del inmueble que aparecía comprando, con lo cual violó los artículos 946 y 950 del Código Civil y el 60 del Código Fiscal".

Se considera:

Por la Escritura Pública Nº 405 de abril de 1944, corrida en la Notaría 2ª del Circuito de Armenia, el Presbítero Jesús Antonio Gómez dió en venta a José María Grajales el lote de terreno allí descrito y alinderado, que el vendedor dijo haber adquirido por compra hecha a la Sociedad Pobladora de Alejandría, hoy Quimbaya, por la Escritura 648 de 1923. De ese lote forman parte los que son materia de la reivindicación.

Por la Escritura últimamente citada otorgada, en la Notaría de Filandia, la referida Sociedad Pobladora dió en venta al Presbítero Jesús Antonio Gómez, el lote de terreno que se alindera en el punto segundo del instrumento.

Y por medio de la Escritura Pública Nº 155, de 27 de mayo de 1914, de la Notaría de Filandia, Luis María Ocampo dió en venta a la Junta o Sociedad Pobladora ya mencionada, "unas mejoras en baldíos de la nación, consistentes en cuatro casas de habitación, sementeras de café, plátano, montes y rastrojos, ubicadas en el paraje de la Soledad" y alinderadas como allí se dice. Dentro de los aludidos linderos está comprendido —según lo afirma el Tribunal y aparece comprobado en autos— el inmueble materia de la reivindicación.

En esos títulos, que fueron acompañados a la demanda, se funda el actor para reputarse dueño de los inmuebles que reivindica y en ellos se apoyó el Tribunal para afirmar que aquél en realidad tenía esa calidad.

A juicio de la Corte tales instrumentos no acreditan el derecho de dominio que sobre el terreno alega tener el demandante, pues éste lo compró del Presbítero Gómez, quien a su vez lo hubo de la Sociedad Pobladora de Alejandría, y ésta lo que adquirió fueron mejoras ubicadas en terrenos baldíos de la nación, como se reconoce y expresa en la Escritura Nº 155. Si dicha Sociedad no tenía dominio sobre el suelo no pudo transmitirlo al Presbítero Gómez ni éste al demandante, por el mismo motivo, desde luego que —como lo establece el artículo 752 del Código Civil— cuando "el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradi-

ción otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada".

Además, según lo establece el artículo 60 del Código Fiscal, los terrenos baldíos no son enajenables a título de venta, y este precepto se refiere —como lo ha sostenido la Corte— no sólo a la Nación sino también a los particulares. (Casación, 1º de diciembre de 1930, Tomo XXXVIII, pág. 337). Por consiguiente toda enajenación que de ellos se haga a título de venta es nula.

Para adquirir el dominio de un terreno baldío, es imprescindible que se obtenga su adjudicación por parte del Estado, otorgada en las condiciones y con los requisitos determinados en las leyes sobre la materia. Ese dominio no puede adquirirse ni aún por prescripción, por disponerlo así el artículo 61 del Código Fiscal.

Y como en el presente caso no ha mediado adjudicación de la Nación, es preciso deducir que los títulos traídos e invocados por el demandante no acreditan la calidad de dueño del terreno que reivindica, por lo cual al estimar el Tribunal que ellos sí la demuestran, incurrió en el error que le imputa el recurrente y quebrantó, en consecuencia, los artículos 946 y 950 del Código Civil, que sólo confieren la acción reivindicatoria a quien es dueño o tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa que se reivindica.

Resta observar que esta controversia no versa sobre reivindicación de mejoras, por cuyo motivo la Sala no tiene por qué entrar a examinar una cuestión que está fuera del debate.

Las razones expresadas, imponen la casación del fallo acusado y son por sí solas bastantes para la decisión de instancia, pues siendo uno de los requisitos indispensables para la prosperidad de una acción de la naturaleza de la aquí incoada el de que el actor sea dueño del bien que reivindica, la falta de esa condición acarrea necesariamente el insuceso de la demanda.

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 de veinte y ocho (28) de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Pereira, y revocando la de primera instancia, absuelve a los demandados de los cargos que se les formularon.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

Publíquese, Cópiese, Notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente en su oportunidad al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA — REPRESENTACION EN JUICIO DE LAS HERENCIAS — ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA. — EL ERROR DE HECHO COMO CAUSAL DE CASACION

1—Establecida la existencia de una heredera de mejor derecho que las demandantes, éstas carecían de legitimación o personería sustantiva para formular demanda en representación de la herencia, y, en consecuencia, no era el caso de fallar sobre sus peticiones.

2—El error de hecho surge de la apreciación de los hechos procesales, contraria a la evidencia. La Corte no puede modificar la justipreciación de las pruebas hecha por un Tribunal, sino cuando a través de manifiestos errores de hecho que pugnen con la evidencia de los demostrados en otra forma en el proceso, se haya incurrido en error de derecho que cause transgresión de la ley sustantiva. Es necesario que resulte demostrado en forma inconcusa, de esas pruebas o de otros comprobantes allegados a los autos, que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas.

Así, pues, alegada la mala apreciación de la prueba mediante un examen lógico de su valor probatorio y del señalamiento preciso de las disposiciones sustantivas que no fueron aplicadas o tenidas en cuenta, es indispensable que el error de hecho se haga resaltar en forma ostensible. Cumplida esta primera etapa, debe demostrarse cómo el error de hecho ha conducido a otro de derecho que ha determinado la violación de la ley sustantiva. La indicación de cada error requiere la cita de las correspondientes disposiciones infringidas, y cuando del error de derecho se trata, no puede abstenerse el recurrente de precisar si la ley ha sido quebrantada por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea. Para demostrar que la ley ha sido violada por cualquiera de estos medios, el interesado debe hacer el análisis de los respectivos textos legales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Ha venido a la Corte, en recurso de casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 7 de febrero de 1949, en el juicio ordinario seguido por Ernestina Dulce de Muñoz y otros contra Leonilda Figueroa y otros, sobre nulidad de una escritura de compraventa.

La defectuosa formulación de la demanda ha dejado a la Corte sin los elementos de juicio indispensables para comprender, con su sola lectura, los términos en que se ha planteado el litigio, las razones precisas en que se apoyan los cargos contra la sentencia del Tribunal, y el sentido en que han sido violados los preceptos de la ley sustantiva.

Ha sido, pues, necesario el estudio de todas las piezas del expediente para saber cómo se ha establecido la relación procesal, y deducir el alcance de los reparos que el recurrente ha esbozado contra la providencia del Tribunal Superior de Pasto. Por el examen de los antecedentes puede hacerse de ellos la siguiente relación:

La señora Ernestina Dulce de Muñoz, en su carácter de madre legítima de los menores Carlos y Mary Muñoz Dulce, las señoritas Berta María, Isaura María y Rosa Alodia Muñoz Dulce, y el señor Libardo Muñoz Dulce, por medio de apoderado y en acción ordinaria, demandaron ante el Juez Segundo del Circuito Civil de Pasto a la señora Leonilda Figueroa de Villareal, a la señorita Pércides Córdoba y a Salomón Guerrero del Castillo y Franco Alberto de la Cruz, mayores los tres primeros y el último menor adulto, para que previos los trámites del caso, se hicieran las siguientes declaraciones: "Primera. Que es nulo, con nulidad absoluta, el contrato contenido en la escritura pública número 418 de 23 de

abril de 1946 otorgada en la Notaría Primera de este Circuito por la señora Lastenia Muñoz v. de Ibarra y por el cual esta señora vendió a los demandados una casa situada en esta ciudad, otra ubicada en San Francisco Municipio de Tangua, y un potrero o lote de terreno en el mismo Municipio. Segunda. Que se cancele la inscripción de tal documento hecha por el señor Registrador de Instrumentos Públicos al folio 69 partida 914 del Libro 1º Tomo III de 1946. Tercera. Que, consecuencialmente, los inmuebles anotados se restituyan a la sucesión de la nombrada señora Muñoz v. de Ibarra, representada por mis poderdantes en su calidad de colaterales de la difunta. Cuarta. Que se condene en costas a los demandados si se opusieren a esta acción".

Los hechos de la demanda se sintetizan así: El 23 de abril de 1946, la señora Lastenia Muñoz v. de Ibarra, por medio de la escritura número 418, otorgada ante el Notario Primero del circuito de Pasto, dió en venta real y enajenación perpetua a los demandados varios inmuebles; ninguno de los compradores entregaron a la vendedora un solo centavo en dinero efectivo, como pago del precio; en posiciones absueltas por Salomón Guerrero del Castillo éste afirma que el valor de lo comprado por Leonila Figueroa y Pércides Córdoba, lo dió por recibido la vendedora en pago de los servicios que le habían prestado aquéllas como sirvientas durante diez y seis años, y que la parte del precio que debía entregar el menor Franco Alberto de la Cruz a la vendedora Muñoz de Ibarra, lo dio ésta por recibido con el fin de cumplir una **manda** ordenada por su esposo al morir intestado; al tiempo de otorgarse la escritura de compraventa, la vendedora se hallaba en estado preagónico, no se daba cuenta de la presencia del Notario ni de las otras personas que la rodeaban, ni tenía conciencia del acto que **estaba llevando a cabo** (sic); las mujeres y el menor compradores, han sido siempre insolventes y no han podido comprobar que hubieran recibido en préstamo las sumas que debían pagar por el precio de los inmuebles.

A la demanda se agregaron partidas de nacimiento, de matrimonio y de defunción, como prueba de los siguientes hechos: Primero. Que Mario Canuto Muñoz era hermano natural de la vendedora Lastenia Muñoz v. de Ibarra; (en varias de las partidas de origen eclesiástico correspondientes aparece que ambos son hijos naturales de Matilde Córdoba y que su abuela materna era de apellido Muñoz; (folio 13, cuaderno número 1); Segundo. Que los primitivos hermanos naturales vinieron a ser hermanos legítimos por el subsiguiente matrimonio de sus padres naturales. (Evidentemente, en las partidas eclesiásticas de defunción aparecen ambos como hijos legítimos de Luciano Muñoz y Matilde Córdoba, pero del matrimonio de estos últimos y del reconocimiento de los primeros como hijos naturales, o de su legitimación, no hay constancia alguna en el expediente), (folio 15, cuaderno número 1). Tercero. Que Mario Canuto Muñoz contrajo matrimonio con Ernestina Dulce y que de esta unión nacieron María Berta, Isaura María, Rosa Alodia, Libardo Edmundo, Carlos y Mary Cecilia Muñoz Dulce. (En la partida eclesiástica de matrimonio, el contrayente aparece con el nombre de Mario Muñoz, hijo de Matilde Muñoz. Tal matrimonio fue contraído en 1915 (folio 16, cuaderno número 1). Cuarto. Que Mario Muñoz falleció. (En el certificado notarial correspondiente, consta que el fallecido era hijo legítimo de Luciano Muñoz y de Matilde Córdoba).

Fundamentando el derecho de la parte actora para solicitar las declaraciones puntualizadas en la demanda y las peticiones mismas, se invocaron por ella los artículos 22 de la Ley 45 de 1936, 2º de la misma Ley 50 de aquel año, 1502, 1504, 1524, 1740, 1741, 1769, y 1849 del Código Civil, armonizados por los artículos 604, 605, 606 y 618 del Código de Procedimietno Civil; y las disposiciones adjetivas del título XVIII, capítulos I y II del Código de Procedimiento, en relación con los artículos 240 y 241 de la misma obra.

Sentencia de primer grado

Un incidente de excepciones dilatorias propuestas por los demandados, lo falló el juzgado declarando no probadas la inepta demanda y la ilegitimidad de la personería. (Folio 19, cuaderno 2º). Luego se produjo la sentencia de primera instancia, favorable a los demandantes, cuyas dos primeras peticiones fueron admitidas. La tercera la consideró el Juzgado improcedente. Se condenó en costas a los demandados. Ambas partes apelaron. (Folio 18 y siguientes del cuaderno tercero).

Segunda instancia

En la segunda instancia los demandados alega-

ron improcedencia de la acción, ilegitimidad sustantiva de personería, carencia de acción y de derecho, y petición de modo indebido. Desconocieron el interés jurídico y económico digno de protección judicial que pudieran tener los demandantes para instaurar la acción de nulidad absoluta, sostuvieron que no existe prueba para destruir la presunción de validez del contrato de compraventa —perfecto en su forma—, y que no pueden pedir para la sucesión porque no han sido reconocidos judicialmente como herederos. Para sustentar sus tesis llevaron a los autos oportunamente dos partidas de origen eclesiástico; con ellas suministraron la prueba de que Lastenia Córdoba, hija de Matilde Córdoba, contrajo matrimonio con José María Ibarra en 1922, habiendo nacido de esta unión María Laura Elisa, bautizada en 1923 (folios 7 y 8 del cuaderno 6). Los demandantes afirmaron que María Laura Elisa falleció a los pocos días de nacida, pero no adujeron la prueba de la defunción.

En el expediente figura el certificado del médico de cabecera de la vendedora Muñoz de Ibarra —ratificado en el juicio bajo juramento—, según el cual dicha señora durante su enfermedad y mientras la estuvo asistiendo hasta "cerca de morir", no perdió el uso natural de sus facultades mentales (folios 10, 25 v. y 26 del cuaderno número 6); un dictamen pericial de facultativos relativo a los efectos mentales que en los pacientes de diabetes suele producir tal enfermedad; declaraciones de dos de los testigos instrumentales, dando fe de que a su juicio la vendedora se hallaba inconsciente en el momento de otorgar la escritura de compraventa; declaraciones de los otros testigos, de la Secretaria del Notario y del individuo que firmó el instrumento a ruego de la vendedora, en el sentido de que la mencionada señora estaba en su entero y sano juicio; testimonio del sacerdote que le administró los oficios religiosos minutos antes de suscribirse la escritura, según el cual notó en la enferma dificultad física para expresarse, pero no observó obscurecimiento de sus facultades mentales; declaraciones encaminadas a demostrar que Lastenia Muñoz de Ibarra no hizo venta sino donación a Leonila Figueroa y Pércides Córdoba con la intención de remunerarles servicios prestados; declaraciones que acreditan la solvencia de uno de los compradores, señor Salomón Guerrero del Castillo. (Consta de autos el fallecimiento del Notario en el año de 1948, y están acreditados su probidad y buen crédito).

Sentencia recurrida

En la sentencia, el Tribunal revoca el proveído de primera instancia por estimar improcedente la acción intentada. No condena en costas.

En la parte motiva no hace el Tribunal un análisis detenido de las pruebas; se limita a tener en cuenta la partida de matrimonio de Lastenia Muñoz o Córdoba con el señor Ibarra y la partida bautismal de María Laura Elisa, hija de aquéllos. Apoyado en tales documentos el Tribunal llega a la conclusión de que existe hija legítima de Lastenia Muñoz o Córdoba v. de Ibarra, proveniente de matrimonio celebrado antes de 1936, lo cual daría a aquélla el carácter de única heredera si es que no viven otros hermanos. De conformidad con la Ley 50 de 1936 sería María Laura Elisa quien tuviera interés jurídico para demandar los contratos celebrados por su madre, ya fallecida.

A continuación observa que Lastenia y Mario Canuto debieron llevar el apellido de su madre natural Matilde Córdoba, pero que como cambiaron de apellido, la parte demandante ha debido identificarlos demostrando que tanto Mario Canuto como Lastenia. Muñoz son los hijos de la Córdoba. La prueba del estado notorio que pretendieron aducir los demandantes valiéndose de dos declaraciones, no reúne los requisitos exigidos por el artículo 399 del Código Civil y carece de fuerza para formar certidumbre. Por lo cual concluye que ni siquiera se halla demostrado el parentesco de los hermanos naturales.

Por otra parte, estima que no es el caso de declarar oficiosamente la nulidad absoluta, pues la causa de nulidad de la escritura de compraventa no es manifiesta. Comprobar —agrega— si una persona ha estado demente al momento de celebrar un contrato, o si se ha verificado el pago del precio, es generalmente tarea dispendiosa. En el caso **sub judice** la nulidad absoluta no puede decretarse de oficio porque los motivos de nulidad no son ostensibles.

El demandante interpuso contra la sentencia del Tribunal el recurso de casación, que al cabo de su trámite legal se decide en esta sentencia.

Causales de casación alegadas

Primera causal.—La hace consistir el recurren-

te en "violación del artículo 22 de la Ley 45 de 1936, con error de hecho y de derecho". Después de transcribir el párrafo de la sentencia en que el Tribunal admite el nacimiento de María Laura Elisa, hija legítima de José María Ibarra y Lastenia Muñoz v. de Ibarra, hecho demostrado con las partidas de matrimonio y de bautismo respectivas, dice el apoderado de los demandantes que la sentencia contiene dos errores de hecho. El primero se debe a que la vendedora de los inmuebles, según la escritura número 418, es Lastenia Muñoz de Ibarra y no Lastenia Córdoba, mujer con quien se casó José María Ibarra en 1922; el segundo depende de no haber sido de este matrimonio, sino de otro celebrado por el mismo Ibarra con Lastenia Muñoz, del cual nació María Laura Elisa. Como consecuencia de estos dos errores de hecho estima el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho; o sea, que al dar por probada la existencia de una hija legítima resolvió que ésta desalojaba al heredero colateral, y una vez negada así la personería de los colaterales se abstuvo de aplicar el artículo 22 de la Ley 45 de 1936.

Se considera:

El cargo no está técnicamente formulado. No le bastaba al recurrente afirmar que María Laura Elisa no nació del matrimonio celebrado por Ibarra con Lastenia Córdoba sino del que éste llevó a cabo con Lastenia Muñoz. Como el Tribunal relacionó la partida de matrimonio con la de nacimiento, el error de hecho en la apreciación de la prueba debía hacerlo aparecer de manera evidente, destruyendo la conexión establecida entre los dos documentos, de modo que surgiera nítida y patente la verdad de su aserto. Luégo debía apoyarse en algún género de razonamiento para demostrar que ese error de hecho tuvo como consecuencia la violación de la ley sustantiva por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea.

La causal aducida no tiene la menor consistencia.

No hubo error de hecho en la apreciación de las pruebas de estado civil respecto a la identidad de la señora Lastenia Muñoz o Córdoba de Ibarra, deducida del matrimonio de ésta con el señor José María Ibarra y del nacimiento de una hija de dicho matrimonio, de nombre María Laura Elisa, porque si bien es cierto que en la partida de matrimonio celebrado el 12 de agosto de 1922 (folio 7, cuaderno 6), figura la señora Lastenia con el apellido Córdoba, allí se dice que es hija de Matilde Córdoba, y no se menciona el nombre de su padre, con lo que aparece de bulto que se trata de una hija natural de ésta; de igual modo, si es verdad que en la partida de bautismo de María Laura Elisa Ibarra Muñoz figura ésta como hija de José María Ibarra y Lastenia Muñoz, allí mismo consta que la última es la hija de Matilde Córdoba; con lo cual se identifica plenamente la citada Lastenia Muñoz de dicha partida de bautismo —esposa de José María Ibarra e hija de Matilde Córdoba—, con la Lastenia Córdoba de la partida de matrimonio, hija de la misma Matilde Córdoba y casada con el mencionado José María Ibarra. A la Corte no le queda duda alguna relativa a esta identificación, que además reconoce el demandante en el libelo inicial del juicio cuando dice que Lastenia Muñoz es la esposa del nombrado Ibarra. No se entiende cómo pretende el recurrente crear ahora confusiones acerca de un hecho tan claro.

Además, admitida la prueba de la existencia de una hija legítima de la causante Lastenia Muñoz o Córdoba v. de Ibarra, el examen de la prueba traída a los autos para establecer el parentesco colateral de los demandantes como hijos del hermano natural de aquélla, carece de toda importancia para el presente juicio. Observa la Corte que no habiéndose presentado prueba de ninguna clase que acredite la defunción de María Laura Elisa Ibarra Muñoz, hija legítima de la causante, obró correctamente el Tribunal al tenerla como existente y por consiguiente como heredera con mejor derecho. Es bien sabido que la muerte de las personas naturales sólo se presume en los casos especiales de que trata el artículo 97 del Código Civil que regula la declaración de presunción de muerte por desaparecimiento, pronunciada mediante sentencia en juicio especial.

La apreciación que el Tribunal hizo de las referidas pruebas, es en consecuencia, correcta. No existió la violación del artículo 22 de la Ley 45 de 1936 por falta de aplicación, porque la hija legítima de la causante Lastenia Muñoz de Ibarra es heredera con mejor derecho, y por tanto quien podía representar a la sucesión interesada en el ejercicio de las acciones que se incoaron en este juicio.

Hizo bien el Tribunal en no pronunciarse con relación a las peticiones de la demanda de nulidad del contrato y restitución del bien para la

sucesión, porque una vez establecida la existencia de una heredera de mejor derecho, las demandantes carecían de legitimación o personería sustantiva para formular esas peticiones, y en consecuencia no era el caso de fallar sobre ellas.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Segunda causal.—Se hace consistir en la violación de los artículos 399 y 1013 del Código Civil y 22 de la Ley 45 de 1936, pues al desestimar el Tribunal las partidas de nacimiento y defunción de Lastenia Muñoz v. de Ibarra y de Mario Muñoz, que ha debido considerar preferentemente, y atenerse en cambio a las pruebas supletorias para considerarlas insuficientes, de un error de hecho pasó consecuencialmente a un error de derecho. El ataque a la sentencia en este punto lo concreta el recurrente así: "...Por aplicar mal el artículo 399 citado, no tuvo en cuenta el artículo 1013 de ese mismo Código; y por no aplicar éste, violó directamente el artículo 22 de la Ley 45 de 1936".

Se considera:

Reconocida por la Corte la ilegitimidad de la personería de los demandantes, resulta inoficiosa cualquiera clase de consideración respecto a este cargo.

Por otra parte, la antinomia entre la estimación dada por el Tribunal a la prueba y la evidencia procesal, había que hacerla visible e irrefragable. El error de hecho surge de la apreciación de los hechos procesales, contraria a la evidencia. La Corte no puede modificar la justipreciación de las pruebas, hecha por el Tribunal, sino cuando a través de manifiestos errores de hecho que pugnen con la evidencia de los demostrados en otra forma en el proceso, se haya incurrido en error de derecho que cause transgresión de la ley sustantiva. Es necesario que resulte demostrado en forma inconcusa, de esas pruebas o de otros comprobantes allegados a los autos, que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas.

Así, pues, alegada la mala apreciación de la prueba mediante un examen lógico de su valor probatorio y del señalamiento preciso de las disposiciones sustantivas que no fueron aplicadas o tenidas en cuenta, es indispensable que el error de hecho se haga resaltar en forma ostensible. Cumplida esta primera etapa, debe demostrarse cómo el error de hecho ha conducido a otro de derecho que ha determinado la violación de la ley sustantiva. La indicación de cada error requiere la cita de las correspondientes disposiciones infringidas, y cuando del error de derecho se trata, no puede abstenerse el recurrente de precisar si la ley ha sido quebrantada por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea. Para demostrar que la ley ha sido violada por cualquiera de estos medios, el interesado debe hacer el análisis de los respectivos textos legales.

Tal como en el caso **sub judice** ha sido planteado el recurso, éste adolece de graves deficiencias. Los preceptos legales pasados por alto en la sentencia, los indebidamente aplicados y los que, como consecuencia, fueron violados por infracción directa, han sido señalados por el recurrente. Pero el razonamiento en torno a todos los puntos materia de la demanda de casación ha sido de una vaguedad exasperante. No se encuentra un análisis siquiera superficial de las pruebas en sí, apreciadas separadamente y en su conjunto para aclarar determinados hechos; ni se halla un examen del sentido y alcance de los preceptos legales relacionados con las pruebas para demostrar con razones valederas y no con simples afirmaciones sin respaldo, que aquéllos se aplicaron cuando eran improcedentes o se desestimaron a pesar de ser los adecuados o pertinentes; ni aparece tentativa alguna de exponer argumentos lógicos, o de sentar premisas para relacionarlas entre sí y deducir diáfanas consecuencias. No hay, pues, concatenación entre los errores de hecho que el recurrente anota en forma superficial, y la violación de las normas sustantivas de derecho. No obstante las fallas observadas, por no existir demasiada oscuridad o incongruencia en el planteamiento del problema, por haber un principio de orden y objetividad en la relación de los errores de hecho con los de derecho y las citas legales respectivas, la Corte se ha inclinado a estudiar el fondo de las cuestiones propuestas en la demanda para llegar a la conclusión expuesta de que, de ninguna manera puede prosperar el cargo.

Tercera causal. — Acusa el recurrente la sentencia por violación de los artículos 1502 y 1524 del Código Civil, como consecuencia del error de hecho en la apreciación de la prueba de las causas de nulidad del contrato de venta contenido en la escritura 418, y por violación de los artículos 1749 (debe ser 1849) y 1741 del mismo Código y segundo de la Ley 50 de 1936. El Tribunal basó su sentencia en que los demandantes care-

cían de personería sustantiva para formular las peticiones de la demanda a nombre de la sucesión y como representantes de ésta, por no tener la calidad de herederos debido a la doble circunstancia de no haberse demostrado suficientemente la colateralidad y de existir otra heredera de mejor derecho a quien sí correspondía el interés jurídico para ser la titular de las acciones incoadas. Habiendo quedado en firme tales fundamentos del fallo, al ser rechazados los cargos anteriores, no es el caso de entrar al estudio del aspecto relacionado con la posible nulidad del contrato, objeto del presente cargo.

El cargo no prospera.

Cuarto cargo.—El recurrente acusa la sentencia por violación de los artículos 1502, 1504 y 1741 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936, por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas relacionadas con el estado mental de la señora Muñoz v. de Ibarra en el momento de otorgar la escritura 418.

Este cargo se limita a repetir las acusaciones contenidas en el anterior, por el aspecto de la pretendida demencia de la vendedora, y como aquél, queda desierto desde el momento en que se declara probada la ilegitimidad sustantiva de la personería de los demandantes y establecida por tanto la improcedencia de las acciones ejercitadas.

Se rechaza 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 7 de febrero de 1949, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

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

Alfonso Bonilla Gutiérrez—Gerardo Arias Mejía—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS DE DOCUMENTOS PUBLICOS. — LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS JURIDICOS CREADOS POR UN ACUERDO DE VOLUNTADES NO PUEDE JUDICIALMENTE PROSPERAR, SINO EN CONTROVERSIA CON TODOS LOS QUE INTERVINIERON EN DICHO ACTO

1.—Aunque el original de un documento público se encuentre irregularmente en lugar diferente de aquel en donde debería estar, este hecho no resta valor probatorio a las copias que se tomen directamente de él.

2. — Constituído un acto mediante un acuerdo de voluntades, no cabe la posibilidad de deshacerse sino en la misma forma, a través del concurso —espontáneo o forzado— de quienes comparecieron a su perfeccionamiento. O habría que aceptar que la declaración de ineficacia e invalidez que en tales condiciones se hiciera, es susceptible de afectar la posición jurídica de quien no ha sido oído ni vencido en juicio, con violación flagrante de la garantía consignada en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b.—Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

El 24 de octubre de 1888 contrajeron matrimonio católico los señores **Manuel Salvador Gómez** y **Clara Rosa Agudelo**, en el que procrearon varios hijos, y entre ellos, al señor Manuel Ernesto Gómez Agudelo, demandante en este juicio.

Dentro de la sociedad conyugal así constituída, don Manuel Salvador adquirió, fuéra de otros bienes, el lote urbano de "Sedeco", en jurisdicción del Municipio de Copacabana, por compra hecha a Antonio Cadavid, según escritura número 1077 de 2 de mayo de 1923, y la finca rural denominada "La Tolda", en la misma jurisdicción, por compra hecha a Jesús Ma. Zapata, conforme a escritura pública número 2104 de 30 de septiembre de 1924, otorgadas ambas en la Notaría Primera de Medellín.

Por saldo de precio por pagar, en algunas de tales adquisiciones, y por deudas posteriormente contraídas, la Compañía "Mutualidad Nacional", sociedad anónima con domicilio en Medellín, adquirió distintas acreencias contra Gómez, garantizadas —talvez en su totalidad— con la hipoteca de distintos bienes, entre los que figuraban los inmuebles de "Sedeco" y "La Tolda". Pero como los plazos vencieran y las deudas no fueran solucionadas, la sociedad acreedora optó en 1933 por promover las correspondientes ejecuciones contra Gómez.

Entre tanto, el 28 de noviembre de 1938, falleció la señora Agudelo de Gómez, quedando así el esposo en capacidad de contraer nuevas nupcias, las que al efecto celebró pocos meses después, con la señora Filomena Hernández.

Con fechas 28 de enéro y 4 de septiembre de 1942, "Mutualidad Nacional" y Gómez formalizaron dos acuerdos, relacionados con los juicios en curso. Por el primero, la Sociedad acreedora, "en el caso de que remate en su totalidad los bienes hipotecados y embargados... y una vez registrados los correspondientes títulos, se compromete a transferir a la señora Filomena Hernández de Gómez" el dominio de algunos de ellos, entre los que figuran las fincas de "Sedeco" y "La Tolda", todos los cuales seguiría administrando el deudor con la interventoría de un representante de la Mutualidad. Por el segundo se aclaró — en lo que al caso compete — lo siguiente: Que el remate lo haría la sociedad hasta por el monto total de sus acreencias, en el caso de haber postores extraños; y por el 70 % del avalúo, si éstos se presentaban. Con la transmisión del dominio de bienes a la Hernández "se hará en forma de compraventa, sin que la señora Hernández de Gómez tenga que entregar por ellos suma alguna de dinero, pues, la Mutualidad dará por recibido el precio que se les fije en las correspondientes escrituras, el cual equivale a la prestación que este contrato impone a la Mutua-

lidad Nacional". Y que en poder de ésta queda la suma de $ 3.281.27 proveniente del remate de "Chuscales", "Sedeco" y "La Tolda", verificado el 3 de febrero anterior, y que Gómez le dejó "en garantía del saldo que quedare a deber a Mutualidad al hacerse la liquidación total de los créditos.

De conformidad con estos pactos, la Compañía hizo los correspondientes remates —febrero 3 y septiembre 25 de 1942— y una vez registrados, procedió a transferirle el dominio de "Sedeco" y "La Tolda", a la señora, mediante escritura pública número 2158 de 29 de octubre siguiente, otorgada en la Notaría Tercera de Medellín.

Así las cosas, surgieron algunas reclamaciones de parte de los herederos de Clara Rosa Agudelo de Gómez para la Compañía, y relacionadas con la invalidez de los juicios y remates a que antes se aludió, por haberse dirigido tales acciones contra uno solo de los cónyuges, el señor Gómez, no habérseles luégo notificado los títulos al morir la señora, y por ser los remates la consecuencia de un acuerdo celebrado en perjuicio de la herencia. A ellas se les puso fin mediante la transacción de que da fe la escritura número 3253 de 21 de noviembre de 1944 otorgada en la Notaría Tercera de Medellín, y a virtud de la cual la Compañía pagó a los herederos la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00) por los perjuicios que éstos recibieron o pudieron recibir, ratificando éstos a su vez los mencionados juicios y remates, así como algunas ventas que para entonces había hecho la Sociedad, con la sola reserva del derecho "para incoar demanda de nulidad de la escritura y reivindicatoria por los bienes que remató la Mutualidad conocidos con los nombres de La Tolda y Sedeco, y que le traspasó a Filomena Hernández de Gómez, sin que ella hubiese recibido el precio que debía dar, pues el que se estipuló en la escritura como recibido por la Mutualidad, fue dado por la Sociedad conyugal Gómez-Agudelo o como resto del precio de un remate".

En estas circunstancias, promovió el señor Manuel Ernesto Gómez, como heredero de Clara Rosa Agudelo de Gómez, demanda civil ordinaria contra Filomena Hernández de Gómez y la Mutualidad Nacional en liquidación, para que con su citación y audiencia se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que es nula de nulidad absoluta o relativa la venta que hizo la Mutualidad Nacional S. A. (hoy en liquidación) a Filomena Hernández de Gómez por medio de la escritura número 2158 de 29 de octubre de 1942 de la Notaría 3ª de Medellín, por simulada y obedecer a un pacto secreto ilegal e ilícito y por falta de pago del precio por parte de la supuesta compradora.

"Segunda.—Que son propiedad de la sociedad conyugal de Clara Rosa Agudelo y Manuel S. Gómez, disuelta e ilíquida, o en subsidio de la sucesión de Clara Rosa Agudelo, los bienes raíces determinados en esta demanda y relacionados en la escritura citada en el numeral anterior;

"Tercera.—Que Filomena Hernández debe restituir a la sociedad conyugal de Clara Rosa Agudelo y Manuel Gómez, o en subsidio a la sucesión de Clara Rosa Agudelo los bienes especificados en la demanda y que reza la escritura citada en el numeral primero de la parte petitoria, con sus frutos naturales y civiles percibidos y que se hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado;

"Cuarto. — Que es nulo el juicio hipotecario y por ende el remate de los bienes verificados en ese juicio con fecha 3 de febrero de 1942 por la Mutualidad Nacional S. A., en liquidación hoy, juicio incoado por la expresada sociedad contra Manuel S. Gómez el 27 de noviembre de 1933, pero limito expresamente esta nulidad al remate de los dos inmuebles especificados en la demanda, y esto, en el caso de que no se hiciere expresa declaración de carencia de interés jurídico por parte de la Mutualidad en cuanto a los bienes que se pretende reivindicar, pues si se hiciere, prescindo de antemano de esta declaración.

"Que se condene en costas si se diere lugar al juicio".

El Juzgado del Circuito de Girardota, ante quien se presentó esta demanda, la decidió en sentencia de fecha once de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, declarando probada la excepción perentoria de petición de modo indebido.

La sentencia del Tribunal

Del fallo anterior apelaron la parte actora y la señora Hernández de Gómez, para ante el Tribunal Superior de Medellín, donde luégo de la tramitación correspondiente, fue decidido el recurso, mediante sentencia de diez y ocho de a-

gosto de mil novecientos cuarenta y ocho, declarando lo siguiente:

a) Que es simulado absolutamente el remate verificado por la Mutualidad Nacional el día 3 de febrero de 1942, respecto de los bienes sobre que versa la demanda, y que se llevó a cabo dentro del juicio hipotecario que siguió contra Manuel S. Gómez;

b) Que es nula, absolutamente, la venta hecha por la Mutualidad a Filomena Hernández de Gómez, mediante escritura número 2158 de 29 de octubre de 1942, de la Notaría Tercera de Medellín;

c) Que pertenecen a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Gómez-Agudelo, los bienes a que se refiere la escritura antes citada;

d) Que Filomena Hernández de Gómez debe restituir a la expresada sociedad conyugal ilíquida, los bienes de que trata la anterior escritura, junto con los frutos naturales y civiles percibidos y que hubiere podido percibir;

e) Que se cancele la escritura por la cual la Mutualidad le vendió a la señora Hernández de Gómez los bienes sobre que versa la demanda, así como el remate que de tales bienes había hecho la primera, el 3 de febrero de 1942; y

f) Que la señora Hernández de Gómez debe pagar a la parte demandante las costas del juicio.

Para llegar a estas conclusiones, el sentenciador de segunda instancia hizo —en síntesis— los siguientes razonamientos: Los bienes rematados por Mutualidad Nacional dentro de las ejecuciones que seguía contra Manuel Salvador Gómez, pertenecían a la sociedad conyugal Gómez-Agudelo; por lo tanto al acordar los dos interesados en los juicios, que la Sociedad ejecutante rematara la totalidad de dichos bienes, con la obligación de traspasarle luégo el dominio de los de "Sedeco" y "La Tolda" a Filomena Hernández, lo que en realidad se formalizó fue la simulación relativa, tanto del remate —en lo que a estas dos últimas se refiere— como de la venta que le subsiguió, y en la que la Mutualidad Nacional obró como testaferro, para sacar de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Gómez-Agudelo, el dominio de estos inmuebles. Pero como el contrato oculto con el aparente remate judicial tenía una causa ilícita como era la de darle validez a una enajenación de inmuebles entre cónyuges, que la ley prohibe, y en cuyas estipulaciones intervino la Hernández dolosamente, forzoso es concluir la invalidez de uno y otro, y así terminar por declararlo.

Contra este fallo interpuso la señora Hernández de Gómez recurso de casación que le fue concedido; formalizó luégo la correspondiente demanda, y tramitada ésta en regular forma, ha llegado la oportunidad de entrar a decidirla, como se hace, con base en las siguientes consideraciones:

Causales de casación

Tres son las causales de casación propuestas contra el fallo del Tribunal en este negocio:

Primera. — La contemplada en el numeral 6º del artículo 520 del C. J., "porque en este juicio no se citó ni se oyó a quien primordialmente debía citarse y oírse, o sea al señor don Manuel Salvador Gómez, ya que este ciudadano fue parte ineludible en el juicio hipotecario y en el remate, cuyas nulidades se pidieron".

Segunda. — La contenida en el numeral 2º del mismo artículo, "porque el Tribunal sentenciador falló, en el ordinal primero de la parte resolutiva, sobre cuestión que no estaba sometida a su decisión, toda vez que la subsistencia de la petición cuarta de la demanda estaba condicionada en el sentido de que la parte actora prescindía de esa petición en caso de que la Mutualidad Nacional que "carecía de interés en que se hiciera la dicha declaración solicitada, y, al contestar la demanda dijo la Mutualidad Nacional que "no tiene interés alguno en que los bienes que traspasó por escritura a la señora Hernández de Gómez... vuelvan a su patrimonio...".

Tercera.—La que consagra el numeral primero del artículo 520 del C. J., "por infracción directa, interpretación errónea y no agrego que por aplicación indebida pues, repito, en el fallo no se cita disposición legal alguna que le sirva de fundamento. También se violó la ley por manifiestos errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas, como aparece de modo manifiesto...".

A continuación enumera distintos cargos en que funda las anteriores causales, con indicación de las disposiciones sustantivas que por cada concepto considera violadas.

La Corte considera:

Dentro del orden lógico de las causales propuestas, a que alude el artículo 537 del C. J., pro-

cede la Sala a considerar la tercera, con base en el cargo primero, que el recurrente concreta así:

"En el ordinal primero de la parte resolutiva declara el Tribunal Superior de Medellín nulo el remate que el tres de febrero de mil novecientos cuarenta y dos verificó la Mutualidad Nacional, en el juicio hipotecario que siguió contra Manuel S. Gómez en cuanto el remate se refiere a los inmuebles materia de la reivindicación. Al hacer esta declaración da el Tribunal por legalmente probada la existencia del remate sin que haya de él otra prueba que una copia de copia de la respectiva diligencia, sin la constancia del registro. No se tomó la copia directamente del juicio hipotecario en que el remate debió verificarse.

"Se trata de un remate verificado no como diligencia o actuación judicial, sino de un acto civil contentivo de una venta que por haber sido forzada se verificó por intermedio de la justicia, caso en el cual se gobierna por preceptos legales que regulan los actos y declaraciones de voluntad.

"Ordena el Código Civil en el ordinal 7º del artículo 2652 que sean registradas las diligencias de remate de bienes raíces; y previene el artículo 2673 de la misma obra, que "Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código"; dio el Tribunal fe a la diligencia de remate presentada en copia de copia y sin la constancia de haber sido registrada, luego violó directamente lo dispuesto en el citado artículo 2673 e incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba de la existencia del remate citado en este punto primero de la parte resolutiva de la sentencia. El Tribunal debió pues negarse, por falta de prueba, a hacer la declaración de nulidad que hizo".

Al referirse a este cargo contesta el señor apoderado del opositor, que "es inválido porque en esa parte el fallo está ejecutoriado por no haber recurrido el representante de la Mutualidad Nacional, en liquidación. Además, si no estuviera acreditado el remate efectuado por la Mutualidad, con tanto mayor razón tenían que volver los bienes vendidos simuladamente a la sociedad conyugal Gómez-Agudelo". Por ello considera la Sala necesario examinar en primer término las razones con que se atacan los hechos constitutivos del cargo, a efecto de establecer su viabilidad:

Es evidente que la Mutualidad Nacional, codemandada en este pleito, no recurrió en casación contra el fallo a virtud del cual se declaró simulado el remate verificado por ella, dentro de las ejecuciones que adelantaba contra el señor Gómez y a cuya realización fue ajena la otra demandada que interpuso el recurso. Pero de la exactitud de estos hechos no puede rectamente concluírse, que respecto de la expresada declaración, la recurrente carezca de interés jurídico para atacarla, y que por lo tanto, el límite de su acción se halle concretado a la parte que desfavorablemente decidió sobre la validez de la venta que le hiciera la Mutualidad. Porque, dados los términos como la demanda se planteó, y como luego fué resuelta por el sentenciador de instancia, el vicio fundamental de las dos operaciones —la del remate y la de la compraventa— consiste exactamente en los pactos secretos o privados por medio de los cuales, se ha sostenido, buscó don Manuel S. Gómez sustraer indebidamente del patrimonio de la sociedad conyugal e ilíquida Gómez-Agudelo determinados bienes, para traspasarlos luego sin causa legítima ninguna a su segunda esposa. Y si la simulación del remate es a su vez la causa determinante de la nulidad de la venta, mal puede entonces sostenerse que al recurrir la compradora contra la sentencia que declaró esos dos extremos, su interés jurídico se halle limitado a la impugnación del segundo, cuando la verdad es que sin el reconocimiento o negación del primero, tampoco es procedente la aceptación o rechazo de la invalidez de la venta.

Ahora bien. El instrumento con que se ha pretendido acreditar el remate consiste, en una "copia fiel de sus originales que obran en la sucesión de Clara Rosa Agudelo de Gómez en una articulación sobre levantamiento de un secuestro y el Hipotecario de la Mutualidad Nacional contra Manuel S. Gómez" (C. 1º, fl. 21). Es decir que, contra lo que sostiene el recurrente, no se trata de una copia tomada de otra copia, sino más exactamente, de una copia tomada del acta original contenida dentro del juicio hipotecario en que se llevó a cabo la subasta, y que —tal vez de modo irregular, pero en todo caso con certeza absoluta— figuraba como prueba dentro de un incidente del juicio de sucesión de la señora Agudelo de Gómez, según lo certificado por el mismo funcionario de la Oficina en donde se extendió

el acta. Luego a reconocer implícitamente la sentencia ese hecho, no hubo error de derecho en la apreciación de la prueba, ni, por lo tanto, es fundado el cargo que por este concepto se formula.

Sucede sin embargo, que el mencionado instrumento no aparece con anotación alguna de que se hubiera inscrito en la correspondiente oficina de Registro, como corresponde hacerlo en tratándose de calificar no simplemente el hecho procesal dentro de la actuación en que se produjo para decidir si ella es o no válida, sino de establecer la realidad jurídica del acto sustantivo a virtud del cual —real o aparentemente— pudo operarse la mutación de dominio a que él se refiere, en conformidad con lo prevenido por el artículo 2652 —ordinal 7º— del C. C.

En tales circunstancias no es admisible sostener —como lo hace el opositor— que exista una razón de más para que los bienes simuladamente enajenados vuelvan al patrimonio de la sociedad conyugal Gómez-Agudelo; porque siendo la restitución una consecuencia de la simulación, la declaratoria de ésta implicaría forzosamente el reconocimiento de un acto jurídico que, por ineficaz, es insusceptible de producir ningún efecto. Pero como el artículo 2673 del C. C. prescribe, que "Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fé en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código", mal puede entonces verse en la diligencia de remate sin registrar la prueba de un acto o contrato de formación ineficaz, para hacerlo objeto de la correspondiente decisión judicial. Al hacerlo así el Tribunal, incurrió en evidente error de derecho en la apreciación de dicha prueba, con violación manifiesta del precepto sustantivo que se deja transcrito.

Por lo tanto, y supuesta la identidad de causas en que el demandante apoyó sus pretensiones y que la sentencia del Tribunal acogió, debe ésta casarse en su totalidad, a efecto de resolver en instancia lo a que haya lugar, pues sabido es que cuando la Corte encuentra fundada alguna de las causales alegadas, no considera las restantes, sino que infirma el fallo acusado y dicta en su lugar la resolución que corresponda (art. 538 del C. J.).

La demanda, según se ha visto, tiene por objeto la declaración de ser simulado el remate hecho por la Mutualidad Nacional el día tres de febrero de 1942, dentro del juicio que adelantó contra don Manuel Salvador Gómez, y nulo —consecuencialmente— el contrato de compraventa celebrado entre aquella sociedad y la señora Filomena Hernández de Gómez, mediante la escritura Nº 2158 de 29 de octubre de 1942 de la Notaría Tercera de Medellín.

En consecuencia, y dada la identidad de causa con que dichos actos han sido demandados, conforme a lo atrás expuesto, tales pretensiones tenían que deducirse con citación y audiencia de todas las partes que intervinieron en esos actos o contratos, como corresponde en el caso de resilicación o desistimiento por mutuo discenso voluntario, en conformidad con lo establecido por el artículo 1602 del C. C.; pues que, constituído el acto mediante un acuerdo de voluntades, no cabe la posibilidad de deshacerse sino en la misma forma, a través del concurso —expontáneo o forzado— de quienes comparecieron a su perfeccionamiento. O habría que aceptar, que la declaración de ineficacia o invalidez que en tales condiciones se hiciera, es susceptible de afectar la posición jurídica de quien no ha sido oído ni vencido en juicio, con violación flagrante de la garantía consignada en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Con todo, no se obró de esta manera en el caso de autos, en el que para nada se hizo intervenir a don Manuel S. Gómez, en cuyo nombre trasmitió el Juzgado a la Mutualidad Nacional, el dominio de los bienes subastados; se dejó por consiguiente de legitimar en causa, la personería sustantiva de una de las personas con quien debía agitarse la controversia, y como consecuencia, se ha producido una excepción perentoria temporal de ineptitud sustantiva de la demanda, por petición de modo indebido, que debe ser declarada de oficio por la Sala (art. 343 del C. J.).

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, **casa** la sentencia de diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este negocio, y en su lugar, **falla:**

Declárase probada la excepción perentoria temporal de ineptitud sustantiva de la demanda, por petición de modo indebido, y en consecuencia, se absuelve a los demandados de todos los cargos de la demanda.

No hay lugar a costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo — Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

ELEMENTOS DEL DELITO DE DETENCION ARBITRARIA — REQUISITOS PARA DECRETAR LA DETENCION PREVENTIVA DE UN SINDICADO — ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL GOBIERNO DURANTE EL ESTADO DE SITIO — REQUISITOS PARA QUE PUEDA LLEVARSE A CABO LA DETENCION PREVISTA POR EL ARTICULO 28 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

1—Según el artículo 295 del código penal, comete detención arbitraria el funcionario o empleado público que, abusando de sus funciones, priva a alguno de su libertad.

Los elementos de este delito son, pues, los siguientes:

a) Que se prive a una persona de su libertad;

b) Que el autor del hecho sea empleado o funcionario público; y

c) Que la detención sea abusiva, esto es, fuera de las prescripciones de la ley en el particular.

El primer elemento es esencial, porque si el bien que la ley protege es la facultad de movimiento o locomoción y de él no se ha privado a una persona, no tendría objeto la tutela jurídica; la calidad oficial es indispensable, pues ella sirve para tipificar el hecho como delito de funcionario o empleado, esto es, que éste se halle cumpliendo una actividad oficial o que el carácter oficial juegue su papel en la detención; y, en fin, el abuso de funciones configura el ilícito, porque la privación de la libertad de un sujeto sólo se puede ordenar en los casos en que la ley la autoriza y con las formalidades que la ley ha establecido.

En la Constitución se encuentra el fundamento del precepto penal, pues se consagra allí como una de las garantías individuales la de que nadie pueda ser reducido a prisión o arresto, ni detenido, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes (artículo 23).

Y en el código de procedimiento se han señalado los casos en que puede haber detención y las formalidades que al efecto han de llenarse. Sin definir cuáles sean aquellos casos, basta dejar anotado, para los fines que aquí interesan, que la detención hace suponer en general —salvo la ocurrencia del delicuente cogido in flagranti— la existencia de un proceso criminal; que la infracción porque se proceda tenga señalada pena de presidio o prisión, y que exista una prueba atendible sobre la responsabilidad del acusado (art. 379 del C. de P. P.).

Además, la detención de una persona de que habla el artículo 383 ha de decretarse por medio de un auto del funcionario instructor en que se exprese el hecho, su comprobación, su definición y las pruebas que militan contra la persona sindicada.

Como consecuencia de los anteriores principios se deduce que la detención preventiva es un acto jurisdiccional que sólo puede realizarse por el competente juez de instrucción, o por el juez del conocimiento, mediante un auto interlocutorio que se ajuste a las prescripciones de los artículos 379 y 383 del código de procedimiento penal.

2—En estado de sitio no desaparece el orden jurídico ni las autoridades pueden hacer lo que a bien tengan, pues, como lo ha dicho la Corte en varias providencias, y lo expresa la Carta, todas las leyes siguen vigentes; y las facultades del Gobierno se limitan a suspender el imperio de "las que sean incompatibles con el estado de sitio";

y las medidas que tome, de las cuales responderá ante el Congreso, deben tener por objeto únicamente el restablecimiento de la normalidad, en armonía con la letra y el espíritu del artículo 121.

3—Verdad es que según el artículo 28 del Estatuto Fundamental pueden ser aprehendidas y detenidas las personas "contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública". Pero esa medida no puede ser tomada sino "de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros", y eso cuando haya "graves motivos para temer perturbación del orden público".

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Debe calificar la Corte las presentes diligencias, adelantadas contra el Intendente de San Andrés y Providencia, doctor **Leonidas Pretelt Mendoza,** mediante acusación del auditor fiscal de la contraloría, señor Jorge Tobón Restrepo.

Varios fueron los cargos que le hizo el denunciante los cuales deben ser estudiados uno a uno: a) **Coacción a funcionario público,** para hacerlo realizar actos contrarios a sus deberes oficiales; b) **Abuso de autoridad y extralimitación de funciones,** por haberlo destituído de su cargo y haber nombrado el empleado que debía reemplazarlo; c) **detención arbitraria,** por haberlo detenido e incomunicado, y luego haberlo enviado preso a Medellín, sin que hubiera sumario ni orden de detención de autoridad alguna; d) **denegación de justicia,** por no haber querido atender las solicitudes que le hizo en varios memoriales de que se le siguiera la acción penal correspondiente o de que se certificara por las autoridades de San Andrés si tenía asuntos pendientes en sus despachos; y e) **falsedad en documentos públicos,** por haber dirigido un cable al Ministro de Gobierno diciéndole que se había dictado auto de detención contra el denunciante Tobón Restrepo.

La denuncia la extendió al secretario de la Intendencia, señor César Bustos, por haber firmado las decisiones del Intendente que el actor considera delictuosas. Pero, como es obvio, la Corte sólo puede conocer de los cargos de responsabilidad hechos al Intendente, según el ordinal 6º del artículo 42 del código de procedimiento penal.

a) **Coacción a funcionarios públicos.**

Según el escrito de denuncia, el Intendente incitó a varios trabajadores de la carretera de San Andrés para que amenazaran e intimidaran al denunciante, en su carácter de auditor fiscal de la Contraloría, con el objeto de que autorizara el pago de los jornales correspondientes a la segunda quincena de octubre de 1949, haciéndoles creer a los obreros que el auditor retenía el roll y se negaba a refrendarlo, cuando el dicho roll estaba en poder del Intendente.

El señor Tobón Restrepo cita varias personas como testigos de lo dicho y, además, el oficio número 693, dirigido por el Intendente al Auditor, en que lo hace aparecer como enemigo de la Isla y de su progreso, en términos soeces, y ese oficio se exhibió en carteleras públicas, lo que hubiera podido ocasionar un atentado personal contra el denunciante.

Sobre el particular obran en el expediente las siguientes pruebas:

Al folio 9 puede leerse un papel, que dice así: "San Andrés Isla, Nov. 9 de 1949. Sr. Auditor. S. D. En la mañana de hoy nos presentamos a la oficina del Sr. Intendente el señor Rodolfo Abrahams y el suscrito a reclamar el pago que nos tienen atrasado, el Sr. Intendente nos dijo que viniéramos a donde el Auditor y que lo amenazáramos pues el roll estaba en su poder y no lo firmaba y que Ud. era el mayor enemigo que tenía la Isla. Nos dijo otras cosas en el mismo estilo. (Fdo.) Alcides Levington".

El citado Levington no compareció a declarar sobre el asunto ni a reconocer su firma.

El obrero Rodolfo Abrahams expuso sobre el particular:

"Sobre el papelito ese no he sabido nada ni de ninguna firma, sobre esto puedo decir yo esto, yo llegué a la Intendencia Nacional como a las diez de la mañana, porque los obreros habían pedido al Jefe que viniera yo a hablar con el Intendente sobre el asunto del retraso de pago, al cual llegué primeramente a la oficina del pagador y le pregunté si había llegado el roll y éste me contestó que no, entonces llegué a la oficina del Intendente acompañado del amigo **Alcides Christopher** y le preguntamos al Intendente el asunto del pago y éste nos dijo que bajáramos donde el

Auditor a ver por qué él no quería firmar el roll y éste nos dijo que nos sentáramos un rato, después llegó y nos dijo que no es que no quiera firmar el roll porque no hay suficiente plata en caja para pagar los obreros, que en caja sólo habían tres ochenta, después comprendimos lo que pasaba, seguimos de nuevo a la oficina del Intendente y le dijimos lo que nos había dicho el auditor y el Intendente nos dijo que sí había plata suficiente y bajamos de nuevo a la oficina del Auditor y le dijimos que el Intendente había dicho que sí había plata suficiente para pagar los obreros" (f. 118).

Alcídes Christopher depone:

"Nos dirigimos (con Rodolfo Abrahams) a la oficina del señor Auditor Fiscal, Jorge Tobón Restrepo, y le preguntamos sobre el roll si estaba en su oficina y el auditor nos dijo que no estaba, que todavía no lo habían mandado de la Secretaría General de la Intendencia. Entonces fuimos a hablar con el señor Intendente, doctor Leonidas Pretelt Mendoza, y él nos recibió amablemente y le preguntamos entonces sobre la demora del pago a los obreros de la carretera y nos contestó a nuestra pregunta que el roll estaba firmado por la secretaría general, pero que la demora del pago no era culpa de la Intendencia sino del auditor fiscal, Jorge Tobón Restrepo. Al decir esto el señor Intendente, yo y Rodolfo Abrahams fuimos de nuevo a la oficina del señor Auditor Fiscal y le dijimos lo que nos acababa de decir el Intendente" (f. 119).

Respecto del papel en que se afirmaba que había ido a presionar al Auditor dice que él no lo firmó y que si su firma aparece en él, es falsa. Añade que el Intendente no le había dicho nada contra el Auditor "y menos sobre que debían los obreros amenazar al auditor ni a nadie" (f. 119 v.).

El otro hecho de incitación de parte del Intendente consistió en el oficio número 693, que fue publicado en carteleras públicas (fls. 30, 31, 36 y 96), y del que destaca el señor Procurador los siguientes apartes:

"Ud. está poniendo de presente, una vez más, su desafección por el noble pueblo isleño, y se ha constituído en acérrimo enemigo del progreso de esta tierra que le ha dado acogida amplia y generosa. Y es evidente que Ud. no quiere que San Andrés se enrute por la vía del bienestar económico, porque está imaginando todas las trabas posibles para que la carretera en construcción ...no siga adelantando. Cuando yo mejoro los jornales a trabajadores idóneos y briosos, usted se opone a ello, aduciendo rabulerías. Cuando es el tiempo oportuno de pagar a los obreros su digno trabajo, usted, con artilugios que no son de recibo, les demora el roll para que se retarde la percepción de sus jornales limpiamente devengados. Cuando, como ahora, se incrementan los fondos para que la construcción de la carretera se intensifique, se aumente el número de trabajadores, se mejoren los jornales y se haga factible la realidad de la carretera San Andrés-San Luis-Soud Bay-El-Cove, usted rompe la costumbre de esa Auditoría....

"Ojalá Ud., señor Auditor, rectifique su afán contrario a los intereses y aspiraciones de San Andrés, y vuelva por la tradición sentada en la Auditoría —tan súbita e inelegantemente— quebrantada por usted y, como antes de hoy, siga atendiéndose a los radiogramas oficiales.... No siga Ud. tratando de hacer males a esta Isla y procure, en cambio, cooperar en lo bueno que por ella puede hacerse. Cuando menos, los buenos caballeros tienen obligación de ser agradecidos" (fls. 6 y 123).

Se considera:

Los hechos denunciados por el señor Tobón Restrepo pudieran encajar en el artículo 184 del código penal, que contempla el caso de quien en cualquier forma cometa violencia contra un empleado o funcionario, o lo amenace, con el fín de obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de sus funciones; o en el 209, que sanciona la incitación pública y directa a cometer un delito determinado.

Sin embargo, tales infracciones no se encuentran configuradas, porque no aparece clara la incitación, ni las amenazas, en una palabra, la violencia, de parte del intendente, para obligar al auditor a ejecutar un acto de sus funciones o un delito.

Los obreros no afirman que fueran a amenazar al auditor por instigación del intendente, el papel en que consta lo de las amenazas fue desmentido y la publicación del oficio 693 en las carteleras fue la acostumbrada para todos los actos oficiales.

Este último escrito merece, desde luego, una severa crítica, porque hace patente la falta de

discreción en el lenguaje que debe distinguir los actos oficiales.

Además, el señor Agente del Ministerio Público pide que se averigue el posible delito de falsedad en documento privado, en lo referente al papel que aparece al folio 9 del expediente, lo que se decretará en la parte resolutoria de esta providencia.

b) **Abuso de autoridad.** Las diferencias entre el Intendente y el Auditor vinieron a culminar el 9 de noviembre de 1949, pues aprovechándose el primero del estado de sitio "para zanjar a su favor una disputa fiscal" —como dice la denuncia— dictó una resolución por medio de la cual suspendía al segundo en el ejercicio de sus funciones y firmó otra para designar el empleado que debía reemplazarlo.

Pero la Procuraduría considera que dicha suspensión es un acto ligado íntimamente a la orden de detención preventiva del Auditor, porque, como lo dice, uno de los modos de la detención arbitraria es el de pretermitir las formalidades de procedimiento que la ley exige para llevarla a término.

Comparte la Sala el criterio de su colaborador, porque esa es la doctrina del artículo 171 del código penal, al expresar que los abusos de autoridad sólo deben considerarse como tales en cuanto no estén contemplados como delitos más graves, y la detención arbitraria no es sino un abuso de autoridad sancionado más severamente por sus caracteres específicos de mayor gravedad.

c) **Detención arbitraria.** No sólo dictó el Intendente, pues, la Resolución por la cual suspendía en el ejercicio de sus funciones al Auditor, sino que profirió otra por la cual ordenó su detención.

En la cárcel de San Andrés se le tuvo incomunicado durante once días —prosigue la denuncia— "con centinelas de vista, armados de fusil y en una vigilancia como para una fiera peligrosa, en un calabozo antihigiénico". Al cabo de ese tiempo se le embarcó en una goleta, con un pelotón de policía, que lo condujo a Cartagena, en unión de su esposa y de sus cuatro hijos pequeños. En Cartagena estuvo en el calabozo durante varias horas y al día siguiente se le remitió en avión a Medellín, al Comando de la Brigada y por último se le envió a la Brigada de Institutos Militares de Bogotá.

El denunciante hace una detallada exposición de los hechos anteriores. Y para mejor comprensión del problema, conviene tener en cuenta los siguientes datos del expediente:

La Resolución número 76, de 9 de noviembre, por la cual se ordenó la detención preventiva del Auditor, es del tenor siguiente:

"RESOLUCION NUMERO 76 de 1949
(noviembre 9)

por la cual se ordena la detención preventiva de un ciudadano por motivo de orden público.

EL INTENDENTE NACIONAL DE SAN ANDRES Y PROVIDENCIA,

en uso de sus atribuciones legales, y especialmente las que tienen (sic) en desarrollo del Decreto Nº 3518 del Ejecutivo, y

Considerando:

a) Que en virtud del Decreto Nº 3518 de esta fecha del Ejecutivo Nacional se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional;

b) Que es deber ineludible de las autoridades de la República procurar el inflexible mantenimiento del orden y la tranquilidad en el territorio de su jurisdicción;

c) Que según mensaje del Sr. Ministro de Gobierno recibido en esta fecha por el Intendente Nacional, hay serias informaciones de que el Sr. Jorge Tobón Restrepo viene cooperando directamente en la introducción clandestina de armas al país especialmente a la región sureste del departamento de Antioquia; y

d) Que en esta ciudad el Sr. Jorge Tobón Restrepo ha venido realizando actos contrarios al orden constitucional y a la paz pública,

Resuelve:

Artículo 1º Ordénese (sic) la detención preventiva del Sr. Jorge Tobón Restrepo, quien permanecerá bajo estricta vigilancia en la Cárcel Nacional de este Circuito.

Artículo 2º. Como el señor Jorge Tobón Restrepo desempeña en la actualidad las funciones de Auditor Fiscal de la Contraloría en este Territorio, la detención se efectuará inmediatamente sea suspendido del cargo que ejerce.

Artículo 3º Líbrese la respectiva boleta al Sr. Director de la Cárcel.

Notifíquese y cúmplase.

Dada en San Andrés, Isla, a los nueve días de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

El Intendente Nacional, Leonidas Pretelt Mendoza. El Secretario General, César C. Bustos" (f. 5).

Esta resolución fue reconocida como auténtica por el acusado doctor Pretelt Mendoza (f. 95).

Al día siguiente dictó el mismo Intendente el Decreto número 85, por medio del cual suspendió "del cargo de Auditor Fiscal de la Contraloría" al señor Tobón Restrepo y nombró su reemplazo, basándose en el hecho de haber sido "dictada detención preventiva por actos subversivos del orden público" contra el mismo, y con apoyo en lo dispuesto en los artículos 127 (ordinal 20) y 249 del código de régimen político y municipal (fls. 95 y 129).

En fin, el señor Tobón Restrepo fue privado de su libertad en la mañana del 10 de noviembre de 1949, como consecuencia de la resolución y del decreto anteriormente citados, y conducido a la cárcel de San Andrés; allí permaneció hasta el 18 del mismo mes, día en que fue embarcado para Cartagena; de esta ciudad fue remitido a Medellín, donde se le puso en libertad bajo caución el 25 del mes aludido, por el Juez Militar de la Cuarta Brigada (fls. 29 a 31, 35 a 38, 68, 83, 84, 94 v., 101 v., 102v., 115 v., 117, 131 a 136, 152 y 153).

El Intendente comunicó la detención a los Ministros de Gobierno, Guerra y Justicia, el 10 de noviembre de 1949, según el radiograma allegado en su indagatoria por el acusado, quien afirma en tal documento que Tobón Restrepo "fue suspendido cargo auditor fiscal para cumplir desde mismo día providencia detención preventiva", por las razones que allí mismo expone (f. 94 v.).

Se considera:

Según el artículo 295 del código penal, comete detención arbitraria el funcionario o empleado público que, abusando de sus funciones, prive a alguno de su libertad.

Los elementos de este delito son, pues, los siguientes:

a) Que se prive a una persona de su libertad;

b) Que el autor del hecho sea empleado o funcionario público; y

c) Que la detención sea abusiva, esto es, fuera de las prescripciones de la ley en el particular.

El primer elemento es esencial, porque si el bien que la ley protege es la facultad de movimiento o locomoción y de él no se ha privado a una persona, no tendría objeto la tutela jurídica; la calidad oficial es indispensable, pues ella sirve para tipificar el hecho como delito de funcionario o empleado, esto es, que éste se halle cumpliendo una actividad oficial o que el carácter oficial juegue su papel en la detención; y, en fin, el abuso de funciones configura el ilícito, porque la privación de la libertad de un sujeto sólo se puede ordenar en los casos en que la ley la autoriza y con las formalidades que la ley ha establecido.

En la Constitución se encuentra el fundamento del precepto penal, pues se consagra allí como una de las garantías individuales la de que nadie pueda ser reducido a prisión o arresto, ni detenido, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes (artículo 23).

Y en el código de procedimiento se han señalado los casos en que puede haber detención y las formalidades que al efecto han de llenarse. Sin definir cuáles sean aquellos casos, basta dejar anotado, para los fines que aquí interesan, que la detención hace suponer en general —salvo la ocurrencia de delicuente cogido inflagranti— la existencia de un proceso criminal, que la infracción porque se proceda tenga señalada pena de presidio o prisión, y que exista una prueba atendible sobre la responsabilidad del acusado (art. 379 del c. de p. p.).

Además, la detención de una persona de que habla el artículo 383 ha de decretarse por medio de un auto del funcionario instructor en que se exprese el hecho, su comprobación, su definición y las pruebas que militan contra la persona sindicada.

Como consecuencia de los anteriores principios deduce la Procuraduría que "la detención preventiva es un acto jurisdiccional que sólo puede realizarse por el competente juez de instrucción, o por el juez del conocimiento, mediante un auto interlocutorio que se ajusta a las prescripciones de los artículos 379 y 383 del código de procedimiento penal".

Siguiendo el análisis del señor Procurador sobre el caso que se estudia, se tiene que el Intendente,

al ordenar la detención del señor Tobón Restrepo, no procedió como funcionario de instrucción, porque la Resolución dice que toma tal medida "por motivo de orden público" y "especialmente... en desarrollo del Decreto Nº 3518 del Ejecutivo" que declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional. El mismo colaborador hace notar cómo la forma que adoptó, de una resolución, en vez del auto que contempla la ley, indica con evidencia que no actuaba de acuerdo con los artículos 379 y 383 del código procesal.

Al preguntarle al Intendente sobre si seguía alguna acción penal contra el Auditor, por actos subversivos o por introducción clandestina de armas al país, que fueron los motivos alegados para la detención, contestó:

"Como los casos a que se refiere la susodicha resolución y el radiograma dirigido a los ministros de Gobierno, de Guerra y Justicia se le adscribieron exclusivamente a los Comandos de Brigada Militares, por decreto extraordinario del Ejecutivo Nacional, decidí remitirlo a la Brigada Militar de Medellín porque el más grave cargo que contra el señor Tobón Restrepo pesaba fue el que me comunicó el señor Ministro de Gobierno, en radiograma de 9 de noviembre a que he hecho referencia, consistente en la colaboración que el señor Tobón otorgaba para introducir armas al país, en forma clandestina, con destino a las poblaciones del suroeste antioqueño, región que en lo militar pertenece a la Brigada de Medellín, y además, porque dicho señor Tobón, con ocasión de los sucesos del 9 de abril del 48 estuvo preso a las órdenes de la misma Brigada". En este estado el suscrito apoderado observa, con la venia del señor Magistrado, que de acuerdo con el código penal militar de 1945 los hechos susceptibles de Consejo de Guerra Verbal, como la introducción clandestina de armas durante el estado de sitio y los demás que se imputan al señor Tobón, no son susceptibles de proceso previo al Consejo de Guerra Verbal, porque como su misma palabra lo expresa, la investigación y el juicio se cumplen continuadamente en el mismo acto por los militares correspondientes y que sólo es preciso para proceder a ello que exista una información previa de carácter judicial o administrativo". (Fls. 95 v. y 96).

De esto se desprende con evidencia, pues, que el señor Intendente no había iniciado investigación criminal contra el señor Tobón Restrepo cuando dictó la resolución número 76, y que su propósito fue el de que las autoridades militares de Medellín iniciaran el respectivo sumario para que se juzgara al sindicado por el procedimiento de guerra verbal.

Mas, como también lo observa el ministerio público, las constancias del proceso contradicen el mentado propósito, pues el Intendente "se limitó a remitir preso al señor Tobón Restrepo a Medellín, sin enviarle siquiera al comandante de la Brigada copia del radiograma del señor Ministro de Gobierno para que se abriera la correspondiente investigación", como así se deduce de las exposiciones del Comandante de la Brigada y del Juez Militar.

El primero, coronel Eduardo Villamil C., expone:

"Es verdad que en fecha que no recuerdo se presentó al Comando de la Brigada el Jefe de la Seguridad del Departamento de Bolívar, conduduciendo al señor Jorge Tobón Restrepo, diz que enviado por las autoridades de Cartagena y para ponerlo a órdenes del Comando de la Brigada. Lo recibió el Juez Militar y me llamó por lo cual yo salí al vestíbulo en donde encontré a dichos señores; interrogué al Jefe de seguridad sobre el motivo de la traída del señor Tobón y si había algunos documentos y él me contestó que no y que desconocía los motivos exactos por los cuales dicho señor fuera remitido al Comando de la Brigada. Evidentemente a mí me sorprendió que viniera detenido y sin documentos en primer lugar, y en segundo lugar, el que fuera remitido a Medellín siendo así que había Jueces Militares tanto en Barranquilla como en Cartagena, lugares que no pertenecen a la jurisdicción del Juzgado Militar de la Cuarta Brigada; le dije al doctor Peláez, Juez Militar entonces de este Comando, que él estudiara ese asunto y lo resolviera como lo estimara a bien. Esa fue toda mi intervención". (F. 102).

Y el segundo dice:

"En el mes de diciembre, no recuerdo la fecha, y cuando desempeñaba el cargo de Juez Militar de la Cuarta Brigada, recibí un radio de una autoridad de San Andrés y Providencia que no recuerdo y en que me decían que me remitían al señor Jorge Tobón Restrepo detenido. Transcurrieron algunos días y se presentó al Juzgado Militar el Jefe de la Seguridad de Cartagena, quien me entregó al señor Jorge Tobón Restrepo, a quien traía por orden del Intendente de San

Andrés y Providencia, pero no me entregó ningún expediente o diligencia al respecto. En tales condiciones yo no podía detener al señor Tobón Restrepo; pero como presumí que debían existir algunas diligencias o expedientes contra él le exigí una fianza para que se estuviese presentando al Juzgado cuando se le necesitare. Después me solicitó que necesitaba ir a buscar a su familia a Bogotá y entonces le impuse la obligación de que se presentara ante el Juez Militar en esa ciudad. Como nunca llegaron las diligencias que debían dar cuenta de la detención del señor Tobón Restrepo le levanté la obligación de presentarse ante las autoridades militares". (F. 102 v.).

Y el propio Juez Militar le dirigió la siguiente comunicación al Juez Militar de Bogotá. con fecha de 2 de febrero de 1950:

"Jorge Tobón Restrepo se presentó este Juzgado arreglar asuntos tenía pendientes suscrito dióle libertad incondicional por no existir hasta el presente ningún cargo su contra" (f. 68).

Sobre la observación que hizo el señor apoderado en la indagatoria comenta la Procuraduría que es cierto que conforme a la legislación militar los Consejos de Guerra debían seguirse, desde la investigación, en forma continuada, pero que la práctica era distinta, pues la investigación se confiaba y se confía a jueces de instrucción ordinarios, que luégo pasan las diligencias a la justicia militar, medida que se ha tomado de conformidad con el artículo 4º de la ley 3ª de 1945 y se ha conservado en el actual código del ramo (decreto 1125 de 1950, artículo 22).

Además, la manera de practicar la captura y detención del acusado está determinada en la ley militar. Así, el artículo 37 de la citada ley 3ª de 1945, dice que "efectuada la captura del procesado, y si es el caso de detenerlo, el funcionario instructor debe dar por escrito, dentro de las doce horas siguientes, al Comandante del cuerpo o establecimiento militar correspondiente, la orden para que el procesado sea detenido en dicho establecimiento", orden en que debe expresar el motivo de la detenteción, con citación de la fecha del auto que la ordena, el tiempo de la incomunicación, y que el Comandante que recibe a un detenido sin esa orden debe reclamarla dentro de doce horas o poner en libertad al sindicado en caso de que no se remita dicha orden.

En Consejos de Guerra Verbales también debe dictarse auto de detención, según lo da a entender claramente el artículo 124 de la misma ley.

Y más explícito es todavía el nuevo código militar, que dice que verificada la captura debe dictarse el auto de detención correspondiente, cuando haya lugar a ello, una vez recibida la indagatoria, y si no, debe ser puesto en libertad en forma incondicional, según el artículo 238, y en los siguientes se siguen las mismas reglas del procedimiento penal común.

Es que, aunque el procedimiento para juzgar sea el de Consejos de Guerra Verbales, el orden natural de las cosas exige que se haya hecho o iniciado la investigación criminal, según las normas comunes y dentro de ella se haya dictado el auto de detención correspondiente, en su caso, o de no, debe el Consejo ordenar esa detención, según lo dicen las normas dictadas en esta materia.

"Bien había podido, pues, el señor Intendente —concluye la Procuraduría— promover la investigación ante un Juez instructor especial, o ante uno de los funcionarios residentes en San Andrés, si era que él, personalmente, no quería avocarla.

"En todo caso, el sistema de ordenar la detención preventiva de un ciudadano dentro de simples diligencias informativas que no tienen el carácter de proceso penal, por hechos que dan lugar a éste, es un procedimiento reñido con la ley y, por consiguiente, arbitrario. Además, tratándose de negocios atribuídos a la justicia militar y que se resuelven por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, sólo el funcionario de instrucción y especialmente la autoridad encargada de convocar los Consejos, son los competentes para decretar la detención preventiva, de acuerdo con los artículos 30, 37 y 124 del mismo Código.

"Por tanto, al Auditor Tobón Restrepo se le privó ilegalmente de su libertad".

Queda por averiguar si, en estado de turbación del orden público, podía el Intendente decretar la detención del Auditor como lo explica el primero en la Resolución 76, al decir que tomaba esa medida como de orden público y en desarrollo del Decreto número 3518 de 1949.

En estado de sitio no desaparece el orden jurídico ni las autoridades pueden hacer lo que a bien tengan, pues, como lo ha dicho la Corte en varias providencias, y lo expresa la Carta, todas las leyes siguen vigentes; y las facultades del Gobierno se limitan a suspender el imperio de

"las que sean incompatibles con el estado de sitio"; y las medidas que tome, de las cuales responderá ante el Congreso, deben tener por objeto únicamente el restablecimiento de la normalidad, en armonía con la letra y el espíritu del artículo 121 de la Constitución.

Verdad es que según el artículo 28 del Estatuto Fundamental, pueden ser aprehendidas y detenidas las personas "contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública". Pero esa medida no puede tomarse sino "de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros", y eso cuando haya "graves motivos para temer perturbación del orden público".

Pero no se encuentra disposición alguna que hubiera facultado a los Gobernadores o Intendentes para tomar esas precauciones a nombre del Gobierno, es más, el Gobierno dejó a los jueces la facutad de privar de su libertad a las personas ejecutoras de hechos lesivos del orden constitucional o la seguridad interior del Estado, como puede verse en el Decreto 3562 de 1949.

Todavía en el 3697 del mismo año, se lee:

"Artículo 1º Cuando la infracción porque se procede fuere alguna o algunas de las contempladas en los artículos 1º y 2º del Decreto extraordinario 3562, de 10 de noviembre del año en curso, y tuviere señalada pena privativa o restrictiva de la libertad, el procesado será detenido, si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente, como autor o partícipe, de la infracción que se investiga, o si el funcionario que decreta la detención lo hubiere visto en el acto que constituye su participación".

El Intendente no podía, pues, proceder en uso de la atribución que le confiere el artículo 28 de la Carta al Gobierno, en primer lugar, porque no tenía competencia para ello, pues el Gobierno no había delegado esa facultad a sus subalternos, en su caso; y en segundo lugar, porque como lo observa la Procuraduría, en el evento que se estudia no había indicios graves de que Tobón Restrepo estuviera atentando contra la paz pública, pues el propio acusado manifiesta que "el más grave cargo que contra el señor Tobón pesaba fue el que me comunicó el señor Ministro de Gobierno, en radiograma de 9 de noviembre".

Ahora bien, ese radiograma no era sino una simple denuncia para que el Intendente abriera la correspondiente investigación, o para que vigilara al señor Tobón, mas en ningún caso para que procediera en la forma en que lo hizo. Tanto es así, que el radiograma dice que se lo transcriben "fin tome medidas, informe".

"Y aquí cabe destacar el hecho de la sinrazón del cargo contra el señor Tobón Restrepo —añade el señor Procurador— puesto que los propios agentes de la Policía Nacional que prestaban sus servicios en las Islas de San Andrés en aquella época, han declarado que dicho individuo observó buena conducta y que nunca encabezó tumultos, asonadas, rebeliones ni acto alguno subversivo. (Véase testimonio de Luis Octavio González —f. 29—, Roberto Cuéllar —f. 30—, José de Jesús Lombana —f. 31—, Jorge Octavio Téllez —f. 35— Josué Granados Rodríguez —f. 36—, y Henry Hennssey —f. 37—).

El señor Procurador, resume y concluye el examen de las anteriores pruebas diciendo:

"El Intendente, doctor Leonidas Pretelt Mendoza, al impartir la orden de detener al señor Jorge Tobón Restrepo, no obró en ejercicio de las funciones de investigador en materia penal; tampoco obró como sustituto del Gobierno en la facultad atribuída a éste por el artículo 28, inciso segundo, de la Constitución; ni antes ni después de ser detenido Tobón Restrepo existía contra él la prueba exigida por la ley; contra el mismo sujeto tampoco se adelantó proceso por delitos lesivos del régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, no por ningún otro hecho punible de los sugeridos en la Resolución número 76, de 9 de noviembre de 1949, proferida por el Intendente de San Andrés y Providencia; la justicia militar excarceló, incondicionalmente, a Tobón Restrepo, por no habérsele comprobado nada delictuoso; y la mala voluntad del Intendente hacia Tobón Restrepo, manifestada en el oficio número 693, de 9 de noviembre de 1949, juntamente con el hecho de haberlo privado de su libertad en forma contraria a la ley, traducen la acción dolosa del funcionario en dicho acto.

"O sea, que el delito de detención arbitraria se halla establecido".

Respecto de la suspensión, ya se dejó advertido que no podía considerarse como separada de la detención, porque fue el modo o manera de llevarla a término en forma arbitraria, pretermitiendo las reglas del procedimiento sobre el particular. Dicha suspensión participa, en conse-

cuencia, de la propia ilicitud de la detención, como lo anota el ministerio público.

Pero es bueno anotar también, siguiendo al Ministerio Público, que en el caso no podía proceder el Intendente de acuerdo con el ordinal 20 del artículo 127 del código político y municipal, porque este precepto exige como requisitos indispensables para decretar la suspensión de un empleado no nombrado por los Gobernadores (o Intendentes, para el caso), graves motivos y urgencia insuperable, y ni esos motivos ni esa urgencia se presentaron en el caso que se estudia: no los primeros, porque el radiograma del Ministro de Gobierno era apenas un informe para que el Intendente averiguara las actividades del Auditor sobre posible introducción de armas al país, hecho que no llegó a comprobarse; y no la segunda, porque la Resolución no aduce razón alguna de que Tobón Restrepo pudiera fugarse o hacer inútil la orden de detención si no se cumplía inmediatamente. La dualidad del hecho tiene importancia, eso sí, llegado el caso de un fallo condenatorio, en lo referente a la gravedad y modalidades del hecho y a perjuicios, como lo apunta la vista fiscal.

d) **Denegación de justicia.** Dice el denunciante que, en vista de que había pasado setenta y dos horas detenido, siendo empleado, le envió un memorial al personero pidiéndole que interviniera en el asunto como agente del ministerio público, pero que el Intendente le negó el pase a la solicitud diciendo que "en estado de sitio no hay leyes".

Agrega que, entonces, le había dirigido un memorial al Intendente para que se le definiera su situación, ya remitiéndolo a la autoridad que pidiera su remisión, o que se le pusiera a órdenes del juez competente si se le acusaba de haber cometido algún delito, solicitud a la cual el Intendente dio la misma respuesta de que en estado de sitio no había leyes.

Igual contestación dio, en fin, a los memoriales que dirigió a los jueces y autoridades de policía en que les pedía que certificaran sobre si tenía asuntos pendientes en sus despachos.

Pero este cargo no está probado, pues sobre el particular sólo obra la acusación del Auditor, desmentida por el Intendente, quien se expresa así en su indagatoria:

"A mi despacho no llegó solicitud formulada por persona alguna en el sentido de pedir la intervención del personero municipal. Precisamente al determinar su remisión a la Brigada Militar de Medellín estaba indicando mi decisión de remitir su caso a la autoridad competente. Tampoco a mi despacho llegó memorial o solicitud en el sentido a que se refiere el tercer cargo" (f. 96).

Por ello pide el Procurador que se sobresea definitivamente en cuanto a este cargo, y así se decretará.

e) **Falsedad en documento público.** El Intendente, en cable oficial, informó al Ministro de Gobierno que había dictado auto de detención contra el Auditor, hecho que es falso. Además, no existe el cable o mensaje del Ministro de Gobierno de que habla el numeral c) de la Resolución número 76, sino la simple transcripción de uno de un particular, "tan verídico —dice el denunciante— que dice en él que yo soy el Intendente".

En la indagatoria se transcribió el radiograma del Intendente al Ministro de Gobierno, que dice así:

"Acuerdo ordinal veinte (20) artículo ciento veintisiete (127) código régimen político y municipal, por decreto intendencial número ochenta y cinco (85) de diez (10) noviembre, fue suspendido cargo auditor fiscal Jorge Tobón para cumplir desde mismo día providencia detención preventiva, etc." (f. 94).

El delito de falsedad no existe, porque no es exacto que el Intendente hubiera afirmado que había dictado "auto de detención por autoridad competente", como lo dice el denunciante, sino una "providencia", en dicho sentido, y eso no es falso.

En cuanto al considerando c) de la Resolución número 76, dice así:

"Que según mensaje del señor Ministro de Gobierno recibido en esta fecha por el Intendente Nacional, hay sèrias informaciones de que el señor Jorge Tobón Restrepo viene cooperando directamente en la introducción clandestina de armas al país, especialmente a la región suroeste del departamento de Antioquia" (f. 5).

Esta afirmación está de acuerdo con el mensaje del Ministro de Gobierno, en que le transcribe al Intendente una comunicación del directorio conservador de Medellín en que dice que por algunas fuentes serias ha sabido que los liberales del suroeste de Antioquia introducen armas con la cooperación directa de Jorge Tobón,

Intendente (sic) de San Andrés y Providencia (f. 44).

No hubo, pues, tampoco mutación de la verdad en este particular y por ello también deberá sobreseerse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Llámase a responder en juicio criminal al doctor Leonidas Pretelt Mendoza, de treinta y cinco años de edad, en 1950, hijo de Ricardo Pretelt y Virginia Mendoza, abogado, natural de Ciénaga de Oro (Bolívar), por el delito de detención arbitraria de que habla el capítulo II, del título XI, del libro II del código penal.

Como esa infracción tiene señalada pena de prisión, y existe prueba suficiente, decrétase la detención preventiva del sindicado (artículo 379 del C. de P P.), previa suspensión del cargo público que pueda estar desempeñando.

Hágansele las prevenciones legales (artículo 432 del C. de P. P.).

Se sobresee definitivamente en favor del mismo doctor Pretelt Mendoza, por los demás cargos que se le han hecho en este proceso.

En oportunidad se remitirá el proceso a las autoridades competentes para que resuelvan lo que sea legal en relación con las personas no sujetas a la competencia de la Corte, y lo relativo al delito de falsedad.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

RESTITUCION DE TERMINOS.—CUANDO SE SUSPENDEN EN UN PROCESO

De acuerdo con el artículo 370, inciso 3º, del Código de Procedimiento Civil, los términos no corren en un determinado negocio, por enfermedad grave del apoderado de alguno de los litigantes o de su cónyuge, norma ésta que además otorga al Juez la facultad de hacer cesar la suspensión, conciliando la prudencia con los intereses de la otra parte.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El señor apoderado de Alfredo Pomar para sostener el recurso de casación contra la sentencia de la Jefatura del Estado Mayor del Ejército, solicitó restitución del término del traslado dentro del cual debía formular la correspondiente demanda, alegando grave enfermedad de su esposa que le impidió hacer uso de aquél. También hace referencia al aumento de término por tener el expediente más de cien hojas, en un día por cada cincuenta de exceso, de conformidad con el artículo 374 del C. J.

Presentó el apoderado como prueba un certificado del doctor Antonio J. Palacios, médico cirujano de la Universidad Nacional, fechado el 13 de agosto último, según el cual la señora esposa del peticionario estuvo reducida a la cama por enfermedad comprobada, del primero al diez de dicho mes de agosto en que le prestó asistencia médica.

Sometida la solicitud al procedimiento de los artículos 372 y 395 del Código de Procedimiento Civil, el señor Procurador Delegado en lo Penal, encuentra atendible se conceda la restitución ameritada ya que el hecho que la respalda está ampliamente comprobado con la certificación médica en referencia.

En cuanto al valor probatorio de este certificado, la Sala acoge la razón del mencionado funcionario expuesta en el concepto respectivo, de que "dada la honorabilidad de quien suscribe dicho documento, no es el caso de ordenar su ratificación, bajo juramento, para que sea considerado como prueba al fallar la articulación". Termina el señor Procurador expresando se acceda a lo solicitado, sin más actuación.

Como de acuerdo con el artículo 370, inciso 3º, del Código de Procedimiento Civil, los términos no corren en un determinado negocio, por enfermedad grave del apoderado de alguno de los litigantes o de su cónyuge, norma ésta que además otorga al Juez la facultad de hacer cesar la suspensión, conciliando la prudencia con intereses de la otra parte —aquí el Ministerio Público— el término restituído debe ser el de quince días que señala la ley. El aumento de término por razón del número de hojas del expediente a que la solicitud igualmente se refiere, no es procedente por cuanto el restituído es bastante para la presentación de la demanda de casación.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, CONCEDE LA RESTITUCION del término solicitada por el apoderado de Alfredo Pomar, y ordena darle el correspondiente traslado por el de quince días para que dentro de ellos formule la demanda de casación.

Niégase el aumento de término a que se hizo referencia en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD (DEMORAS). — CUANDO EL EXCESIVO RECARGO DE TRABAJO EXIME DE RESPONSABILIDAD AL FUNCIONARIO

No puede admitirse como excusa en todos los casos de abuso de autoridad por demoras en el despacho judicial el volumen de negocios de que conoce el Juez acusado, porque ello sería tanto como decretar que en todos los juzgados en donde haya recargo de trabajo, los Jueces pueden abstenerse de cumplir sus funciones. Otra cosa es que cumpliendo éstas en la medida de sus fuerzas físicas y con la constancia y asiduidad que deben caracterizar a tales empleados, aquel recargo implique una labor tal que dedicando a ella el tiempo ordenado en la ley, sea imposible lograr la evasión de todos los negocios.

Es la desidia, la negligencia en el desempeño del cargo lo que constituye el delito previsto en el artículo 172 del Código Penal, cuando el retardo en la ejecución de un acto a que el funcionario esté obligado legalmente se manifieste por cualesquiera de aquellas circunstancias que demuestran la voluntad de incumplimiento de deberes por dedicación a otros menesteres que nada tienen que ver con las funciones oficiales que se ejercen.

De suerte que, demostradas estas peculiaridades en un hecho de tal índole, la excusa de excesivo recargo de trabajo nada significa. Otra cosa es que ese recargo de trabajo se compagine con el cumplimiento exacto de los deberes, porque entonces sí puede admitirse, ya que a nadie puede obligarse a dar de sí más de lo que puede.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Viene a la Corte el proceso adelantado en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, contra los doctores Luis Valencia Echeverri y Nicomedes Hincapié Mejía, por abuso de autoridad —demoras— en consulta del auto de sobreseimiento definitivo proferido el dos de noviembre de mil novecientos cincuenta.

Consta que en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía se adelantó un proceso por hurto, contra Luis Norberto Díaz, en el cual se ordenó sacar copia de lo conducente para investigar la responsabilidad en que se hubiera incurrido por los empleados del Juzgado de instancia, en razón de demoras en la tramitación.

El sumario por hurto en referencia se inició con fecha 17 de octubre de 1945 y la etapa investigativa se declaró cerrada por auto de fecha 8 de abril del año siguiente, pero la calificación sólo se hizo en septiembre de 1948, es decir, dos años y tres meses después de cerrada la investigación.

En el lapso comprendido entre el 1º de junio de 1946, fecha en la cual aparece haber entrado el negocio al despacho, y el 6 de septiembre de 1948 en que se calificó el mérito de la investigación, al frente del Juzgado, en su calidad de Jueces, estuvieron los doctores Nicomedes Hincapié Mejía y Luis Valencia Echeverri, así: el primero de ellos desde el 12 de abril de 1946, hasta es 12 de julio de 1947; y el segundo, o sea el doctor Valencia Echeverri, desde esta última fecha hasta junio de 1949. Por tal motivo la presente investigación se inició contra estos funcionarios.

El señor Procurador General de la Nación, al emitir concepto en esta segunda instancia, luégo de aclarar que el negocio en que se investiga la demora, está acumulado a otros, referentes al mismo delito y en los que figura como sindicado el citado Díaz, se expresa:

"Probada como está la calidad oficial de los funcionarios acusados por la época a que se refieren los cargos, pasa la Procuraduría a examinarlos". (Ps. 9 v., 55 y 56 v.).

"Se practicó una inspección ocular sobre los juicios acumulados, con el siguiente resultado:

"1º El 27 de noviembre de 1945, la constancia

de haber sido recibido y radicado el expediente en el Juzgado; en la misma fecha pasa al Despacho del Juez;

"2º El 19 de enero de 1946, auto dictado por el Juez, avocando el conocimiento;

"3º El 11 de febrero del mismo año, constancia secretarial sobre que el negocio pasó al Despacho para calificarlo;

"4º El 31 de agosto de 1948, nueva constancia del Secretario Conrado Giraldo O., manifestando que pasa el informativo al Despacho y que no le había sido posible hacerlo antes, por la cantidad de trabajo. (Fs. 22)".

Al ser interrogados los doctores Luis Valencia Echeverri y Nicomedes Hincapié Mejía, en relación con los cargos que se les hicieron, están acordes en manifestar que existía exceso de trabajo, pésima dotación y regular colaboración en el Juzgado.

Se recibió también testimonio a varias personas que desempeñaron cargos en el Juzgado por la época cercana a la que se refiere el hecho materia de la investigación, entre ellas a Alfredo Arias Agudelo, Julio Guinado y Camilo Calderón, quienes sirvieron el cargo de oficial mayor y también a José J. Valencia Correa que desempeñó la Secretaría del Juzgado. Todos afirman categóricamente sobre la existencia de una gran cantidad de trabajo en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía. (Ps. 59, 60, 69).

El carácter legal de empleados públicos que los procesados desempeñaban cuando el hecho investigado tuvo ocurrencia, aparece comprobado, como lo anota la Procuraduría. Igualmente la ocurrencia de las demoras materia de la investigación, se encuentra establecida, principalmente con la diligencia de inspección ocular llevada a cabo en la instrucción del sumario y que antes se ha mencionado.

En cuanto a que el hecho de las demoras surgidas les acarrée responsabilidad a los funcionarios relacionados, es de tener en cuenta que en el proceso existe prueba fehaciente del recargo de trabajo en la oficina en que aquéllos desempeñaban sus funciones de Jueces, o sea en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, donde aparece que el doctor Hincapié Mejía recibió la oficina con 542 y la entregó con 554 expedientes, y que el doctor Valencia Echeverri la entregó con 515, resultando además, que si bien en las cifras anteriores no se nota ni aumento ni disminución sensibles de los negocios a cargo del Juzgado, sí surge que tales funcionarios dieron evasión a un número de asuntos que aproximadamente equivale a las entradas en un año de labores, lo que, como lo expresa la Procuraduría, "indica un rendimiento normal de trabajo". Agrega este Despacho:

"Pero la norma del artículo 172 del Código Penal debe aplicarse a aquellos funcionarios y empleados que se conducen con manifiesta desidia en el desempeño de su cargo, ni dan el rendimiento que debe exigírseles ordinariamente, bien porque no concurren a sus despachos durante las horas reglamentarias, ya porque carecen de los conocimientos suficientes para despachar con la debida rapidez los negocios que se les encomiendan, ora porque distraen su atención en cuestiones ajenas a las funciones que les han sido encomendadas. Negligencia, no imposibilidad, es lo que la ley reprime".

Acorde con este concepto, el señor Procurador solicita se confirme la providencia consultada.

La Corte considera que no es que se pueda admitir como excusa en todos los casos de abuso de autoridad por demoras en el despacho judicial el volumen de negocios de que conoce el Juez acusado, porque ello sería tanto como decretar que en todos los Juzgados en donde haya recargo de trabajo, los Jueces pueden abstenerse de cumplir sus funciones. Otra cosa es que cumpliendo éstas en la medida de sus fuerzas físicas y con la constancia y asiduidad que deben caracterizar a tales empleados, aquel recargo implique una labor tal que dedicando a ella el tiempo ordenado en la ley, sea imposible lograr la evasión de todos los negocios.

Es la desidia, la negligencia en el desempeño del cargo lo que constituye el delito previsto en el artículo 172 del Código Penal, cuando el retardo en la ejecución de un acto a que el funcionario esté obligado legalmente se manifieste por cualesquiera de aquellas circunstancias que demuestran la voluntad de incumplimiento de deberes por dedicación a otros menesteres que nada tienen que ver con las funciones oficiales que se ejercen.

De suerte que demostradas estas peculiarida-

des en un hecho de tal índole, la excusa de excesivo recargo de trabajo nada significa. Otra cosa es que ese recargo de trabajo se compagine con el cumplimiento exacto de los deberes, porque entonces sí puede admitirse, ya que a nadie puede obligarse a dar de sí más de lo que puede.

El hecho investigado en las diligencias no tuvo comprobación cabal en sus formas esenciales y en consecuencia el sobreseimiento decretado en favor de los sindicados, es legal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación, **confirma** la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez — Julio E. Argüello, Secretario.

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL—LA PROVIDENCIA QUE DECLARA UNA NULIDAD ES UN AUTO INTERLOCUTORIO — NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

1—El auto que declara la nulidad de todo o parte de la actuación procesal es un auto interlocutorio, conforme a la definición que de esta clase de providencias contiene el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, en caso de que sea proferido por un Tribunal, en su pronunciamiento deben intervenir todos los magistrados de la correspondiente Sala de Decisión, según lo manda el artículo 161 del mismo Código, y si es dictado por un solo magistrado, como él carece de facultad legal para hacerlo, el auto carece de fuerza legal y las ordenaciones contenidas en él, lo mismo que la actuación procesal llevada a cabo por virtud de ellas, deben considerarse como inexistentes.

2—Para que pueda hacerse el cargo de nulidad de un proceso por incompetencia de jurisdicción es necesario probar que el Juez decidió una controversia o conoció de un negocio que la ley había atribuído expresamente a otro Juez.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín por sentencia de fecha nueve de diciembre del año pasado, condenó a Iván Uribe Díaz a la pena principal de ocho años de presidio, como autor de la muerte de Francisco Arbeláez ocurrida dentro del poblado del municipio de Envigado el día trece de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, a consecuencia de lesiones que le fueron causadas por aquél en las horas de la tarde del once de mayo anterior.

Contra esta sentencia, interpuso el recurso de casación el procesado, y su defensor presentó ante la Corte la demanda correspondiente, invocando la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad";

Afirma el actor que la nulidad consiste en "incompetencia de jurisdicción del Tribunal Superior de Medellín" para revisar por apelación el auto de proceder de primera instancia. Para llegar a esta conclusión, hace una relación pormenorizada de la forma como se tramitó el negocio a partir del pronunciamiento del mencionado auto de proceder, hasta que fué revisado por el Tribunal. Las razones principales las consigna en los siguientes apartes:

"Ningún mérito comporta lo que resolvió un solo Magistrado del Tribunal a fl. 118. Esa resolución, por su naturaleza, participa de las características de un inconfundible **auto interlocutorio,** puesto que no es sentencia ni auto de sustanciación (Artículo 156 del Código de Procedimiento Penal), y ha debido pronunciarse por la respectiva Sala de Decisión del Tribunal (Artículo 161 ibidem). Y si la Sala de Decisión no intervino en asunto de tanta importancia como es eso de **invalidar una actuación,** el Magistrado único que firmó aquel auto careció de competencia de jurisdicción. Para el efecto, el Magistrado único no era Tribunal o Sala de Decisión, de donde resulta que semejante auto no existe de por sí ni en sus consecuencias inmediatas y mediatas.

"Pero todavía es de mayor entidad, en relación con la incompetencia de jurisdicción del Tribunal Superior de Medellín, lo que siguió al llamado auto de fl. 118. Evidente es que el Fiscal 2º Superior en su memorial de fl. 122 y 123 (9 de septiembre de 1949) no apela del auto de proceder, y únicamente solicita que se le conceda el recurso de apelación interpuesto a fl. 114, el 10 de febrero de 1949, sin caer en la cuenta de que

por obra y gracia de lo resuelto a fl. 118 habían quedado anuladas las notificaciones todas, repetidas las cuales quedó nula también la alzada de fl. 114, ya que una apelación no puede interponerse con anterioridad a la correspondiente notificación. Y nótese que el 9 de septiembre de 1949 se hallaba ejecutoriado el auto de proceder (fls. 122 y 123)".

Agrega que, el Juez Superior envió el expediente al Tribunal para que resolviera sobre el recurso de apelación que el Fiscal había interpuesto en escrito de diez de febrero de 1949 y aquella entidad, anuló la notificación que concernía al Fiscal, atropellando de buena fé las más elementales normas de procedimiento, puesto que la competencia del Tribunal sólo la podía originar un oportuno recurso de apelación interpuesto y concedido, y este recurso no sólo no se concedió sino que se refería a una apelación anulada desde el diez de febrero de 1949, que el Fiscal pretendió revivir, sin base legal, en un momento en que el enjuiciamiento lo hacía intocable el sello de la ejecutoria.

En suma, el demandante considera que el Tribunal carecía de jurisdicción para dictar el auto de fecha ventiseis de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, que dispuso notificar nuevamente al Fiscal el auto de calificación del proceso y hacer otras notificaciones al defensor, porque el auto de proceder había quedado ejecutoriado desde el cinco de septiembre anterior y no ha debido enviarse el expediente al Tribunal, sino continuar la tramitación, puesto que no había recurso legalmente existente que debiera resolver dicha Superioridad, pero ésta entró a conocer el asunto y dictó aquella providencia, sin haber adquirido jurisdicción y en esta forma; dió al Fiscal la oportunidad para interponer apelación contra el auto de proceder y revisó esta providencia, todo lo cual indica que el fallo recurrido en casación se profirió sobre un juicio viciado de nulidad, que le da a aquel fallo la condición de ser violatorio de la ley procedimental.

Concepto del Procurador General de la Nación

Este funcionario solicita de la Corte, que no se invalide el fallo recurrido, pues las dos decisiones del Tribunal Superior de Medellín, ambas se dirigieron a que el inferior garantizara a las partes el derecho otorgado por los artículos 170 y 433 del Código de Procedimiento Penal y la circunstancia de que la primera tenga los lineamientos de un auto de sustanciación, no le resta validez a las notificaciones personales hechas a las partes posteriormente, tanto del auto de proceder como del que concedió el recurso de alzada. Manifiesta que lo esencial en ese caso, para efectos de la revisión que el Tribunal iba a hacer del auto de proceder, era la eliminación de aquellos factores que entorpecían el procedimiento en la iniciación de la etapa del juicio con mengua de los derechos del procesado y habiendo sido rectificadas esas irregularidades, de nada sirve objetar que dicha entidad carecía de jurisdicción, porque un solo Magistrado hubiera suscrito tal medida, pues posteriormente la Sala integrada por tres miembros, ratificó la misma orden.

Añade que, las nulidades en materia penal están establecidas en beneficio directo del sindicado, y el demandante, se abstuvo de demostrar qué clase de garantías o derechos le fueron arrebatados a Uribe Díaz, pues si por algo se caracterizó la actuación del Tribunal, fué "por el celo que puso en favor del otorgamiento pleno de esas garantías".

Se considera:

De acuerdo con las constancias del proceso, el señor Juez 2º Superior de Medellín por auto de fecha primero de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho llamó a responder en juicio criminal con intervención de Jurado, a Iván Uribe Díaz por el delito de homicidio en la persona de Francisco Arbeláez, mediante lesiones que le causó el día once de mayo de 1947, dentro del poblado del municipio de Envigado y a consecuencia de las cuales falleció, el día trece del mismo mes y año. En los días cuatro y cinco de octubre del mencionado año de mil novecientos cuarenta y ocho se notificó ese auto de proceder al Fiscal del Juzgado y al procesado, respectivamente, y el diez de febrero siguiente, el Fiscal interpuso el recurso de apelación contra la providencia enjuiciatoria. El Juzgado, en proveído fechado el doce de febrero, dispuso aceptar al Dr. Juan Antonio Murillo como defensor del procesado, darle oportuna posesión y conceder el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra el auto de proceder. Luego, el veintiuno de febrero, posesionó al defensor y le notificó, tanto el auto que concedía el recurso de apelación como

el auto de proceder, enviando el proceso al Tribunal el día veintidos.

Pasado el asunto al Fiscal 1º del Tribunal para que emitiera concepto sobre el auto de proceder de primera instancia, este funcionario se abstuvo de hacerlo porque se habían cometido irregularidades procedimentales que impedían adelantar la segunda instancia. Anota como tales, el envío de los autos al Tribunal antes de que se hubiera ejecutoriado el auto de proceder y el que concedía el recurso de apelación, y además, encuentra que la sustanciación dada al proceso es anárquica y absurda, pues se concedió la apelación contra el auto de cargos, sin que el defensor se hubiera posesionado (fl. 117). Esta solicitud dió lugar al pronunciamiento del auto de fecha seis de abril de 1949, suscrito por el Magistrado sustanciador, en el que se dice que debe procederse como lo pide el Fiscal, pues a las partes se les habían arrebatado derechos que podían ejercitar, por no haberse dejado el proceso en el Juzgado, ya que ni el auto de proceder ni el que concedió la apelación, sufrieron la espera procesal correspondiente. Y en la parte final se lee:

"Para evitar involucraciones, repítanse todas las notificaciones en la forma legal".

Fácilmente se echa de ver, que la providencia antes relacionada es confusa, porque en ella se ordena proceder "conforme lo dice el señor Fiscal" y más adelante se dispone repetir "todas las notificaciones en la forma legal", de tal suerte que, no se sabe si la frase antes trascrita comprende la reposición de toda la actuación comenzando por la notificación del auto de proceder a las partes o únicamente se refiere a las notificaciones puntualizadas por la Fiscalía. Este último fué el sentido que le dió el Juzgado, porque llegado el expediente a su despacho dictó el siguiente auto:

"Cúmplase lo dispuesto por el H. Tribunal Superior en el auto precedente. En consecuencia, notifíquese nuevamente y en forma legal el auto de proceder y el que concede personería como defensor al Dr. Murillo Villada y se concede la apelación interpuesta por el señor Fiscal...".

Procedió, pues, el Juzgado Superior, a notificar al procesado el auto de proceder, a reconocer al defensor nombrado por éste, a darle posesión y a notificarle el auto de llamamiento a juicio, pero no resolvió sobre el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal, que quedaba pendiente en virtud de la providencia del Tribunal, ni llevó a cabo la actuación subsiguiente, enviando en este estado el expediente al Superior.

El Tribunal según se deduce de su auto de fecha veintiseis de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve (fl. 134), encontró que todavía subsistían las irregularidades en parte, pues se había dejado de notificar el auto de proceder al Fiscal, y al defensor se le había dejado de notificar el que concedía la apelación interpuesta por el Ministerio Público, y por ello, ordenó devolver el proceso al Juzgado.

Afirma el demandante que el auto de fecha seis de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, dictado únicamente por el Magistrado sustanciador, "no existe de por sí ni en sus consecuencias inmediatas", porque ese auto tenía todas las características de un auto interlocutorio, y en él ha debido intervenir toda la Sala de Decisión, de lo que se sigue que no tiene ningún valor, pues aquel Magistrado carecía de competencia de jurisdicción.

De acuerdo con el numeral 2º del artículo 156 del Código de Procedimiento Penal, son autos interlocutorios: el que ordena la detención del procesado, el que ordena o niega su libertad, el que califica el mérito del sumario, los que niegan la admisión o la práctica de alguna prueba, los que resuelven algún incidente del proceso y los demás que contengan resoluciones análogas. El auto a que se refiere la demanda, indudablemente decidió un incidente del proceso y no puede tenerse como un simple auto de sustanciación. Por consiguiente, ha debido pronunciarse por la correspondiente Sala de Decisión del Tribunal Superior de Medellín (Art. 161 del C. de P. P.) y no por un solo Magistrado, porque éste carecía de falcultad legal para dictarlo por sí solo y de esto se deduce, que el auto en mención no tenía fuerza legal y las ordenaciones contenidas en él, lo mismo que la actuación procesal llevada a cabo por virtud de ellas, deben considerarse como inexistentes. En estas condiciones, cuando el Tribunal Superior de Medellín dictó el auto de fecha veintiseis de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, ordenando subsanar las irregularidades que anotó en la tramitación del proceso, el auto de proceder no había tenido ejecutoria, porque en relación con él, por virtud de la carencia de valor legal del proveído dictado por un solo Magistrado, estaba aún pendiente el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal en tiempo oportuno. Por eso, resultan sin fun-

damento en la realidad procesal las argumentaciones contenidas en la demanda, consistentes en que cuando el Tribunal Superior de Medellín actuó en el proceso en Sala de Decisión, el auto de proceder se hallaba ejecutoriado, por haber sido anulada la apelación que contra éste se había interpuesto.

La jurisdicción es la facultad que tiene la rama jurisdiccional, por medio de sus órganos de expresión (Magistrados y Jueces) para administrar justicia de acuerdo con la Constitución y las Leyes de la República. La competencia es el poder que tienen los Jueces o Tribunales para ejercer por autoridad de la ley, en determinados negocios, la jurisdicción que corresponde a la República (Art. 143 del C. de P. C.). La competencia, dice relación a determinados asuntos, y a ciertos lugares, controversias o procesos.

La ley procedimental en el numeral 1º del artículo 198, considera como causal de nulidad en los procesos penales, "la incompetencia de jurisdicción", es decir, la falta de competencia de un Juez para conocer de un asunto penal. De suerte que, para que pueda hacerse el cargo de nulidad de un proceso por incompetencia de jurisdicción, es necesario probar que el Juez decidió una controversia o conoció de un negocio que, la ley había atribuído expresamente a otro Juez.

Pero en el caso que se estudia, el actor no ha establecido esa situación; aún más, no ha intentado siquiera demostrarla. Como ya se ha dicho, lo único que ha querido acreditar por medio de sus alegaciones, sin conseguirlo, es que el Tribunal Superior de Medellín carecía de jurisdicción cuando profirió el auto de fecha veintiseis de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, por estar ya ejecutoriado el auto de proceder, es decir, que aduce como argumento en favor de su solicitud una usurpación de jurisdicción.

En consecuencia, la causal de casación alegada, no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no invalida** la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que ha sido materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello, Secretario.

CAUSAL 2ª DE CASACION — APRECIACION DE INDICIOS — DELITO DE ROBO

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Nabor Morales impugnó, con base en las causales primera y segunda de casación, la sentencia del Tribunal Superior de Cali del veintitres de septiembre del año pasado, por la cual Morales y José María Rojas fueron condenados, cada uno, a la pena de diez y ocho meses de prisión, por el delito de robo de bienes de Jesús María Castro, cometido en la noche del 23 al 24 de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve en la población de Pradera.

Rojas se abstuvo de recurrir ante la Corte, por lo cual el examen sólo comprende a Morales. Previamente se sintetizan la versión sobre las causas y circunstancias del delito, las exposiciones del Procurador y demandante y los autos y providencias que tengan relación con el recurso.

A) El delito y el proceso

A Nabor Morales (nariñense de 45 años, confitero de profesión) y a José María Rojas (jornalero huilense, de 25 años) y a Marcos Beltrán, se les acusó de la sustracción, previa ruptura de una puerta, de tres sacos de café pilado y otros artículos (botellas de vino, arroz, azúcar, sal y cigarrillos) que Jesús María Castro había dejado en el corredor de su casa, en Pradera, con destino al almacén de granos y licores de que es o era propietario. Morales, Beltrán y Rojas fueron señalados como autores del robo porque Beltrán, a ruego de su vecino Morales, guardó en su casa los tres sacos de café, los que Morales halló en la pieza que días antes había arrendado a Rojas, venido de Florida a conseguir un local o casa en que organizar un negocio de granos y cervezas.

En el curso de la investigación se estableció lo siguiente:

a) Que Rojas llegó de Florida y ahincadamente solicitó de Morales le arrendara una pieza en su casa mientras conseguía otra para instalar un negocio proyectado con un compañero, que resultó ser Juan de Dios Orozco, dueño éste de una cantina en Florida;

b) Que Rojas no ocupó continua y regularmente la pieza que en forma provisional le arrendara Morales, pues apenas trajo su ropa de cama, y como se la pidiera, Rojas le prometió varias veces entregarla hasta que, tres días después del robo, vino a Pradera en carro una noche, con unos amigos y yá no regresó;

c) Que la compañía con Orozco para organizar un negocio en Pradera no fue aceptada por aquél, dada la pésima fama que, por su conducta, tenía Rojas en Florida;

d) Que en la noche del veintitres de octubre o domingo veinticuatro de mil novecientos cuarenta y nueve aparecieron en la pieza que Morales arrendó a Rojas los tres bultos de café, y por cuyo transporte a élla mutuamente se acusaron Rojas y Morales, y

e) Que éste, el jueves siguiente, los guardó en casa de Marcos Beltrán, frente a la de Morales, no sin que explicara que Rojas no había vuelto de Pradera y necesitaba la pieza por la estrechez en que se hallaba su familia.

Aplicado el procedimiento de los Arts. 13 y siguientes de la Ley 48 de 1936 —por mandato del Decreto Legislativo Nº 4137 de 1948— el Juez Penal del Circuito de Palmira absolvió a Orozco y Beltrán y condenó a Morales y Rojas, con base en el Art. 403 del Código Penal, a tres años de presidio cada uno, pena que el Tribunal de Cali redujo a diez y ocho meses de prisión.

B) La demanda

La sentencia fué impugnada por dos motivos: errada interpretación de los hechos y violación —por mala aplicación— de la ley penal.

En cuanto al primero, y como resultado del examen de las indagatorias de los dos procesados (Morales y Rojas) y de los testimonios de Orozco

y los de Beltrán, se afirma que no hay prueba que funde la condena de Morales, de modo que si se dió valor de plena prueba a las afirmaciones de Rojas y no se le dio ninguno a las de Morales, y se le privó del que tienen a las de Orozco y los Beltrán, se apreciaron erradamente los hechos.

En cuanto al segundo motivo, deduce que si la conducta de Morales no es delictuosa no se le podía condenar, y como se condenó, se violó el Art. 1º del Código Penal.

Al final de la demanda, en el capítulo dedicado a fundar la primera causal, hace el demandante la siguiente síntesis:

"La sentencia del Tribunal Superior de Cali conlleva una errónea aplicación de la ley penal, por cuanto que al condenar a Morales se violó el Art. 1º del Código Penal, se olvidó el Art. 203 del Código de Procedimiento Penal y se desconocieron los Arts. 204, 205 y 217 ibidem".

"En efecto, se violó el Art. 1º del Código Penal porque la conducta de mi defendido, no siendo delictuosa, no podía dar lugar a una condena y a una pena. Quien no comete un delito no puede ser condenado como autor. La inocencia se presume y para destruir la presunción ha de suministrarse una prueba plena de la responsabilidad".

"Del examen de los elementos probatorios hecho antes —continúa— se infiere que no existía la plena prueba que vinculara a mi defendido al hecho criminal que dió lugar a la investigación, y por éllo, no existiendo esa clase de prueba, al condenar se olvidó el Art. 203 citado antes, y el 204 que en su inciso 2º es una aplicación a la norma que encabeza el Título V Capítulo I del Código de Procedimiento. Al estudiar detenidamente el proceso se infiere que en contra de Nabor Morales no existe la clase de prueba que exige la ley para que su responsabilidad aparezca comprometida, de modo que se tuvo como plena la que no era tal, desconociendo el valor de los Arts. 203 y 207 del Procedimiento Penal". Termina el demandante pidiendo la invalidación de la sentencia y la consiguiente absolución de Morales.

C) Concepto del Procurador

El Procurador conceptúa debe confirmarse la sentencia de acuerdo con los siguientes indicios que, según él, concurren en contra de Morales: haberse encontrado en su casa de habitación parte de los objetos robados —los tres bultos de café— en horas de la madrugada, haber incurrido en contradicciones en el careo con Rojas, no haber dado aviso, como era lo indicado, a la autoridad, del hallazgo de los bultos de café y, en cambio, haber solicitado de su vecino Beltrán permiso para depositarlos en casa del mismo.

"Estos indicios —explica el Procurador Delegado— destruyen, como es obvio, la íntegra credibilidad de la confesión hecha por Morales en su indagatoria y la hacen divisible. Por lo cual no puede aceptarse la alegación del demandante, según la cual esa confesión tiene plena validez, y hay que tomarla en su integridad mientras por graves hechos indiciarios no se desvirtué su contenido.

"Finalmente —concluye— tales indicios están suficientemente probados; son distintos unos de otros, pero guardan entre sí una gran concordancia, y por su nexo de causalidad, todos inducen a comprometer a Morales como autor del delito de robo que se investigó".

D) Examen y decisión del recurso

La objeción del demandante se dirige —especialmente— a la apreciación que de los hechos, esto es, del valor que se dió y del que se dejó de dar a las afirmaciones de los procesados y de los testigos, hizo el Tribunal en la sentencia. Es indispensable, por éllo, partir de las razones que fundaron tal apreciación.

"La responsabilidad de los autores del ilicito —copia del Tribunal de la sentencia de primer grado— está demostrada con los indicios graves que aparecen sobre Nabor Morales y Jose María Rojas, pues éste al llegar a la pieza de Morales, se la solicitó en alquiler y allí estuvo tres días con sus noches, especialmente en la noche en que fué cometido el ilícito, y habiendo llevado los tres bultos de café y los otros artículos en unos costales a dicha casa, **es de presumir** (subraya la Sala) la combinación que existía con Nabor Morales, quien viviendo en la misma casa y habiéndose dado cuenta del robo del que había sido víctima el señor Castro, procedió a asegurar mejor los tres bultos de café en la casa de Marcos Beltrán. Lo anterior se deduce de los cargos que mutuamente se hacen los sindicados Rojas y Morales".

"Y también está demostrada la responsabilidad

penal de Nabor Morales y José María Rojas —copia el Tribunal del concepto fiscal— con las declaraciones de Marcos Beltrán y Juan de Jesús Orozco, quienes, sin malicia, sirvieron de instrumento a los deseos proditorios de los incriminados; y también con los cargos ratificados por los últimos, hechos en los respectivos careos, cargos que no fueron anulados durante el juicio".

Como el Tribunal, acogiendo sin estudio ni razonamiento alguno las conclusiones del Juez y del Fiscal, deduce la responsabilidad de las indagatorias y careos en que Rojas y Morales se hicieron mutuos cargos y de los testimonios de Orozco y Beltrán, la decisión del recurso implica el examen comparativo de las afirmaciones hechas en tales diligencias con referencia a la credibilidad que, por su posición en el proceso y su comportamiento actual y anterior, puedan procesados y testigos merecer.

a) Situación de Morales

El contrato de arrendamiento con Rojas lo explica (más o menos) así: quince días antes se le presentó, llegado de Florida, "un tipo" llamado José María Rojas, quien le dijo que venía en busca de una casa para establecer "un chuso" (tienda de víveres y bebidas); como Morales le informara dónde había casitas desocupadas, Rojas le propuso le arrendara una pieza mientras tánto, propuesta que Morales aceptó a condición de que, por estar muy reducido, fuera por poco tiempo. Pactado ésto, Morales le dió la llave y Rojas regresó a Florida en una bicicleta; dos días después volvió Rojas, le dijo que su compañero había enfermado, trajo sus objetos de vestir y desde entoces iba y venía sin que Morales —según lo afirmó— hubiera sabido si Rojas durmió o no en la pieza arrendada la noche del delito, porque —explicó— la pieza está situada en la parte de atrás de la casa.

Añade (Morales) que el miércoles veintiseis por la noche, cuatro días después del delito, vino Rojas a Pradera y nuevamente lo requirió para que entregara la pieza. Le respondió que vendría más tarde. Efectivamente volvió en un carro acompañado de un desconocido, quien pidió unas cervezas, y el chauffeur. Nuevamente Morales instó a Rojas para que desocupara la pieza y éste le prometió entregarla esa noche. Pidieron otra tanda de cerveza, pero se fueron sin que la hubieran tomado porque —dice Morales— llegó allí Marcos Beltrán, se puso a examinar el carro o la placa, "se asustó el chauffeur" (explica textualmente), "salieron los tres a hacerle la solicitud de una casa de arriendo, y quedó la cerveza allí servida, pues dijeron "yá volvemos" pero ellos no volvieron".

A las cinco de la mañana del día siguiente —jueves veintisiete— Morales encontró la pieza abierta y adentro tres bultos de café. "Entonces yo entré —añadió— y le dije a la mujer que ese hombre había dejado allí tres bultos de café y que lo demás todo se lo había llevado".

Al ser interrogado sobre el sitio donde se hallara el café, dijo:

"Yo salí y le pedí permiso a Marcos Beltrán para que me diera permiso para pasar ese café allá a su casa, es decir, a la de Marcos, pues ese tipo que tenía allí había dejado esos bultos de café, y que como yo necesitaba mi piecita quería quitar ese estorbo, mientras volvía el inquilino por su café. Marcos me dió el permiso y yó dejé esos bultos de café en su casa; él mismo los pasó al hombro, solo; esos bultos se los trajo la policía el jueves por la noche de la casa de Marcos Beltrán donde yo los había dejado a guardar ignorando el motivo por el cual la policía se trajera esos bultos".

Si Marcos Beltrán confirmó esta relación de Morales, Medardo Beltrán, en cuya pieza fueron colocados los bultos de café, completa la explicación de Marcos así:

"Yo entré como a las siete de la noche a la pieza mía, en donde habitamos mis hermanos Marcos, Mario y mi persona, es decir, a mi pieza independiente que en la casa de familia tengo y entonces me dijo Marcos: "Vé, don Nabor me pidió permiso para dejar esos bultos de café allí" y yo no dije nada, pues don Nabor es vecino de nosotros y somos amigos, que diz que don Nabor tenía una muchachita enferma; don Nabor diz que le dijo que dejara ese café mientras venía el dueño por él; dijo que el dueño era uno a quien le había arrendado una pieza; los bultos los metieron un día jueves, yo creo que ese café lo pasaron a las cinco de la mañana, creo cuando se levantaría don Nabor".

En la diligencia de careo, Morales ratificó, aunque ampliándolo, lo que afirmó en la indagatoria, y sostuvo los cargos contra Rojas, sin contradicción alguna.

En cuanto a la conducta comercial de Morales, las personas con quienes ha negociado por causa

de su profesión de confitero, entre ellos Fructuoso Campos, Jerónimo Campos y Carlos Vidal, alaban su comportamiento personal así como su ética comercial.

b) Situación de Rojas

La versión que dá Rojas de sus actividades en Pradera es opuesta a la de Morales. Este le dió posada en su casa, en la que permaneció durante tres días con sus noches —dice— y desocupó la pieza el miércoles veintiseis por la mañana llevándose su ropa en una "chuspa" de papel pues dormía en una casa que allí había.

En cuanto al robo a Castro, dijo textualmente: "El día por la noche, del día domingo, el señor Nabor Morales llegó a eso de la madrugada del siguiente día lunes y metió unos bultos a la piecita donde dormía; unos bultos de café trillado, tres bultos; metió también unos vinos en unos costales; lo demás no lo alcancé a ver porque estaba en costales todo. El día martes en la noche estaban los bultos allí y miércoles que me fuí quedaron los bultos en la pieza; él me dijo que andaba azorado buscando unos morenos para darles a guardar, unos morenos que viven al frente de él; me parece que son dos morenos a los que yo me refiero; el señor Nabor Morales me dijo que esos morenos tenían cafetera y que lo iba a mandar para que lo revolvieran con el café, que pudieran tener éllos allá".

Posteriormente, en la misma diligencia de indagatoria, Rojas agrega lo siguiente:

"El señor Nabor Morales tenía esos bultos de café en la cocina y cuando yo me levanté, a eso de las cinco y media de la mañana del lunes, veinticuatro de octubre, él los pasó a la pieza donde yo estaba, juntamente con los vinos y demás artículos que tenía dentro de un costal; el mismo lunes, por ahí como a las seis y media de la mañana, me fuí para Florida y volví el mismo día por la tarde, y ví los tres bultos de café en la pieza mencionada, pero noté que faltaban los costales donde estaban los vinos y no se qué otras cosas. Y finalmente yo me volví para Florida el miércoles veintiseis del mismo mes, yá del todo, y allí quedaron los tres bultos de café".

"El día domingo veintitrés al amanecer lunes, a eso por ahí de las tres de la mañana —afirmó en el careo— dentró (sic) el señor Nabor Morales, tres bultos de café y un vino y otros artículos más".

Como Rojas, para justificar sus ausencias de Pradera y la tardanza en desocupar la pieza que Morales le arrendara, se hubiera referido a un amigo de Florida con quien había de establecer la tienda en Pradera, amigo que —dice— precisamente enfermara aquellos días, al ser interrogado (Rojas), explicó que era un tipo de nombre Juan, que tenía una cantina en Florida, y quien, la noche que vinieron a Pradera a buscar local, dio dos pesos anticipados por el arrendamiento del conseguido en el sector de La Bodega (o Las Bodegas) a la esposa de un señor Barandica; añadió que él —Rojas— se mantenía en Florida trabajando al día, es decir, a jornal.

Es Juan de Dios Orozco, el presunto socio de Rojas, quien revela la personalidad, las actividades y los planes de éste. Rojas, concurrente nocturno de la cantina que Orozco tiene (o tenía) en Florida, le preguntó una noche si no pensaba establecer un negocio en Pradera, y como le observara que estaba bien allí por cuanto comenzaba a tener buena clientela, Rojas le arguyó que él estaba en Pradera y que el negocio podía ser muy bueno. Rojas no volvió —continuó Orozco— y un lunes por la mañana (que parece fue el día del robo) se presentó a la cantina, le insistió tanto sobre el negocio hasta el extremo de ofrecerle el pago del pasaje si no tenía, que Orozco pidió la ropa a su mujer, se dirigieron a Pradera, fueron a Las Bodegas, convinieron con la dueña de la casa el precio, y allí —como Rojas carecía de dinero— Orozco le dio a aquélla dos pesos a cuenta de la primera década.

"Yo le entregué dos pesos a la señora —declara Orozco—, entonces nos regresamos, y en el camino me dijo que me resolviera a venirme; entonces le dije que yo no me venía de Florida, entonces él me respondió que si era porque no tenía plata, él se comprometía a pagar quince días de arriendo mientras yo me solventaba, y que también me dijo que si no tenía con qué pagar el acarreo, él se comprometía a pagar el acarreo para que yo me solventara más fácil; yendo en La Línea, le pregunté yo a él qué plata tenía para poner el negocio conmigo en compañía, entonces él me respondió que él plata no tenía; entonces le dije yo que (si) entonces tenía buenos créditos y entonces me dijo que tampoco tenía buenos créditos; entonces le dije yo que cómo me convidaba a poner un negocio en compañía; la respuesta que me dio (fue) **que él era muy berriondo para conseguir** (subraya la Sala);

entonces yo le dije que en qué forma, y él me contestó que últimamente me lo iba a manifestar mejor para que lo entendiera; que él lo que quería —subraya la Corte— era que yo alquilara la casa para que le dejara yo a él una pieza para vivir, para él de noche andar el pueblo, para darse cuenta por onde podía él dentrar a un depósito a sacar grano, en este pueblo, y además panela; que él era capaz de llenar esa tienda de puro grano; entonces yo le contesté que así no ponía el negocio conmigo en esa forma, porque yo era un hombre que me trasnochaba día y noche para ganar el pan con el sudor de mi frente, porque yo no quería que a mí me señalaran o me viera en un presidio; al llegar a Florida me dijo que al fin qué resolvía y yo le dije que se despreocupara y que más bien me hiciera el favor de no volver a mi casa porque me perjudicaba; al llegar allá, pues, había dos sujetos, que no les sé el nombre a ellos, pero me conocen como hombre trabajador y luchador de la vida; me dijeron que de dónde iba en compañía con ese individuo y que no andara con ese tipo que me perjudicaba porque el tipo era indelicado, es decir, ladrón, que además de eso, en Florida había estado preso diz que por unas papas, hace unos dos meses poco más o menos, que además de eso era hasta prófugo de las Colonias Penales; entonces más afirmé yo en no venirme y seguir en mi negocio, pues él quería perjudicarme; entonces el tipo se perdió de Florida; cuando yo le dije que yo nunca dejaba el negocio donde yo tenía crédito y sabían que yo era un hombre honrado, entonces más o menos yo no volví a saber del tipo, hasta esta semana pasada que yo venía de la plaza, con una leche para el niño, me lo encontré que iba, es decir, Chepe como lo conocemos allá, y aquí por José María Rojas, y lo vi que iba envuelto en una ruana y me saludó y entonces yo le contesté y le pregunté que a dónde iba, y me dijo —se subraya— que si yo le quería hacer un favor de venir a dar una declaración a Pradera porque él andaba huyendo que porque aquí se había caído en un asunto, pero no me dijo qué asunto era; entonces yo le dije que mi nombre yo no lo escribía en ninguna oficina dando declaraciones falsas a favor de nadie y que mucho menos sin saber sobre qué asunto se trataba; entonces el tipo ese Chepe se enojó conmigo y me trató hasta de infeliz y volvió y se fue y no lo había vuelto a ver por allá en Florida, hasta la presente".

Enfretandos Rojas y Orozco, éste sostuvo con la mayor entereza sus acusaciones contra Rojas, en tanto que éste incurrió en graves contradicciones que el funcionario registró en el acta de la diligencia; en ésta, además, confesó haber dirigido a Orozco el papel que la guardia de la cárcel le sorprendió, y por cuya importancia se transcribe en seguida:

"Don Juan —dice el papel, previa corrección de la gramática usada— el que lo mandó a traer fue Nabor, a ver qué andábamos haciendo el día que andábamos buscando el local. Diga que hallamos el local y que dio dos pesos de cuenta de una década para venirnos, que usted me iba a asistir en la comida, que yo iba a trabajar en 'El Arado', que yo no tengo compañías con usted como sí lo es, que si yo le he ofrecido algo diga que no. Usted es un declarante de mí, con buena declaración suya salgo. Si le preguntaran que si yo le he ofrecido vino, diga que no. Muy atento, Chepe Rojas".

A este importante documento —se observa— ni a la explicación que dio sobre su origen y propósito, no hicieron la menor referencia en sus fallos ni el Juez ni el Tribunal.

Rojas muy hábilmente quiso sugerir que el motivo de la acusación hecha contra él se había inspirado en motivos políticos; así, acusó a Morales de haberlo invitado el miércoles a asaltar a un individuo de opuesta ideología que tenía mucha herramienta, asalto que debía realizarse la noche del mismo día; y así también, presentó —con resultado contraproducente— los nombres de los componentes de las directivas de su partido, a fin de que ellos acreditaran su honestidad. Guillermo Barney no recuerda que Rojas haya trabajado en su hacienda; Arcesio Polanco apenas lo conoce de vista; Hernando Salamanca se abstuvo de declarar sobre su conducta porque sólo lo conoce de vista; Jorge Prado, dice que es la primera vez que ve a Rojas y por ello nada puede decir; Guillermo Escobar, que no lo ha visto sindicado de ningún delito, y Bernardo Cadavid, que lo perdió de vista hace tres años, pero que antes era bueno su manejo.

c) Decisión del recurso

La posición de Morales en frente a la de Rojas, deducida de las afirmaciones de uno y otro mutuamente acusatorias, de los testimonios de Beltrán y Orozco y de quienes, bajo juramento, se

refirieron al comportamiento de los dos procesados, esa posición (se repite) relativamente a la responsabilidad, no admite parangón con la de Rojas.

Rojas, así como pretendió comprometer a Orozco, quiso hacerlo con Morales, explotando dos hechos singulares: el arrendamiento de la pieza de Morales a Rojas y el hallazgo del café en dicha pieza. Pero la entereza, precisión y firmeza con que Morales describe sus relaciones con Rojas, las graves y desconcertantes contradicciones en que Rojas incurrió, especialmente en los careos con Morales y Orozco, y la sinceridad, valor y espontaneidad con que los Beltrán presentaron la actividad de Morales, y éste y Orozco la de Rojas, conducen a privar de valor —en el grado que los falladores les dieron— a las actividades y explicaciones, altamente sospechosas, del último.

Rojas, en efecto, en la indagataria y en el careo con Morales, incurrió en tan graves y palpables contradicciones, que es inexplicable por qué sus afirmaciones fueron la base de la condena (de Morales); si en la primera diligencia afirmó que aquél había entrado al café a las tres y media, que había partido para Florida el lunes por la mañana, y que el miércoles se hallaba en Pradera, en el careo dijo que fue las cinco y media la hora de entrada del café, y que el lunes y miércoles había permanecido en Pradera; éstas, fuéra de otras graves contradicciones en cuanto a la llegada en camioneta el miércoles y regreso a Florida, pues si primero aseguró que se había devuelto, en la otra ya admitió que se había quedado en Pradera. El papel que dirigió a Orozco, por otra parte, presenta a Rojas empeñado en complicar a Morales y Beltrán por una parte, y a Orozco por la otra.

Hay otro hecho, finalmente, que induce a devaluar la presunción admitida por el fallador: éste deduce la culpabilidad de Morales, entre otros hechos, de que no hubiera dado cuenta a la autoridad de la existencia del café; Morales afirma que lo avisó, pero el Juez —no obstante la petición de aquél— no trajo la prueba al proceso.

El estudio comparativo que de las afirmaciones de Rojas y Morales de una parte y las de Beltrán y Orozco por la otra se ha hecho, sugiere la convicción de que Rojas, interesado en demostrar su inocencia en detrimento de la de Morales, no merece la credibilidad de que quiso revestir sus afirmaciones, y en cambio, ese propósito —dadas sus contradicciones consigo mismo y con Bernal y Orozco especialmente— dio mayor consistencia legal a la confesión de Morales que, por tal razón, es aquí de carácter indivisible.

No constituyendo, pues, indicios los hechos imputados a Morales (arriendo de la pieza a Rojas y transporte del café a casa de Beltrán), ni presunción de concierto anterior, se concluye que la prueba no es —como lo prescribe el artículo 203— plena, y entonces prospera el recurso y debe absolverse al procesado.

En consecuencia, la Córte 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, RESUELVE:

A) **Invalidar,** como en efecto **invalida,** la sentencia del Tribunal Superior de Cali, del veintitrés de septiembre del año pasado, por la cual condenó a Nabor Morales, a la pena de diez y ocho meses de prisión, por el delito de robo de bienes de Jesús María Castro, cometido en la población de Pradera el veintitrés de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, y

B) **Absolver,** como en efecto **absuelve,** al mismo procesado Nabor Morales por el mismo delito.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LOS IMPEDIMENTOS TIENEN UN CARACTER EMINENTEMENTE PERSONAL.—IMPEDIMENTOS DEL PROCURADOR DELEGADO EN LO PENAL—CUANDO ESTE FUNCIONARIO ESTA IMPEDIDO NO LO ESTA TAMBIEN, POR ESE SOLO HECHO, EL PROCURADOR GENERAL

Aunque el Procurador Delegado en lo Penal no comparece ante la Corte "por sí", sino, como la expresión lo indica y la propia ley lo enseña, "bajo la dirección del Procurador General", cuando el primero de estos dos funcionarios está impedido para actuar en un determinado proceso, porque en él concurre alguno de los motivos o causales previstos por el Código de Procedimiento Penal, el impedido es sólo el Procurador Delegado, mas no también el Procurador General, porque los impedimentos son de carácter eminentemente personal, como lo enseña la doctrina.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El señor Procurador Delegado en lo Penal se declara impedido para conocer del presente negocio, por haber intervenido como asesor jurídico del Comandante de la Brigada de Institutos Militares.

El criterio sobre la aplicación de las penas expuesto por el funcionario fue acogido en los Consejos de Guerra en todos los procesos en que hubo de colaborar. Y como la demanda impugna precisamente la pena impuesta, se siente ligado a la controversia, pues cree que ya ha emitido su opinión sobre el asunto materia del proceso.

El ordinal 3º del artículo 73 del código de procedimiento penal consagra como causal de impedimento o recusación el "haber dado consejo o manifestado opinión sobre el asunto materia del recurso".

Y, realmente, si el señor Procurador Delegado en lo Penal estuvo desempeñando el cargo de asesor jurídico en los Consejos de Guerra Verbales que juzgaron a los procesados, dio consejos o, quizás mejor, emitió su concepto u opinión sobre el asunto materia del proceso, en lo referente a la aplicación de las sanciones, como es forzoso creerle al funcionario que se declara impedido.

No parece conveniente que en este recurso extraordinario intervenga como representante de la sociedad quien estuvo desempeñando el mismo cargo en las instancias, pues, como la Sala lo ha dicho, la ley quiere que en el estudio de fondo de los procesos intervenga personal distinto en sus diversas etapas, esto es, en cada instancia y en los recursos extraordinarios, con el fin de asegurar un mayor acierto en las decisiones judiciales.

Por supuesto que como la comparecencia del Procurador Delegado en lo Penal no la hace ante la Corte "por sí", sino, como la expresión lo indica y la propia ley lo enseña, "bajo la dirección del Procurador General", el impedido es aquél y no éste y así debe declararse (artículo 11 de la ley 83 de 1936), porque los impedimentos son eminentemente de carácter personal, como lo enseña la doctrina.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara probado el impedimento alegado por el señor Procurador Delegado en lo Penal, doctor Luis Zafra, y lo separa, en consecuencia, del conocimiento de este negocio.

Comuníquese al señor Procurador General de la Nación para lo de su cargo.

Córrase el traslado ordenado en providencia de veintidós de agosto último al señor Procurador General de la Nación.

Notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NO ES INDISPENSABLE QUE EL JURADO EMPLEE EN SUS RESPUESTAS LA PALABRA "SI" O LA PALABRA "NO"—LO UNICO QUE IMPORTA ES QUE ESAS RESPUESTAS NO SEAN AMBIGUAS O EQUIVOCAS. — COPARTICIPACION CRIMINOSA.—LA COMPLICIDAD CORRELATIVA, LO MISMO QUE TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS, DEBE SER RECONOCIDA EXPRESAMENTE POR EL JURADO CON INCLUSION DE SUS PRESUPUESTOS ESENCIALES

1. — La ley (artículo 29 de la Ley 4 de 1943) impone ciertamente al jurado la obligación de responder con un "Sí" ó con un "No" las cuestiones que el Juez le propone; pero lo que ello significa es la afirmación o negación en una forma tal, que excluya la posibilidad de una respuesta equívoca o ambigua.

2.—La coparticipación criminosa —de acuerdo con la doctrina de los artículos 19 y 20 del estatuto penal— presenta estas figuras: la del que toma parte en la ejecución del hecho o presta al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el delito no habría podido cometerse, y la del que coopera de cualquier otro modo o presta —en cumplimiento de promesas anteriores— una ayuda posterior.

3.—La complicidad correlativa, como circunstancia modificadora de la responsabilidad, debe ser expresamente reconocida por el jurado con inclusión de sus presupuestos esenciales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Pedro Mayorga Ordóñez mediante apoderado especial y fundado en las causales primera y tercera de casación, impugna la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga del trece de octubre del año pasado, por la cual —con aplicación de los artículos 33, 363 y 404 del Código Penal— fue condenado a la pena de veinte años de presidio por el delito de homicidio, en la especie de asesinato, cometido en la persona de Eusebio Cardozo Martínez, en el sitio de "El Espejo", Municipio de Rionegro, la noche del once de enero del año antepasado (1949).

Sometido el recurso al procedimiento de los artículos 563 a 566 del estatuto procesal, y presentadas oportunamente la demanda y su respuesta, la Corte lo decide en este fallo, previo examen de las tesis expuestas por el Tribunal, el Procurador y el demandante.

I. — El proceso contra Mayorga

La noche del diez de enero del año ya citado (1948) Luis Cubides y su esposa Cristina Hernández, casualmente vieron que frente a su casa, en las inmediaciones de Rionegro y en la carretera que une a Bucaramanga con esta población, un hombre sujetaba a otro yacente indefenso en tierra, lo golpeaba y le daba vueltas en acto de sacarle algo de los bolsillos, hasta que —dejándolo exánime y entre una charca de sangre— se alejó sin que en aquel momento lo hubieran conocido. Luis Cubides fue al pueblo (Rionegro) inmediatamente e informó a las autoridades, las que —minutos después— iniciaron la correspondiente investigación penal.

En ella se estableció: que horas antes habían estado bebiendo en la cantina de Pedro Mayorga —cerca del sitio donde se halló con siete puñaladas en diversas partes el cadáver de Eusebio Cardozo Martínez— varias personas: José del Carmen Gálvez, Pedro Rodríguez Malagón, José David Cristancho, Tomás Pabón Gil, Anita Franco y Alicia Paipa (esposa de Mayorga); que Cardozo (que ese día recibiera gruesas sumas de dinero en negocio de ganados) se embriagó hasta el extremo de haber caído en sueño profundo en la citada cantina, en la cual quedó solo con Mayorga después de que todos salieron; que recibió

a las autoridades, esa misma noche con vestido limpio y aplanchado distinto —según los testigos— al que sucio y arrugado llevara antes y que fue descubierto impregnado de sangre debajo de su cama; que en un baúl y entre algunas prendas de vestir también hallaron un cuchillo recientemente limpiado pero en forma tan deficiente, que aún tenía huellas de sangre, cuya causa los Mayorgas atribuyeron, sin resultado alguno, a una insignificante herida que la esposa de Mayorga se hizo en el dedo de una mano y, finalmente, que Cristina Hernández de Cubides, en la diligencia de reconocimiento e identificación, señaló a Pedro Mayorga como el hombre que vio golpeando y volteando al otro enfrente de su casa la noche del delito.

Cerrada la investigación, se dictaron las providencias y se realizaron los actos de obligatoria ejecución en procesos de esta naturaleza, entre los cuales los siguientes:

a) El auto del Juez 3º Superior del Distrito de Bucaramanga, de nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, mediante el cual decidió proceder penalmente contra Pedro Mayorga Ordóñez, por homicidio cometido para consumar el robo y poniendo a la víctima en condiciones de inferioridad, de conformidad con los numerales 3º y 5º del artículo 363 del estatuto penal, y también sobreseyó temporalmente en favor de Tomás Gil y definitivamente en favor de José del Carmen Gélvez Gélvez y Pedro Rodríguez Malagón;

b) El auto del Tribunal Superior del mismo Distrito, del veinte de septiembre del mismo año, mediante el cual confirmó el del primer grado, con la reforma de que es la circunstancia 6ª del artículo 363 y no la 5ª, la aplicable a Mayorga;

c) La primera cuestión propuesta al jurado, sobre si Pedro Mayorga Ordóñez es responsable de haber ocasionado la muerte a Eusebio Cardozo Martínez por medio de siete heridas producidas con instrumento corto punzante, una de ellas de carácter esencialmente mortal, con la ubicación y consecuencias que se leen en la correspondiente diligencia de autopsia, hecho cometido como entre las once y las doce de la noche del once de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, en un lugar ubicado a inmediaciones del sitio denominado "El Espejo", en las afueras de la población de Rionegro, sobre la carretera que de allí conduce a Bucaramanga, y en la ejecución de tal hecho obró el acusado con el propósito de matar; cuestión ésta contestada sólo en los siguientes términos: **"Tomó parte en el homicidio junto con otras personas".**

d) La segunda cuestión, sobre si el hecho a que se refiere la pregunta anterior lo cometió el acusado para facilitar la consumación de otro delito; cuestión contestada así: **"Sí, junto con otras personas"**;

e) La cuestión tercera, sobre si el hecho lo cometió el acusado abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, contestada así: **"Las circunstancias de estar muy embriagado y de ser manco el occiso facilitaron la comisión del hecho"**;

f) La cuestión cuarta, sobre si Pedro Mayorga Ordóñez es responsable de haberse apoderado de bienes muebles ajenos, consistentes en dinero, de propiedad de Eusebio Cardozo Martínez, por medio de violencia a la persona del mismo, hecho cometido en el sitio y hora ya indicados; cuestión así contestada: **"Sí, en compañía o junto con otras personas"**;

g) La cuestión quinta, sobre si el acusado Mayorga cometió con armas el hecho mencionado en la cuestión anterior, así contestada: "Sí, junto con otras personas";

h) La sentencia de primer grado, del once de agosto del año pasado, por la cual —con aplicación de los artículos 33, 363 (3º y 5º) y 404 del Código Penal— se impuso al procesado Mayorga la pena de veinte años de presidio;

i) La sentencia de segundo grado, del trece de octubre del mismo año, mediante la cual confirmó la de primero con la reforma dicha, y

j) Autos del tres de noviembre del año pasado y once de enero del presente, mediante los cuales el Tribunal concedió y la Corte admitió, respectivamente, el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado.

III. — La demanda y su respuesta

Se resumen, en seguida, las razones que, para fundar las causales invocadas, en la demanda se expusieron.

A) Causal primera

Se afirma que la sentencia del Tribunal es violatoria de la ley penal a causa de su indebida aplicación, por las consideraciones siguientes:

a) La respuesta dada a la primera cuestión,

("tomó parte en el homicidio junto con otras personas"), es vaga e imprecisa, se limita a decir que Mayorga es un copartícipe sin precisar si como autor o cómplice o auxiliar o encubridor o con ayuda distinta, según lo prevé el artículo 20 del Código Penal;

b) El juzgador, no obstante la falla acabada de anotar, aplicó el artículo 19 que señala la pena que corresponde al autor del delito cuando, para su consumación, se presta "un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse", sin que tal circunstancia se hubiera demostrado en el proceso, reconocido por el jurado o analizado en la sentencia;

c) Mayorga fue condenado como único responsable con responsabilidad de coautor, no obstante que a Cardozo se causaron siete heridas de las cuales sólo una esencialmente mortal y que —según el Jurado— los autores fueron varios, sin que pueda saberse cuál de ellos fue el ejecutor material de la lesión;

d) La disposición aplicable, por lo tanto, es el artículo 385 y no el artículo 19, ya que el mismo Jurado reconoció que el delito se cometió por varios sin que hubiera determinado el grado de intervención de Mayorga, y

e) Las razones anteriores, relativas al grado de participación en el homicidio, se extienden al robo, delito que no fue comprobado, "porque —dice la demanda— se carece de la estructuración de él, ya en cuanto a las cosas robadas, ya en cuanto al ejecutor de él, ya en cuanto al aprovechamiento que de ellos hiciera, ya en cuanto a la propiedad de los objetos de que se dice se apoderó violentamente el acusado; de modo que —termina— "la sentencia es violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma, pues aplicó sanción punitiva a un hecho que no ha existido legalmente".

B) Causal tercera

"El fallo recurrido —se afirma en la demanda— se excedió de la calificación que el jurado dio en su veredicto. Por sí y ante sí, prescindiendo del tenor literal y de la forma esencial del veredicto, el Juez y el Tribunal condenaron a Mayorga Ordóñez como autor principal de homicidio y robo, cuando el Tribunal de hecho no le dio esa calificación sino que se limitó a decir que tomó parte en los hechos "junto con otras personas". Como el Jurado no reconoció el carácter de autor o coautor del homicidio y del robo, le dio el de cómplice simplemente, los preceptos aplicables serían los de los artículos 20 y 385 y no los artículos 363 y 404 del Código Penal.

C) Respuesta a la demanda

No acepta el Procurador Delegado las objeciones que se han hecho a la sentencia. Sus razones se sintetizan en seguida:

En cuanto a la violación del artículo 385, por la omisión en aplicarlo, advierte que el veredicto no estructuró los elementos de la complicidad correlativa, no obstante la insistencia del defensor para que declarara la ignorancia o desconocimiento del verdadero autor del homicidio, rompiendo así aquella complicidad en favor del acusado.

En cuanto al desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, con referencia a la coparticipación delictuosa, expresa la tesis de que el hecho de que sean varios los concurrentes al delito, no quiere decir que no tengan el grado de coautores o cómplices necesarios cuando la colaboración prestada ha sido decisiva y esencial en la vida del ilícito. Participar en el hecho punible, sin que se distinga el grado de participación como en el caso **sub judice**, es reconocer que la responsabilidad de Mayorga se halla dentro del artículo 19 del Código Penal "que cabalmente emplea esa expresión ("tomar parte") para diferenciar al autor del mero cómplice secundario o accesorio de que trata el artículo 20 ibidem".

III. — Estudio del recurso

Los cinco puntos a que se refiere la demanda pueden concretarse a éstos: si la omisión del adverbio "Sí" al contestar la primera cuestión es tan vaga, que no es posible precisar el grado en que Mayorga participó en el delito; si el veredicto contiene o no la figura de la complicidad correlativa, y si se comprobó el delito de robo.

El primer punto no tiene el alcance que se le ha dado en la demanda. La ley (artículo 29, Ley 4ª de 1943) impone ciertamente al jurado la obligación de responder con un "Sí" o un "Nó" las cuestiones que el Juez le propone; pero lo que ello significa es la afirmación o negación en una forma tal, que excluya la posibilidad de una respuesta equívoca o ambigua. Entre la frase Mayorga "tomó parte en el homicidio junto con otras personas" y la frase "Sí es responsable

junto con otras personas", no existe la imprecisión o vaguedad que impidan fijar el grado de la participación.

La coparticipación delictuosa —de acuerdo con la doctrina de los artículos 19 y 20 del estatuto penal— presenta estas figuras: la del que toma parte en la ejecución del hecho o presta al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el delito no habría podido cometerse, y la del que coopera de cualquier otro modo o presta —en cumplimiento de promesas anteriores— una ayuda posterior. El Jurado, en este caso, no pudo referirse a la segunda figura, es decir, a la del auxilio a los autores, porque ella ni siquiera se planteó en el proceso; menos se refirió a las otras, esto es, a las relativas a la complicidad secundaria, pues fue claro y explícito al afirmar que Mayorga "tomó parte (o participó) junto con otros" en el delito, estructurando así la figura principal del artículo 19, en oposición a la secundaria del artículo 20 sostenida en la demanda.

La complicidad correlativa, propuesta y explicada ahincada aunque ineficazmente por el defensor en la audiencia, no fue aceptada por el Jurado, porque ella, cuando se reconoce, debe ser configurada en el veredicto con toda claridad y precisión, esto es, con expresión de todos sus presupuestos, como lo fue en el del Jurado en que se controvirtió la responsabilidad de Juan Lizcano y Crescenciano Herrera en el Distrito Judicial de Bucaramanga, y que el demandante invoca en apoyo de su tesis. Tal figura de la complicidad tampoco surge del diagnóstico de una herida esencialmente mortal entre otras que no lo fueron, porque el fenómeno nace de la imposibilidad de determinar el verdadero autor de la lesión cuando los agresores fueron varios, y no de la duda de que hubiera más de uno como en el caso sub judice. Observa la Sala, para realzar más su tesis, que los esposos Cubides, únicos testigos presenciales del ataque a Cardozo, sólo vieron un hombre, y ese hombre —según el reconocimiento en rueda de presos —fue Mayorga. El autor material fue, pues, uno, y en esa realidad debió fundar su decisión el Jurado al imputar a Mayorga el carácter de coautor, descartando así en forma definitiva la suposición del demandante, con tanto mayor razón cuanto que los presuntos coautores fueron sobreseídos (temporalmente Pabón, y definitivamente Gélvez y Rodríguez).

La objeción relativa a la inexistencia jurídica del robo no es pertinente, por la obvia razón de que ella concierne al cuerpo del delito, causal que si incluída entre las enumeradas en la Ley 118 de 1931, fue excluída en la nueva ley procesal en los juicios con jurado.

IV. — Decisión del recurso

Del estudio aquí hecho de los motivos de impugnación de la sentencia, se derivan las siguientes conclusiones:

a) La omisión del adverbio "Sí" en la respuesta del Jurado a la primera cuestión afirmó el carácter de coautor principal contenido en la expresión de que "tomó parte junto con otros";

b) La complicidad correlativa, como circunstancia modificadora de la responsabilidad, debe ser expresamente reconocida por el jurado con inclusión de sus presupuestos esenciales, y

c) La sanción del delito, considerado su autor como coautor y no como cómplice correlativo, no implica violación alguna de la ley penal, como la calificación en el grado del artículo 19 tampoco implica oposición entre el veredicto y la sentencia.

En consecuencia, 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 Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, por la cual condenó a Pedro Mayorga Ordóñez a la pena de veinte años de presidio por el delito de homicidio en Eusebio Cardozo Martínez, cometido en las inmediaciones de la población de Rionegro la noche del once de enero del año antepasado (1949).

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

PARA QUE PUEDA COMPUTARSE LA CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PELIGROSIDAD PREVISTA POR EL NUMERAL 2º DEL ARTICULO 37 ES NECESARIO QUE EN EL PROCESO ESTEN ACREDITADAS LAS CONDENACIONES ANTERIORES, JUDICIALES O DE POLICIA, POR MEDIO DE LAS COPIAS DE LAS SENTENCIAS EJECUTORIADAS, EXPEDIDAS POR LOS FUNCIONARIOS COMPETENTES Y CON EL LLENO DE LAS FORMALIDADES LEGALES

Las declaraciones sobre mala conducta anterior del reo y aún la confesión de éste de haber estado detenido por infracción a las leyes, no es prueba que acredite el haber sido condenado por asuntos judiciales o de policía, con anterioridad al delito por el que se le juzga, que es a lo que se refiere claramente el artículo 37, numeral 2º del Código Penal. Con frecuencia sucede que un sujeto detenido preventivamente por hechos delictuosos que se le imputan, posteriormente es favorecido con una sentencia absolutoria o con un sobreseimiento definitivo. De ahí que haya sido doctrina constante de la Sala de Casación Penal de la Corte, la de que la prueba pertinente o principal que sirve para acreditar las condenaciones anteriores, son las copias de las sentencias ejecutoriadas expedidas por funcionarios competentes y con el lleno de las formalidades legales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de nueve de diciembre del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, condenó a José Efraín Valencia Gallego a la pena principal de cuatro años y seis meses de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Angel María Posada García.

Contra este fallo se interpuso recurso de casación. Se recibió el concepto del señor Procurador, 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 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 1ª—Mala aplicación de la ley penal.

Afirma el demandante que el Juez y el Tribunal al adaptar la pena al acusado Valencia Gallego, responsable de un delito de homicidio cometido en riña imprevista —según el veredicto del Jurado— le impusieron un aumento de seis meses, fundándose para ello en la mala conducta anterior del acusado, y dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 37, numeral 2º del Código Penal.

"En los autos —dice el demandante— no hay constancia alguna de que Valencia haya sido condenado por delito o culpa, con anterioridad al hecho delictuoso que se le imputó y por el cual fue juzgado; y es doctrina repetida de la H. Corte Suprema de Justicia la de que la mala conducta debe estar acreditada con copias de fallos condenatorios, con algo real".

Se considera:

Efectivamente, el señor Juez Tercero Superior de Medellín, en sentencia de 2 de junio de 1950, confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior, al adaptar la pena al acusado Valencia Gallego, manifiesta que éste dice que ha sido sindicado por lesiones personales, delito por el que fue detenido, "y aunque no se logró traer al proceso la constancia de la condenación que sufrió, sí debe tenerse esta circunstancia como de mayor peligrosidad al tenor del numeral 2º del artículo 37 del C. P., pues ella dice relación a su mala conducta anterior".

Por manera que teniendo en cuenta los juzga-

dores de instancia la circunstancia de mayor peligrosidad de que se ha hablado, "y tomando el mínimo total de la sanción establecida por los artículos 362 y 384 (4 años de presidio), esta pena de cuatro años de presidio habrá de aumentarse en seis meses". Es decir, que este último aumento se debió a la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el artículo 37, numeral 2º del estatutc penal, deducida en contra del acusado. La agravación de la pena por este concepto es lo atacado por el demandante en casación, pues, considera que ello implica una violación del artículo 37, numeral 2º del Código Penal, que expresamente se refiere al hecho de "haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía".

El Tribunal afirma que la circunstancia de mayor peligrosidad en referencia, tiene en el proceso respaldo probatorio dado que varios testigos presentan al acusado como sujeto de anterior mala conducta, advirtiendo que no se logró traer a los autos constancia alguna relacionada con antecedentes judiciales o de policía.

Los señores Marco Tulio y José Vicente Giraldo, quienes deponen acerca de la personalidad del acusado, manifiestan que, "es muy provocativo con todo el mundo, los insulta mal cuando está borracho, es pobre, ignorante, trabajador de la tierra, de regular familia y le ayuda a sus padres".

Además, el propio acusado en su indagatoria confiesa que ha sido sumariado porque lo han sindicado por peleas, pero no recuerda que haya sido condenado.

Las declaraciones sobre la mala conducta anterior del reo y aún la confesión de éste de haber estado detenido por infracción a las leyes, no es prueba que acredite el haber sido condenado por asuntos judiciales o de policía, con anterioridad al delito por el que se le juzga, que es a lo que se refiere claramente el artículo 37, numeral 2º del Código Penal. Con frecuencia sucede que un sujeto detenido preventivamente por hechos delictuosos que se le imputan, posteriormente es favorecido con una sentencia absolutoria o con un sobreseimiento definitivo. De ahí que haya sido doctrina constante de esta Sala de la Corte la de que la prueba pertinente o principal que sirve para acreditar las condenaciones anteriores, son las copias de las sentencias ejecutoriadas, expedidas por funcionarios competentes y con el lleno de las formalidades legales. Cuestión que se echa de menos en el caso a estudio.

Estuvo mal aplicado el artículo 37, numeral 2º del Código Penal, que no sirve en este caso para aumentar la pena. El señor Procurador corrobora lo anterior al decir:

"No existiendo pruebas documentales acerca de la mala conducta delictiva del reo, precisa concluir que es errado el criterio del fallador al sostener que la mala conducta anterior de aquél, afirmada por testigos, sea suficiente para estructurar la circunstancia de mayor peligrosidad de que se ha venido tratando. Allí se habla concretamente de "condenaciones judiciales o de policía", expresión que no puede interpretarse extendiendo su significado a otra clase de situaciones".

Lo anterior indica que el cargo contra la sentencia recurrida en casación resulta probado. En consecuencia, como el aumento en seis meses de la pena impuesta al acusado obedeció a una errada interpretación de la ley penal sustantiva, debe reformarse dicho fallo reduciendo la sanción en la proporción anotada.

La causal 1ª alegada prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de nueve de diciembre del año próximo pasado, sólo en cuanto condenó a José Efraín Valencia Gallego a cuatro años y seis meses de presidio, por el delito de homicidio en Angel María Posada García, y en su lugar le impone —por el mismo delito— la de cuatro años de la misma especie.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

COMPETENCIA PARA CONOCER DE PROCESOS PENALES ADELANTADOS CONTRA ENFERMOS DE LEPRA

La circunstancia de que la ley (artículo 12 de la Ley 20 de 1927) haya dado al juez de circuito de los lazaretos competencia como de juez de superior, significa que ante éste han de seguirse los juicios contra los enfermos de lepra, aunque debieran corresponderle al juez superior de su distrito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal — Bogotá, once de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Debe emitir la Corte su concepto sobre el cambio de radicación de los procesos que se adelantan en el Juzgado 1º Superior de San Gil contra José Dolores Miranda (por homicidio en Ruperto Cala y Luis F. Gualdrón), contra Roberto Correa (por homicidio en Carlos José Ayala) y Ciro Antonio Pico (por homicidio en Luis Alberto Martínez).

Miranda y Pico se hallan recluídos en el lazareto de Contratación y Currea en el de Agua de Dios, como enfermos de lepra, pues así lo certifican las autoridades correspondientes.

Y la petición la hace el propio Juez 1º Superior de San Gil, apoyándose en ese motivo de la enfermedad y en el de hallarse recluídos en aquellos establecimientos.

Sobre ella ha de dar concepto favorable esta Sala de la Corte, porque una de las causas para hacer un cambio de radicación es "la enfermedad grave debidamente comprobada" y en este caso se halla establecida la dicha enfermedad.

Motivo que refuerza en este caso con la razón de que la presencia del enjuiciado en la audiencia es obligatoria (artículo 466 del C. de P. P.) y el inciso segundo del artículo 391 del Código de Procedimiento Penal se refiere solamente a las notificaciones.

De otro lado, la circunstancia de que la ley (artículo 12 de la ley 20 de 1927) le haya dado al juez de circuito de los lazaretos competencia como de juez superior, significa que ante éste han de seguirse los juicios contra los enfermos de lepra, aunque debieran corresponderle al juez superior de su distrito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, emite concepto favorable a la solicitud de cambio de radicación de los procesos de que se viene hablando.

Como los procesados están en distintos leprocomios, el Gobierno proveerá lo conveniente para que sean juzgados en los lugares de su actual residencia.

Cópiese, y devuélvanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

RECURSO DE HECHO.—EL QUE UN RECURSO DE CASACION SEA PROCEDENTE RESPECTO DE UNO O VARIOS DE LOS CONDENADOS EN UNA SENTENCIA, NO SIGNIFICA QUE POR ESE SOLO HECHO LO SEA RESPECTO DE TODOS

Para efectos de la viabilidad del recurso de casación y del acatamiento a las normas procedimentales que lo reglamentan, nada tiene que ver la circunstancia de que en determinados casos el recurso sea procedente respecto de alguno o algunos de los sentenciados en el mismo proceso y no lo sea respecto de otro u otros, pues estando todos ellos en situaciones jurídicas distintas en lo tocante a la responsabilidad y a las penas que les son oponibles, esa condición también los coloca en circunstancias distintas en lo que respecta a aquel recurso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El doctor Alvaro Leuro recurre de hecho ante la Corte, para que se le conceda el recurso de casación a sus representados Hernando Ardila García, Alejandrino Orrego Marín, Manuel A. García Peña y Víctor Hernando Monroy contra la sentencia del Comando Superior de las Fuerzas Militares que les impuso penas privativas de su libertad.

El peticionario presentó para respaldar su solicitud, los siguientes documentos: copia del auto que les niega el recurso de casación a sus representados; copia de la diligencia de notificación de este auto; copia del memorial presentado por los procesados interponiendo el recurso de reposición contra aquella providencia "y en subsidio copia de algunas diligencias para recurrir de hecho ante la Corte; copia del auto de fecha diez de julio pasado por el que se les niega la reposición interpuesta y se ordena expedir las copias solicitadas en el memorial de reposición; y copia de la notificación de este último auto a los procesados".

De acuerdo con el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, que reglamenta el recurso de hecho, el recurrente debe presentar al superior dentro de los tres días siguientes, más el de la distancia, con la copia de los documentos relacionados en el inciso segundo del artículo 513 ibidem, un escrito en que funde el derecho que cree tener a que se le conceda la apelación denegada, y el superior decide en vista de lo alegado y probado.

Los documentos a que aluden las normas antes citadas, son:

Copia de la providencia apelada, de las diligencias de su notificación, del escrito en que se interpone la apelación, del auto que la deniega y de cualquiera otra pieza que los interesados juzguen conveniente, debiendo el secretario que expida estas copias anotar la fecha en que las entrega al solicitante.

Como claramente se deduce de los apartes anteriores, los interesados no presentaron completos los documentos que exigen las disposiciones de procedimiento civil ya mencionadas. El peticionario doctor Leuro, afirma en el escrito presentado ante esta Superioridad, que las copias fueron entregadas únicamente al procesado García Peña y a los otros no se les hizo saber nada al respecto para que observaran los requisitos del artículo 514 del Código Judicial y de otro lado, esas copias no tienen la anotación de la fecha de su expedición, lo que lo coloca en dificultades para descontar los términos respectivos y estas formalidades ya no pueden cumplirse porque el expediente se encuentra al conocimiento de la Corte.

En vista de esta manifestación del interesado, con base en lo dispuesto por el artículo 515 del C. de Procedimiento Civil, se ordenó traer a los autos copia de los documentos no traídos por el peticionario y que se consideraron indispensables para formar juicio acerca de la legalidad del recurso.

De las piezas que en copia figuran en el expediente, aparece:

a) Que por sentencia de fecha ocho de mayo del año en curso, dictada por el Comando General de las Fuerzas Militares, se condenó al Teniente Hernando Ardila García, a la pena de **un año cinco meses de prisión, como responsable del delito de "sedición"**; a Alejandrino Orrego o Urrego, a la pena de **un año de arresto y multa de cuatrocientos pesos moneda corriente, como responsable del delito de "sedición"**; al Sargento Manuel A. García Peña, a la pena de **diez y ocho meses de prisión como responsable de los delitos de "sedición" y "extralimitación de funciones"**; y a Víctor Hernando Monroy, a la pena de **un año de prisión, como responsable del delito de "sedición"**.

b) Que el fallo a que se refiere el aparte anterior, fué notificado el día once de mayo del presente año y los sentenciados que ahora recurren de hecho, interpusieron apelación en el acto de la notificación de esa sentencia;

c) Que con fecha veintiseis del mismo mes de mayo, el Comando General de las Fuerzas Militares, negó a los procesados Hernando Ardila García, Alejandrino Orrego o Urrego, Manuel A. García Peña y Victor Hernando Monroy, el recurso de casación interpuesto por ellos contra la sentencia del mencionado Comando;

d) Que el veintiocho del citado mes, se notificó a dichos sentenciados el auto que les niega el recurso de casación;

e) Obra también en copia, un escrito de los procesados por medio del cual interponen reposición contra el auto antes mencionado y en subsidio "copia del mismo, de las diligencias de su notificación, de este escrito, del proveído en que se niegue el recurso", sin que aparezca la fecha de su presentación;

f) Igualmente aparece que con fecha diez de julio pasado, el Comando General de las Fuerzas Militares, resolvió la reposición interpuesta por los prenombrados sentenciados, negándola y ordenando que se les expidieran las copias por ellos solicitadas; y

g) Finalmente, aparece la constancia de que las copias pedidas por los sentenciados, fueron entregadas personalmente a Manuel A. García, con fecha once de julio pasado.

Se considera:

El recurrente presentó ante la Corte con las copias ya indicadas, el escrito en que funda el derecho que cree tener a que se le conceda la apelación denegada el día 27 de julio del presente año, es decir, trece días después de que fueron entregadas las copias, o lo que es lo mismo, fuera del término señalado por el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil para la introducción del recurso de hecho.

En cuanto a la procedencia del recurso, el Código de Justicia Penal Militar dice en el artículo 233, que el recurso de casación se interpone ante la Corte Suprema de Justicia por el Fiscal o por el procesado personalmente o por medio de su defensor, contra las sentencias condenatorias de segunda instancia, en los procesos militares por delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

En el caso presente, en la sentencia condenatoria de segunda instancia dictada por el Comando Superior de las Fuerzas Militares, se condenó a los procesados Ardila García, Orrego o Urrego, y Monroy, como responsables del delito de "sedición" y al procesado García Peña, como responsable de los delitos de "sedición" y "extralimitación de funciones". A los tres primeros, se les aplicó como norma violada con el delito, el numeral 2º del artículo 135 del Código de Justicia Penal Militar (Decreto Nº 1125 de 1950), que señala como pena máxima privativa de la libertad personal, la de dos años de prisión; y al último de los procesados, se le sentenció por los delitos de "asonada" y "extralimitación de funciones", aplicándole el numeral 2º del mencionado artículo 135 del Código antes citado relacionándolo con el artículo 33 del Código Penal ordinario, normas que señalan como pena máxima privativa de la libertad personal cuatro años de prisión.

Por lo tanto, los delitos porque se sentenció a los procesados que recurren de hecho ante la Corte, tienen señalada en las disposiciones penales que les aplicaron, una pena privativa de la libertad personal, cuyo máximo es inferior a cinco años, por lo que de acuerdo con el citado artículo 233 del Código de Justicia Penal Militar, no procede el recurso de casación contra la sentencia dictada en este proceso por el Comando Superior de las Fuerzas Militares.

La tesis del representante de los procesados de que deben tenerse en cuenta los ilícitos que dieron lugar al proceso para determinar si la sanción cae dentro de los límites de lo dispuesto

por aquella disposición, es inaceptable. Es cierto que el negocio se inició por homicidio, sedición, abuso de autoridad y extralimitación de funciones, pero en la sentencia de segunda instancia, a cada uno de los acusados se le declaró responsable, no por todos esos delitos, sino por alguno o algunos de ellos y de acuerdo con las disposiciones violadas por los hechos porque a cada cual se le declaró responsable, se les dedujo la pena correspondiente. Y es esta situación jurídica personal de los procesados, la que sirve de base para determinar si de acuerdo con el artículo 233 en cita, tienen derecho o no a que se les conceda el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia. Además de lo anterior, el recurso procede contra las sentencias de segunda instancia por delitos que tengan señaladas penas privativas de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años y no contra los procesos en que esas sentencias se hubieran dictado.

Para efectos de la viabilidad del recurso y del acatamiento a las normas procedimentales que lo reglamentan, nada tiene que ver la circunstancia de que en determinados casos el recurso sea procedente respecto de alguno o algunos de los sentenciados en el mismo proceso y no lo sea respecto de otro u otros, pues estando todos ellos en situaciones jurídicas distintas en lo tocante a la responsabilidad y a las penas que les son imponibles, esa condición también los coloca en circunstancias distintas en lo que respecta a aquel recurso.

De lo anterior se deduce, que el recurso de hecho interpuesto ante la Corte, no fué presentado dentro de los términos señalados por la ley y esta sola circunstancia sería suficiente, para no admitirlo. Y en cuanto a la denegación del recurso de casación por el Comando General de las Fuerzas Militares, en ello se procedió de acuerdo con la ley, porque a los procesados se les sentenció por delitos que tienen señalados en la ley penal militar, sanciones privativas de la libertad personal inferiores a cinco años.

Por lo expuesto, la Corte Suprema Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley **no admite** el recurso de hecho interpuesto contra el auto del Comando General de las Fuerzas Militares de fecha veintiseis de mayo del año en curso y en lo relativo a la negativa del recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia dictada por el mismo Comando, estima que está bien denegado.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Jorge E. Gutiérrez Anzola, Conjuez—**Julio E. Argüello**, Secretario.

TECNICA DE CASACION — REQUISITOS DE LA DEMANDA

La casación, como medio extraordinario de restablecer el derecho desconocido en el fallo, fija sistemas conducentes y adecuados a obtener ese restablecimiento, y sin cuyo uso la impugnación es ineficaz. Esos sistemas comportan exigencias de tiempo y exigencias de contenido y de forma, lo que significa que si no se interpuso el recurso ni se formuló la demanda en el tiempo legal, ni ésta fue elaborada con estricta sujeción a los presupuestos de validez que la ley le fija, caduca el derecho en el primer caso y se desecha el recurso en el segundo.

La demanda de casación —prescribe el art. 531 del estatuto procesal civil, aplicable a la casación penal por mandato del art. 7º del procesal pénal— debe contener lo siguiente:

a) La síntesis de los hechos que constituyen el tema del debate;

b) La determinación de la causal en que el recurso se sustente;

c) Los fundamentos jurídicos de la causal alegada; y

d) La referencia a las normas legales que se crea fueron violadas en el fallo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Alejandro Rojas Gutiérrez (49 años, albañil, casado, con nueve hijos) por medio de su defensor interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, del treinta de Octubre del año pasado, por la cual —con aplicación de los Arts. 37 (4º, 6º y 7º) 38 (3º) y 374 (2º) del Código Penal— fué condenado a la pena de cinco años de presidio, por el delito de lesiones en Elena Villada (20 años, de Manizales, casada) cometido la noche del veinticuatro de julio del año antepasado (1949), en la ciudad de Cali.

Cumplidas ya las exigencias de los Arts. 563 a 566 del estatuto procesal penal, se decide el recurso en el siguiente fallo, previo resumen de los motivos y circunstancias del delito y de las tesis del Procurador y el recurrente.

A) El delito y el proceso

El sexagenario Rojas, quien vivía en La Cumbre con su mujer y sus nueve hijos legítimos, conoció allí mismo a Elena Villada; pasado poco tiempo, resolvieron establecerse en Cali, y tomaron una pieza en la casa Nº 24-35 de la carrera 1ª de dicha ciudad.

La noche del veinticuatro de julio citada —según la denuncia— al acostarse Rojas y la Villada, comenzó aquél a hacerle el reclamo de que ya no la quería, en tal estado de desesperación, que comenzó a llorar. La Villada, temiendo que su amante pudiera hacerle algún daño, vista la cólera que lo dominaba, salió de la habitación, a la cual regresó poco tiempo después confiada en que estaría ya tranquilo.

No fué así, sin embargo, y al entrar en la habitación, Alejandro le sujetó y atacó intempestivamente con una navaja barbera con tánta sevicia y crueldad, que le infirió catorce heridas en diversas partes, entre éllas en la mejilla derecha, en el mentón izquierdo, en la oreja del mismo lado, en el tórax, en los brazos, en el costado izquierdo, y en los dedos índice y pulgar de la mano derecha.

Estas lesiones dejaron a la Villada, como consecuencias, las siguientes: dos cicatrices en la mejilla izquierda de carácter permanente y grave, otra en la región mentoniana permanente y leve, otra en el tórax de veinte centímetros de larga muy dolorosa y de carácter permanente y grave, pérdida funcional parcial de carácter permanente del dedo índice derecho por lesión del tendón del flexor correspondiente, y "dada la multiplicidad de las heridas —dictaminaron los Médicos Legistas— la mayor parte de éllas graves con lesión de tejidos musculares y vasos sanguíneos y

por ende las hemorragias intensas producidas, le queda a la lesionada un estado anémico muy grande que exige un tratamiento tónico continuo y bien dirigido".

Rojas —se añade— al ver a su amante en tal estado y creyendo que la había matado, quiso degollarse con la misma arma, y se causó una herida de diez y siete centímetros en derredor del cuello.

No obstante que Rojas asumió una posición negativa, ya que planteó su defensa alegando un estado de embriaguez aguda que no le permitió darse cuenta del acto, la investigación destruyó la leyenda y fué llamado a juicio sin reconocimiento de circunstancia alguna modificadora o exculpativa. El Juez, por causa de la perturbación funcional permanente del dedo, lo condenó a dos años de presidio, que el Tribunal, con base en los Arts. 37 (4ª, 6ª y 7ª) y 38 (1ª y 3ª) y en la gravedad y modalidades del hecho, aumentó a cinco años de la misma pena.

B) La demanda

El demandante solamente invocó la primera causal. En su apoyo presentó las razones que se transcriben en seguida y, que son toda la demanda. Dice ésta:

"1º—Por la sentencia antes mencionada del 26 de Abril de 1950, el Juzgado tercero penal de este Circuito, condenó a Alejandro Rojas Gutiérrez a la pena principal de dos años de presidio, por el delito de lesiones personales de que hizo víctima a la mujer de nombre Elena Villada;

"2º—Tuvo el señor Juez en cuenta para aplicar la pena mencionada, al tenor del artículo 374, inciso 2º que en contra del acusado no concurrieron circunstancias de mayor peligrosidad y sí circunstancias de menor peligrosidad, como la buena conducta anterior, el haber obrado por celos Rojas, es decir, por pasión excusable; y la embriaguez voluntaria;

"3º—El Tribunal en la sentencia que demando del 30 de octubre de 1950, no comparte el criterio del inferior, y le deduce a Rojas las circunstancias de mayor peligrosidad, sin fundamento alguno, de que tratan los ordinales 4º, 6º y 7º, del artículo 37 del Código Penal, para condenarlo a la pena de presidio de cinco años, (qué horror, y qué error), teniendo en cuenta la graduación a que se refiere el artículo 39 de la misma obra.

"Conforme a los hechos anteriores y habida cuenta que el Tribunal violó la Ley Penal en su artículo 374, inciso 2º del Código Penal, que establece una pena de presidio, cuando la perturbación funcional o psíquica fuere permanente, de dos años como mínima y de seis años como máxima, acuso la sentencia del honorable Tribunal de Cali del 30 de octubre de 1950, como violatoria de la Ley penal, por **indebida aplicación de la misma**, de acuerdo con la causal primera a que se refiere el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, para que esa Honorable Corte remedie el error judicial en que incurrió el Tribunal condenando excesivamente a mi defendido Alejandro Rojas Gutiérrez, con manifiesta violación de la Ley Penal".

El Procurador General, por su parte, conceptúa que no debe casarse la sentencia, por cuanto si el recurrente presentó una tesis —la violación de la ley penal— no la fundó en forma alguna.

C) Decisión del recurso

El motivo de impugnación de la sentencia, como parece deducirse de la demanda, no es precisamente la violación del Art. 374 porque haya debido aplicarse otro y no ese, sino porque se aumentó la pena por causa de las circunstancias de mayor peligrosidad que le fueron imputadas. Son éstas —según el fallo recurrido— los deberes especiales que le imponían las relaciones con la amante, la mayor insensibilidad moral manifestada en el modo de ejecución del delito y el abuso de las condiciones de inferioridad de la víctima.

Pero la casación, como medio extraordinario de restablecer el derecho desconocido en el fallo, fija sistemas conducentes y adecuados a obtener ese restablecimiento, y sin cuyo uso la impugnación es ineficaz. Esos sistemas comportan exigencias de tiempo y exigencias de contenido y de forma, lo que significa que si no se interpuso el recurso ni se formuló la demanda en el tiempo legal, ni ésta fué elaborada con estricta sujeción a los presupuestos de validez que la ley le fija, caduca el derecho en el primer caso y se desecha el recurso en el segundo.

La demanda de casación —prescribe el Art. 531 del estatuto procesal civil, aquí aplicable por mandato del Art. 7º del procesal penal— debe contener lo siguiente:

a) La síntesis de los hechos que constituyen el tema del debate;

b) La determinación de la causal en que el recurso se sustente;

c) Los fundamentos jurídicos de la causal alegada, y

d) La referencia a las normas legales que se crea fueron violadas en el fallo.

La demanda, en el presente caso, no se subordinó a aquellas perentorias exigencias. Si el recurso se dirigía a comprobar la violación del Art. 374 (2º) por indebida aplicación o errónea interpretación, era indispensable demostrar que no hubo perturbación funcional permanente; y si se alegaba la violación de los Arts. 36 y 37, entonces era igualmente necesario demostrar que las circunstancias imputadas no tenían existencia legal.

No puede reconocerse, por lo tanto, que el recurrente haya justificado y fundado la causal que enunció, y en estas condiciones es de obligada aplicación el Art. 569 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador General, **no casa** la sentencia del Tribunal Superior de Cali por la cual condenó a Alejandro Rojas a la pena de cinco años de presidio por el delito de lesiones en Elena Villada, cometido la noche del veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVINO EL JURADO

Según doctrina que la Corte ha venido reafirmando constantemente desde hace varios años, la causal segunda de casación es improcedente en los juicios en que intervino el jurado, porque su admisión llevaría a la declaración de contraevidencia del veredicto con los hechos procesales, que es una causal de casación que, si existente en la ley anterior, fue expresamente eliminada de la nueva.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Jorge Antonio Nieto (nacido en Bogotá hace treinta y cuatro años, casado con Ana Isabel Jiménez, latonero, alfabeta), por medio de su defensor interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del diez y ocho de diciembre del año pasado, por la cual —con base en los Arts. 37 (2º) y 363 (1º) del estatuto penal— lo condenó a la pena principal de diez y seis años de presidio por el delito de homicidio en Ana Rosa Jiménez (afín en línea recta, primer grado), cometido en la ciudad de Bogotá la tarde del cuatro de abril del año antepasado.

Cumplidas las prescripciones de los Arts. 563 a 566 del estatuto procesal penal, la Corte decide el recurso en este fallo, previa referencia al delito y a sus modalidades y a las tesis de las partes (Procurador y demandante).

A) Causas y modos del delito

La causa y origen del delito el procesado Nieto los atribuye a la occisa Ana Rosa Jiménez, madre natural de su esposa Ana Isabel Jiménez, por su indebida intromisión en el hogar, la que —desde el matrimonio entre Jorge y Ana Isabel en 1941 en la Iglesia Parroquial de Las Aguas —varias veces había causado la separación de los esposos. El día del ataque, después de que Nieto había estado tomando cerveza con algunos amigos fué a casa de su suegra Ana Rosa, parece que llamado por ésta, y al entrar —según Graciela Jiménez y María Emma Ruiz— lanzó una puñalada al vientre de Ana Rosa, la cual por causa de la lesión murió al día siguiente.

Nieto se presentó voluntariamente y confesó ser el autor del delito, explicando que obligado por la actitud de su suegra, quien al presentarse aquél, lo recibió cuchillo en mano en acto de atacarlo y como le arrebatara el arma, élla lo agredió con una varilla, en cuyo instante Nieto le dió el golpe fatal. Esta versión también la afirman Antonio Tovar Díaz y Guillermo La Rotta, diez meses después, durante el tiempo de prueba del juicio.

B) El proceso contra Nieto

Calificado el delito en la especie de asesinato, por causa del vínculo de afinidad entre víctima y victimario (primer grado en línea directa), en el juicio se ejecutaron los actos y se dictaron las providencias que a continuación se enuncian:

a) La única cuestión propuesta al Jurado, si Jorge Antonio Nieto es responsable —sí o no— de haber causado una herida con arma cortante y punzante, de naturaleza mortal en la persona de su afín en primer grado Ana Rosa Jiménez, a consecuencia de la cual falleció, sorprendiendo a su víctima en condiciones de indefensión;

b) La respuesta del Jurado, según la cual "sí es responsable, pero no sorprendió a la víctima en condiciones de indefensión";

c) La sentencia del Juez 4º Superior de Bogotá, del veinticuatro de julio del año pasado, por la cual —con base en el Art. 363 (1º)— condenó a Nieto a quince años de presidio, y

d) La sentencia del Tribunal del mismo Distrito, del diez y ocho de diciembre del año pasado, por la cual —por haber sido condenado Nie-

to anteriormente— le aumentó la pena a diez y seis años.

C) La demanda

Por tres motivos —que corresponden a los establecidos en los numerales primero, segundo y quinto del Art. 567 del estatuto procesal— fué objetada la sentencia. De sus fundamentos se hace la siguiente síntesis:

En cuanto a la primera: el fallador de última instancia incurrió en violación de las normas siguientes: del Art. 25 (Numeral 2º), violación que —se afirma en la demanda— "es flagrante"; de los Arts. 382 y 384 de la misma obra, dejados de aplicar, "pues es bien claro, que según las pruebas allegadas a los autos —explica la demanda— las modalidades previstas por las disposiciones citadas hacían obligatorio al fallador su aplicación, en consecuencia, **ponerse en contra del veredicto del Jurado"** (Subraya la Sala); de los Arts. 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, por errónea interpretación, por cuanto el Tribunal, al decir que "no se puede afirmar que el veredicto sea claramente contrario a la verdad o evidencia procesal ni en cuanto a la responsabilidad ni en cuanto a la circunstancia calificadora que negó" y que "debe, por tánto, aceptarse, y con él se tiene la plena prueba del elemento subjetivo del delito", al afirmar el Tribunal ésto —se repite— "se infiere, añade el demandante, que aquél "considera el veredicto del jurado como un extraño nuevo medio probatorio por cuya virtud se puede hacer plena la prueba que antes era semi-plena", lo que es —termina— "un error fundamental".

La causal segunda surge —afirma el demandante— de estos hechos: de haber dado valor probatorio, en cuanto al vínculo de afinidad entre victimario y víctima, opuestamente a lo ordenado por las Leyes 57 de 1887 y 92 de 1938, al certificado de matrimonio de Jorge Antonio Nieto y Ana Isabel Jiménez (válido sólo en cuanto a éstos), y a los testimonios de ésta, de María Emma de Ruiz y de Raimundo Castañeda, y surge también la causal segunda, de la negativa de valor a los testimonios de Antonio Tovar Díaz y Guillermo La Rotta sobre ataque en legítima defensa, con la aplicación del Tribunal de que "jamás se hizo referencia de ellos en el expediente, comparecieron a los diez meses...".

En cuanto a la causal quinta, apenas dice que "la sentencia no expresa, como se ha afirmado, qué hechos y por qué están probados".

El Procurador General, en un estudio conciso de la demanda, pide no se case la sentencia, ya porque la causal invocada como primera no tiene relación con ninguna de las enumeradas en el Art. 567 y omitió la demostración de los cargos, ya porque la segunda no tiene aplicación en los juicios por jurado, ya porque en la sentencia se enunciaron y fundaron los hechos que el Tribunal consideró acreditados.

D) Estudio del recurso

No obstante que la demanda, en sus requisitos de forma y contenido, fué elaborada sin sujeción a las normas de los Arts. 7º del Código de Procedimiento Penal y 531 del de Procedimiento Civil, lo que —según el Procurador— justifica su rechazo, la Corte (usando de un criterio amplio y con fines doctrinarios) expone en seguida las razones que motivan la confirmación del fallo recurrido, no sin examinar separadamente cada causal.

a) Causal primera

El demandante concreta la violación de la ley penal a los Arts. 25 (2º) y 384 del estatuto penal y 203 y 204 del procesal penal, lo que quiere decir que Nieto —según la demanda— cometió su delito: o por la necesidad de defender su vida, honor o bienes, de una violencia actual o injusta, o por haber sorprendido a la víctima o a su copartícipe en ilegítimo acceso carnal mediando entre aquélla y el victimario el vínculo determinado en la ley penal, o en riña suscitada de modo imprevisto.

Estas objeciones afectan la decisión del Jurado, el que —no obstante la persistencia del defensor y del vocero no acogió la hipótesis de la legítima defensa. Las otras, esto es, la del homicidio cometido en el momento (o después) de sorprender la víctima o el cómplice en el acto carnal y la de la riña imprevista, ni siquiera se enunciaron ante el Jurado, a no ser que el demandante creyera —lo que es irrazonable que la presunta participación de la occisa en la infidelidad conyugal de su hija puede asimilarse al móvil determinado en el Art. 382 del estatuto penal.

Estas objeciones, al ser admitidas, sólo podrían conducir a que el Jurado emitió un veredicto

opuesto a la evidencia procesal, esto es, a que la Corte así lo declarara, lo que implicaría la creación de una causal que si existente en la ley de casación anterior, fué expresamente eliminada de la nueva.

El Tribunal, finalmente, aplicó la norma penal pertinente, de acuerdo con la calificación que el Jurado, según su convicción, dió a los hechos, como lo ordena el Art. 480 del estatuto procesal, sin que —como lo supone el demandante— pueda decirse que el veredicto constituye "un extraño nuevo medio probatorio" por cuanto el Jurado no está sometido, en cuanto a la certeza, a la misma pauta impuesta a los Jueces.

No habiendo, pues, relación alguna entre la causal primera y las objeciones expuestas, no prospera.

b) Causal segunda

Siendo evidente que los fundamentos presentados para sustentar esta causal, referentes éllos a la errada apreciación de las pruebas concernientes al vínculo de afinidad entre víctima y victimario y también de los testimonios de Tovar y La Rotta en cuanto al motivo que impulsó a Nieto a atacar a la Jiménez, afectan también el veredicto, llevarían (tales fundamentos) a la declaración de veredicto contraevidente, y por consiguiente, a la admisión de la causal segunda en esta especie de juicios, opuestamente a una doctrina cada día más reafirmada, es necesario concluir que no es aquí pertinente la mencionada causal.

c) Causal quinta

La demanda, en esta parte, se limitó a la simple y escueta enunciación de la causal, sin exponer ninguna razón; pero vista la sentencia, tánto en su contenido como en su forma, no puede decirse que se haya infringido, en su conjunto, lo que dispone el Art. 159 del estatuto procesal penal.

Por carencia de fundamento tampoco, pues, prospera esta causal.

e) Fallo de la Corte

Del estudio precedente se deduce: que el Tribunal dictó su sentencia de acuerdo con la calificación que hizo el Jurado (Art. 480); que en su redacción se subordinó a la Ley (Art. 159), y que la apreciación de los hechos —en los procesos por Jurado— corresponde a los Jueces de instancia. No se justifica, pues, el recurso.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador General, **no casa** la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del diez y ocho de diciembre del año pasado, que condenó a Jorge Antonio Nieto Lombana, a la pena de diez y seis años de presidio por el homicidio en Ana Rosa Jiménez, cometido en Bogotá el catorce de abril del año antepasado (1949).

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE CONCUSION

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

Por apelación debe revisar esta Sala de la Corte la sentencia de 6 de septiembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Pamplona condenó a **Pedro Alvarez Peña** a la pena principal de cinco años de prisión, a las accesorias legales y a pagar los perjuicios causados por el delito, que fue el de concusión, cometido como juez en lo penal del circuito de Ocaña.

Hechos

El señor Pedro Alvarez Peña desempeñó el Juzgado Penal del Circuito de Ocaña, en interinidad, desde el 29 de septiembre de 1941 hasta el 1º de septiembre de 1942.

Entre los asuntos que cursaban en su despacho, figuraba uno contra Juan de la Cruz Romero Díaz, por imputaciones hechas contra Valentín Piñeros Andrade, en el cual Romero Díaz fue llamado a juicio por auto de 17 de junio de 1942. Y como el señor José Isidoro Quintero supiera que el juez y Valentín Piñeros Andrade estuvieran en entendimiento para perjudicar a Romero Díaz, se dirigió a su hijo Emiro Quintero Chica para que averiguara con aquéllos lo que pudiera estar ocurriendo.

Efectivamente, Quintero Chica le escribió al juez preguntándole por el negocio y éste le contestó una carta, con fecha de 23 de julio del mismo año (1942), en la cual, entre otras cosas, le dice lo siguiente:

"Referente al asunto de que trata tu carta te diré esto: que aunque es cierto que se dictó auto, no vale la pena afanarse tanto, para mí lo que me parece más práctico es que arregle eso lo más pronto, pues más tarde puede tener complicaciones y bastante perjudiciales; esto te lo cuento por tratarse de ti; dile a ese señor que si se compromete a conseguirme un juzgado o un puesto regular allá que yo me encargo de que desaparezca todo eso sin que quede rastro e inclusive se lo puedo entregar a él si quiere, eso se lo dices como cosa tuya... el puesto que sea con tal que el sueldo no sea muy malo sino superior al que estoy ganando aquí, que sea igual; tú sabes mucho de eso, y es lo más le conviene a él que se quite ese pereque de encima si no quiere tener más dolores de cabeza... mira si no han quitado la Inspección del Trabajo de Convención me gustaría ese puesto y es muy fácil conseguirlo...".

Llegada la carta a manos de Romero Díaz, formuló la denuncia ante la Procuraduría y se inició el proceso.

Actuación.—El Tribunal Superior de Pamplona, en providencia de 11 de octubre de 1945, dictó auto de proceder contra el sindicado, por el delito de concusión, auto que esta misma Sala de la Corte confirmó en el de 13 de septiembre de 1946.

Finalmente, el Tribunal, en la sentencia que ahora se revisa, condenó al ex-juez Alvarez Peña a las sanciones indicadas al principio.

Pruebas. — Comprobado está, según ya se advirtió, que el señor Pedro Alvarez Peña desempeñó el juzgado del circuito de Ocaña de 1941 a 1942.

El doctor Emiro Quintero Chica declara haber recibido la carta en esta ciudad de Bogotá y que presume que sea del señor Alvarez Peña, tanto por estar firmada por él como por haberle escrito preguntándole por el asunto de que en ella habla.

Alvarez Peña niega haber escrito la carta, pero admite que tenía relaciones de amistad con Quintero Chica, que era su condiscípulo y que ha mantenido con él correspondencia sobre asuntos corrientes de amigos, pero niega también que hubiera dictado el auto de proceder contra Romero Díaz en el proceso que se le seguía.

"Mas la autenticidad de esa carta es indubitable —dijo la Procuraduría al solicitar la confirmación del auto de proceder— si se tienen en cuenta los siguientes hechos: el estar escrita en

papel con membrete del Juzgado a cargo de Alvarez Peña; el referirse éste en tal documento a otra carta que le había dirigido a su amigo y condiscípulo Emiro Quintero Chica, carta cuya finalidad ya se sabe, no era otra que la de averiguarle por el proceso contra Romero Díaz; las buenas relaciones que llevaban Alvarez Peña y Quintero Chica, que hace perfectamente verosímil el que este último le pidiese al primero informes sobre ese negocio; y, finalmente, la prueba pericial del Gabinete Central de Identificación y Grafología de la Policía Nacional sobre las firmas usadas por Alvarez Peña y la firma contenida en la carta enviada a Quintero Chica".

De lo anterior aparece probado el cargo de concusión, porque estando encargado de un oficio público se valió de él para inducir a un tercero a prometerle un beneficio, esto es, que le consiga un empleo a cambio de hacer desaparecer el expediente. Eso es una constricción psicológica que se complementa con la frase que emplea de que es una forma práctica de evitar "complicaciones bastante perjudiciales" el conseguirle el puesto "lo más pronto" "si no quiere tener más dolores de cabeza". Tales frases son una verdadera amenaza hecha con el propósito de conseguir una utilidad mediante un procedimiento ilícito.

"Jugaba aquí el propósito —dice la Procuraduría— de atemorizar a Romero Díaz, anunciándole consecuencias perjudiciales para su causa, con la aspiración del juez de obtener, por ese medio, una ventaja, consistente en la consecución de un cargo que le fuera mejor remunerado del que estaba desempeñando".

Lo cual encaja dentro del artículo 156, que sanciona con prisión de uno a seis años al funcionario o empleado público o al encargado de un servicio público que, abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquier otra utilidad.

Obra, pues, en el proceso, la plena prueba de la infracción y la de que el acusado es responsable de ella y, por tanto, el fallo tenía que ser condenatorio (artículo 203 del C. de P. P.).

Pena aplicable.—"Dentro de los límites que el código de las penas señala para el delito de concusión —comenta el señor Procurador— esto es, de uno a seis años, la sanción debe aplicarse en su máximo grado, habida consideración de las circunstancias del delito y las condiciones del delincuente.

"La responsabilidad del agente Alvarez Peña se encuentra particularmente agravada por sus antecedentes judiciales. Obra en los autos (cuaderno 3º, folio 7 v.), copia de la sentencia de 5 de noviembre de 1945 proferida por el mismo Tribunal contra Alvarez Peña, por los delitos de peculado y falsedad. Y en ella, se hace referencia a sus antecedentes de depravación y libertinaje. Y no hay para qué insistir acerca de los motivos determinantes del hecho delictuoso que se sanciona. La personalidad del reo se revela así como socialmente peligrosa".

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 sentencia apelada de que se ha venido hablando, pero la modifica en el sentido de elevar a seis años la pena de prisión a que fue condenado Pedro Alvarez Peña, y al mismo tiempo las accesorias temporales que han de durar el mismo tiempo que la principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL. — TESTIMONIO.—QUE LO CONFIGURA. APLICACION DE LAS SANCIONES EN PROCESOS CON INTERVENCION DEL JURADO

1.—No toda manifestación de una persona, cualesquiera que hayan sido las circunstancias en que la hubiera exteriorizado, le da a esa persona el carácter de testigo y a sus dichos el valor de prueba testimonial. Es necesario, para que esa manifestación asuma este carácter, que esté acompañada de aquellas condiciones y formalidades establecidas por la ley, con miras a conseguir la veracidad y sinceridad de las afirmaciones de quien depone y su absoluta imparcialidad acerca de la realidad objetiva de sus percepciones.

De ahí que, en el caso presente las manifestaciones hechas por un miembro del Jurado en el curso de la audiencia pública, no tengan el carácter de un testimonio ni pueda sostenerse que al hacerlas, aquel Jurado asumiera la calidad de testigo en el negocio dentro del cual se llevaba a cabo la audiencia.

2.—En varias sentencias la Corte ha sostenido que si en la celebración del juicio y en relación con las partes que en él intervinieron, se observan todas las formalidades procedimentales y además aquellas disposiciones que reglamentan los juicios por Jurado, es indudable que en esa clase de actos se llenan todas las condiciones exigidas por la ley, y si algún Jurado viola una norma de conducta, esto sólo da lugar a la responsabilidad personal de éste, pero no implica el cercenamiento de las garantías constitucionales a que el acusado tiene derecho. También ha dicho la Corte que la falta de discreción de los ciudadanos encargados transitoriamente de la misión de juzgar, puede resultar extravagante o reñida con su elevada misión, pero no conduce necesariamente a declarar la nulidad del juicio en que ocurre un incidente de esa naturaleza.

En los juicios en que interviene el Jurado, al Juez de derecho corresponde únicamente aplicar las sanciones al delincuente, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que acompañen al agente y su personalidad, pero en lo tocante a los hechos con las circunstancias que los especifiquen o modifiquen, tiene que atenerse rigurosamente a la calificación que haga el Jurado. Así lo ha repetido la Corte en numerosos fallos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Pamplona por sentencia que tiene fecha cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, condenó a José o José Antonio Afanador Portilla como autor de la muerte de Antonio Ramírez Arias ocurrida en la población de Silos el día veintidós de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, a la pena principal de ocho años de presidio.

Contra esta sentencia interpuso el recurso de casación el defensor del procesado y su representante legal en el escrito de demanda presentado ante la Corte, invoca las cáusales cuarta, primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

Aparece de las constancias procesales, que a eso de las dos de la mañana del día veintidós de diciembre del año de mil novecientos cuarenta y seis, a la casa de Antonio Ramírez Arias, ubicada dentro del poblado del municipio de Silos, entraron el mencionado Ramírez Arias y José Afanador Portilla, el primero porque allí tenía su pieza de habitación y el segundo, porque en esa casa

residía su concubina Flor de María Rodríguez. Parece que aquellos dos sujetos habían estado entregados en horas anteriores a repetidas libaciones de cerveza y al entrar al dormitorio de Ramírez Arias, se ocuparon del negocio de un revólver que el uno ofrecía en venta al otro. Por causa de este negocio, se suscitó entre ellos una fuerte discusión y Afanador Portilla abandonó la pieza de Ramírez, pero poco después se oyeron varios disparos de revólver y al acudir las personas que se habían dado cuenta de los hechos, encontraron caído en la puerta de la sala y en estado agónico al precitado Ramírez Arias.

Por este hecho, fue llamado a responder en juicio criminal por los trámites en que interviene el jurado, José Antonio Afanador Portilla por el delito de homicidio en la persona de Antonio o José Antonio Ramírez Arias, providencia que dictó el Juzgado Superior de Pamplona con fecha diez y seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho. Apelado que fue este auto, el Tribunal Superior de la citada ciudad, lo confirmó, reformándolo en el sentido de excluir en la comisión del hecho la modalidad de atenuación especial consagrada por el artículo 28 del Código Penal.

Vuelto el asunto al Juzgado Superior, el proceso se adelantó con las formalidades propias de los asuntos de su clase y la audiencia pública se llevó a cabo el día trece de junio de mil novecientos cincuenta. A los Jueces de conciencia les fue presentado el siguiente cuestionario:

"¿El acusado José Afanador o José Antonio Afanador Portilla, es responsable sí o nó, conforme al auto de proceder, de haber ocasionado la muerte a Antonio Ramírez Arias o José Antonio Ramírez Arias mediante lesiones personales descritas en la diligencia de autopsia que corre al folio 15 del expediente, hecho sucedido dentro del área urbana de la población de Silos, en las primeras horas de la madrugada del día veintidós de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis y en la ejecución de tal hecho procedió el acusado con el propósito de matar?".

El Jurado contestó por unanimidad: "Sí".

Las causales de casación invocadas por el defensor del procesado, se examinarán en el orden indicado al comienzo de esta providencia, que es el mismo en que las enuncia la demanda.

CAUSAL CUARTA — **Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.**

Para demostrar esta causal, el actor diserta sobre el contenido de la norma consignada en el artículo 26 de la Constitución Nacional, según la cual "nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", principio cuyo significado y alcance se dirige a tutelar los derechos y garantías individuales y constituye el criterio que debe seguirse para interpretar la ley, así se trate de los juicios civiles o de los penales, pues la violación de tal principio da lugar a sanciones que se concretan, cuanto se trata de la materia penal, en las nulidades procedimentales contempladas por los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Agrega que, el precepto constitucional en referencia está implícito y actúa en todas las reglas del procedimiento en una actitud de constante vigilancia para encauzarlas al derecho y al amparo de las garantías del procesado. Que en tratándose de los juicios en que interviene el Jurado, entre los preceptos que se informan en aquel principio constitucional y que tienen en mira conseguir la absoluta imparcialidad de los juzgadores, se hallan los que tratan de los impedimentos para desempeñar el cargo de Jurados, los que señalan la manera de sortearlos y las condiciones que deben reunir, el que les exige imparcialidad absoluta evitando cualquier motivo que perturbe la tranquilidad de su conciencia, etc.

Y refiriéndose al hecho principal que sirve de base a la causal cuarta de casación alegada, relata que en la celebración del juicio, el Fiscal en su segunda intervención, rechazó las declaraciones sobre buena conducta del procesado Afanador Portilla, porque en concepto de tal funcionario eran copia de ellas y agregó que, tenía que aclarar una alusión del defensor respecto de la señora del procesado, cuando había dicho que éste había sido desafortunado hasta en su matrimonio por haberlo abandonado su mujer y que ésta "se perdió", pues tenía conocimiento personal de que había sido abandonada por el esposo y actualmente residía en la casa de una familia honorable que la había recogido", ya su cuerpo encorbado y sus cabellos blanqueados, después de haberle ayudado a labrar la fortuna que hoy po-

see" y que como el vocero del procesado, advirtiera a dicho Fiscal, que no había prueba de tal afirmación, el Jurado señor Ramón Cuéllar, dijo que a él le constaba lo que aquel funcionario afirmaba, que sabía donde vivía dicha señora y que de ello tenía íntima convicción.

Tomando asidero en este incidente, dice el actor, que de acuerdo con el artículo 493 del Código de Procedimiento Penal, no pueden ser jurados en determinada causa, los que hubieren sido peritos o testigos en el proceso y al tenor del artículo 37 del Código Penal, ordinal 1º, los antecedentes de depravación y libertinaje constituyen una circunstancia de mayor peligrosidad que conduce a agravar la pena al procesado, de tal suerte que, la demostración de la buena o mala conducta influye en la penalidad en forma substancial y la prueba de esos antecedentes la dio el Jurado Ramón Cuéllar, actuando como testigo y por esta circunstancia, desde ese momento quedó impedido para actuar como Jurado de acuerdo con aquella norma procedimental, pero como continuó actuando, se incurrió en nulidad, pues el Jurado no estuvo completo y en estas condiciones, no se juzgó al procesado con la plenitud de las formas del juicio, según el mandato constitucional en cita.

Igualmente manifiesta, que hace notar algo relacionado con la nulidad por incompetencia de jurisdicción de que trata el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, porque en la notificación del auto de proceder de primera instancia, hecha por el secretario al Fiscal, no se lee sino "impuesto firma", y la palabra "apela" está colocada después de la firma de dicho Fiscal, por lo que no quedó incluída en la diligencia. De esto deduce que, no hubo apelación de la providencia notificada, puesto que esa palabra ha podido ser puesta en cualquier tiempo y entonces, el Tribunal no adquirió jurisdicción para revisar el auto de proceder.

El señor Procurador General de la Nación, al contestar el traslado, refiriéndose a la causal que se analiza, dice que lo ocurrido en la audiencia celebrada para juzgar al procesado, sólo constituye una irregularidad que puede acarrear responsabilidad a quien protagonizó el incidente, pero no un motivo suficiente para invalidar el proceso; que si la actitud indiscreta del Jurado Ramón Cuéllar, hubiera tenido la gravedad que ahora se le da, ha debido entonces intentarse su remoción de acuerdo con las disposiciones legales que autorizan esa medida, pero en aquella oportunidad, el defensor se limitó a dejar constancia del hecho y nada más. Sostiene que la indiscreción del Jurado señor Cuéllar, no tenía eficacia para pedir su reemplazo inmediato y a lo sumo, sería susceptible de la sanción que establece el artículo 529 del Código de Procedimiento Penal, pues por lo demás no emitió un concepto fundamental sobre la responsabilidad del reo, sino "sobre un hecho personal del mismo, ajeno al cuestionario que debía absolver posteriormente, como que juega exclusivamente con circunstancias accesorias de la exclusiva apreciación del juez de derecho".

En apoyo de sus puntos de vista alude a las doctrinas de la Corte, en las que ésta ha sostenido la validez de los procesos afectados por esa clase de incidentes entre el público y los jurados o entre éstos y los defensores o el Fiscal, y así, en la casación de Jeremías Córdoba, se abstuvo de invalidar el juicio seguido contra este procesado, no obstante haberse probado que en el acto de la audiencia pública el defensor disputó agriamente con uno de los jueces de conciencia. Agrega que, por la época en que se dictó el fallo antes mencionado, ya regía la doctrina de que esa clase de irregularidades no merman las garantías constitucionales ni comportan motivos de nulidad, y concluye afirmando que el cargo hecho por tal concepto contra la sentencia recurrida, no prospera.

Y en cuanto al otro cargo con base en la misma causal cuarta, relacionado con la incompetencia de jurisdicción, la crítica que hace es tan sutil, que la sola lectura del artículo 187, inciso 2º, basta para disipar toda duda respecto de la actuación procesal en referencia y debe descartarse la eficacia de esa acusación.

Se considera:

El primer cargo que se hace contra la sentencia recurrida, con base en la causal cuarta de casación, en lo que dice relación al hecho afirmado por el actor es inobjetable, ya que según las actas de las audiencias públicas el incidente entre uno de los Jurados y el vocero del procesado, efectivamente se presentó. En efecto, en dichas actas se lee:

"...Luégo agrega el orador que tiene que hacer una aclaración a alguna alusión que hizo el defensor respecto de la señora del procesado Afanador, cuando afirmó que su defendido había sido desafortunado hasta en su matrimonio por ha-

ber sido abandonado por su mujer y que ella se perdió, cuando dice el señor Fiscal tiene conocimiento personal de ella por residir en esta ciudad, abandonada de su esposo, en una casa de familia muy honorable que la recogió, ya su cuerpo encorvado y sus cabellos blanqueados, y después de haberle ayudado a su esposo a labrar la fortuna que hoy posee. En este momento el señor Vocero del procesado le advierté al señor Fiscal que el defensor no había hecho tal afirmación y que no habiendo ninguna constancia en el proceso acerca de lo que está afirmando, le pide que diga de donde saca tal afirmación, a lo cual el señor Jurado Ramón Cuéllar dijo que a él le constaba, que él sabía donde vivía, que lo que afirmaba el Fiscal era cierto y que tenía íntima convicción. En este estado el señor Vocero pide que se deje constancia de lo dicho por el Jurado Cuéllar en el acta, a lo cual éste replica que se ha referido al conocimiento personal que de dicha señora tiene...".

El numeral 4º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, establece que es causa de nulidad en los juicios en que interviene el Jurado, el figurar en la lista de los sorteados para integrar el Jurado, alguna persona que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar el cargo.

Y el artículo 493 ibidem, prescribe que no podrán ser Jurados en determinada causa, los que hubieren sido testigos en el proceso.

Según las alegaciones del demandante las disposiciones antes aludidas son las que le sirven de asidero para sostener que en el presente caso se da la causal cuarta de casación. Para sostener sus puntos de vista, el defensor arguye que el Jurado señor Ramón Cuéllar, por el hecho de haber afirmado durante los debates públicos, que a él le constaba lo que el Fiscal decía acerca de que el procesado había abandonado a su esposa después de que le había ayudado a "labrar la fortuna que hoy posee", se convirtió en un testigo en el proceso y por lo tanto, no tenía "las cualidades necesarias para desempeñar el cargo".

Testigo es la persona llamada a declarar acerca de la existencia y naturaleza de un hecho, es el individuo que se encuentra presente en el momento en que el hecho tiene ejecución. Con relación a la prueba, el testimonio no adquiere el carácter de tal, sino cuando el testigo habla y refiere lo que ha caído bajo la percepción de sus sentidos.

La ley procedimental consagra reglas especiales relativas a la admisión de los testigos, a las formalidades de que debe rodearse la recepción del testimonio, al orden y forma del interrogatorio, que debe emplear el funcionario investigador, etc., con el fin de garantizar en lo posible la verdad de los hechos afirmados y las circunstancias en que éstos tuvieron realización.

De suerte que, no toda manifestación de una persona, cualesquiera que hayan sido las circunstancias en que la hubiera exteriorizado, le da a esa persona el carácter de testigo y a sus dichos el valor de una prueba testimonial. Es necesario, para que esa manifestación asuma este carácter, que esté acompañada de aquellas condiciones y formalidades establecidas por la ley, con miras a conseguir la veracidad y sinceridad de las afirmaciones de quien depone y su absoluta imparcialidad acerca de la realidad objetiva de sus percepciones.

De ahí que, en el caso presente las manifestaciones hechas por el Jurado Ramón Cuéllar en el curso de la audiencia pública llevada a cabo para decidir de la responsabilidad del procesado Afanador Portilla por el homicidio porque se le llevó ante el Jurado, no tengan el carácter de un testimonio ni pueda sostenerse que al hacerlas, aquel Jurado, asumiera la calidad de testigo en tal negocio.

De otro lado, las manifestaciones hechas por el Jurado señor Cuéllar, no dicen relación al hecho que fué materia de la decisión de los Jueces de conciencia; ellas se concretaron de modo exclusivo a respaldar una afirmación del Fiscal relacionada con el conportamiento del procesado con su legítima esposa, lo cual nada tenía que ver con el hecho que era objeto de la decisión del Jurado.

La ley procedimental exige absoluta imparcialidad de los jueces de hecho en el cumplimiento de su misión y consagra como motivos de impedimento que pueden ser alegados por las partes, todas aquellas circunstancias que sean factores perturbadores de la tranquilidad de su conciencia y que den la posibilidad de que el veredicto no sea el resultado de una convicción sincera y desapasionada sobre la responsabilidad del acusado (Arts. 510 y 511 del C. de P. P.). Pero en el caso de autos, antes de la audiencia pública ninguna causal de impedimento pudo alegarse contra el Jurado señor Cuéllar y en cuanto al incidente en que intervino durante la audiencia, como ya se ha dicho, se concretó a un hecho ex-

traño a la materia que era objeto de la decisión de los jueces de conciencia, que no afecta la imparcialidad de su fallo; aún más, el hecho sobre que versó el incidente en que intervino aquel Jurado, ni siquiera fué tomado en cuenta por los Jueces de derecho al pronunciar las sentencias de primera y segunda instancias.

En varias sentencias, entre ellas las que cita el señor Procurador General de la Nación, la Corte ha sostenido que si en la celebración del juicio y en relación con las partes que en él intervinieron, se observan todas las formalidades procedimentales y además aquellas disposiciones que reglamentan los juicios por Jurado, es indudable que en esa clase de actos se llenan todas las condiciones exigidas por la ley y si algún Jurado viola una norma de conducta, esto sólo da lugar a la responsabilidad personal de éste, pero no implica un cercenamiento de las garantías constitucionales a que el acusado tiene derecho. También ha dicho, que la falta de discreción de los ciudadanos encargados transitoriamente de la misión de juzgar, puede resultar extravagante o reñida con su elevada misión, pero no conduce necesariamente a declarar la nulidad del juicio en que ocurre un incidente de esa naturaleza. (Sentencias de Casación de Miguel Angel Rivas Nieva y Jesús María Escobar G. J. Nos. 2025 a 2027 y 2048-2049, páginas 1021 y 515).

Y lo anterior, fué lo qué sucedió en el proceso contra Afanador Portilla, que de parte del Jurado Cuéllar hubo una falta de discreción al intervenir en uno de los incidentes de la audiencia sobre un antecedente del procesado extraño a lo que era objeto de sus decisiones, pero la conducta de aquel Jurado, si bien fué reñida con la alta misión que en esos momentos desempeñaba, está muy lejos de constituir una merma de las garantías constitucionales a que aquel procesado tenía derecho y consecuencialmente, no hay base para declarar la nulidad del juicio por esa causa.

En relación con la observación que hace el demandante acerca de la nulidad por incompetencia de jurisdicción, que no la presenta sino en forma muy ligera y con ausencia de una verdadera fundamentación consultando las constancias procesales se encuentra que a continuación de la diligencia de notificación al Fiscal del auto de proceder de primera instancia, este funcionario puso su firma y debajo de ésta, la palabra "Apela".

El inciso segundo del artículo 187 del Código de Procedimiento Penal, dice que la apelación de los autos interlocutorios se interpondrá de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres días siguientes. Y en el caso de autos, la apelación se interpuso por escrito por el funcionario notificado en el momento de la notificación, sin que sea argumento a favor de la inexistencia de ese recurso, el que la palabra "Apela", figure en la diligencia respectiva después de la firma del notificado, puesto que la diligencia en mención escrita en máquina por el secretario del Juzgado y la firma del notificado seguida de la palabra "Apela"; forman un solo acto, procesal. Sugerir que tal palabra ha podido ser puesta en cualquier tiempo, después de la notificación es un argumento desprovisto de todo fundamento probatorio.

Por consiguiente, la causal de casación alegada, no puede prosperar.

Causal primera

Mala aplicación de la ley penal

Invoca el actor como fundamentos de esta causal los siguientes:

a)—Que el artículo 28 del C. Penal, dice que cuando el hecho se comete en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo y que considera que esta circunstancia no es modificadora ni elemento constitutivo del delito, sino una circunstancia de menor peligrosidad, cuya apreciación no corresponde al Jurado sino al Juez de derecho y como a pesar de estar probada, no la tuvo en cuenta el Tribunal, se violó la ley penal por "infracción directa o aplicación indebida";

b)—Que en Afanador Portilla tuvo que haber un estado de ira o de intenso dolor, porque así se deduce de las pruebas del expediente;

c)—Que estando establecido el hecho de las provocaciones del occiso, el Tribunal por tratarse de "una atenuante" de la pena imponible ha debido tenerla en cuenta al determinar la sanción y como no lo hizo, violó el artículo 28 citado, porque dejó de aplicarlo y también infringió el artículo 362, porque sancionó el hecho como un homicidio no atenuado, cuando estaba disminuída la pena por el estado de ira o de intenso dolor.

A la anterior argumentación responde acertadamente el Procurador General de la Nación en la siguiente forma:

"La tesis expuesta por el recurrente es muy original, ya que se trata de asimiliar para su calificación de la excusa de provocación reconocida por el artículo 28 del Código Penal, con las demás circunstancias accesorias o elementos constitutivos del delito. En realidad, esto ocurre así tratándose de lesiones personales, pero no en lo tocante al homicidio.

"Y la razón es clara: en el segundo de tales ilícitos interviene el Jurado y a esta entidad toca pronunciarse, no solamente en lo que se refiere a la responsabilidad misma del acusado, sino en lo relativo a las circunstancias que puedan influir en la determinación de la sanción (Arts. 28 y 29 de la Ley 4ª de 1943 y 480 de P. P.).

"La excusa de provocación que estatuye y define el artículo 28 del Código Penal, se destaca con influencia poderosa en la vida del delito y de ahí que se la tenga como circunstancia modificadora de la responsabilidad y de la sanción. Por tanto, su reconocimiento en el caso de homicidio corresponde al Jurado y no al Juez de derecho.

"Cosa diferente ocurre con la calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, siempre y cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito (Art. 499 del C. de P. P.).

"En el caso **subjudice**, el Jurado afirmó con un simple 'sí' la responsabilidad del acusado (fl. 236). Luego la sentencia tenía que acomodarse a ese veredicto y de ahí que se abstuviera de reconocer la atenuante que, con tanto ahinco solicitaron los representantes judiciales del procesado Afanador".

Fuera de esto, la Corte ha repetido en numerosos fallos, que en los juicios en que interviene el Jurado, al Juez de derecho corresponde únicamente aplicar las sanciones al delicuente, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que acompañen al agente y su personalidad, pero en lo tocante a los hechos con las circunstancias que lo especifiquen o modifiquen, tiene que atenerse rigurosamente a la calificación que haga el Jurado.

Es, pues, inadmisible igualmente, la causal primera de casación.

Causal segunda

Errada interpretación de los hechos

Para sustentar esta causal, el demandante vuelve a sostener que la ira o el intenso dolor, no es una circunstancia modificadora de la responsabilidad, sino una modalidad que deben tener en cuenta los Jueces de derecho al determinar la sanción imponible al sentenciado; que en el expediente está demostrada esa circunstancia y aún en el caso de que existiera una duda, ésta ha debido interpretarse a favor del reo y rebajar la pena que se le impuso.

Fácilmente, se observa que lo que indujo al actor a alegar en casación la causal segunda tratándose de un proceso en que intervino el Jurado, es el concepto equivocado de que la circunstancia de la ira o el intenso dolor es una circunstancia de menor peligrosidad y no una circunstancia modificativa de la responsabilidad, como realmente lo es. En estas condiciones la crítica que hace al fallo recurrido por no haber tenido en cuenta la prenombrada circunstancia al determinar la sanción imponible al procesado, carece de base jurídica, porque a los Jueces de derecho cuando conocen con intervención de Jurado, no les corresponde calificar las circunstancias que modifican la responsabilidad y deben atenerse al aplicar las penas a las resoluciones de aquel Tribunal de conciencia.

Además de lo anterior, la causal segunda en procesos como el presente, carece de operancia, porque el recurso en estos casos especiales, no va al examen de los hechos, sino al estudio del fallo recurrido frente al derecho que se supone haber sido violado por la sentencia del Tribunal. Examinar las pruebas relativas a la responsabilidad o a las circunstancias que la modifican, conduciría a una declaración de contraevidencia del veredicto de los Jueces de conciencia, tema que es propio de los Jueces y Tribunales de instancia, pero no de la Corte, que no tiene facultad para hacer esa declaración.

En consecuencia, tampoco la causal antes mencionada puede prosperar, porque su examen y estudio en casación, no es pertinente en los pro-

cesos de que conocen los Jueces Superiores con intervención de Jurado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no invalida** la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de fecha cinco de diciembre del año pasado, que condena a José o José Antonio Afanador Portilla, como responsable de la muerte de Antonio Ramírez Arias a la pena principal de ocho años de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DOCTRINARIAMENTE NO TODA RIÑA PROVOCADA POR EL OCCISO ES UNA RIÑA IMPREVISTA.—CUANDO EN EL VEREDICTO SE RECONOCE LA RIÑA PERO SE OMITE O CALLA LO RELATIVO A SU IMPREVISION, SOLO PUEDE TENERSE COMO CIRCUNSTANCIA DE MENOR PELIGROSIDAD — LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DEBEN SER RECONOCIDAS EXPLICITAMENTE EN EL VEREDICTO, CON SUS ESPECIFICACIONES LEGALES O ELEMENTOS INTEGRANTES

1—No es doctrinariamente aceptable que toda riña provocada por el occiso equivalga, técnica y jurídicamente, a una riña imprevista, señalada en el Código Penal (art. 384) como circunstancia modificadora de la responsabilidad, porque precisamente ese hecho de la provocación significa que los elementos estructurales de la riña imprevista, esto es la no querida con antelación al hecho, ni buscada por el delicuente, se encuentran comprobados, desde luego que si existe alguna clase de provocación por parte del occiso, en forma alguna el contendor en el lance dentro del cual se cumple el delito, se halla desprevenido o indiferente al ataque que pueda venirle de su ocasional adversario.

2—En el Código Penal vigente no se da el carácter de circunstancia modificadora de la responsabilidad sino a la riña imprevista y reconocida de esta suerte, nítida y rotundamente, por el Jurado, sin el empleo de expresiones vagas, porque esa modalidad, para tener tal alcance dado por la ley, no puede quedar sujeta a la libre y arbitraria interpretación de los Jueces de derecho, cuando el Jurado por no atreverse a decidir de plano la controversia judicial para que se le convoca, como es su deber, se limita a dar una respuesta que en ningún momento ha sido objeto de encontrados pareceres, pues es apenas natural que su decisión deba recaer sobre hechos y circunstancias que por tener esa virtualidad y por estar dentro de la órbita precisa del juicio en conciencia, es procedente que al ser sometida a los Jueces de este carácter, sean ellos quienes la resuelvan, pero sin reticencias de ninguna especie, evitando así prolongar una controversia, en lugar de decidirla, como es su misión legal.

Pretender que en casos como éstos puede el Juez de derecho entrar en el examen de la realidad procesal para confrontar la decisión del Jurado con las pruebas del proceso, es desnaturalizar la misión de éste y equivale también a asumir una arbitraria actividad por parte del funcionario que debe decidir de conformidad con el derecho. Se desnaturalizaría la misión del Jurado, entre otros motivos porque al Juez le sería fácil prescindir de los términos del veredicto, tal como fueron consignados, para escudriñar su sentido íntimo con interpretaciones que en todo caso serían acomodaticias y que quitarían toda seriedad a la justicia, porque mientras unos Jueces así las consideran, otros, con idénticas razones o por diferentes causas, les negarían ese alcance, provocando entonces la inseguridad de las decisiones penales, que tendría graves repercusiones en la lucha contra el delito.

3—Cuando la ley exige determinados elementos para crear una figura jurídica con alcances dentro del juicio en orden a la mayor o menor responsabilidad que representa su existencia en un determinado caso, no es dable al fallador —cualquiera que sea, Juez de hecho o de derecho— modificar su estructura con figuras afines o con elementos que no se conjugan en todas sus partes con los creados por la ley.

4—Para que alguna circunstancia modificadora pueda tener validez y aceptación dentro del proceso en orden a la aplicabilidad de la pena pertinente, es preciso que sea reconocida explícitamente con sus especificaciones legales o elementos integrantes, en el veredicto del Jurado.

5—Si en el veredicto se afirma la riña y se omite o calla lo concerniente a la imprevisión, elemento esencial que la califica, para catalogar el hecho en el artículo 384 del Código Penal, es porque el JURI deliberada y expresamente calló esa circunstancia, pues en su ánimo no estuvo el reconocerla. Si en la respuesta se reconoce el factor riña, sin afirmar que ella se suscitó de un modo imprevisto para el acusado, esa declaración sólo puede tenerse como una circunstancia de menor peligrosidad, pero en ningún caso como elemento sustancial que atenúe la pena.

6—Cuando en una demanda de casación se alega la causal tercera, invocando el segundo miembro del numeral tercero del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esto es, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado, y al mismo tiempo se aduce también la causal primera por indebida aplicación de la ley penal, significa que en el recurso se formula de esta suerte una petición subsidiaria, puesto que la causal tercera toma entonces el carácter de principal dentro de la técnica de casación. Por lo mismo, al no prosperar las razones que se invocan con base en la causal tercera, tampoco consiguen distinta finalidad los argumentos aducidos en la primera, sobre todo cuando, no prosperando los motivos en que se sustentó la causal principal, implícitamente dejan de ser eficaces los argumentos que favorecen la tesis de que la sanción impuesta al acusado no se ajusta a los ordenamientos de la ley.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en fallo del trece de diciembre de mil novecientos cincuenta, reformó la sentencia del Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, en el sentido de condenar a ocho años de presidio a Rito Antonio Torres como responsable del delito de homicidio, en lugar de cuatro años que le había fijado el Juzgado.

El procesado y su defensor interpusieron en tiempo oportuno el recurso de casación, y concedido éste, vino el proceso a la Corte, donde surtida la tramitación propia de la instancia, es procedente decidir acerca del recurso interpuesto.

En la demanda respectiva se señalan las causales tercera y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

En el sitio denominado "Miraflores", vereda de Calichana, de la comprensión municipal de Mogotes, el día quince de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, se encontraron Rito Antonio Torres y Atanasio Ruiz, quienes trabaron conversación sobre alguna cantidad de fique que el primero había cortado en tierras del segundo. Torres aceptaba el hecho, pero explicaba que un peón suyo había ejecutado tal acción equivocadamente; Torres ofrecía pagar el fique y le entregó algún dinero a Ruiz quien se negó a recibirlo, manifestando que dejaran eso para arreglarlo en el pueblo. De este momento en adelante surgen del expediente dos tesis distintas: Una es la que trae el menor Octavio Ruiz, hijo del occiso, y otra muy distinta la sostenida por Torres en su indagatoria. Afirma el menor que al despedirse, Torres se hizo por detrás de Ruiz y sorpresivamente le tiró a su papá la primera puntada, luego continúa "...mi papá cogió a botes por una faldita abajo y luego cayó encima Rito dándole puntadas, luego vide que Rito se fué yo no supe para donde; esto fué lo que vi, no vide más". En otra declaración el mismo menor Octavio relata lo de la charla habida en relación con el fique e insiste en que su papá en ningún momento le tiró a Torres con cuchillo.

Por su parte, Rito Antonio Torres advierte que en los momentos anteriores a la molestia él estuvo dispuesto a pagarle a Ruiz el valor del fique, sin que éste le aceptara; que Ruiz lo trató de ladrón y vagabundo, pero que a renglón seguido lo había invitado a beber, sin que hubiera aceptado la invitación; agrega que ambos se sentaron en cunclillas en un barranco y que sorpresivamente, Ruiz, de un tirón, arrancó de la cubierta el cuchillo que tenía Torres "cintado" y a renglón seguido, lanzándole frases de insulto, lo había atacado de hecho con el cuchillo que le había

quitado; que entonces Torres echó mano de un azadón para atacar a Ruiz, y éste a la vez, sacando su propio cuchillo, esgrimía contra el procesado dos armas que mantenía una en cada mano; que Torres con el azadón logró hacer saltar uno de los cuchillos de su rival, el cual cogió y lo empleó contra Ruiz, causándole seguramente las heridas que motivaron su muerte.

El Juzgado Primero Superior de San Gil, abrió causa criminal contra Rito Antonic Torres Martínez, por el delito de homicidio, en auto que lleva fecha veinticuatro de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, y esta providencia fué confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en proveído fechado el nueve de septiembre del mismo año.

El proceso se tramitó con la plenitud de las formalidades legales y la audiencia pública tuvo lugar el día veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta.

Al Jurado le presentó el Juez de la causa, el siguiente cuestionario:

"El acusado Rito Antonio Torres es responsable, sí o no, del hecho de haber dado muerte voluntariamente y con intención de matar, a Atanasio Ruiz, por medio de las heridas causadas con arma cortante y punzante y descritas en la diligencia de autopsia visible a folio 3 del expediente, hecho ocurrido el día quince de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en el punto denominado **Miraflores**, vereda de **Calichana**, territorio municipal de Mogotes?".

El Jurado contestó:

"Sí en riña provocada por el occiso".

El Juez Superior aceptó el veredicto del Jurado con la circunstancia atenuante de la riña considerada de modo imprevisto y dictó sentencia con fecha catorce de septiembre de mil novecientos cincuenta, condenando al procesado a la pena principal de cuatro años de presidio. El Tribunal, al revisar por consulta la sentencia, estimó que la causa debía interpretarse en el sentido del reconocimiento de una responsabilidad desprovista de cualquier circunstancia modificadora y entonces fijó la pena principal en ocho años de presidio, según quedó expresado al principio.

Demanda — Causal tercera

El demandante hace consistir esta causal de casación en lo siguiente:

"Se aduce como causal de casación la 3ª del artículo 567 del C. de P. P. por considerar que en el caso a estudio la sentencia del H. Tribunal Superior de San Gil está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Fundamenta esta causal en la forma siguiente:

"El verdicto "si en riña provocada por el occiso" fue por parte del Jurado, estudiada la responsabilidad procesal y atendido el auténtico sentido, la redacción y el aspecto formal de esa respuesta, la afirmación nítida, clara, terminante, cierta y expresa de que Torres obró dentro de los presupuestos atenuativos que consagra el artículo 384 del C. P., o sea que su actividad delictiva estuvo condicionada por la modalidad de la riña imprevista".

Varias consideraciones propone en orden a hacer resaltar cómo el Jurado quiso interpretar la riña imprevista, por cuanto las tesis opuestas de los funcionarios que conocieron del proceso, dejaron a los Jueces de hecho esa decisión final. Que absuelto el aspecto por el Jurado, el veredicto es intocable, es de los atenuados previstos en el artículo 384 citado y que el Tribunal al dictar sentencia considerando el homicidio simplemente intencional, lo hizo en desacuerdo con el veredicto del Jurado, dando así paso a la causal tercera invocada.

Refiriéndose a la respuesta "Provocada por el occiso" expone que "quien provoca la riña nunca o casi nunca podrá alegar que no previó esa riña, en cambio el provocado siempre podrá alegar esa imprevisión. Que al sostener el Jurado la provocación por el occiso quiso situar el caso dentro de la realidad de la riña imprevista".

Concepto de la Procuraduría

En relación con esta causal anota la Procuraduría, luego de transcribir el cuestionario propuesto a los Jurados:

"El Tribunal interpretó el anterior veredicto, como declarativo de una responsabilidad pura y simple de parte del acusado y sancionó el hecho con el mínimo que ordena el artículo 362 del Código Penal. Para ello tuvo en cuenta que la calificación dada por el Jurado en la respuesta transcrita, no alcanza a configurar la modalidad de la riña por haberse omitido declarar que ésta fué imprevista para el acusado Torres.

"Es verdad que en lo concerniente a las circunstancias que rodearon la actividad criminosa del sindicado, no podía descontarse la ocurrencia

de una riña entre éste y el occiso Atanasio Ruiz. Pero el mismo defensor no estaba muy seguro del triunfo de esta tesis, porque en el acto de la audiencia pública vaciló entre pedir a los Jurados una exculpación total del hecho —legítima defensa— y los atenuantes de la riña imprevista o el estado de ira o intenso dolor por grave e injusta provocación. Con el resultado de que los Jueces de hecho al contestar el interrogatorio, hicieron una mezcla de los elementos atinentes a estas dos últimas hipótesis y consignaron la respuesta que ya se conoce.

"En numerosas oportunidades anteriores la Corporación ha sido explícita al declarar, y ello es de sentido común, que para la prosperidad de los atenuantes en mención, se requieren todos y cada uno de los requisitos que les dán vida jurídica el tenor de los artículos 28 y 384 del Código Penal. El factor de la imprevisión en la riña, no puede ser reemplazado por otro equivalente, pues ello equivaldría a desnaturalizar esa causa de atenuación".

Agrega que yendo al fondo de la cuestión, y aceptando como lo hizo el Jurado, que la provocación provino del occiso, no quiere esto decir que el acusado hubiera estado en incapacidad de prever la inminencia de la pelea o riña entre los dos, y que al no hacer nada eficaz para evitarla, se expuso imprudentemente a las consecuencias del lance.

Se considera:

La verdad es que las afirmaciones de la demanda de que toda riña provocada por el occiso equivale, técnica y jurídicamente, a la declaratoria de la riña imprevista, señalada en el Código Penal (art. 384) como circunstancia modificadora de la responsabilidad, no es doctrinariamente aceptable. Precisamente, el contenido de esa respuesta significa que los elementos estructurales de la riña imprevista, esto es la no querida con antelación al hecho, ni buscada por el delicuente, no se encuentran demostrados, desde luego que si existe alguna clase de provocación por parte del occiso es porque en forma alguna el contendor en el lance dentro del cual se cumple el delito, se halla desprevenido o indiferente al ataque que pueda venirle de su ocasional adversario.

En este orden de ideas, la riña no es imprevista para quien la alega en su favor, como circunstancia modificadora, porque la misma provocación del occiso le quita aquella categoría, que sería aceptable únicamente dentro de un estatuto penal que instituyera o contemplara esa figura, como sucedía con el derogado de 1890. No ocurre así en el vigente, en el cual no se le da aquel carácter modificador de la responsabilidad sino a la riña imprevista y reconocida de esta suerte, nítida y rotundamente, por el Jurado, sin el empleo de expresiones vagas, porque esa modalidad, para tener tal alcance dado por la ley, no puede quedar sujeta a la libre y arbitraria interpretación de los Jueces de derecho cuando el Jurado por no atreverse a decidir de plano la controversia judicial para que se le convoca, como es su deber, se limita a dar una respuesta que en ningún momento ha sido objeto de encontrados pareceres, pues es apenas natural que su decisión deba recaer sobre hechos y circunstancias que por tener esa virtualidad y por estar dentro de la órbita precisa del juicio en conciencia, es procedente que al ser sometida a los Jueces de este carácter sean ellos quienes la resuelvan, pero sin reticencias de ninguna especie, evitando así prolongar una controversia, en lugar de decidirla, como es su misión legal.

Pretender que en casos como éstos puede el Juez de derecho entrar en el examen de la realidad procesal para confrontar la decisión del Jurado con las pruebas del proceso, es desnaturalizar la misión de éste y equivale también a asumir una arbitraria actividad por parte del funcionario que debe decidir de conformidad con el derecho. Se desnaturalizaría la misión del Jurado, entre otros motivos porque al Juez le sería fácil prescindir de los términos del veredicto, tal como fueron consignados, para escudriñar su sentido íntimo con interpretaciones que en todo caso serían acomodaticias y que quitarían toda seriedad a la justicia, porque mientras unos Jueces así las consideran, otros con idénticas razones o por diferentes causas les negarían ese alcance, provocando entonces la inseguridad de las decisiones penales, que tendría graves repercusiones en la lucha contra el delito.

Cuando la ley exige determinados elementos para crear una figura jurídica con alcances dentro del juicio en orden a la mayor o menor responsabilidad que representa su existencia en un determinado caso, no es dable al fallador, —cualquiera que sea, Juez de hecho o de derecho— modificar su estructura con figuras afines o con elementos que no se conjugan en todas sus partes con los creados por la ley.

La demanda, por cierto, empleando una sindéresis admirable, invoca en apoyo de su tesis y la encuentra como doctrina que merece ser aceptada, la expuesta muchas veces por esta Sala de la Corte en el sentido de exigir que cuando el veredicto consagre la atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal, debe incluir en sus términos todos los elementos que integran la figura, pues de otra suerte no opera como circunstancia modificadora de la responsabilidad del procesado.

En efecto, dice la demanda:

"Que, por ejemplo, en el caso del atenuante del artículo 28 del C. P. se exija al Jurado que califique la provocación, causa de la ira o el intenso dolor, de grave e injusta, es petición conforme estrictamente a la norma sustantiva y que previene la ocurrencia muy antijurídica y dañosa de que, por dar mucha autonomía al Jurado y mucho campo al Juez de derecho para arbitrarias interpretaciones de los veredictos, se atenúen delitos por razones muy diversas de las previstas en la ley, pues la ira o el dolor pueden ser en muchos casos y por regla general estados de ánimo del delicuente fácilmente reconocibles por el Tribunal popular, pero originados en una provocación que no fué grave ni fué injusta o que careció de uno de estos sustanciales elementos, entonces el trastorno psíquico consiguiente a la ira o el dolor que motivan la actuación antijurídica más que una circunstancia atenuante es un índice de mayor peligrosidad".

Exactamente lo mismo ocurre con la riña imprevista. Si este factor fué objeto de controversia y de discrepancia de pareceres en la actuación procesal, es apenas lógico que presentados al Jurado los razonamientos que cada parte tenga para aceptar o rechazar la tesis, éste se pronuncie con entera franqueza sin dejar resquicios por donde pueda filtrarse una nueva controversia. También aquí cabe prevenir por antijurídica y dañosa la ocurrencia de conceder mucha autonomía al Jurado y dar un extenso campo al Juez de derecho para arbitrarias interpretaciones de los veredictos, que consigan atenuar el delito por razones muy diversas de las previstas en la ley. **Mutatis mutandis**, los dos casos guardan muy estrecha similitud, como circunstancias modificadoras que son, y no es dable separarlos para encontrar razonable lo uno e inaceptable lo otro, cuando los dos tienen identidad en el concepto jurídico, imposible de desconocer.

El actor acepta que no es "formulismo exigir que la riña sea calificada por el Jurado de imprevista, factor que consagró la ley como esencial para la estructuración de esa atenuante. Pero esto no quiere decir, no puede significar en ningún momento —agrega— que el Jurado tenga la obligación de emplear las mismas y exactas palabras sacramentales que el Código señaló al definir las atenuantes".

Incurre en indudable contradicción el inteligente autor del libelo, porque si carácter de atenuante o modificador de la responsabilidad tiene tanto el artículo 28 como el 384 —referente a la riña imprevista— no se ve por qué razón el Jurado deba incluir en los términos del veredicto todos los elementos que integran la primera figura y en la segunda si le es dado usar palabras o frases que apenas se aproximen o sean equivalentes a las exigidas por el legislador para reconocer la circunstancia modificadora de la responsabilidad.

La riña imprevista y la ira e intenso dolor causada por grave e injusta provocación, son dos modalidades atenuantes que guardan identidad por tener este carácter, aunque tengan distinto contenido jurídico, como que la una hace referencia a estados psíquicos de mayor o menor intensidad pasional, que desencadenando el impulso o reacción, sirven de factor determinante del acto criminal, mientras que la riña imprevista tiene un sentido más objetivo y material, pero como es también un hecho y constituye una circunstancia, como tal debe estar sujeto a una fácil apreciación por parte de quien tenga que reconocerlo como elemento modificador de una responsabilidad penal. Si quien ello hace es el Jurado, debe emplear términos precisos y categóricos, porque la modificación u otra cualquiera modalidad introducida en el veredicto implica que no ha querido reconocer expresamente lo que tiene que serlo para que opere con el alcance de atenuar la responsabilidad del procesado sobre la que se le interroga en el cuestionario.

Con razón anota la Procuraduría que "el factor de la imprevisión en la riña, no puede ser reemplazado por otro equivalente como lo sugiere el demandante, pues ello equivaldría a desnaturalizar esa causal de atenuación".

Por lo demás, la Corte en diversas oportunidades y con sentido constante de la doctrina, ha expresado que para que alguna circunstancia modificadora pueda tener validez y aceptación den-

tro del proceso en orden a la aplicabilidad de la pena pertinente, es preciso que sea reconocida explícitamente con sus especificaciones legales o elementos integrantes, en el veredicto del Jurado.

"La riña —ha dicho esta Sala— solamente se considera como circunstancia modificadora cuando ella es imprevista y ha sido expresamente reconocida por el Jurado; porque los motivos que inciden en el tema de la responsabilidad, en esta clase de juicios, no es materia que resuelven los juzgadores de derecho sino los Jueces de conciencia, y cuando éstos omiten hacerlo, el fallador no tiene facultad para completar el pensamiento del Jurado sobre cuestiones acerca de las cuales, guardó silencio.

Si en el veredicto se afirma la riña y se omite o calla lo concerniente a la imprevisión, elemento esencial que la califica, para catalogar el hecho en el artículo 384 del Código Penal, es porque el **juri** deliberada y expresamente calló esa circunstancia, pues en su ánimo no estuvo el reconocerla. Si en la respuesta se reconoce el factor riña, sin afirmar que ella se suscitó de un modo imprevisto para el acusado, esa declaración sólo puede tenerse como una circunstancia de menor peligrosidad, pero en ningún caso como elemento sustancial que atenúe la pena.

La ley no exige a los miembros del Jurado que en sus respuestas usen fórmulas sacramentales, pero cuando esas palabras o expresiones legales hacen parte integrante de una circunstancia modificadora de la responsabilidad, el **juri** debe pronunciarse sobre ellas en los términos consagrados por la ley. No se peca de formulismo cuando se infiere por los motivos que el delicuente tuvo en cuenta en su obrar criminoso o por las condiciones en las cuales se realizó el hecho delictuoso porque esas cuestiones inciden en el problema de la responsabilidad y no será tarea dificil para los Jueces de conciencia afirmar en cada caso concreto si la riña se suscitó de modo imprevisto, si por otra parte, la imprevisión es factor que influye en la individualización de la correspondiente sanción". ("GACETA JUDICIAL". Tomo LXIII. Números 2057-58. página 780).

De otro lado, no es posible confundir dentro de la técnica estrictamente penal las circunstancias modificadoras con las constitutivas de algunas de las que la ley señala como de menor peligrosidad, porque a ello se opone precisamente la cláusula contenida en el artículo 38 del Código Penal "en cuanto no hayan sido previstas de otra manera", que es tanto como decir, como modificadoras en el cao, ya que una cosa son estas circunstancias modificadoras y otra diferente son las que el código estructura como de menor peligrosidad.

Si a la provocación reconocida por el Jurado se le diera tal alcance, tanto podría ser circunstancia de atenuación propia de la riña imprevista, como de la ira e intenso dolor en orden al factor determinante del delito. De aquí que haya dicho la doctrina:

"Debe la Corte principiar por hacer la debida separación entre las dos circunstancias de la riña imprevista y de la provocación, que el demandante engloba y parece confundir al invocarlas conjuntamente. La riña, como esta Sala lo ha dicho muchas veces, es una pelea o combate entre dos o más personas, es un cambio de golpes que, cuando es imprevisto, constituye una circunstancia modificadora de la responsabilidad y atenúa las sanciones; la provocación es un hecho o palabra que irrita o lesiona a otro y le causa ira o dolor y que, cuando es injusta y alcanza la categoría de grave, constituye otra circunstancia modificadora de las responsabilidades y también atenúa las sanciones. Pero no son idénticas ni pueden confundirse, ni mucho menos invocarse conjuntamente, al menos por lo general". (GACETA JUDICIAL, Tomo XXV, números 2068-69. Página 459).

En consecuencia, el veredicto que reconoce que el homicidio se cumplió en riña provocada por el occiso no expresa claramente, como lo afirma la demanda, la atenuante de la riña imprevista y menos que "si la riña la califica el Jurado no con una expresión aditiva cualquiera sino con una sustancial circunstancia que presupone esencialmente la imprevisión, es indiscutible que en este caso el Tribunal popular desató la controversia de los funcionarios del lado o en favor de quienes sostuvieron la riña imprevista".

No es así, porque de haberlo querido nada habría sido más fácil al Jurado que afirmarlo en el veredicto, sin necesidad de emplear expresionse reticentes ni equívocas, teniendo en cuenta lo que el mismo actor aseveró, que es inexacta la afirmación del Tribunal de que no planteó en la defensa ante el Jurado la tesis de la riña imprevista.

Si, pues, el Tribunal popular tuvo ocasión de apreciar las distintas tesis expuestas en la ac-

tuación procesal por los funcionarios que calificaron el delito y por el vocero de la defensa y no se inclinó en favor de la tesis sustentada por el último, sino que prefirió dar una respuesta distinta, es evidente que ello no tuvo otra causa diversa a la consideración de que en el fuero íntimo de los miembros del Jurado no influyó o no tuvo eco esta manera de apreciar la responsabilidad del reo. Absteniéndose de aceptar los puntos de vista de la defensa, afirmando una responsabilidad atenuada en los propios términos de la riña imprevista, respuesta sencilla por la forma misma de su contenido y fácil de expresar en el veredicto, ello indica que sería desnaturalizar el sentido de éste, pretender que el Juez de derecho se aventurara a explicarlo o interpretarlo con razonamientos que en su hora fueron enunciados ante el Tribunal de conciencia y que éste no encontró valederos para incluir en la respuesta, pues de otra manera, no cabe duda que así lo habría expresado, liquidando de esta suerte la controversia surgida en la calificación del delito.

Por consiguiente, no prospera la causal tercera.

Causal primera

Indebida aplicación de la ley penal

Hace consistir esta causal el actor en que la sentencia de segunda instancia, es violatoria de la ley, porque ella, como lo manda el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, no se hizo de acuerdo con la calificación que al Jurado dio a los hechos sobre los cuales versó el debate, y también por interpretación errónea del artículo 384 del Código Penal, y que de otro lado, no se tuvo en cuenta la respuesta del Jurado en cuanto a las circunstancias en que el hecho se cumplió.

A ello contesta la Procuraduría:

"...no prosperando los motivos en que se sustentó la causal tercera, implícitamente dejan de ser eficaces los argumentos que favorecen la tesis de que la sanción impuesta al acusado no se ajusta a los ordenamientos de la ley".

Termina solicitando no se case la sentencia recurrida.

Se considera:

Cuando en una demanda de casación se alega la causal tercera, invocando el segundo miembro del numeral tercero del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esto es, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado, y al mismo tiempo se aduce también la causal primera por indebida aplicación de la ley penal, significa que en el recurso se formula de esta suerte una petición subsidiaria, puesto que la causal tercera toma entonces el carácter de principal dentro de la técnica del recurso de casación. Por lo mismo, al no prosperar las razones que se invocan con base en la causal tercera, tampoco consiguen distinta finalidad los argumentos aducidos con base en la primera, sobre todo cuando, como sucede en este caso, no prosperando los motivos en que se sustentó la causal principal —como lo afirma la Procuraduría— implícitamente dejan de ser eficaces los argumentos que favorecen la tesis de que la sanción impuesta al acusado, no se ajusta a los ordenamientos de la ley.

De contrario modo, si prospera la causal principal, por el mismo hecho se reconoce también implícitamente que hubo indebida aplicación de la ley penal, porque no otra cosa quiere decir que al aceptarse el desacuerdo del veredicto del Jurado con la sentencia, fue porque el Tribunal de instancia dejó de reconocer alguna circunstancia modificadora de la responsabilidad, lo que implica que la pena no se ajustó a esa modalidad y por lo mismo que la sentencia no la tuvo en cuenta, siendo necesario, en caso de prosperar el recurso, invalidar el fallo, y dictar el que deba reemplazarlo, reconociendo entonces aquellos factores de atenuación que fueron desconocidos y que determinaron la indebida aplicación de la pena.

Basta este razonamiento para concluir que tampoco puede prosperar el recurso con base en la causal primera.

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, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez—Julio E. Arguello R., Secretario.

DELITO DE PREVARICATO

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Este sumario se inició por denuncio del señor Andrés Penagos presentado el diez de octubre de mil novecientos cincuenta, contra el doctor Justo Franco, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, en que se le inculpa de haber incurrido en el delito de prevaricato al surtirse la segunda instancia del interdicto posesorio por despojo que Ismael Romero y Cupertino Romero M., instauraron contra Leopoldo Penagos y el denunciante y del cual negocio fue ponente el Magistrado referido.

Practicadas varias diligencias, por auto de fecha doce de abril de este año se dispuso pasar el negocio al señor Procurador Delegado en lo Penal para que emitiera concepto sobre si era el caso de dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, y ese Despacho ha devuelto el expediente con dictamen favorable, por lo cual se entra a proferir la providencia correspondiente.

Los hechos, según el denuncio, se hacen consistir:

Que en el año de 1947, su hermano Leopoldo Penagos y el denunciante, compraron a Isaías Rodríguez, los derechos que éste pudiera tener en la Comunidad de Díaz, ubicada en el Municipio de Arbeláez, y las mejoras que tanto él como su esposa Clementina Romero de Rodríguez tenían en dicha comunidad; que desde que compraron la posesión, pusieron en ella trabajos, en la forma en que lo venían haciendo los dueños antes relacionados, aun cuando no en la forma completa como el denunciante y su hermano lo habían hecho; que más o menos por el tiempo mismo que hicieron la compra mencionada, Ismael Romero y su mujer Ester Martínez de Romero, procedían a la liquidación de la sociedad conyugal que entre ellos existía, y en la que comprendieron, sin derecho alguno, la posesión que entonces tenía Isaías Rodríguez, agregándola a una parte que sí tuvo Ismael Romero, y al efecto se le adjudicó a éste en tal liquidación, un lote de tierra que comprende la posesión que el denunciante y su hermano tienen; que Ismael Romero, transmitió el lote en mención a Lorenzo Díaz y luégo éste lo vendió a Cupertino Romero, entendiéndose que lo que debió entregar Ismael Romero a Lorenzo Díaz y por éste a Cupertino Romero, era tan sólo la parte que éste sí tuvo en posesión y que colinda con la posesión comprada por el denunciante y su hermano. Que Cupertino Romero llevando como coadyuvante a su pretendido antecesor Ismael Romero, promovió interdicto posesorio por despojo, pidiendo la restitución de todo el inmueble cuyos linderos se dan en la escritura correspondiente; que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus intereses y como se interpusiera el recurso de apelación, llegó el asunto al Tribunal donde correspondió por reparto al doctor Franco; que al fundar el recurso de apelación se alegaron las razones pertinentes que el Tribunal rechazó con violación franca de la ley.

La calidad legal del Magistrado doctor Franco se encuentra establecida con la copia de nombramiento visible a folio 6. La de la posesión no se obtuvo por haber desaparecido el libro correspondiente en el incendio del 9 de abril de 1948. De otro lado aparece que dicho Magistrado conoció del negocio acerca del cual se hizo la imputación.

De las pruebas allegadas al expediente se desprende principalmente que siendo dueño Ismael Romero desde mucho tiempo atrás, de unos derechos en la Comunidad de Díaz, en jurisdicción del Municipio de Arbeláez, para ayudar a su hija Clementina Romero de Rodríguez, quien se encontraba en mala situación económica, le facilitó algunos terrenos para que con el fruto de ellos atendiera a su subsistencia. Según el dicho de Clementina y su esposo Isaías Rodríguez, ellos compraron a Angel María Castro y a Inés o Milecia Díaz, unos derechos en la misma comunidad de Díaz que no estaban vinculados en ningún te-

rreno delineado especialmente, y que luégo vendieron a Leopoldo y Andrés Penagos, vinculándolos a los terrenos que el padre de Clementina, Ismael Romero, le había dado para que trabajara. Esto surge de varios testimonios y del dicho de la misma Clementina.

Adelantado el interdicto posesorio por despojo promovido por Ismael Romero y Cupertino Romero, contra los citados Leopoldo y Andrés Penagos, el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, con fecha catorce de marzo de mil novecientos cincuenta profirió sentencia de primera instancia en que se condenó a los mencionados Penagos a restituir a favor de Cupertino Romero M. Ismael Romero R. el lote denominado "El Triunfo", ubicado dentro de las tierras de la Comunidad de Díaz o Hatogrande, en jurisdicción del Municipio de Arbeláez, con sus mejoras y anexidades; al pago de perjuicios ocasionados con el despojo o privación de la posesión, al pago de los frutos naturales y civiles y a las costas del juicio.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conoció del negocio por razón de apelación interpuesta contra la sentencia relacionada, la que reformó en el sentido de condenar a los demandados Penagos a restituir al demandante Ismael Romero R. el lote de terreno denominado "El Triunfo", negó las demás peticiones de la demanda sobre condena de perjuicios y otras prestaciones, declarando a la vez no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

Concretado el delito de prevaricato, que según la denuncia se hace consistir, como se dijo al principio, en que al fundamentar el recurso de apelación de la sentencia proferida por el Juzgado del Circuito, el Tribunal, con ponencia del Magistrado doctor Justo Franco, rechazó las razones aducidas por el denunciante en favor de sus intereses con violación de la ley, conviene dilucidar si en verdad esta sentencia se dictó contrariando los preceptos legales, en forma expresa o manifiestamente injusta.

Siguiendo el análisis que se hizo en la sentencia en mención, proferida por el Tribunal, de los elementos de prueba que se allegaron al expediente, no surge por parte alguna que en dicho fallo se obrara por animadversión o simpatía hacia alguno o algunos de los interesados que figuran en él; y que esa decisión se ajustó a los preceptos de una correcta observancia de los principios legales, lo está indicando de modo claro, el hecho de la reforma producida en la sentencia de primer grado, donde se impusieron obligaciones de orden pecuniario que el Tribunal no aceptó. De haber obrado en forma parcial, o contrariando la ley, de seguro no se habría procedido de esa manera.

El señor Procurador Delegado en lo Penal solicita se dé aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto no aparece la existencia del delito de prevaricato, materia de la investigación. En algunos apartes de su concepto se expresa:

"Los hechos en que sustenta la imputación son, resumidos, los siguientes: 1º—Haber desechado el Superior las razones aducidas por su apoderado al fundar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado; 2º—Haber decretado la restitución del bien denominado "El Triunfo" a Ismael Romero R., cuando en el libelo dicho señor figura apenas coadyuvando la acción que ejercita Cupertino Romero M., por medio de apoderado, y 3º—Haberla decretado con sus mejoras y anexidades a sabiendas de que el coadyuvante Romero R. tiene en su poder parte del mismo bien.

"Y viniendo ahora a lo particular y concreto, a los hechos de la denuncia, enumerados al principio, especialmente a los dos últimos hay que decir que los Jueces y Magistrados tienen en las instancias facultad para interpretar el contenido general de las demandas cuando hubiere lugar a ello y pueden separarse de la calificación jurídica que a los hechos y a las acciones ejercitadas les dé el demandante, siempre y cuando, naturalmente, ciñan su interpretación a los hechos afirmados en el respectivo libelo.

"La parte dispositiva del fallo de segundo grado decreta la restitución de la finca 'El Triunfo', y ordena a los demandados Penagos que la entreguen a Ismael Romero R., con sus mejoras y anexidades. Ni más ni menos que como se afirma en la denuncia. Pero tales disposiciones estimadas como injustas e ilegales en ella y señaladas como hechos que sustentan la imputación de prevaricato, no carecen de motivación dentro del juicio y están además ceñidas a la verdad procesal y conformes con el interés que se tutela".

No aparece establecido en forma alguna que el doctor Justo Franco como ponente en la providencia que se tacha de ilegal e injusta, hubiera violado el artículo 168 del Código Penal, como

tampoco los demás Magistrados de la Sala, y no existiendo a través de las diligencias sumarias ningún indicio o sospecha siquiera, delictuosa, no tiene objeto adelantar la investigación y como en el estado actual del proceso aparece plenamente comprobado que el procesado no ha cometido el hecho imputado, es el caso de dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

No son pocas las ocasiones en que la parte agraviada con una sentencia, en la que no le fueron reconocidas sus pretensiones, repute prevaricador al funcionario que la dictó porque el asunto no fué decidido en favor de esos intereses y recurra a la justicia penal denunciando al Juez como violador de la ley con arbitrariedad e injusticia.

Está bien que los funcionarios públicos tengan siempre sobre sus actuaciones el máximo control, para evitar que se extravíen o extralimiten en el ejercicio de sus atribuciones legales; y también que sobre ellos recaiga la responsabilidad cuando quiera que así ocurra. Pero es entendido que ello debe ser el resultado de la demostración de los hechos que les sean atribuídos como delictuosos, porque cuando sucede de otra manera, la misma ley que se pretendió agraviada, debe defenderlos y declararlo así precisamente en beneficio de la misma administración de justicia, que quedaría desguarnecida si de distinta manera se procediera.

Cuando pueda existir injusticia en el denuncio criminal contra un funcionario, como podría ocurrir entonces la violación de alguno de los preceptos que tutelan la administración de justicia, bueno es que se investigue esa presunta violación, como en este caso, lo solicita ordenar el señor Procurador Genéral de la Nación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que el procesado doctor Justo Franco como ponente, y los demás Magistrados que intervinieron en la decisión de la sentencia de segundo grado en el interdicto posesorio relacionado, doctores Alfonso Galvis Amado y Carlos A. Gómez G., no han cometido el hecho imputado en este proceso.

Sáquese copia de lo pertinente para que se averigue la responsabilidad en que se haya podido incurrir por el denunciante Andrés Penagos, por delitos contra la administración de Justicia.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SOLICITUD DE LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA

De las constancias procesales aparece que el solicitante ha cumplido ya en detención preventiva el tiempo que se le impuso como pena en la sentencia. De otro lado, esa sentencia se encuentra ya en firme o ejecutoriada por lo que toca con la situación de este procesado, porque él no interpuso contra ella el recurso de casación, lo que quiere decir que la pena corporal a que fue condenado dicho sujeto, no es ya susceptible de cambio de ninguna especie.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Ricardo Flórez Pabón, sentenciado en este proceso por el delito de encubrimiento, a la pena principal de dos años de arresto, por medio de escrito que obra en los autos, solicita se le conceda la libertad por pena cumplida.

Según aparece del proceso Luis Villamizar o Eliécer Portilla, Francisco Antonio Portilla y Ricardo Monroy fueron sentenciados por el Tribunal Superior de Pamplona, como responsables del delito de hurto a la pena de seis años de prisión; Jorge o Julián Quiñones, como responsable del mismo delito, a la pena de treinta y dos meses de prisión; Delfino Gutiérrez por el delito de encubrimiento, a la de seis meses de arresto; y Ricardo Flórez por este mismo delito, a la de dos años de arresto.

Contra la sentencia antes relacionada, interpusieron el recurso de casación el cual les fué concedido, los sentenciados Francisco Antonio Portilla y Ricardo Monroy y el expediente, se encuentra en la Corte. Ahora el sentenciado Ricardo Flórez Pabón, solicita que se le conceda su libertad por haber cumplido la pena principal que se le impuso en la sentencia relacionada.

Concepto del Procurador General de la Nación

Pasada la solicitud del sentenciado al Procurador General de la Nación, este funcionario dice en su concepto:

"1º—Obran en el informativo las constancias siguientes: a).—Flórez Pabón fué capturado por una escolta de P. M., el 23 de agosto de 1949, y hasta el día ha estado detenido, sin interrupción alguna; b).—Entretanto fueron dictados auto de detención provisional, el 1º de septiembre de 1949, sentencia de primera instancia, de fecha 22 de febrero de 1951, que le sancionó con veinte meses de arresto y, finalmente, fallo de segundo grado, que reformó la providencia anterior condenándolo al sindicado a dos años de arresto.

"2º—La detención de Flórez Pabón lleva ya dos años y veinte días. Ha sido cumplida, de consiguiente, la pena de arresto con la cual fué sancionado.

"3º—Aunque actualmente se halla sujeta a casación la sentencia condenatoria en virtud de recurso interpuesto por dos le dos procesados condenados simultáneamente con Flórez Pabón, la situación de éste es inmodificable por no ser parte recurrente".

Concluye la Procuraduría conceptuando que debe concederse la libertad incondicional al peticionario, siempre que no haya contra él causa pendiente, en la cual se haya ordenado su detención.

Se considera:

El concepto de la Procuraduría General de la Nación antes trascrito se basa en las constancias del proceso, según las cuales el sentenciado Ricardo Flórez Pabón, ya ha cumplido en detención preventiva la pena principal que se le impuso en la sentencia de segunda instancia, como responsable del delito de encubrimiento. De otro lado, esa sentencia se encuentra en firme o sea ejecutoriada, pues Flórez Pabón no interpuso contra ella el recurso de casación, lo que quiere decir, que la pena corporal a que fué condenado dicho sujeto, no es ya susceptible de cambio de ninguna especie.

En consecuencia, debe resolverse favorable-

mente la solicitud de libertad hecha por el mencionado procesado, respecto al delito de que trata este negocio, pues hay constancia de que está reclamado por otras autoridades del Distrito Judicial de Pamplona, por delitos contra la propiedad.

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, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, concede al sentenciado Ricardo Flórez Pabón la gracia de libertad por pena cumplida, por él solicitada.

Comuníquese telegráficamente esta determinación al señor Juez Primero Penal del Circuito de Pamplona, para que expida la boleta de libertad respectiva en lo que respecta a este negocio, advirtiéndole que Flórez Pabón debe ponerse a órdenes de otras autoridades de ese Distrito donde se le sindica por otros delitos contra la propiedad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Gutiérrez Jiménez — **Francisco Bruno**— **Alejandro Camacho Latorre** — **Agustín Gómez Prada**—**Angel Martín Vásquez**—**Julio E. Argüello R.**, Secretario.

DELITO DE HOMICIDIO.—TECNICA DE CASACION

De acuerdo con la jurisprudencia y la ley (artículos 7º C. de P. P. y 531 C. P. C.), la demanda de casación debe contener: el resumen de los hechos que han sido objeto de controversia, la causal o causales o motivos de impugnación del fallo, la exposición clara y precisa y la cita de las normas legales que se consideren violadas.

Por otra parte, desde otro punto de vista, cada causal o motivo de casación impone un método pertinente y adecuado: la primera requiere se diga en qué consiste la errada interpretación o la indebida aplicación de la ley penal; la tercera, explicar —previa la interpretación lógica del veredicto— por qué hay desacuerdo entre éste y la sentencia; la cuarta, en fijar cuál es entre los enumerados en los artículos 198 y 199 del estatuto procesal, el motivo de nulidad del proceso; la quinta, en demostrar cuáles son las omisiones en que, según la prescripción del artículo 159 del mismo estatuto, incurrió el Tribunal en la sentencia; la sexta, en comprobar que el Tribunal es competente, en última instancia, para conocer de un recurso para cuya decisión aquél se declaró incompetente; y la séptima, en señalar y precisar los términos del veredicto entre los cuales haya contradicción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre diez y ocho de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Pedro Damián Joya Sandoval impugnó, por medio de apoderado especial, la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, del diez y ocho de octubre del año pasado, por la cual —con aplicación del artículo 362 del Código Penal— fue condenado a la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio en la persona de Euclides Arismendi, cometido en la población de Carcasí la tarde del veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho.

Sometido el recurso al procedimiento que fijan los artículos 563 a 566 del Código respectivo, la Corte lo decide en el presente fallo, no sin que antes se haga una breve síntesis del proceso y de la controversia.

A) El proceso contra Joya

En la tarde del Jueves Santo de mil novecientos cuarenta y ocho, en la tienda de Pedro Vicente Sánchez departían José Gómez y Raimundo y Pedro Damián Joya. Entre éstos y aquél, miembros de opuestas agrupaciones políticas, surgió un altercado, producido por uno de los Joyas, y que, por la intervención de otros y por la salida de la procesión, fue suspendido. Pasada la procesión, los Agentes de Policía se dirigieron a quitar el arma (cuchillo) a Rosendo Torres, a petición de sus adversarios, lo que indujo a los amigos de Torres a pedir a su vez que se hiciera lo mismo con otros, que estaban igualmente armados. Esto provocó una discusión entre la policía y los reclamantes, discusión que, al llegar el Agente Agustín Valencia y sacar su revólver, lo mismo que sus compañeros, incitó a los grupos a lanzar gritos en favor de sus partidos, siendo el primero en gritar —según la versión acogida en el auto de proceder— Raimundo Joya, desde la puerta de la tienda de Sánchez. Como inmediatamente se oyera un disparo, se formaron dos grupos que comenzaron a atacarse a piedra, de lo cual resultaron varios contusos, y heridos a cuchillo José Gómez en una mano y Euclides Arismendi en la espalda en forma tan grave, que murió pocos momentos después. La intervención del ejército, aquella tarde, evitó mayores consecuencias.

Iniciada la investigación por el Alcalde de Carcasí y cerrada por el Juez 3º Superior de Bucaramanga, se realizaron los actos y se dictaron las providencias, unos y otras propios de esta clase de procesos:

a) Auto de doce de agosto de mil novecientos cuarenta (sic), dictado por el Juez 3º Superior de Bucaramanga, doctor Alfonso García Rangel, por medio del cual se llamó a juicio a Pedro Damián Joya, por homicidio intencional;

b) Auto del Tribunal Superior, del diez y seis de septiembre del mismo año, suscrito por los Magistrados doctores Argüello, García Gómez y Gómez Arenas, por el cual se confirmó el de primer grado, con salvamento de voto del último, quien sostuvo que el homicidio se ejecutó en riña imprevista para el procesado;

c) Cuestión propuesta al Jurado, si el acusado Pedro Damián Joya Sandoval es responsable de haber ocasionado la muerte a Euclides Arismendi, por medio de una lesión producida con instrumento corto-punzante, y si en la ejecución de tal hecho obró con el propósito de matar;

d) La respuesta del Jurado en sentido afirmativo suscrita por los Vocales Federico Bretón, Jaime Mosquera Gómez, Eduardo Cancino González, José María Salazar y Francisco Bueno, de los cuales los dos últimos añadieron la frase "pero inmediatamente de sucederse una riña imprevista y colectiva";

e) La sentencia de primer grado, suscrita por el Juez Dr. García Rangel, del treinta y uno de julio del año pasado, mediante la cual Joya fue condenado —con aplicación del Art. 362— a ocho años de presidio, y

f) La sentencia de segundo grado, del diez y ocho de octubre del año pasado, suscrita por los Magistrados Dres. José A. Habeych (Ponente), Mario García Gómez y Pedro Gómez Arenas, mediante la cual se confirmó, sin salvamento alguno, la de primer grado.

B) La demanda

"Invoco —dice el demandante— las causales primera, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima del Art. 567 del Código de Procedimiento Penal; esto es, que acuso el fallo del H. Tribunal Superior por ser violatorio de la ley penal, de la ley procedimental, por haberse dictado con base en un fallo viciado de parcialidad y sobre un veredicto que no responde a la libre voluntad de los Jueces de conciencia".

El demandante, después de hacer referencia a la ideología política de los Jueces, Fiscales, Miembros del Jurado y Magistrados que intervinieron en este proceso, para fundar la conclusión de que los funcionarios y Jurados pertenecientes a la ideología de Joya acogieron la hipótesis de la riña imprevista y de que los funcionarios y Jurados de la ideología de Arismendi la desecharon, dice lo siguiente en relación a la actuación del Fiscal en la audiencia.

"No hubo libertad para que los Jueces de conciencia dictaran su fallo con absoluta imparcialidad y muy por el contrario se ejercitó coacción moral sobre la mayoría de éllos para arrancarles un veredicto que contrariaba en mucho a la evidencia de los hechos. Leyendo detenidamente las actas de la audiencia pública, sale avante mi afirmación de que la Fiscalía no obró en una forma imparcial y que los Jueces de hecho, dictaron un fallo no imparcial".

En la última parte, la titulada **"Disposiciones violadas"** expone lo siguiente:

"La sentencia del H. Tribunal Superior, dictada con base en un veredicto nulo, porque prohibe la ley averiguar la filiación política del sindicado y cuando ella se expone de manifiesto con el deliberado propósito de perjudicarlo, no solamente se viola la ley sino se prevarica. En síntesis se violó el Art. 511 del Código de Procedimiento Penal, y el inciso 3º del Art. 349 ibidem. Así, pues, acuso dicha sentencia y para ello me fundo en los numerales primero, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del Art. 567 del Código de Procedimiento Penal".

No menos afirmativa es la "petición" final, que la Corte transcribe textualmente en seguida:

"Con el debido acatamiento —termina la demanda y con base en las razones expuestas, os pido infirmeis la sentencia de segunda instancia recurrida y declareis nulo el juicio por haberse privado por sectarismo al sindicado de las garantías procesales a que tenía derecho".

El Procurador General —de acuerdo con la interpretación dada al Art. 568 del estatuto procesal— solicita no se invalide el fallo, por cuanto el demandante no sustentó jurídicamente ninguna de las causales invocadas.

C) El examen del recurso

Las cuestiones que compete aquí examinar se reducen a dos: una general, relativa a la forma y contenido de la demanda, y otra especial relativa al método que exige el fundamento de cada causal.

Desde el primer punto de vista, de acuerdo con

la jurisprudencia y la ley (Arts. 7º C. P. P. y 531 C. P. C.), la demanda debe contener: el resumen de los hechos que han sido objeto de controversia, la causal o causales o motivos de impugnación del fallo, la exposición clara y precisa de los fundamentos jurídicos y la cita de las normas legales que se consideren violadas.

Desde el otro punto de vista, el especial, cada causal o motivo de casación impone un método pertinente y adecuado: la primera requiere se diga en qué consiste la errada interpretación o la indebida aplicación de la ley penal; la tercera, en explicar —previa la interpretación lógica del veredicto— por qué hay desacuerdo entre éste y la sentencia; la cuarta, en fijar cuál es entre los enumerados en los Arts. 198 y 199 del estatuto procesal, el motivo de nulidad del proceso; la quinta, en demostrar cuáles son las omisiones en que, según la prescripción del Art. 159 del mismo estatuto, incurrió el Tribunal en la sentencia; la sexta, en comprobar que el Tribunal es competente, en última instancia, de un recurso para cuya decisión aquél se declaró incompetente; y la séptima, en señalar y precisar los términos del veredicto entre los cuales hay contradicción.

El escrito del apoderado de Joya, examinado frente a las tesis expuestas, carece de todos los requisitos de forma y contenido que exige la técnica de casación. El motivo de nulidad presentado, además, no está incluído en la enumeración —que es taxativa— de los Arts. 198 y 199 del estatuto procesal, y finalmente, al acusado se dieron todos los derechos que la Constitución garantiza.

La división de los Miembros del Jurado en relación con la hipótesis de la riña imprevista, objetada por el Fiscal y sustentada por el defensor en la audiencia, no implica en modo alguno sujeción al primero, menos en virtud de un interés político, extraño a la justicia; lo confirman —entre otros hechos— los siguientes: el vocero, de orientación política idéntica a la del Fiscal y opuesta a la de Joya, defendió la hipótesis de la riña imprevista; el distinguido Magistrado que se apartó del concepto de la Sala en la providencia que —en segundo grado— calificó el delito, se abstuvo —en la sentencia— de reafirmar la circunstancia modificadora que entonces sustentara así como de presentar en nuevo salvamento la de la contraevidencia del veredicto; el nuevo Magistrado Ponente, distinto al que elaboró el auto de proceder, se adhirió a la tesis del homicidio intencional, sin adición alguna; finalmente, los funcionarios que intervinieron en el proceso pertenecen a diversas colectividades políticas.

Mas como la objeción del demandante se dirige especialmente contra los miembros del Jurado que no reconocieron la hipótesis de la riña imprevista, es conveniente, al menos en el doble aspecto doctrinario y objetivo, examinarla brevemente. La adición que dos miembros del Jurado hicieron a la respuesta afirmativa ("Sí, pero inmediatamente de sucederse una riña imprevista y colectiva") está de acuerdo con algunas declaraciones según las cuales Joya atacó a Arismendi cuando éste, pasada la contienda —al menos para él— se dirigía a su casa, a más de que Joya, según otras, fué uno de los que —mediante su reto a Gómez— provocó el choque. Si el acusado, por lo tánto, lesionó a Arismendi cuando éste se separó de los grupos en lucha y se dirigía a su casa y el ataque de Joya se realizó fuera ya de la contienda, como lo reconocieron dos de los Miembros del Jurado, bien habría podido ser unánime la adición, sin que ello significara el reconocimiento de la circunstancia de la riña imprevista, por cuanto ésta según el art. 384, debe ser simultánea y no anterior o posterior al delito.

El Jurado, finalmente, califica los hechos según su propia convicción, sin que su adhesión a las tesis del defensor o del Fiscal, pueda interpretarse como una coacción por uno de ellos ejercida, ni el veredicto —por la misma razón— como acto doloso.

D) Decisión del recurso

En atención, por lo dicho, a que la demanda carece de los requisitos legales, a que no fundó ninguna de las causales alegadas y a que el motivo de nulidad procesal (veredicto parcial) no solamente no está en la enumeración del Art. 567 del Código de Procedimiento Penal sino que es extraño al recurso, es de obligada aplicación el Art. 569 del mismo estatuto.

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 la solicitud del Procurador General, **no casa** la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, del diez y ocho de octubre del año pasado, por la cual condenó a Pedro Damián Joya a la pena de ocho (8) años de presidio por el homicidio en Euclides Arismendi cometido en Carcasí la tarde del Jueves Santo de mil novecientos cuarenta y ocho.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD — REQUISITOS PARA QUE LA DEMORA EN EL DESPACHO DE LOS NEGOCIOS JUDICIALES CONFIGURE INFRACCION PENAL

El artículo 172 del Código Penal no sanciona todo acto de omisión o de retardo en la ejecución de aquello a que legalmente están obligados los funcionarios públicos, sino solamente aquellos hechos que sean el resultado de la pereza o desidia o de su no dedicación a las tareas oficiales que les están encomendadas. Cuando las demoras ocurren por imposibilidad física de tramitar y resolver en tiempo oportuno un gran número de negocios, ese hecho no cabe en aquella disposición represiva, porque ello sería tanto como exigir de los funcionarios una labor que está fuera de la humana capacidad y sería absurdo e injurídico exigirles responsabilidad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en providencia de fecha veintiuno de noviembre del año pasado, dijo en su parte resolutiva:

"1º—Confirmar, como en efecto confirma, la orden de cesar el procedimiento que se adelanta contra el Dr. Jorge Humberto Posada en estas diligencias, pero en lo relativo a los cargos 1º y 4º de que se habla al principio de este fallo, no por haber prescrito la acción penal, sino por no haber existido los delitos imputados.

"2º—Investigar el hecho de haber permanecido este proceso sin actuación alguna desde el 20 de mayo de 1947 hasta el 30 de septiembre de 1949, al tenor de la constancia que obra al folio 31 vuelto del cuaderno segundo...".

En virtud de lo expuesto en este aparte, se levantó la investigación correspondiente y habiendo emitido su concepto el señor Procurador General de la Nación, se procede a decidir de su mérito.

Hechos

En el Tribunal Superior de Ibagué se adelantaba una investigación contra el Ex-Juez del Circuito de Purificación, doctor Jorge Humberto Posada, por el delito de abuso de autoridad y otros ilícitos, el cual terminó con la sentencia indicada al comienzo de este auto, pero como se observaran demoras en la tramitación de tal negocio por parte de los funcionarios a quienes correspondió su conocimiento, este hecho dió lugar a la presente investigación.

Se trajeron al informativo, copias de las actas de nombramiento y de las diligencias de posesión, de los Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué, doctores Luis Felipe García y Carlos Lozano Quintero, por haber sido éstos, quienes tuvieron a su despacho el mencionado proceso, en el tiempo en que se verificaron las demoras investigadas. Igualmente, hay constancia de que en dicho lapso, aquellos funcionarios se encontraban en el ejercicio de sus funciones en la calidad anotada.

Por medio de una diligencia de Inspección Ocular (folio 8), practicada sobre el expediente contra el doctor Jorge Humberto Posada, se estableció que desde el 20 de mayo de 1947 hasta el 30 de septiembre de 1949, ese negocio estuvo al despacho de quienes fueron Magistrados ponentes sin actuación alguna, y tuvieron esta calidad en dicho tiempo los doctores Luis Felipe García y Lozano Quintero.

Indagado el doctor Luis Felipe García, quien tuvo a su despacho el asunto contra el Dr. Posada del 20 de mayo de 1947 al 21 de enero de 1949, manifiesta:

"...Para que la H. Corte Suprema tenga oportunidad de juzgar de la afirmación que hago de que la demora fué aparente, o mejor dicho justificada, desde ahora solicito como prueba, que

con vista de los libros de la Sala Penal del Tribunal Superior y de los cuadros Estadísticos que se llevan allí en la Contraloría General de la Nación, se constate cuál fué, en total, el número de negocios que entró a la Sala Penal mientras yo ocupé el cargo de Magistrado; que se constate cuantos negocios me fueron repartidos a mí entre los que entraron; y que se constate cuál fué en promedio el número de autos de fondo y el número de sentencias que salieron mensualmente de mi despacho de Magistrado. Así podrá juzgar la Corte, con más acierto, si la labor que desempeñé fué o no satisfactoria, y si fué justificada o no la demora que se me imputa en el proceso contra el doctor Posada..." (fls. 35 v. y 36).

El doctor Carlos Lozano Quintero de quien se acreditó por medio de la Inspección Ocular ya citada, que tuvo a su despacho sin actuación el precitado negocio desde el día 5 de febrero de 1949 hasta el 30 de septiembre del mismo año, en que dictó un auto pasándolo en traslado al Fiscal de la Corporación, también rindió declaración indagatoria. En esta diligencia, reconoce ser el autor de la demora que se le imputa, pero afirma que ella no es delictuosa por sí misma, mientras la justicia no haya recibido perjuicio, pues al doctor Posada se le declaró la cesación de procedimiento por inexistencia del delito, ya que la Corte dijo que los actos de dicho procesado "podían pecar con la ética o buenas maneras de un Juez, mas no contra la ley".

La Diligencia de Inspección Ocular llevada a cabo sobre los libros copiadores de autos y sentencias de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué para establecer lo relativo a los trabajos verificados por los dos Magistrados sindicados en el tiempo en que demoraron el asunto, dió el siguiente resultado:

Que el doctor Luis Felipe García en el lapso comprendido entre el 20 de mayo de 1947 y el 5 de febrero de 1949, dictó doscientos once (211) autos interlocutorios y doscientos diez y seis (216) sentencias; y

Que el doctor Carlos Lozano Quintero, desde el 5 de febrero de 1949 hasta el treinta de septiembre del mismo año, dictó cuarenta y seis (46) sentencias y cincuenta y cuatro (54) autos interlocutorios.

Se considera:

La calidad oficial de los funcionarios sindicados, se acreditó debidamente con los documentos mencionados ya en esta providencia.

Las demoras en la tramitación del proceso que se seguía en el Tribunal Superior de Ibagué contra el Ex-Juez del Circuito de Purificación, doctor Jorge Humberto Posada, con cargo a los Magistrados doctores Luis Felipe García y Carlos Lozano Quintero, se acreditaron con la diligencia de Inspección Ocular practicada sobre aquel negocio por el funcionario de Instrucción, en asocio de testigos actuarios.

Los funcionarios sindicados, han reconocido en sus indagatorias el cargo que por aquellas demoras, les aparece de las constancias procesales.

Quiere decir lo anterior, que el hecho que dió origen a la investigación está plenamente demostrado, en lo relativo a su objetividad y a su imputación en las personas de los Magistrados que fueron llamados a declarar instructivamente. Pero si esto es así, desde el punto de vista de la responsabilidad de los sindicados el problema no presenta las mismas características. A este respecto, dice la Procuraduría General de la Nación:

"Teniendo en cuenta la actual organización de la Rama Jurisdiccional y especialmente la división del trabajo en algunas oficinas encargadas de administrar justicia, los jueces no alcanzan, aún con la mayor diligencia, a mantener sus Despachos a la orden del día. Y, en tales condiciones, el legislador no puede obligar a los Jueces y empleados a producir más de lo que sus humanas capacidades pueden dar.

"Por eso, la norma del artículo 172 del Código Penal sólo cabe aplicarla a aquellos funcionarios y empleados que se conducen con manifiesta desidia en el desempeño de su cargo, o que no dan el rendimiento que ordinariamente debe esperarse. Pero cuando la demora en proferir las decisiones judiciales depende de causas justificadas como el exceso de trabajo, por ejemplo, esa anomalía equivale a fuerza superior y es extraña, por lo mismo, al ministerio represivo del Poder Público. Negligencia y no imposibilidad es lo que la ley reprime en esta materia.

"En el caso presente, la labor desarrollada por los funcionarios que aparecen sindicados, lleva a la conclusión de que la demora que se les imputa no tiene los carácteres de un hecho punible".

Lo dicho por la Procuraduría en los apartes antes transcritos, es la interpretación que debe darse al artículo 172 del Código Penal, el cual no

sanciona todo acto de omisión o de retardo en la ejecución de aquello a que legalmente están obligados los funcionarios públicos, sino solamente aquellos hechos que sean resultado de la pereza o desidia o de su no dedicación a las tareas oficiales que les están encomendadas. Cuando las demoras ocurren por imposibilidad física de tramitar y resolver en tiempo oportuno un gran número de negocios, ese hecho no cabe en aquella disposición represiva, porque ello sería tanto como exigir de los funcionarios una labor que está fuera de la humana capacidad y sería absurdo e injurídico exigirles responsabilidad.

Dentro de esta última situación se encuentran los funcionarios sindicados en cuanto al hecho de que se les procesa, porque está demostrado que durante el lapso en que se verificaron las demoras en el negocio contra el doctor Jorge Humberto Posada, tenían a su cargo un gran número de procesos y en este tiempo, dieron un rendimiento de trabajo bastante satisfactorio, que permite deducir que si no despacharon a su debido tiempo dicho asunto, fué por incapacidad física de hacerlo y por consiguiente, no existen verdaderos fundamentos jurídicos para exigirles responsabilidad por tal hecho.

En consecuencia, debe procederse como lo solicita la Procuraduría y dictar en favor de los sindicados un sobreseimiento definitivo por los cargos que se les hacen en estas diligencias.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **sobresee definitivamente** a favor de los doctores Luis Felipe García y Carlos Lozano Quintero, por el delito de abuso de autoridad de que se les sindica en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICAC ION DE UN PROCESO

El cambio de radicación de un proceso criminal se funda en las razones de conveniencia para la recta administración de justicia y tiene como finalidad remover todos aquellos obstáculos que se oponen a la obtención de esa finalidad. Cuando existe la posibilidad fundada de que las partes que actúan en un proceso penal puedan ser lesionadas en los derechos que les otorgan la Constitución y la ley, ya sea porque en el lugar donde se adelanta el proceso haya el peligro de que esos derechos puedan ser menoscabados por quienes deben intervenir en la tramitación y fallo del negocio, bien porque obren circunstancias especiales que se traduzcan en actos de venganza o de represalias que mermen el derecho de defensa, ora sea porque en el lugar donde deba juzgarse a los procesados exista un clima social poco adecuado para que los juzgadores puedan llenar las funciones que les confiere la ley, es no sólo conveniente, sino necesario, el cambio de radicación del proceso respectivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre veintiuno dé mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Ministerio de Justicia por conducto del Departamento Jurídico, remite a la Corte, la solicitud sobre cambio de radicación presentada por el doctor Alfonso Marín Morales en su carácter de apoderado en el proceso que se adelanta en el Juzgado 1º Superior de San Gil, contra el señor Urbano Sánchez y otros, por el delito de homicidio en varias personas, para que esta Entidad en ejercicio de la función consagrada por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, emita su concepto.

Elementos de prueba presentados

Para justificar la conveniencia del cambio de radicación, el peticionario presenta los siguientes documentos:

a) Una certificación del Juez Primero Superior de San Gil y su Secretario, en la que consta que en esta Oficina cursa un proceso penal contra Trino o Urbano Sánchez Rivera y varios agentes de la Policía Nacional (División Santander) por el delito de homicidio en varias personas, el cual se halla en instrucción, y en el que el peticionario doctor Marín Morales actúa como apoderado del procesado Sánchez Rivera;

b) Copia de varias piezas del proceso contra Sánchez Rivera, con las que el solicitante quiere hacer palpable la conveniencia de la medida impetrada;

c) Varias declaraciones rendidas ante el Juez Segundo Penal del Circuito de San Gil, por los señores Honorio Carreño S., Luis Quiroz, Luis Becerra y Pedro Antonio Gómez Muñoz, en los que estos declarantes afirman que contra el procesado Sánchez Rivera y contra varios agentes de la Policía Nacional existe en algunas esferas sociales del Distrito Judicial de San Gil, un clima especial de animadversión que tiene su origen en el sectarismo político y dada la exaltación de las pasiones en aquella región, estiman no sólo conveniente sino necesario para la recta administración de justicia, el cambio de radicación del nombrado proceso;

d) Los testimonios de los señores Ernesto Gómez y Peregrino Serrano, rendidos ante la Alcaldía de Galán, quienes dicen que el procesado Sánchez Rivera, ha ocupado posiciones políticas distinguidas en ese lugar y son de parecer que deba juzgársele en un Distrito Judicial distinto, pues el odio que le profesan sus adversarios políticos es manifiesto y esta circunstancia, podría torcer

la imparcialidad de las decisiones de la justicia; y

e) Finalmente, obra un concepto del Fiscal del Tribunal Superior de San Gil, emitido a solicitud del apoderado del procesado Sánchez, al cual pertenecen los siguientes apartes:

"...Dada la gravedad de los sucesos todos de orden político ocurridos en el municipio de San Vicente durante los años de mil novecientos cuarenta y ocho, mil novecientos cuarenta y nueve y mil novecientos cincuenta, resulta verdaderamente difícil para la justicia ordinaria en este Distrito Judicial, llegar a juzgar todos estos negocios con ánimo desprevenido y justo, pues si bien es verdad que los jueces de derecho han intervenido actualmente en lo que les corresponde con la pulcritud más intachable, como es su costumbre, no puede tenerse la misma fé en quienes como jueces de hecho, o mejor de conciencia, les corresponde tarde o temprano emitir su veredicto en torno a estos acontecimientos....

"El caso de San Vicente en el que no sólo las gentes de dicho municipio, sino también muchas familias en el departamento les ha correspondido participar con un buen lote de lutos y amarguras, constituye de tiempo atrás un tema obligado de grandes y chicos, jóvenes y viejos, tema éste que por el sentido político que él encierra conlleva siempre opiniones encontradas expuestas con ardor e intransigencia...".

"...En torno a los acontecimientos citados y por la experiencia que esta Fiscalía tiene en razón del resultado final de algunos otros delitos de menor interés cometidos en San Vicente durante toda esta época de inseguridad, los cuales recibieron ya el veredicto de los jueces de conciencia, considera el Ministerio Público que bien deberían ser juzgados por otros jueces de conciencia ajenos totalmente y libres de todo contacto espiritual o material con el vecino municipio de San Vicente y con la ciudadanía general de este Distrito que en una u otra forma se ha visto obligada por razón de los acontecimientos a participar en el debate permanente que en las gentes suscita la situación de anormalidades del municipio referido".

Se considera:

El cambio de radicación de un proceso criminal, se funda en las razones de conveniencia para la recta administración de justicia y tiene como finalidad remover todos aquellos obstáculos que se oponen a la obtención de esa finalidad. Cuando existe la posibilidad fundada de que las partes que actúan en un proceso penal, pueden ser lesionadas en los derechos que les otorgan la Constitución y la Ley, ya sea porque en el lugar donde se adelanta el proceso haya el peligro de que esos derechos puedan ser menoscabados por quienes deben intervenir en la tramitación y fallo del negocio, bien porque obren circunstancias especiales que se traduzcan en actos de venganza o de represalias que mermen el derecho de defensa, ora sea porque en el lugar donde deba juzgarse a los procesados exista un clima social poco adecuado para que los juzgadores puedan llenar las funciones que les confiere la ley, es no sólo conveniente sino necesario el cambio de radicación del proceso respectivo.

Los documentos presentados por el peticionario y que ya se han relacionado, ponen de presente que los delitos de homicidio de que se sindica al procesado Trino o Urbano Sánchez Rivera, tuvieron origen en la exaltación de las pasiones políticas en el lugar donde esos hechos se llevaron a realización. Y ese ambiente de odio, de venganza y de represalias de todo orden, parece que se ha salido del sitio donde aquellos graves sucesos se consumaron, extendiéndose a todo el Distrito Judicial de San Gil. En tales circunstancias y condiciones, el juzgamiento de quienes aparecen como procesados de aquellos hechos no podría hacerse con aquella independencia, imparcialidad y serenidad que requieren las decisiones de la justicia. Las pruebas presentadas por el apoderado del procesado y especialmente el concepto del Fiscal del Tribunal Superior de San Gil, indican que en esta ciudad no existe un ambiente propicio para que las personas que a nombre de la sociedad, en su condición de Jueces de conciencia deban de participar en el juzgamiento de los procesados, puedan cumplir su misión libres de toda influencia directa o indirecta que pretenda obtener un resultado contrario a la verdad procesal.

Por consiguiente, para salvaguardiar los intereses de una recta administración de justicia, en el caso presente, el concepto de la Corte sobre el cambio de radicación del proceso en referen-

cia, debe ser favorable, a fin de que se radique en otro Distrito Judicial donde no exista el peligro de que los derechos de la sociedad y los de los procesados puedan ser menoscabados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso seguido en el Distrito Judicial de San Gil, contra Trino o Urbano Sánchez Rivera y otros por varios delitos de homicidio.

Cópiese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD Y PREVARICATO

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Cartagena, su auto de fecha cuatro de abril del año en curso, por el cual sobresee definitivamente a favor del doctor Ramiro Araujo Grau, Ex-Juez Penal del Circuito de Cartagena, por los cargos que se le hacen en este proceso.

Habiendo rendido su concepto el señor Procurador General de la Nación, se procede a resolver sobre la legalidad de la providencia consultada.

Hechos

Aparece de autos, que en el periódico "DIARIO DE LA COSTA", que se publica en la ciudad de Cartagena, en su edición Nº 9017 de fecha 25 de mayo de 1945, apareció en primera página, en su parte de arriba y al lado izquierdo, la siguiente mancheta:

"Qué Juez en Cartagena dictó auto de detención por encubrimiento de robo y luego lo revocó al ser insinuado por su camarilla que este ciudadano le suministraba a su grupo político el ron para el debate electoral?

"Estos son los señoritos que quieren hacerse pasar por puros y morales, cuando verdaderamente son una manada de hampones".

El doctor Ramiro Araujo Grau, quien por entoces desempeñaba el cargo de Juez 2º Penal del Circuito de Cartagena, creyéndose aludido por dicha publicación, se dirigió al Tribunal Superior, en los siguientes términos:

"En la edición del Diario de la Costa del día de hoy aparece publicado un escrito en que se hacen gravísimos cargos a un indeterminado Juez de esta ciudad. Como la Corporación a que usted pertenece y dignamente preside es la encargada de investigar y fallar los delitos de que se sindique a los Jueces, doy a usted cuenta del anterior hecho para los efectos legales consiguientes".

En un principio la investigación ordenada por el Tribunal, se dirigió a establecer quién había sido el autor de la publicación que apareció en el "Diario de la Costa", pero posteriormente se encaminó a acreditar si el doctor Araujo Grau, había incurrido en responsabilidad penal por sus actuaciones en el proceso que se seguía contra Ricardo Toribio Moreno, y Miguel Makenzie por el delito de robo y encubrimiento. En relación con esta variante de las sumarias dijo el Magistrado ponente:

"Como el suscrito ha tenido conocimiento que (sic) los hechos a que se refiere el periódico 'DIARIO DE LA COSTA' en su número del día 25 de mayo de 1945 ocurrieron en el sumario seguido contra el señor Ricardo Toribio Moreno (a) Escalera, sindicado del delito de robo, practíquese una Inspección Ocular con el objeto de constatar (sic) la veracidad de las afirmaciones hechas por el periódico citado".

Practicada la Inspección Ocular ordenada por el Tribunal, de ella apareció que quien ejercía las funciones de Juez Penal del Circuito en el negocio a que aludía la publicación del "Diario de la Costa", era el doctor Ramiro Araujo Grau y era éste quien había dictado auto de detención preventiva contra Miguel Makenzie por los delitos de robo y encubrimiento, y posteriormente auto de excarcelación incondicional.

Pruebas recogidas en el proceso

Se trajeron al proceso las copias de las actas de nombramiento y de posesión del doctor Ramiro Araujo Grau, para el cargo de Juez 2º Penal del Circuito de Cartagena y certificación de que por el tiempo en que se dictaron las aludidas providencias, se hallaba en ejercicio de ese cargo.

Igualmente obra en el expediente la diligencia de Inspección Ocular practicada en asocio de testigos actuarios sobre el sumario adelantado en el Juzgado 2º Penal del Circuito de Cartagena

contra Ricardo Toribio Moreno y Miguel Makenzie, por los delitos de robo y encubrimiento. En tal diligencia fueron examinadas minuciosamente las actuaciones de los abogados del último de los procesados, se insertan copias del auto de detención preventiva dictado contra dicho sujeto, y del auto que posteriormente lo excarceló en forma incondicional, así como también de la petición que el abogado de Makenzie presentó para obtener esa excarcelación (fls. 36 a 38 v. a 48 v.).

Se recibió declaración bajo juramento a Miguel Makenzie Herrera (fl. 46), sin que de sus dichos resulte cargo alguno contra el doctor Araujo Grau por sus actuaciones en el proceso que se siguió contra ese declarante, pues éste afirma que cambió a su apoderado doctor Miguel Schamun por el doctor Pedro Pacheco Osorio, porque le pareció que aquél no estaba haciendo nada, pero sin que nadie se lo hubiera insinuado; que solamente conocía de vista al doctor Araujo Grau, pero que no tenía amistad con él ni trato de ninguna especie.

El doctor Ramiro Araujo Grau, en la declaración instructiva que se le recibió, después de relatar las razones que tuvo para poner en conocimiento del Tribunal el hecho de la publicación aparecida en el periódico el "DIARIO DE LA COSTA", refiriéndose al hecho de haber revocado el auto de detención preventiva que había dictado contra Makenzie, manifiesta que se le pidió reposición de esta providencia y como se le demostró el error en que había incurrido, revocó ese auto, porque entre otras cosas se le hizo caer en cuenta que tratándose de un cargo por el delito de encubrimiento, era indispensable acreditar el elemento a sabiendas y este elemento no se había demostrado. (fls. 49 v. y 50).

Se considera:

La calidad oficial del sindicado doctor Ramiro Araujo Grau, en el tiempo en que los hechos investigados tuvieron realización, se estableció con los documentos indicados ya en esta providencia.

Las pruebas practicadas con el objeto de establecer si las actuaciones del doctor Araujo Grau, en el proceso seguido contra Ricardo Toribio Moreno y Miguel Makenzie, por los delitos de robo y encubrimiento, eran constitutivas de algún hecho prohibido por el código represivo, no arrojan contra aquel funcionario ningún cargo punible. Todo lo contrario, esas pruebas dan base para sostener que en el ejercicio de las funciones de Juez, procedió con la más estricta pulcritud y al revocar el auto por el cual había decretado la detención preventiva del sindicado Miguel Makenzie y resolver favorablemente el recusro de reposición que contra dicho proveído interpuso el apoderado del procesado, tuvo en cuenta el que los elementos de juicio hasta entonces existentes en la sumaria, no establecían el dolo específico del delito de encubrimiento, el cual legal y jurídicamente era indispensable para poder sostener la detención legal de dicho individuo.

A este respecto, el señor Procurador General de la Nación, dice en su concepto:

"En efecto, la motivación de estas dos providencias establece las circunstancias en que se realizaron los ilícitos antes mencionados y da las razones de hecho y de derecho que justifican la detención preventiva de Makenzie y la revocatoria posterior de esta medida. El mayor esfuerzo investigativo se encaminó a averiguar si el funcionario había tenido alguna influencia en el hecho de que Makenzie cambiara de apoderado, pero todo indica que esa sustitución obedeció exclusivamente al arbitrio de los familiares del detenido, quienes para garantizar mejor los derechos de este último optaron por asesorarlo de otro abogado. (Véase declaración de Teresa Herrera de Makenzie).

"No habiendo, pues, tenido comprobación la malévola publicación del periódico antes citado, hecha en abstracto contra los Jueces de Cartagena, se imponía dictar en favor del Ex-Juez doctor Ramiro Araujo Grau un sobreseimiento definitivo, al tenor del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal".

Lo anterior es suficiente, para concluir que la providencia consultada es estrictamente legal, toda vez que el funcionario sindicado en este proceso, se encuentra en la situación jurídica que contempla el numeral 1º del artículo 437 de la ley de Procedimiento Penal, pues los cargos que por delitos de abuso de autoridad y prevaricato que pretendieron hacérsele, no tuvieron la más mínima comprobación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE PREVARICATO

El hecho de que la Sala que confirmó el auto de proceder —aunque no se hubiera modificado en sus miembros integrantes— anuló posteriormente el proceso, no es prueba de infracción alguna, sino de la obligación de subsanar oportunamente los errores procesales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El señor Benigno Zúñiga acusó ante la Corte al Magistrado del Tribunal de Popayán doctor Alfredo Constaín por su actuación en el proceso que, por calumnia e injuria, promovió Zúñiga contra César Garrido Villaquirán ante el Juez 1º del Circuito Penal de Popayán.

Realizó la investigación el Juez 2º Superior del Distrito Judicial del mismo nombre, en el carácter de comisionado de la Corte, y como analizado el proceso, se obtuvo la certeza de que la actuación del Magistrado acusado se ajustó estrictamente a la ley, se pidió concepto al Procurador, funcionario éste que manifestó su acuerdo con la Corte.

Esta es, pues, la razón por la cual se dicta hoy sentencia en este proceso.

A) Los hechos

El origen de las diferencias entre los señores Benigno Zúñiga (acusador) y César Garrido Villaquirán, es de carácter político, pues —según referencias del proceso— el primero era suplente del señor Julio Garrido (padre de César) como congresista, y éste había asistido a todas las sesiones sin darle a aquél oportunidad alguna de concurrir.

Con motivo de alguna hoja suelta suscrita por Zúñiga, en la cual hacía alusiones peyorativas al señor Garrido como legislador, César Garrido Villaquirán envió al Directorio de su partido una carta, que fue publicada en el periódico "El Liberal" a petición de un hermano de César, y en la cual hizo a Zúñiga cargos que éste consideró calumniosos e injuriosos, publicación que fue la base del proceso contra Garrido.

En este proceso se dictaron las siguientes providencias:

a) Auto del Juez 2º Penal del Circuito de Popayán doctor Moisés Orozco, por el cual se abre juicio criminal contra César Garrido por los delitos de injuria y calumnia contra Benigno Zúñiga;

b) Auto del Tribunal, suscrito por los Magistrados doctores Alfredo Constaín, José G. Vargas y Lucio A. Balcázar, mediante el cual se confirmó el del Juez del Circuito Penal;

c) Sentencia de primer grado, suscrita por el Juez doctor Julio A. Ruiz, por la cual se absolvió a César Garrido, y

d) Auto del Tribunal, suscrito por los Magistrados doctores Alfredo Constaín, Benjamín Iragorri Díaz y Francisco J. Vejarano Trujillo, por el cual declaró la nulidad a partir del auto cabeza del proceso.

Zúñiga consideró que el Tribunal, especialmente el Magistrado doctor Constaín, por su calidad de deudor del Banco del Estado y por el vínculo entre el Gerente y el procesado Garrido (hermanos), había dictado una providencia contraria a la ley, demandó ante la Corte al doctor Constaín, cuya situación se decide en el presente fallo.

B) Resultando

En la investigación —hecha, como se dijo, por el Juez 2º Superior de Popayán— se comprobaron los siguientes hechos:

a) Que el doctor Constaín, en la época en que se dictaron las citadas providencias, ejercía las

funciones de Magistrado principal del Tribunal de Popayán;

b) Que el Magistrado doctor Constaín, efectivamente, suscribió el auto de proceder de segundo grado contra César Garrido por los delitos de calumnia e injuria de que fue víctima Benigno Zúñiga, y el auto mediante el cual se declaró nulo el proceso por cuanto no se siguió el procedimiento especial de la ley de prensa;

c) Que el Magistrado doctor Constaín era, en el tiempo en que suscribió las mencionadas providencias, deudor del Banco del Estado.

d) Que el Gerente del Banco es hermano legítimo de César Garrido.

C) Considerando

El Tribunal, al decretar la nulidad del proceso por calumnia e injuria contra César Garrido, aplicó rectamente la ley —como el Magistrado doctor Constaín lo explicó en su indagatoria— por las razones que se expresan en seguida:

a) El delito de injuria y calumnia se ejecutó el día de la publicación de la carta de César Garrido al Directorio de su partido en "El Liberal", es decir, el veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, durante la vigencia del Decreto Extraordinario número 1900 de 8 de agosto reproducido en la Ley 26 del 15 de diciembre, uno y otra del año citado;

b) La iniciación de los procesos por delitos cometidos mediante la prensa —según el Decreto y la ley mencionados— está subordinada a la condición de que, exigida la rectificación, el responsable manifieste o no su conformidad, condición que, en el proceso contra Garrido no se cumplió, incurriéndose así en violación del art. 26 de la Constitución, según el cual nadie puede ser juzgado sino mediante las formas propias de cada juicio;

c) Las leyes de procedimiento —según mandato de la Ley 153 de 1887 (artículo 40)— son de orden público y de inmediata y obligada aplicación por consiguiente, de modo que la violación de este principio, con apoyo en la norma constitucional referida, afecta de nulidad el proceso;

d) El hecho de que la Sala que confirmó el auto de proceder —aunque no se hubiera modificado en sus miembros integrantes— anuló posteriormente el proceso, no es prueba de infracción alguna sino de la obligación de subsanar, oportuna o extemporáneamente, los errores procesales, y

e) La calidad de deudor del Banco del Estado, atribuída al Magistrado acusado, o mejor el vínculo económico entre éste y aquél, tampoco acredita la infracción imputada.

D) El fallo

Siendo claro y evidente —por las razones expuestas— que el hecho por el cual se acusó al Magistrado doctor Constaín no constituye delito alguno, es de necesidad legal —como el Procurador Delegado lo solicita— aplicar el artículo 153 del estatuto procesal penal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Ministerio Público,

RESUELVE:

a) Declarar —como en efecto declara— que la actuación del Magistrado doctor Alfredo Constaín, como Miembro de la Sala Penal del Tribunal de Popayán que anuló el proceso contra César Garrido por injuria y calumnia, no constituye delito alguno, y

b) Ordenar —como en efecto ordena— cesar todo procedimiento contra el doctor Constaín por el mismo hecho.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

AUTOS INTERLOCUTORIOS Y AUTOS DE SUSTANCIACION. — DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LA UNA Y LA OTRA CLASE DE AUTOS

Entre los autos de sustanciación —que no tienen apelación— y los interlocutorios, que sí la tienen, la diferencia es clara: los primeros —según el artículo 156 (3º) — son órdenes dirigidas al desarrollo progresivo, coordinado e ininterrumpido del proceso, esto es, a la comprobación de los hechos enumerados en el artículo 294; los otros, los interlocutorios, son, según la enumeración no taxativa del artículo 156 (2º), decisiones sobre la detención o la libertad del procesado, la calificación del sumario, el derecho a la admisión o práctica de pruebas, y, finalmente, "los que resuelven algún incidente del proceso y los demás que contengan resoluciones análogas".

Siendo así que el estatuto procesal penal no tiene normas que precisen el contenido de los incidentes, es indispensable —en uso de la facultad del artículo 7º— recurrir al procesal civil.

El Título XII del Libro II está, precisamente, consagrado a tal cuestión. "Son incidentes —define el artículo 391— las controversias o cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso de un juicio y que requieren una decisión especial". Estas controversias se refieren a la acumulación de autos, colisión de competencias, allanamientos, impedimentos y recusaciones, nulidades y desistimientos, y están subordinadas —según el artículo 395— a un procedimiento especial denominado "articulación".

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El abogado doctor Luis Antonio Martínez acusó ante la Corte a los Magistrados del Tribunal Superior de San Gil doctores Héctor Santander, Guillermo Hanssen y Luis Alfonso Pérez, por su actuación en el proceso por homicidio en Tomás Martínez Sánchez, cometido en Ocamonte en octubre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Como la acusación se concretó a las providencias que —como entidad de segundo grado— dictó la Sala Penal de aquel Tribunal en el citado proceso, elemento básico para calificar el hecho es la copia de tales providencias, así como de las solicitudes que las fundaron. Expedidas y anexadas a la denuncia y comprobada la calidad de los acusados, la Corte resuelve el negocio en el presente fallo.

I. — Los hechos

La muerte violenta de Tomás Martínez Sánchez en Ocamonte creó una intensa conmoción en aquel sector del Departamento, por causa del origen político que se dio al delito, cuya responsabilidad se atribuyó al Tesorero de aquel Municipio Luis Enrique Mancilla por la parte civil, y por los Mancillas a otras personas.

Enfrentados los representantes de los sindicados y de la parte civil, ésta —que no confiaba en la imparcialidad del Juez del Circuito de Charalá— pidió al Gobernador se designara un Juez de Instrucción especial. Fue así como el Juez 2º Departamental inició y continuó la investigación, de la que se retiró al llegar el momento de decretar la detención de los responsables, por lo cual —nuevamente a solicitud de la parte civil— el Gobernador designó al Juez 1º doctor Jorge Villalobos Serpa quien, al ejercer sus funciones de instructor, fue acusado ante el Juez 1º Superior de San Gil por el defensor de Rosa Duarte de Mancilla, de estar dirigiendo la instrucción con una determinada simpatía o interés en favor de Teófilo Rodríguez y Martín Ribero, señalados como responsables, o en favor de otras personas vinculadas a aquéllos.

El Juez 1º Superior, con fundamento en la petición del defensor de Rosa Duarte de Mancilla y de los testimonios sobre las relaciones entre el instructor doctor Villalobos y Rodríguez y Ribe-

ro, dictó el auto del veintidós de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, por medio del cual decidió suspender al Juez doctor Villalobos; como contra este auto interpusiera el doctor Martínez reposición y apelación, que le fueron negadas por el Juez y por el Tribunal en el recurso de hecho, presentó denuncia contra los Magistrados de la Sala Penal.

II. — Resultando

De la investigación realizada por la Corte resultó comprobado lo siguiente:

A) El Juez 1º Superior de San Gil dispuso en la citada providencia:

1º Suspender inmediatamente la comisión conferida al señor Juez 2º de Instrucción Departamental doctor Jorge Villalobos y ordenarle la entrega del expediente al Juez del Circuito de Charalá;

2º Solicitar telegráficamente del Gobernador la designación de un nuevo investigador para que terminara de cumplir la comisión, y en caso de no obtenerla, facultar al Juez de Charalá para tal fin;

3º Solicitar del Juez 2º de Instrucción Criminal informe si se había ordenado ya y desde cuándo, la detención preventiva de Teófilo Rodríguez;

4º Enviar al Juez de Charalá, en copia, los documentos presentados por el defensor de Rosa Duarte de Mancilla, para que se investigaran los hechos allí denunciados, y finalmente,

5º Considerar suspendidos los términos de la comisión, salvo para las diligencias urgentes, mientras se reanudara su cumplimiento ya por el Juez de Charalá, ya por el nuevo Juez Instructor.

El apoderado de la parte civil, doctor Luis Antonio Martínez, interpuso contra este auto reposición y en subsidio apelación, recursos que el Juez 1º Superior —considerando que se trataba de un auto de mera sustanciación— no concedió, y como se pidiera reposición del auto que los rechazó y se negara, el doctor Martínez recurrió de hecho.

B) El Tribunal, en auto del once de febrero del año antepasado, de acuerdo con la tesis de que el auto del veintidós de noviembre del año anterior no es interlocutorio, negó la apelación así como la reposición contra el último.

C) El abogado doctor Martínez acusó a los Magistrados que suscribieron tales autos, de haber violado el artículo 26 de la Constitución Nacional por cuanto se sancionó al señor Villalobos sin haberle permitido la defensa, y también los artículos 156 y 187 del estatuto procesal penal, por cuanto le desconocieron al auto del veintidós de noviembre el carácter de interlocutorio y, por ello, rechazaron la apelación.

III. — Considerando

Como el fundamento de la acusación es la divergencia entre el denunciante por una parte y el Tribunal por la otra —sobre el carácter del auto transcrito— la decisión de la Sala deberá ajustarse a lo que la ley y la doctrina prescriban en cuanto a los elementos diferenciales de la clasificación, y, finalmente, en cuanto a si por medio del auto mencionado, se resolvió un incidente del proceso.

El tema se refiere, pues, a la interpretación de las normas relativas a esa clasificación.

Entre los autos de sustanciación — que no tienen apelación— y los interlocutorios, que sí la tienen, la diferencia es clara: los primeros —según el artículo 156 (3º)— son órdenes dirigidas al desarrollo progresivo, coordinado e ininterrumpido del proceso, esto es, a la comprobación de los hechos enumerados en el artículo 294; los otros, los interlocutorios, son, según la enumeración no taxativa del artículo 156 (2º), decisiones sobre la detención o la libertad del procesado, la calificación del sumario, el derecho a la admisión o práctica de pruebas, y, finalmente, "**los que resuelven algún incidente del proceso y los demás que contengan resoluciones análogas**". (Subraya la Sala).

Siendo así que el estatuto procesal penal no tiene normas que precisen el contenido de los incidentes, es indispensable —en uso de la facultad del artículo 7º— recurrir al procesal civil.

El Título XII del Libro II está, precisamente, consagrado a tal cuestión. "Son incidentes —define el artículo 391— las controversias o cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso del juicio y que requieren una decisión especial". Estas controversias se refieren a la acumulación de autos, colisión de competencias, allanamientos, impedimentos y recusaciones, nulidades y desistimientos, y están subordinadas —según el artículo 395— a un procedimiento especial denominado "articulación".

El auto de veintidós de noviembre no resolvió

ningún incidente. Se limitó a cambiar de Juez comisionado, facultad que la ley (artículo 64 C. P. P.) expresamente confirió al Juez Superior en los negocios de su competencia, sin que ello jamás puede incluírse en la categoría de incidente del juicio.

IV. — El fallo

No teniendo el mencionado auto carácter de interlocutorio, el derecho de apelación es inexistente, y en ese caso el Tribunal actuó conforme a derecho. No violó los artículos 156 y 187 del estatuto procesal penal como lo afirmó el denunciante.

En cuanto a la violación del artículo 26 de la Constitución, concretada en el cambio del instructor doctor Villalobos Serpa, tampoco la hubo, por cuanto el Juez Superior puede suspender o cambiar un Juez comisionado, sin que ello implique sanción alguna.

Por lo expuesto, es de obligada aplicación el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto favorable del Procurador General, RESUELVE:

a) Declarar, como en efecto declara, que el hecho ejecutado por los Magistrados doctores Héctor Santander, Guillermo Hanssen y Luis Alfonso Pérez, no constituye infracción penal alguna, y

b) Ordenar la cesación de todo procedimiento contra los citados Magistrados por la misma causa.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO LA DETENCION PREVENTIVA SE ORDENA EN EL AUTO DE PROCEDER, ESTE HECHO NO ES OBSTACULO PARA QUE SE DE CUMPLIMIENTO INMEDIATO A LA ORDEN. — EL ERROR DE INTERPRETACION DE UNA LEY EN QUE INCURRE DE BUENA FE UN FUNCIONARIO CUANDO EL TEXTO LEGAL ADMITE DIVERSAS INTERPRETACIONES, NO CONFIGURA INFRACCION PENAL

1.—Aunque la Corte sostuvo por un tiempo que cuando la detención preventiva se dicta dentro del auto de proceder, aquélla no produce sus efectos, hasta tanto no se encuentre en firme este auto, porque esa medida y el procesamiento forman un todo indivisible en relación con los recursos que sean procedentes, esta tesis ya ha sido rectificada, sosteniendo en cambio que en esos casos el auto de proceder comporta dos providencias, el llamamiento a juicio y la detención del procesado, y cada una de estas decisiones produce sus efectos legales independientemente: aquélla, cuando se ejecutorie, y la otra, inmediatamente, es decir, antes que el superior resuelva sobre los recursos que se hayan interpuesto, pues el recurso contra la detención procede en el efecto devolutivo, y sólo por economía procesal no se sacan copias para su diligenciamiento.

2—Cuando el funcionario aplica su propio criterio en la solución de algún negocio sub judice y decide en consecuencia, errando de buena fé, ello no puede acarrearle responsabilidad, porque el código represivo no ha erigido en delito la disparidad en la apreciación de las disposiciones legales. La responsabilidad para el funcionario surge cuando el tenor literal y el espíritu de la ley no ofrecen dificultad y prácticamente se omite su aplicación, pero no en aquellos casos en que la interpretación de las normas legales da lugar a criterios opuestos, porque entonces la equivocación escapa a las reglamentaciones penales, por ausencia del propósito, de la intención, que esencialmente es parte integrante de todo hecho punible.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de San Gil, su auto de fecha diez y ocho de abril pasado, por el cual sobresee definitivamente a favor del doctor Alberto Rueda Amorocho, Ex-Juez Superior de aquella ciudad, por los cargos que se le hicieron en este proceso por el delito de abuso de autoridad.

Hechos

Las diligencias informativas se iniciaron a virtud de denuncia criminal formulada el día trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete por el doctor Rafael Flórez Camacho, contra el entonces Juez Primero Superior de San Gil, doctor Alberto Rueda Amorocho, por el delito de abuso de autoridad, que hizo consistir en los siguientes hechos:

"a) Que el señor Rueda Amorocho, como Juez Primero Superior de ese Distrito y en ejercicio de sus funciones, dictó auto enjuiciatorio contra el suscrito, por delito no cometido, ordenando dentro de la misma providencia la detención y la suspensión del cargo.

"b) Que el señor Rueda Amorocho abusando de sus funciones, sin que el auto enjuiciatorio fuera notificado al suscrito, solicitó de la Presidencia de la República la suspensión del cargo que yo desempeñaba en esta ciudad, como Fiscal del Tribunal Superior del Distrito.

"c) Que a pesar de haber sido apelado tal auto y deber efectuarse tal apelación en el efecto suspensivo, como lo tiene entendido la H. Corte de Justicia en más de cuatro sentencias, insistió o mantuvo la orden de suspensión, sin importarle un bledo el hecho mismo de la apelación.

"d) Que el señor Presidente de la República

atendiendo la solicitud hecha por el señor Rueda Amorocho, en ejercicio de Juez Superior de ese Distrito, dictó el 30 del mes de noviembre un decreto suspendiéndome en el ejercicio del cargo de Fiscal, desde el primero de diciembre.

"e) Que al obrar en esa forma el señor Rueda Amorocho haciendo una solicitud cuando ni siquiera se había notificado el auto de proceder y mantener o no retirar la solicitud hecha a la Presidencia de la República, abusó de sus funciones y violó la ley por cuanto que ninguna providencia surte sus efectos mientras no esté en firme.

"f) Que el señor Rueda Amorocho al obrar como obró violando flagrantemente la ley, se excedió en el ejercicio de sus funciones, e hizo que el señor Presidente de la República y su Ministro de Gobierno cometieran un acto arbitrario, consistente en decretar mi suspensión, cuando no había providencia que tal cosa decretara, porque la que a ello se refería no estaba ejecutoriada, y, consiguientemente, no podía ni cumplirse ni surtir efectos legales de ningún género.

"g) Y que el señor Rueda Amorocho, en su condición de Juez Superior de ese Distrito, obró dolosamente al ordenar se cumpliera una providencia que no solamente carecía de valor sino que no estaba notificada".

Pruebas reunidas en el proceso

Las pruebas recogidas en la investigación, acreditan los hechos que a continuación se enumeran:

1º—Que el doctor Alberto Rueda Amorocho, en el tiempo a que se refiere el denuncio, ejercía las funciones de Juez 1º Superior de San Gil, según consta de las actas de nombramiento y posesión y de la certificación respectiva de la primera autoridad política del lugar (Fls. 11 v., 9 v. y 10);

2º—Que dicho funcionario en la calidad mencionada en el aparte anterior, conocía en ese entonces del proceso que por el delito de falsedad en documentos se adelantaba contra el denunciante Flórez Camacho, y dictó el auto de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, en cuya parte resolutiva se lee:

"1º—**Abrir causa criminal** por los trámites en que interviene el Jurado, al señor Dr. Rafael Flórez Camacho, hijo de Arturo y María Camacho de Flórez, de treinta y cinco años de edad, natural de Málaga, vecino de Bucaramanga, casado, abogado titulado y empleado público, como autor responsable del delito de falsedad en documentos privados, cometido dentro del perímetro urbano del Municipio de San Gil, a las nueve de la noche del jueves veintiseis de enero de mil novecientos treinta y nueve. El Código Penal define y castiga la referida infracción contra la fé pública, en su Libro II, Título VI, Capítulo II, que trata de la falsedad en documentos. 2º—**Decretar la detención preventiva** del sindicado Dr. Rafael Flórez Camacho. 3º—**Solicitar** telegráficamente del Ministerio de Gobierno la suspensión del Dr. Rafael Flórez Camacho de las funciones de Fiscal del H. Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga. 4º—**Comisionar** al señor Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, para la notificación personal del presente auto al procesado Dr. Rafael Flórez Camacho. Hágase saber al procesado en mención el derecho que la ley le concede para nombrar un defensor que lo asista en el presente juicio. Cópiese y notifíquese. El Juez 1º Superior, Alberto Rueda Amorocho. El Secretario, Campo E. Oróstequi",

3º—Que el auto de proceder contra el procesado Flórez Camacho, cuya parte resolutiva se ha trascrito, fué notificado al Fiscal del Juzgado y al enjuiciado, en los días veinticinco y veintiocho de noviembre siguientes, respectivamente, y que el procesado interpuso el recurso de apelación en el acto de la notificación de esa providencia y designó defensor para que lo representara;

4º—Que igualmente aparece que el Juez Superior doctor Rueda Amorocho, libró el despacho telegráfico número 233 de 26 de noviembre del mismo año de 1946 al señor Ministro de Gobierno, solicitando la suspensión del doctor Flórez Camacho del cargo de Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por habérsele llamado a juicio y decretado su detención legal en esa misma providencia;

5º—Que hay constancia de que el mencionado doctor Flórez Camacho, desempeñaba en esa fecha el cargo de Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, para el cual había sido nombrado por el Presidente de la República (Decreto Nº 1581 de 30 de junio de 1945, acta de posesión ante la Secretaría de Gobierno del Depto. y certificación respectiva (fs. 7 v., 15 y 16); y

6º—Que la solicitud del Juez Superior fué resuelta favorablemente por el Presidente de la República y su Ministro de Gobierno, por me-

dio del Decreto Nº 3455 de 30 de noviembre de 1946 y la suspensión del Fiscal Flórez Camacho fué comunicada a la Gobernación de Santander, a fin de que designara Fiscal interino en reemplazo de aquel sindicado.

Se considera:

La calidad oficial del doctor Alberto Rueda Amorocho, en su carácter de Juez Primero Superior de San Gil, en el tiempo en que los hechos tuvieron realización, se comprobó debidamente con los documentos enumerados ya en esta providencia.

En la denuncia se acusa al procesado por violación de la norma consignada en el artículo 171 del Código Penal, en el cual se dice:

"El funcionario o empleado público que, fuera de los casos previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, incurrirá en la privación de empleo, y en multa de diez a quinientos pesos".

La imputación que se hace al procesado, se hace consistir en que éste dictó en contra del denunciante un auto de proceder y dentro de esta misma providencia su detención preventiva y antes de que estuviera ejecutoriado dicho auto, solicitó y obtuvo del Presidente de la República y de su Ministro de Gobierno, la suspensión del cargo de Fiscal del Tribunal de Bucaramanga que por entonces ejercía.

Las comprobaciones relacionadas en otra parte de este proveído, permiten afirmar que la imputación del hecho relacionado, así como también la materialidad del mismo, se hallan debidamente acreditadas con esas comprobaciones. El problema radica en determinar si la conducta del funcionario sindicado al decretar las medidas qué se tachan de ilegales, se ajustó o no, a las normas legales pertinentes. Por lo tanto, para precisar la situación jurídica del doctor Rueda Amorocho ante el hecho que se carga a su cuenta, es menester analizar sus actuaciones en presencia de las normas legales que rigen la detención preventiva de un funcionario público.

No se discute la calidad de funcionario público del doctor Rueda Amorocho, ni que el hecho de que se le procesa lo hubiera llevado a ejecución con ocasión del ejercicio de sus funciones, porque esto, como ya se ha afirmado, está plenamente demostrado en los autos. Lo ilegal de su proceder, se coloca en que se excedió en el ejercicio de sus funciones cometiendo o haciendo cometer un acto arbitrario e injusto contra la persona del denunciante doctor Rafael Flórez Camacho, pues hizo que el Presidente de la República y su Ministro de Gobierno lo suspendieran del cargo de Fiscal del Tribunal de Bucaramanga y que el Gobernador de Santander lo reemplazara interinamente, sin que la providencia que lo llamó a juicio y ordenó la detención y la suspensión hubieran tenido ejecutoria.

Según se ha visto, el doctor Rueda Amorocho dictó la detención preventiva de Flórez Camacho y la suspensión del empleo que ejercía, dentro del auto de proceder por el delito de falsedad en documentos. Fué, por consiguiente, una providencia que definió dos cuestiones importantes del proceso: la calificación en el fondo de las diligencias informativas, y la detención legal del procesado llamado a juicio. Nada de ilegal existe en este proceder, porque la ley procedimental no prohibe que dentro del auto de proceder, se decrete la detención preventiva del sindicado. Es indudable, que es más conveniente para los intereses de la justicia, que esas medidas se dicten en providencias distintas, especialmente porque no haya lugar a discutir la inmediata efectividad de la detención provisional del indiciado.

El auto de proceder, mientras no se encuentre ejecutoriado, no puede producir sus efectos legales; en cambio la detención preventiva es de ejecución inmediata por razones de orden público y los recursos que contra ella se interpongan, no suspenden sus efectos en cuanto a la detención del procesado, ni a la suspensión del empleo que ejerza, si se trata de un funcionario público, ni en lo que respecta al embargo y secuestro de bienes para garantizar el pago de los perjuicios causados por la infracción.

Se habla en la providencia consultada, de que es doctrina de la Corte que cuando la detención preventiva se dicta dentro del auto de proceder, aquélla no produce sus efectos, hasta tanto no se encuentre en firme este auto, porque esa medida y el procesamiento forman un todo indivisible en relación con los recursos que sean procedentes. A esto se observa, que esa tesis ha sido rectificada, sosteniendo en cambio, que en esos casos el auto de proceder comporta dos providencias, el llamamiento a juicio y la detención del procesado, y cada una de estas decisiones produce

sus efectos legales independientemente, aquélla, cuando se ejecutoríe, y la otra, inmediatamente, es decir, antes de que el superior resuelva sobre los recursos que se hayan interpuesto, pues el recurso contra la detención procede en el efecto devolutivo, y sólo por economía procesal no se sacan copias para su diligenciamiento.

Y el Juez a quien se sindica interpretó la ley en el sentido antes indicado, pues dentro del auto de proceder, decretó la detención preventiva del procesado y solicitó la suspensión del empleo que ejercía dentro de esa misma providencia, a fin de poder hacer efectiva la detención, por tratarse de un funcionario público. Por eso, el procedimiento empleado por dicho funcionario no constituye extralimitación de funciones ni entraña la violación de ninguna norma legal ni comporta un acto arbitrario o injusto contra la persona del denunciante.

Por lo demás, cuando el funcionario aplica su propio criterio en la solución de algún negocio sub-judice y decide en consecuencia, errando de buena fé, ello no puede acarrearle responsabilidad, porque el código represivo no ha erigido en delito la disparidad en la apreciación de las disposiciones legales. La responsabilidad para el funcionario surge, cuando el tenor literal y el espíritu de la ley no ofrecen dificultad y prácticamente se omite su aplicación, pero no en aquellos casos en que la interpretación de las normas legales dá lugar a criterios opuestos, porque entonces la equivocación escapa a las reglamentaciones penales, por ausencia del propósito, de la intención, que esencialmente es parte integrante de todo hecho punible.

La Procuraduría General de la Nación, dice en su concepto:

"Encuentra el denunciante delictuosa la actuación del Ex-Juez doctor Rueda Amorocho, por cuanto no esperó a que el auto de 23 de noviembre estuviera en firme, es decir notificado personalmente a las partes, para pedir la suspensión del funcionario, procedimiento que ha debido tenerse en cuenta, ya que allí se ordenó conjuntamente la detención preventiva y el enjuiciamiento del mismo.

"La practica judicial ha reconocido y la ley no se opone a ello, que dichas medidas pueden dictarse en una misma providencia, respetando los diversos efectos que producen en el campo del derecho. Y es lo cierto que la orden de detención precede a la captura, sin necesidad de previa notificación personal. Sus efectos son de inmediata ejecución.

"Por tanto, la solicitud que el Juez hizo al órgano ejecutivo a fin de obtener la suspensión del funcionario contra quien se había librado la detención, fué una consecuencia inmediata de esta última y nada tiene que ver con la eficacia legal del enjuiciamiento propiamente dicho. Y si no puede tacharse de arbitraria e injusta la conducta oficial del ex-Juez doctor Rueda Amorocho, ni de exceso en el ejercicio de sus funciones, carece de respaldo el cargo de responsabilidad que se le acusa.

"El auto consultado hace resaltar la hipótesis de que el funcionario imputado pudo equivocarse, dado que "son divergentes los criterios entre las diversas autoridades judiciales para casos similares a éste". Pero agrega que ese probable error de interpretación, tampoco configura jurídicamente el abuso de autoridad materia de la imputación".

Concluye el Jefe del Ministerio Público, pidiendo la confirmación del sobreseimiento definitivo consultado.

Se deduce de lo anterior, que el doctor Rueda Amorocho, procesado en estas diligencias, no cometió el delito de abuso de autoridad que se le imputa ni tampoco otro hecho que la ley penal considere como delito, siendo el caso de confirmar el auto consultado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES — CUAL ES EL INTERES QUE CONSTITUYE LA CAUSAL DE IMPEDIMENTO O DE RECUSACION — EL HABER FORMADO PARTE DE LA SALA DE DECISION DEL MAGISTRADO QUE ACTUA COMO PONENTE EN UN PROCESO, Y HABER ESTADO ACORDE CON LAS TESIS DEL MISMO, NO CONSTITUYE INTERES EN EL SENTIDO QUE DA A ESTA PALABRA LA LEY CUANDO LO ERIGE EN CAUSAL DE IMPEDIMENTO

Todas las causales de recusación o impedimento que señala el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal puede decirse que derivan de una clasificación general que las comprende dentro de determinados sentimientos o afectos, de orden individual o económico, que por tener estos caracteres hacen presumir y presumen que restan independencia e imparcialidad al Juez para conocer de determinado negocio judicial. Son, pues, el efecto, el interés, la animadversión o el odio y hasta el amor propio u orgullo de las propias ideas, los factores determinantes que la ley erige en otros tantos motivos o causales que señala de modo taxativo, para que el funcionario en quien exista una o alguna de ellas, o las mismas partes, puedan hacer uso de la facultad de declararse impedido o de éxigir la separación por recusación del funcionario en quien concurran, cuando no hace por propio impulso o no considera del caso hacerla aquella declaración de impedimento.

La causal 1ª del artículo 73 está muy lejos de servir de pretexto para separar al juzgador del conocimiento de un negocio judicial, tachándolo de interesado en el proceso, por el solo hecho de haber participado con rectitud y honorabilidad, previo estudio y análisis, en las resoluciones tomadas en la Sala de Decisión, las cuales, por el mismo número de funcionarios que actúan, es de presumirse, y así lo presume la ley, que llevan el sello de la más absoluta imparcialidad y justicia, porque son variados los criterios que participan en el examen de la cuestión, y del choque mismo de las distintas ideas, resulta generalmente mejor y más completo discernimiento en la solución de las cuestiones subjudice que les corresponde por ministerio de la ley.

Si pudiera hablarse de interés en el negocio por parte del Magistrado que participa de las apreciaciones de sus compañeros de Sala para decidir determinada situación procesal, sin duda alguna habría siempre la posibilidad de declarar separados del conocimiento del proceso a todos los funcionarios que en él intervinieron, porque sobre todos ellos pesaría la duda de su parcialidad. No es precisamente éste el criterio del Código, el cual al consagrar el interés como motivo de recusación, entendió que ese interés tiene que hacer referencia a algo que afecte, bien sea directa o indirectamente, el patrimonio del Juez o el de sus próximos parientes por consaguinidad o afinidad, dentro de ciertos grados. Pero un patrimonio de origen económico o de esta misma categoría, porque el patrimonio moral del fallador en orden a estas cuestiones tiene que hacer referencia a distintas circunstancias. También tenidas en cuenta por la ley para erigirlas en causales de recusación o de impedimento, como provenientes de otros sentimientos derivados del amor propio o de la pretensión fundada en que no podría sobreponerse al criterio ya expresado y no variará de concepto, cualesquiera que sean las circunstancias en que le corresponda decidir o actuar. Para estos casos están aquellas causales que hacen referencia al consejo o asistencia que haya podido prestar el Juez antes de serlo o aún siéndolo, a alguna de las partes (numeral 4º del artículo 73) o haber dictado la providencia de cuya revisión se trata (numeral 7º ibídem), o ser pariente dentro de los grados de la ley, del funcionario inferior que dictó la providencia que se va a revisar (parte final del mismo numeral 7º).

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

(Magistrado ponente Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, viene a la Corte el expediente por el delito de falso testimonio, en que aparecen como sindicados Heriberto García Cano, Otoniel Muñoz y otros, para que se decida sobre un incidente de recusación propuesta por el primero de los sindicados relacionados.

En escrito de fecha veinticinco de abril del año en curso (fls. 247 a 249 del cuaderno segundo), el citado García Cano, recusó al Magistrado de dicho Tribunal, doctor Fabio Ramírez Hoyos para que se declarara separado del conocimiento del negocio en el cual ha actuado como miembro de la Sala de Decisión.

Las razones para sustentar la recusación pueden resumirse:

En que al intervenir el doctor Ramírez Hoyos en su calidad de Magistrado, firmó varias providencias "solidarizándose con todos los actos" procesales ejecutados por el Magistrado ponente doctor Pedro Gutiérrez Mejía; que en numerosas providencias firmadas por éste como integrante de la Sala le ha negado sistemáticamente las peticiones formuladas por el sindicado García Cano; que la solidaridad ya mencionada con el Magistrado doctor Gutiérrez Mejía en cada una de las diligencias proferidas, indica claramente que de parte del primero existe interés en el proceso, que se patentiza con los actos persecutorios contra García Cano, con mira de causarle perjuicios de orden material y moral; que el Magistrado doctor Ramírez Hoyos se negó a discutir el proyecto del doctor Vicente de los Ríos Cock, Magistrado conjuez dentro del mencionado proceso penal, en el cual este último salvó su voto, deduciendo el denunciante que el Magistrado doctor Ramírez Hoyos ha obrado con parcialidad en el presente negocio y que tiene interés en el mismo.

El Magistrado recusado doctor Ramírez Hoyos, en relación con los cargos del recusante, manifiesta que como miembro de la Sala de Decisión, le tocó conocer del presente proceso, firmó numerosas providencias dictadas por el Magistrado ponente doctor Pedro Gutiérrez Mejía, porque de acuerdo con su recto criterio, estimó en cada caso que las decisiones tomadas se ajustaban estrictamente a la equidad, a la justicia a los intereses sociales y a las disposiciones de la ley, y de ahí la solidaridad con los demás miembros de la Sala, de que se duele el recusante; que en esas providencias que le ha tocado firmar, se han negado solicitudes formuladas por el sindicado García Cano, mas nó sistemáticamente según éste lo sugiere, sino en forma meditada, razonada y conforme con el derecho, y si las decisiones no han sido favorables, ello no quiere decir que no hubieran sido tomadas mediante un estudio concienzudo, recto e imparcial de cada pedimento de las pruebas del expediente y ajustadas a las respectivas disposiciones legales.

En cuanto a que el criterio del Magistrado ponente —agrega el doctor Ramírez Hoyos— hubiera coincidido en las providencias dictadas a lo largo del proceso, con el del recusado anterior doctor Gutiérrez Mejía, no puede dar margen para formular la inusitada y gratuita afirmación de que ha procedido con parcialidad en la resolución de las peticiones del acusado, y menos aún, que el doctor Ramírez Hoyos pueda tener el más mínimo interés en el proceso para perjudicar al recusante, quien de otro lado habla de actos persecutorios en su contra y los deduce del hecho de que las decisiones de la Sala no le han sido favorables, pero que esta conclusión así expuesta, peca cuando menos de ingenua, ya que su actuación, al intervenir el Magistrado doctor Ramírez Hoyos en el proceso, se ha ajustado a la recta aplicación de la justicia.

En relación con el cargo de que el Magistrado doctor Ramírez Hoyos se negara a discutir el proyecto del doctor Vicente de los Ríos Cock, Magistrado Conjuez, dentro del referido proceso, y en el cual este último salvó su voto, es absolutamente contrario a la verdad, por cuanto en ningún momento el doctor Ramírez Hoyos se ha negado a deliberar cuestiones o puntos de derecho, relacionados con el proceso y siempre ha concurrido a las decisiones o deliberaciones cuando quiera que ha sido citado para ello, presentándose oportunamente a las sesiones.

Por último, que en cuanto el acusado dice que presenta como prueba para apoyar la recusación, este mismo proceso, especialmente sus solicitudes y los fallos que las han resuelto en forma negativa, precisamente, de la lectura de tales pie-

zas, podrá apreciarse, la justicia y legalidad con que ha procedido en sus intervenciones el Magistrado doctor Ramírez Hoyos, quien por estimar que no concurre ninguna de las causales de impedimento taxativamente enumeradas en el artículo 73 del Estatuto Procedimental, no se declara impedido para conocer de este proceso.

El Tribunal Superior —Sala Dual— en providencia de fecha tres de agosto de este año, declaró infundada la recusación y posteriormente dispuso el envío del proceso a la Corte para que se resolviera lo que fuere legal.

Se considera:

Todas las causales de recusación o impedimento que señala el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal puede decirse que derivan de una clasificación general que las comprende dentro de determinados sentimientos o afectos, de orden individual o económico, que por tener estos caracteres hacen presumir y presumen que restan independencia e imparcialidad al Juez para conocer de determinado negocio judicial. Son, pues, el afecto, el interés, la animadversión o el odio y hasta el amor propio u orgullo de las propias ideas, los factores determinantes que la ley erige en otros tantos motivos o causales que señala de modo taxativo, para que el funcionario en quien exista una o algunas de ellas, o las mismas partes, puedan hacer uso de la facultad de declararse impedidos o de exigir la separación por recusación del funcionario en quien concurran, cuando no hace por propio impulso o no considera del caso hacerlo, aquella declaración de impedimento.

Ninguno de los hechos que el recurrente invoca para tratar de establecer la parcialidad del funcionario recusado, puede ser admitida.

La causal primera del artículo 73, que es la única que aduce, está muy lejos de servir de pretexto para separar al juzgador del conocimiento de un negocio judicial tachándolo de interesado en el proceso, por el solo hecho de haber participado con rectitud y honorabilidad, previo estudio y análisis en las resoluciones tomadas en Sala de Decisión, las cuales por el mismo número de funcionarios que actúan es de presumirse y así lo presume la misma ley, que llevan el sello de la más absoluta imparcialidad y justicia, porque son variados los criterios que participan en el examen de la cuestión, y del choque mismo de las distintas ideas, resulta generalmente mejor y más completo discernimiento en la solución de las cuestiones subjudice que les corresponde por ministerio de la ley.

Si pudiera hablarse de interés en el negocio por parte del Magistrado que participa de las apreciaciones de sus compañeros de Sala para decidir determinada situación procesal, sin duda alguna habría siempre la posibilidad de declarar separados del conocimiento del proceso a todos los funcionarios que en él intervinieron porque sobre todos ellos pesaría la duda de su parcialidad. No es precisamente éste el criterio del Código, el cual al consagrar el interés como motivo de recusación, entendió que ese interés tiene que hacer referencia a algo que afecte, bien sea directa o indirectamente, el patrimonio del Juez o el de sus próximos parientes, por consaguinidad o afinidad, dentro de ciertos grados. Pero un patrimonio de origen económico o de esta misma categoría, porque el patrimonio moral del fallador en orden a estas cuestiones tiene que hacer referencia a distintas circunstancias, también tenidas, en cuenta por la ley para erigirlas en causales de recusación o de impedimento, como provenientes de otros sentimientos derivados del amor propio o de la pretensión fundada en que no podría sobreponerse al criterio ya expresado y no variará de concepto cualesquiera que sean las circunstancias en que le corresponda decidir o actuar. Para estos casos están aquellas causales que hacen referencia al consejo o asistencia que haya podido prestar el Juez antes de serlo o aún siéndolo, a alguna de las partes (numeral 4º del artículo 73) o haber dictado la providencia de cuya revisión se trata (numeral 7º ibidem), o ser pariente dentro de los grados de la ley, del funcionario inferior que dictó la providencia que se va a revisar (parte final del mismo numeral 7º).

Ninguna de estas circunstancias aparece establecida en las razones y fundamentos que el recusante alega en pro de sus pretensiones y por ello mismo es menester declarar que no existe motivo legal para separar al doctor Fabio Ramírez Hoyos, Magistrado del Tribunal Superior de Manizalez, del conocimiento del negocio en que se ha suscitado el incidente de recusación que aquí se resuelve, de plano como la ley lo manda,

por lo cual tampoco se dá curso al memorial poder que para representarlo en este incidente ante la Corte presentó el recusante.

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 infundada** la recusación propuesta por el sindicado Heriberto García Cano, contra el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales doctor Fabio Ramírez Hoyos, y dispone que dicho Magistrado siga conociendo del expediente, según los mandatos legales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE PREVARICATO Y DE ABUSO DE AUTORIDAD — LA SIMPLE DISCREPANCIA DE TESIS NO CONFIGURA INFRACCION PENAL — CUANDO LA USURPACION DE JURISDICCION PUEDE SER DELITO

1—La discrepancia de tesis —aunque pueda significar error en la interpretación— no puede constituir infracción, al menos que la tesis sostenida y adoptada tenga un origen y un propósito de favor o de perjuicio hacia determinada persona.

2—La usurpación de jurisdicción, estudiada en la extensión que la da el art. 148 del Código de Organización Judicial, para que sea delito, requiere contenga los elementos, sea del prevaricato, sea del abuso de autoridad, ya que no guarda relación con el de usurpación de funciones públicas que define el estatuto penal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Corte Suprema —a solicitud del Ministerio de Justicia— inició el 12 de noviembre de 1948 la investigación sobre la responsabilidad en que pudieran haber incurrido los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla Dres. José Luis Alandete, José Francisco Angulo y Arnaldo Donado, por causa de su actuación en el proceso por los sucesos ocurridos en aquella ciudad el nueve de abril del mismo año.

Realizada la investigación por el Juez 1º Penal del Circuito de Barranquilla, en virtud de comisión que le fue conferida, la Corte —previo análisis de los elementos integrantes del proceso— dedujo la convicción de que las actuaciones de los citados Magistrados no constituye infracción penal alguna. Consultó al Procurador, por tal motivo, sobre la posibilidad legal de dictar la sentencia que faculta el Art. 153 del Código de Procedimiento Penal, y como aquel funcionario manifestó su conformidad con el pensamiento de la Corte, se exponen en seguida los fundamentos del presente fallo.

I — La denuncia

Fué el Fiscal 1º del Tribunal de Barranquilla quien, en comunicación al Ministerio de Justicia, acusó a los citados Magistrados por los siguientes hechos realizados en el proceso en averiguación de los responsables de delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado cometidos el nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho en Barranquilla:

a) Haber decidido, sin tener competencia, el recurso de apelación contra el auto del Juez de Instrucción Criminal por medio del cual decretó la detención de algunos de los acusados;

b) Haber violado la reserva del sumario, cargo consistente en la publicación en "El Nacional" de la noticia de que yá estaba presentado el proyecto de auto (con salvamento de voto del Magistrado Donado) sobre revocatoria del auto de detención, y

c) Demora de tres meses aproximadamente en la decisión del mencionado recurso.

III — Resultando:

Con base en los exámenes que se hicieron del proceso —mediante inspecciones oculares— se tiene como acreditado en forma legal lo siguiente:

a) Que la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla, integrada por los Magistrados Dres. Alandete, Angulo y Donado, con salvamento de éste, revocó el auto de detención decretada por el Juez de Instrucción, con la tesis de que tratándose de un negocio de competencia de los Jueces Superiores, la que ya había sido fijada por el Juez de Circuito, es el Tribunal —como entidad de segundo grado de los Jueces Superiores— el competente para decidir de los recursos de apelación de los autos de los Jueces de Instrucción dictados en tales negocios; tesis ésta respaldada en el

mandato del Art. 44 (3º) del Código de Procedimiento Penal;

b) Que las demoras imputadas a la Sala Penal del Tribunal, en especial al Magistrado Ponente Dr. Alandete, fueron justificadas, según la explicación dada por aquél y confirmada en las diligencias de inspección ocular en el proceso;

c) Que las declaraciones hechas ante el Juez comisionado por los señores Julián Devis Echandía y José María del Castillo, Director y reporter —en su caso— del diario "El Nacional", descartan toda posibilidad delictuosa imputable a los Magistrados acusados;

d) Que el Procurador Delegado en lo Penal conceptúa que "los hechos atribuídos a los Magistrados no existieron como infracciones de la ley penal, y por eso cabe aquí —concluye— declarar cesado todo procedimiento contra los doctores José Luis Alandete, José Francisco Angulo y Arnaldo Donado, conforme al Art. 153 del estatuto procedimental"; y finalmente,

e) Que los doctores Alandete, Angulo y Donado, ejercían legalmente las funciones de Magistrados del Tribunal de Barranquilla en la época en que intervinieron en el citado proceso.

III — Considerando:

El análisis de este proceso lleva a las siguientes consideraciones, que son el fundamento del fallo:

a) Usurpación de jurisdicción

A la infracción imputada no se le dió la denominación técnica; la usurpación de jurisdicción parece referirse al prevaricato o al abuso de autoridad subsidiariamente, delitos éstos que no aparecen aquí configurados. No el primero, porque el conocer del recurso contra el auto del Juez de Instrucción, no implica necesariamente dictar a sabiendas resolución contraria a la ley, con tanto mayor razón cuanto que el Tribunal fundó su intervención en una tesis que, si no unánimemente acogida por otros Tribunales, es muy discutible por cierto. Tampoco el segundo, porque el Tribunal —excediéndose en el ejercicio de sus funciones— no cometió acto injusto contra persona alguna, ni omitió o retardó la ejecución de aquello a que por la ley estaba obligado.

La discrepancia de tesis —aunque pueda significar error en la interpretación— no puede constituir infracción, al menos que la tesis sostenida y adoptada tenga un origen y un propósito de favor o de perjuicio hacia determinada persona, lo que no fué acreditado en este proceso.

La usurpación de jurisdicción, finalmente, estudiada en la extensión que le da el Art. 148 del Código de Organización Judicial, para que sea delito, requiere contenga los elementos, sea del prevaricato, sea del abuso de autoridad, ya que no guarda relación con el de usurpación de funciones públicas que define el estatuto penal.

b) Violación de la reserva del sumario

Este delito —definido y sancionado de conformidad con los Arts. 173 del Código Penal y 276 del de Procedimiento Penal— no fue aquí comprobado, al menos como actividad delictuosa de los Magistrados. Las declaraciones del Director y reporter de "El Nacional" excluyen —como ya se dijo— la responsabilidad de aquéllos, y la carta (rectificación) que los Magistrados dirigieron al primero de aquellos periodistas, tampoco sugiere un origen o propósito delictuoso. No hubo, pues, violación de las normas citadas.

c) Las demoras procesales

La demora en la ejecución de los actos a que los funcionarios están legalmente obligados —que es una especie de abuso de autoridad (Art. 172 C. P.)— no tuvo comprobación alguna. La que el Fiscal 1º del Tribunal imputó a los Magistrados de Barranquilla, existió evidentemente, mas no como infracción penal, sino como resultado de contingencias imprevistas, tales como renuncias, designación y posesión de defensores, que fueron causa —por el procedimiento que debía seguirse— de una obligada prolongación del término dentro del cual debía decidirse el recurso.

IV — El fallo

Deducido del proceso que los hechos que el Fiscal 1º del Tribunal de Barranquilla imputó a los Magistrados de la Sala Penal del mismo no constituyen prevaricato ni abuso de autoridad ni usurpación de funciones, debe dictarse la sentencia que faculta el Art. 153 del estatuto proce-

sal, ya que —además— se han cumplido los requisitos que tal norma exige.

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, ordena cesar todo procedimiento contra los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla doctores José Luis Alandete, José Francisco Angulo y Arnaldo Donado, por los hechos que les imputó el Fiscal 1º del mismo Tribunal.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Luis Gutiérrez Jiménez — **Francisco Bruno**— **Alejandro Camacho Latorre**—**Angel Martín Vásquez**—**Julio E. Argüello R.**, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

El cambio de radicación de un proceso criminal se inspira en la finalidad de obtener dos objetivos fundamentales: salvaguardiar el buen nombre de la administración de justicia y a su vez remover cualquier obstáculo que sea perturbador en la marcha adecuada del proceso, a fin de que la justicia pueda cumplir su alta misión garantizando por igual los derechos de la sociedad y los del procesado. Cuando estas finalidades no pueden cumplirse, por existir en el lugar donde se deba juzgar al procesado, factores que dificulten la obtención de tales objetivos, la ley faculta al Gobierno para cambiar la radicación de un proceso, previo el concepto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Y esta situación se presenta cuando las partes interesadas en los procesos penales no disfrutan de los derechos garantizados por la Constitución y las leyes, ya porque existan motivos fundados de que esos derechos puedan ser desconocidos por quienes deben fallar el negocio, o porque circunstancias originadas en pasiones, se traduzcan en actos de represalia o de venganza, que impidan el ejercicio de aquellos derechos o bien porque existe en el lugar donde se va a juzgar al procesado un clima social tanto de la víctima como del victimario, que aconsejen sustraer a esa acción coaccionadora el negocio respectivo, a fin de que esos factores no redunden en perjuicio de la serena e imparcial administración de justicia.

El hecho de que el denunciante y el apoderado de la parte civil son personas de prestigio profesional en el distrito donde se adelanta el proceso, no justifica por sí solo el cambio de radicación, como tampoco lo justifica el que la cabecera del distrito sea una población pequeña.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Ministerio de Justicia, Departamento Jurídico, remite a la Corte para que emita su concepto, la solicitud elevada por el doctor Pedro P. Pérez Sotomayor, para que se cambie de radicación el proceso seguido en el Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo contra Hernando Escobar González, por el delito de homicidio en la persona de Héctor Julio Granados.

Las razones en que funda dicha solicitud el doctor Pérez Sotomayor, son las siguientes:

a) Que el día veinte de agosto pasado, tuvo lugar en la ciudad de Sogamoso, una lamentable tragedia que culminó en la muerte del señor Héctor Julio Granados, a manos del señor Hernando Escobar González y este hecho produjo gran conmoción social tanto en aquella ciudad como en la de Santa Rosa de Viterbo, debido a la posición social de los protagonistas y a los móviles determinantes del homicidio;

b) Que el denuncio criminal fue formulado por el doctor Adriano Vega V., tío legítimo del occiso y abogado de dilatado prestigio profesional;

c) Que el sumario se adelanta en la ciudad de Sogamoso y pronto será remitido al Fiscal Superior de Santa Rosa de Viterbo, donde el doctor Víctor Arenas Sandoval goza de simpatías y de especiales consideraciones entre los funcionarios, por haber desempeñado el cargo de Fiscal Superior por largo tiempo y quien tiene la representación de la parte civil en tal proceso;

d) Que el doctor Adriano Vega V., tío del occiso Granados y denunciante, también tiene grandes vinculaciones profesionales, sociales y económicas en la ciudad de Santa Rosa de Viterbo;

e) Que Santa Rosa de Viterbo es un medio im-

propicio para ventilar un proceso penal de tanta repercusión social, dada su población muy reducida, la categoría de los protagonistas, los móviles determinantes del hecho y las vinculaciones sociales del denunciante y del apoderado de la parte civil; y

f) Que por las razones anotadas, su representado debe ser juzgado en un medio de mayor imparcialidad y serenidad, donde no se presenten factores perjudiciales para la recta administración de justicia.

Pruebas

En orden a fundar la petición sobre cambio de radicación, el apoderado del procesado Escobar González, presenta los siguientes documentos:

1º Una certificación del Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Sogamoso, en la que se dice que en esa oficina se inició y se adelanta un proceso contra Hernando Escobar González por el delito de homicidio en la persona de Héctor Julio Granados; que en tal proceso, el doctor Pedro Pérez Sotomayor, es apoderado del sindicado; y que el doctor Adriano Vega Vega es el denunciante y el doctor Víctor Arenas Sandoval, tiene la personería de la parte civil;

2º Dos certificaciones del Juez Unico Municipal y del Juez 1º Penal del Circuito de Sogamoso, en las que se dice que el doctor Arenas Sandoval ejerce su profesión en el Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, donde fue Fiscal de un Juzgado Superior por varios años; que Santa Rosa de Viterbo, es una ciudad de pocos habitantes, donde todo el mundo tiene establecidas relaciones sociales y se presentan dificultades para la celebración de las audiencias públicas con intervención de Jurado; y que los doctores Adriano Vega V. y Arenas Sandoval, gozan de gran prestigio profesional y social en la mencionada ciudad;

3º Certificaciones del Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Viterbo y del funcionario Primero de Instrucción Criminal Militar de Sogamoso, en las que el primero manifiesta que los doctores Vega y Arenas Sandoval, ejercen la profesión de abogados con gran honorabilidad y competencia tanto en Sogamoso como en Santa Rosa de Viterbo, y el segundo, que el homicidio en la persona de Héctor Julio Granados produjo gran conmoción social en Sogamoso y que el doctor Arenas Sandoval, ejerce con éxito su profesión de abogado en el Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo; y

4º Los testimonios de los señores Tirso Rojas, Fermín Chaparro, doctor Jorge Guevara, Gonzalo Escobar y Juan Bernal, rendidos ante el Juez Municipal de Sogamoso, en los que afirman que la muerte del señor Héctor Julio Granados causó gran conmoción en dicha ciudad, que el doctor Adriano Vega es persona que goza de mucha estimación en Sogamoso y el doctor Arenas Sandoval, ejerce su profesión de abogado en Sogamoso y Santa Rosa de Viterbo, donde desempeñó el cargo de Fiscal de uno de los Juzgados Superiores y tiene gran influencia social. También dicen que Santa Rosa de Viterbo es una población pequeña y esto dificulta la administración de la justicia penal por la escasez de personal hábil para el cargo de Jurados.

Se considera:

El cambio de radicación de un proceso criminal, se inspira en la finalidad de obtener dos objetivos fundamentales: salvaguardiar el buen nombre de la administración de justicia y a su vez remover cualquier obstáculo que sea perturbador en la marcha adecuada del proceso, a fin de que la justicia pueda cumplir su alta misión garantizando por igual los derechos de la sociedad y los del procesado. Cuando estas finalidades no pueden cumplirse, por existir en el lugar donde se deba juzgar al procesado factores que dificulten la obtención de tales objetivos, la ley faculta al Gobierno para cambiar la radicación de un proceso, previo el concepto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Y esa situación se presenta, cuando las partes interesadas en los procesos penales no disfrutan de los derechos garantizados por la Constitución y las leyes, ya porque existan motivos fundados de que esos derechos puedan ser desconocidos por quienes deban fallar el negocio, o porque circunstancias originadas en pasiones se traduzcan en actos de represalia o de venganza, que impidan el ejereicio de aquellos derechos o bien porque existe en el lugar donde se va a juzgar al procesado un clima social, resultante del carácter político del suceso o de la posición social tanto de la víctima como del victimario, que aconsejen sustraer a esa acción coaccionadora el negocio respectivo, a fin de que esos factores no redunden en perjuicio de la serena e imparcial administración de justicia.

En el caso presente, los elementos de juicio

aducidos por el apoderado del procesado, no acreditan ni hacen posible ninguna de las hipótesis mencionadas. Las pruebas relacionadas, sólo establecen que el denunciante en el proceso y el apoderado de la parte civil, son personas de prestigio profesional en el Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo y que se les tiene en gran estima social, tanto en esta ciudad como en Sogamoso. No hay asidero probatorio para que se pueda temer que en la ciudad de Santa Rosa de Viterbo, lugar en donde corresponde legalmente juzgar al procesado, existan causas que dificulten la marcha adecuada de dicho negocio o que pongan en peligro los derechos de las partes interesadas. Se habla de que el hecho materia de la investigación produjo conmoción social en Santa Rosa de Viterbo, pero esta afirmación no tiene visos de realidad, toda vez que quienes declaran en este sentido son oriundos de Sogamoso y no mencionan en sus dichos el por qué consideran que esa situación hubiera trascendido a aquella otra ciudad.

La circunstancia de que Santa Rosa de Viterbo, ciudad donde funcionan los Juzgados Superiores, sea una población pequeña que dificulta la administración de la justicia penal con intervención de Jurado, tampoco es una razón valedera para el cambio de radicación del nombrado proceso, pues hasta el presente, esa clase de juicios se han tramitado y se tramitan en aquella ciudad, sin tropiezos de ninguna especie por causa del personal de ciudadanos para servir el cargo de Jurados.

Por consiguiente, los motivos que justifiquen el cambio de radicación del proceso en referencia, no resaltan con toda claridad y como esta medida no es aconsejable cuando tiene por fundamento el temor infundado de las partes o circunstancias ajenas a la obtención de la correcta administración de justicia, el concepto de la Corte no puede ser favorable a ese cambio de radicación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, emite concepto desfavorable sobre el cambio de radicación del proceso que por el delito de homicidio, se adelanta en el Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, contra Hernando Escobar González.

Remítanse originales estas diligencias al señor Ministro de Justicia.

Cúmplase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre — Angel Martín Vásquez — Julio E. Argüello R., Secretario.

LA CORTE CARECE DE COMPETENCIA PARA JUZGAR A LOS MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO — LA CALIDAD DEL CARGO QUE DESEMPEÑA EN EL MOMENTO DE LA INFRACCION PORQUE SE ACUSA AL FUNCIONARIO, ES LA CIRCUNSTANCIA QUE SIRVE PARA RADICAR LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE UN JUICIO DE RESPONSABILIDAD CONTRA UN EMPLEADO

1—En parte alguna de la ley se encuentra la disposición que determina por qué entidad habrán de ser juzgadas las infracciones penales que puedan cometer los Magistrados del Tribunal del Trabajo en cualquiera de sus jerarquías. El nuevo Código de Procedimiento Penal vigente, por ser anterior a la creación de la justicia especial del trabajo menos podía incluir en sus textos normas sobre la competencia para juzgar a quienes delincan en el ejercicio de dicha Magistratura especial, bien por actos de responsabilidad o por delitos comunes. En tales condiciones, no existiendo regla alguna que atribuya a la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Penal— el juzgamiento de estos funcionarios, y siendo la competencia de orden público, no podría por vía de simple interpretación asignarse la Sala la atribución de juzgar a funcionarios públicos determinados, sin expreso mandato de la ley.

2—Dentro del antiguo sistema procesal, derivado del ordinal 6º del artículo 33 del Código Judicial (Ley 105 de 1931), expresamente se disponía que a la Sala de Casación en lo Criminal le correspondía conocer "de las causas que se sigan por delitos comunes y de responsabilidad cometidos en cualquiera otra época por particulares o empleados públicos que, al tiempo en que deba decidirse sobre el mérito del sumario, desempeñan algunos de los empleos especificados en el número anterior". Uno de éstos era precisamente el cargo de Magistrado de Tribunal de Distrito Judicial. No cabía, pues, la menor duda de que, de conformidad con el citado mandato, la competencia en esos casos se determinaba por el hecho de ejercer alguno de los cargos que conferían un fuero especial para el juzgamiento, cualquiera que fuese la época en que el hecho se cumpliera, desde luego que el texto legal ampliaba o extendía ese fuero, aunque al tiempo de la presunta infracción el sindicado no gozara de él. De suerte que la competencia en los juicios de responsabilidad, y aún en los delitos comunes, quedaba radicada por la circunstancia de ejercer el sindicado un cargo de los señalados específicamente en la ley, siempre que al tiempo de decidirse sobre el mérito del sumario desempeñara el acusado determinada jerarquía sujeta a fuero especial.

El Código Procesal Penal vigente no contiene una regla semejante. Nada dice al respecto. Por lo cual como todo lo que se relacione con la competencia es de orden público, debe entenderse que sin un mandato expreso de la ley que la otorgue, no puede la doctrina extenderla más allá del límite creado por el propio legislador. En consecuencia, es la calidad del cargo que se desempeña en el momento de la infracción porque se acusa al funcionario, la circunstancia que sirve para radicar la competencia para conocer de un juicio de responsabilidad contra un empleado que al tiempo de la ejecución del hecho que se le atribuye como delictuoso no podía ser juzgado por una entidad de mayor jerarquía en la escala jurisdiccional.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Ministerio de Justicia —Dirección del Departamento de Vigilancia Judicial— remite a la Corte la documentación concerniente a la denuncia puesta por el señor Alfonso Delgado Gómez, como Secretario del Tribunal Seccional del Trabajo de Pasto.

En la denuncia se afirman hechos que pueden constituir infracciones penales contra los doctores Ricardo Martínez Muñoz y Alfonso Rodríguez Narváez, como Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Pasto.

Antes de dar curso a la denuncia mencionada, la Corte considera indispensable determinar si tiene competencia para juzgar en única instancia a estos funcionarios, pues de no serlo, resultaría inútil cualquier actividad en este sentido. Conviene sí decir antes que la naturaleza jurídica de los delitos atribuídos a los presuntos sindicados no hay para qué considerarla, porque cualquiera que ella sea, lo cierto es que su conocimiento no corresponde a la Corte.

La jurisdicción especial del trabajo está instituída constitucionalmente en virtud del canon 164 que dice: "La Ley establecerá y organizará la jurisdicción del trabajo y podrá crear tribunales de comercio". Tal principio de la Constitución, impuesto por el artículo 69 del Acto Legislativo número 1º de 1945, tuvo su desarrollo en la Ley 6ª del mismo año de 1945, en cuyo Capítulo II se establece y organiza la jurisdicción especial del trabajo, sus atribuciones, período de duración, incompatibilidades y en general las reglas propias de esa justicia laboral.

Mas en parte alguna de la Ley se encuentra la disposición que determine por qué entidad habrán de ser juzgadas las infracciones penales que puedan cometer los Magistrados del Tribunal del Trabajo en cualquiera de sus jerarquías. El nuevo Código de Procedimiento Penal vigente, por ser anterior, a la creación de la justicia especial del trabajo menos podía incluir en sus textos normas sobre la competencia para juzgar a quienes delincan en el ejercicio de dicha Magistratura especial, bien por actos de responsabilidad o por delitos comunes. En tales condiciones, no existiendo regla alguna que atribuya a la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Penal— el juzgamiento de estos funcionarios y, siendo la competencia de orden público, no podría por vía de simple interpretación asignarse la Sala la atribución de juzgar a funcionarios públicos determinados, sin expreso mandato de la Ley.

Así lo tiene resuelto en casos similares esta Sala de la Corte. Y no es obstáculo para la anterior doctrina la circunstancia que aquí ocurre de que uno de los denunciados ocupe en la actualidad el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, porque el Código Procesal Penal vigente modificó en este punto las normas a seguir cuando al tiempo de señalar la competencia para la investigación o decisión de un proceso por responsabilidad contra un funcionario público de los determinados por el ordinal 6º del artículo 42 de la citada obra, el funcionario acusado desempeñe un cargo de más elevada jerarquía que aquel dentro del cual haya ejecutado los actos o actividades que dan origen al denuncio o investigación.

Dentro del antiguo sistema procesal, derivado del ordinal 6º del artículo 33 del Código Judicial (ley 105 de 1931), expresamente se disponía que a la Sala de Casación en lo Criminal le correspondía conocer "de las causas que se sigan por delitos comunes y de responsabilidad cometidos en cualquiera otra época por particulares o empleados públicos que, al tiempo en que deba decidirse sobre el mérito del sumario, desempeñen algunos de los empleos especificados en el número anterior". Uno de éstos era precisamente el cargo de Magistrado de Trigunal de Distrito Judicial. No cabía, pues, la menor duda de que de conformidad con el citado mandato, la competencia en esos casos se determinaba por el hecho de ejercer alguno de los cargos que conferían un fuero especial para el juzgamiento, cualquiera que fuese la época en que el hecho se cumpliera, desde luego que el texto legal ampliaba o extendía ese fuero, aunque al tiempo de la presunta infracción el sindicado no gozara de él. De suerte que la competencia en los juicios de responsabilidad, y aún en los delitos comunes, quedaba radicada por la circunstancia de ejercer el sindicado un cargo de los señalados específicamente en la ley, siempre que al tiempo de decidirse sobre el mérito del sumario desempeñara el acusado determinada jerarquía sujeta a fuero especial.

El Código Procesal Penal vigente no contiene una regla semejante. Nada dice al respecto. Por lo cual como todo lo que se relacione con la competencia es de orden público, debe entenderse que

sin un mandato expreso de la ley que la otorgue, no puede la doctrina extenderla más allá del límite creado por el propio legislador. En consecuencia, es la calidad del cargo que se desempeña en el momento de la infracción porque se acusa al funcionario, la circunstancia que sirve para radicar la competencia para conocer de un juicio de responsabilidad contra un empleado que al tiempo de la ejecución del hecho que se le atribuye como delictuoso no podía ser juzgado por una entidad de mayor jerarquía en la escala jurisdiccional.

Así, en el caso, la competencia para juzgar al funcionario acusado corresponde a los Jueces del Circuito respectivo, pues al tiempo de la ejecución de los hechos que el denuncio considera delictuoso, el doctor Martínez Muñoz no ocupaba un cargo de aquellos que otorgan jurisdicción a la Sala Penal de la Corte para su juzgamiento, de conformidad con el ordinal 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

Es verdad que dada la circunstancia de ejercer en la actualidad uno de los sindicados el cargo de Magistrado del Tribunal Superior, podría pensarse que ello mismo resta independencia a los Jueces competentes, por cuanto aquel funcionario intervino en el nombramiento de éllos. Tal vez el anterior sistema de la Ley 105 de 1931 se inspiraba en esta consideración fundamental para sustraer el conocimiento de estos asuntos de los Jueces de inferior jerarquía cuando debieran juzgar a superiores que al tiempo de decidir sobre el mérito del sumario contra ellos seguido ocupasen un cargo de mayor jerarquía.

Es notorio, por la anterior consideración, el vacío que se observa en la ley, el que no haya modo de colmarlo siquiera con la posibilidad de un cambio de radicación del proceso a otro Distrito Judicial distinto, porque para ello sería necesario que el conocimiento del negocio correspondiera a un Juzgado Superior, pudiéndose de esta suerte obrar de conformidad con el mandato del artículo 58 del Código Procesal Penal, pues para los Jueces de Circuito la norma aplicable sería el artículo 59 ibidem, que no logra impedir la anomalía que se anota.

De este vacío debe hacerse la observación correspondiente, a efecto de que se legisle sobre el particular, dictando las normas a seguir en estos casos, de manera que se señale jurisdicción a la Corte —Sala de Casación Penal— para el juzgamiento de los Magistrados del Trabajo o al menos se adopte una norma similar al artículo 33 de la Ley 105 de 1931 (Código Judicial).

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se inhibe de conocer del denuncio formulado ante élla contra los doctores Ricardo Martínez Muñoz y Alfonso Rodríguez Narváez por los cargos de que se les sindica en el ejercicio de sus funciones como Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Pasto, y en su lugar se dispone remitir el negocio a los Jueces de Circuito en lo Penal de la mentada ciudad.

Copia de esta providencia será enviada al señor Ministro de Justicia y al señor Director del Departamento de Vigilancia Judicial del mismo Ministerio.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA CAUSAL DE IMPEDIMENTO CONSISTENTE EN HABER SIDO EL JUEZ O MAGISTRADO APODERADO O DEFENSOR DE ALGUNA DE LAS PARTES, O CONTRAPARTE DE CUALQUIERA DE ELLAS, SOLO TIENE OPERANCIA CUANDO EL FUNCIONARIO HA TENIDO TAL CARACTER DENTRO DEL PROCESO QUE LEGALMENTE LE CORRESPONDE CONOCER

El numeral 4º del artículo 73 del Código Procesal Penal señala como causal de impedimento o recusación —entre otras— la circunstancia de haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas. Pero esta circunstancia sólo tiene operancia cuando el funcionario ha tenido tal carácter dentro del proceso que legalmente le corresponde conocer y que, precisamente por haber actuado en alguna de esas calidades, la ley le otorga el derecho de declararse impedido. Pues, en tal evento, el funcionario ha creado o podido crear un vínculo intelectual que lo liga a determinadas apreciaciones jurídicas dentro del proceso, circunstancia que moral y legalmente lo inhabilita para obrar con la imparcialidad e independencia que la justicia requiere.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

La Corte en función del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, habrá de resolver sobre el impedimento manifestado por el doctor César Dimas Barrero, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja para saber si es el caso de declararlo o no fundado.

Impedimento:

El Magistrado doctor Barrero se declara impedido para conocer del presente proceso contra Josué N. Rojas, Rogerio Arias, Jesús Forero y otros, por el delito contra la salud e integridad colectivas, por haber sido apoderado de algunos de los sindicados que figuran en el proceso, "en diversos asuntos".

Se funda el doctor Barrero en el hecho de haber sido apoderado y defensor de varios de los sindicados, "en otros asuntos, penales y civiles", y que por tal razón existe un impedimento no sólo de orden legal sino también moral para conocer en este negocio.

Decisión del Tribunal

Los Magistrados restantes de la Sala de Decisión de que forma parte el doctor Barrero, no aceptaron el impedimento, dando como razones que no se advierte en parte alguna del presente negocio el hecho de que el Magistrado que se declara impedido hubiera figurado como apoderado o defensor de alguna de las partes; que si tal carácter tuvo lo fué en otros negocios —civiles o penales— circunstancia que no es la contemplada por el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Se considera:

Repetidas veces ha dicho la Corte que las causales de impedimentos o recusaciones las consagra la ley para garantizar la mayor imparcialidad de los funcionarios encargados de administrar justicia; tiene por objeto esta determinación legal hacer efectiva y eficaz esa imparcialidad en relación con la potestad para juzgar, a fin de que la justicia sea un reflejo fiel de la verdad de los hechos investigados.

El impedimento o la recusación tienden a desplazar en sus funciones a las personas que por cualesquiera de las circunstancias señaladas por la ley —artículo 73 del Código de Procedimiento

Penal— no deben, desde un punto de vista legal o moral, conocer de un negocio determinado.

La justicia requiere que el Juez o el funcionario que con él coopera en su recta administración, sean moralmente aptos para el ejercicio de tan elevada función, y de ahí que cuando existan causas que les impidan una absoluta imparcialidad en el conocimiento de determinado negocio. puedan declararse impedidos para conocer del negocio donde ellas aparecen, u opere la recusación por las mismas causas. En una u otra forma se aleja toda duda de los funcionarios que intervienen en la administración de justicia, evitando así que un posible interés o una vinculación de éstos con las partes dén asidero a una simple posibilidad de que la justicia pueda ser interferida por una sugerencia de parcialidad.

El numeral 4º del artículo 73 del Código Procesal Penal señala como causal de impedimento o recusación —entre otras— la circunstancia de haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas. Pero esta circunstancia sólo tiene operancia cuando el funcionario ha tenido tal carácter dentro del proceso que legalmente le corresponde conocer y que, precisamente por haber actuado en alguna de esas calidades, la ley le otorga el derecho de declararse impedido. Pues, en tal evento, el funcionario ha creado o podido crear un vínculo intelectual que lo liga a determinadas apreciaciones jurídicas dentro del proceso, circunstancia que moral y legalmente lo inhabilita para obrar con la imparcialidad e independencia que la justicia requiere.

Como en el caso a estudio, el Magistrado doctor Barrero no ha actuado en este proceso como apoderado o defensor de ninguno de los sindicados que en él figuran, la causal de impedimento a que se ha hecho referencia no tiene fundamento.

De manera que mientras no se presente motivo diferente del alegado, no es posible separar del conocimiento de este negocio al señor Magistrado doctor Barrero.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación 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 César Dimas Barrero para conocer del presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA ENEMISTAD COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO Y DE RECUSACION — ESTA ENEMISTAD NO EQUIVALE A LA SIMPLE ANTIPATIA O REPULSION QUE HAYA ENTRE DOS O MAS PERSONAS — EL SENTIMIENTO DE ANIMADVERSION, ADEMAS, DEBE SER RECIPROCO; PARA QUE SE CONFIGURE LA CAUSAL DE IMPEDIMENTO, Y DEBE SER UNA ENEMISTAD GRAVE — LA PRUEBA DE LA ENEMISTAD NO PUEDE PROVENIR DE LAS PROPIAS AFIRMACIONES DEL RECUSANTE

De acuerdo con el ordinal 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, para que la recusación por causa de enemistad prospere, ha de tener el carácter de grave. Y como la Corte lo ha expresado en varias ocasiones, esa calidad de grave no la reviste la antipatía o repulsión que haya entre dos o más personas, sino el deseo vivo de causar daño a otro, manifestado en hechos que sirven de base para presumir que el funcionario atenderá menos a los dictados de la justicia que a los de su ánimo enconado.

La grave enemistad, para que pueda incidir sobre la causal 5ª de recusación del artículo 73 del Código Procesal Penal, es menester que establezca un sentimiento de antipatía o animadversión recíprocas entre el Juez y alguna o algunas de las partes, porque de otra manera, más que un motivo para dudar de la imparcialidad del funcionario, se convertiría en un cómodo recurso para arrebatar al fallador el conocimiento de un proceso, del que se tiene el presentimiento de sus peligrosos resultados y se busca con el cambio una nueva posibilidad de que la decisión que en él recaiga sea más favorable.

No basta, pues, que se alegue y que inclusive se cite, la posible causa determinante de enemistad, porque, fuera de que no toda enemistad conlleva a manifestaciones de odio, capaces de onnubilar la más recta conciencia, debe tener, además, como se ha dicho, la característica de ser grave, para que pueda producir los efectos de separar al Juez del conocimiento del negocio en el que medie una circunstancia de que de todos modos implicaría el peligro de una presunta parcialidad del funcionario, peligro que la ley quiere eliminar, permitiendo que con la recusación no se presente aquel inminente riesgo.

Mas, la prueba no puede dimanar de las propias aseveraciones del recusante. Tiene que provenir de otros elementos que demuestren que en realidad la imparcialidad del Juez puede sufrir alguna quiebra, y como estos recursos tienen por finalidad impedir toda duda sobre la rectitud e imparcialidad del funcionario, tan pronto como esto pueda ser posible, la separación del Juez se impone como única medida para evitar que la justicia sufra mengua con la consciente o inconsciente parcialidad de un fallador.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Por animadversión personal, el doctor Octavio Londoño Ruiz, sindicado por el delito de responsabilidad en este proceso, recusó al Magistrado del Tribunal Superior de Manizales doctor Antonio Duque Gómez. No aceptó éste la recusación. La Sala Dual del Tribunal, en providencia de veinticuatro de agosto último, la declaró infundada y dispuso enviar el expediente a la Corte, para que se resuelva en definitiva sobre el incidente.

El doctor Londoño Ruiz funda su petición en desavenencias personales y políticas con el doctor Duque Gómez, que han traído notoria con-

trariedad, antipatía y "una quizás injustificable prevensión del uno para con el otro", surgidos de incidentes suscitados entre ellos cuando ambos pertenecían al Consejo de Administración de la Cooperativa de Empleados Judiciales de Manizales, bien por cuestiones políticas, o por asuntos relacionados con la orientación, providencias, determinaciones, etc. de esa corporación. Que al retirarse de la magistratura el doctor Londoño Ruiz y por cuestiones de la Cooperativa, el doctor Duque Gómez en su calidad de V. Presidente del Consejo de Administración y su Gerente, tomaron en su contra una serie de determinaciones llegando hasta ordenar la retención de parte de su cesantía, el sueldo de una quincena y la cuota quincenal respectiva, para pagarse la Cooperativa lo que debía en ella el recusante. Que el doctor Duque Gómez censuró en forma desmedida la actuación de Londoño Ruiz en uno de los Juzgados del Trabajo, en una cuestión absolutamente ajena a su cargo y funciones, todo bajo el impulso de animadversión. Por último que la recusación obedece a la consideración de que dicho Magistrado está moralmente impedido para conservar toda la imparcialidad, serenidad y absoluta indiferencia personal que el juzgador debe tener frente a la persona del juzgado.

El doctor Duque Gómez manifestó no existir enemistad grave ni leve entre él y el doctor Londoño Ruiz; "por el contrario —dice— desde hace más o menos diez años conservamos una amistad que siempre he tenido en gran estima y guardado con lealtad y decoro". Que es cierto que como miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa de Empleados Judiciales de Manizales, tuvieron discusiones, pero nunca degeneraron en desavenencias personales y lo contrario hubiera sido inexcusable en individuos que por su profesión y conocimientos, tienen obligación de saber que en las juntas o corporaciones, aunque es permitido y de diaria ocurrencia que se provoquen debates, éstos sólo persiguen la aprobación de puntos de vista lo más acertados posible y nunca la animosidad entre sus miembros; que la "contrariedad" y "antipatía" que le atribuye el recusante no existen, y que es sincero admirador de su esfuerzo, capacidad e inteligencia, sin que haya motivo de enemistad por la disparidad de criterios en materia política, por lo cual manifiesta no declararse impedido para seguir conociendo del negocio.

La Sala Dual del Tribunal estima que el caso a estudio es el previsto en el numeral 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, pero que la enemistad grave a que esa disposición se refiere, no se encuentra demostrada.

Contra el auto del Tribunal que declaró infundada la recusación interpuso el recurso de reposición el doctor Londoño Ruiz sustentándolo con declaraciones extrajudiciales que presentó de los señores César Giraldo Arias, Carlos Vásquez J. y Carlos Hurtado M. con las cuales se establece que tanto el doctor Londoño Ruiz como el doctor Duque Gómez, fueron miembros del Consejo Administrativo de la Cooperativa Judicial de Manizales y que durante las sesiones de ese organismo, hubo entre ellos, divergencias por asuntos relacionados con las funciones y administración de la institución. El señor Hurtado M. refiere que es verdad que cuando el doctor Londoño Ruiz dejó de ser miembro de la Cooperativa, se ordenó retener su sueldo para el pago de una deuda con dicho organismo, lo que causó disgusto al doctor Londoño Ruiz; esto lo afirma también el señor Vásquez J. y agrega que el doctor Londoño Ruiz cultivaba notoria antipatía o animadversión hacia el Magistrado doctor Duque Gómez, lo que no ocurre en cuanto a éste con el doctor Londoño Ruiz.

Tampoco encontró el Tribunal establecida, con estas declaraciones, la enemistad grave que la ley exige como causal de recusación y no repuso la providencia recurrida.

Se considera:

De acuerdo con el ordinal 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal que es el aplicable al caso a estudio, para que la recusación por causa de enemistad prospere, ha de tener el carácter de grave. Y como la Corte lo ha expresado en varias ocasiones, esa calidad de grave no la reviste la antipatía o repulsión que haya entre dos o más personas, sino el deseo vivo de causar daño a otro, manifestado en hechos que sirven de base para presumir que el funcionario atenderá menos a los dictados de la justicia que a los de su ánimo enconado.

Analizada la prueba que el recusante adujo para fundar la recusación, no aparece en forma nítida establecida la enemistad entre aquél y el Magistrado doctor Duque Gómez y si bien resulta que entre ellos ha habido algunas divergencias, ellas no autorizan a pensar que puedan lle-

var al Magistrado a obrar con marcada parcialidad en contra de los intereses del doctor Londoño Ruiz.

La grave enemistad para que pueda incidir sobre la causal 5ª de recusación del artículo 73 del Código Procesal Penal, es menester que establezca un sentimiento de antipatía o animadversión recíprocas entre el Juez y alguna o algunas de las partes, porque de otra manera más que un motivo para dudar de la imparcialidad del funcionario, se convertiría en un cómodo recurso para arrebatar al fallador el conocimiento de un proceso, del que se tiene el presentimiento de sus peligrosos resultados y se busca con el cambio una nueva posibilidad de que la decisión que en él recaiga sea más favorable.

No basta, pues, que se alegue y que inclusive se cite, la posible causa determinante de enemistad, porque fuera de que no toda enemistad conlleva a manifestaciones de odio, capaces de onnubilar la más recta conciencia, debe tener, además, como se ha dicho, la característica de ser grave, para que pueda producir los efectos de separar al Juez del conocimiento del negocio en el que medie una circunstancia que de todos modos implicaría el peligro de una presunta parcialidad del funcionario, peligro que la ley quiere eliminar permitiendo que con la recusación no se presente aquel inminente riesgo.

Mas, la prueba no puede dimanar de las propias aseveraciones del recusante. Tiene que provenir de otros elementos que demuestren que en realidad la imparcialidad del Juez puede sufrir alguna quiebra, y como estos recursos tienen por finalidad impedir toda duda sobre la rectitud e imparcialidad del funcionario, tan pronto como esto pueda ser posible, la separación del Juez se impone como única medida para evitar que la justicia sufra mengua con la consciente o inconsciente parcialidad de un fallador.

No existiendo una prueba aceptable a este respecto, la presunción de la imparcialidad debe permanecer inalterable, porque de otra manera se desquiciarían los fundamentos de un régimen jurídico que tiene que estar fundamentado en la inconmovible imparcialidad de los Jueces.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADA la recusación propuesta contra el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales doctor Antonio Duque Gómez y se dispone devolver el expediente para que siga conociendo de él.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE CONCUSION

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Por apelación debe revisar esta Sala de la Corte la sentencia de seis de septiembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Pamplona condenó a Pedro Alvarez Peña a la pena principal de cinco años de prisión, las accesorias legales y a pagar los perjuicios causados por el delito, que fué el de concusión, cometido como Juez en lo penal del Circuito de Ocaña.

Hechos

El señor Pedro Alvarez Peña desempeñó el Juzgado Penal del Circuito de Ocaña, en interinidad, desde el veintinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, hasta el primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Entre los asuntos que cursaban en su despacho, figuraba uno contra Juan de la Cruz Romero Díaz, por imputaciones hechas contra Valentín Piñeros Andrade, en el cual Romero Díaz fué llamado a juicio por auto de diez y siete de junio de mil novecientos cuarenta y dos. Y como el señor José Isidoro Quintero supiera que el Juez y Valentín Piñeros Andrade estuvieran en entendimiento para perjudicar a Romero Díaz, se dirigió a su hijo Emiro Quintero Chica para que averiguara con aquéllos lo que pudiera estar ocurriendo.

Efectivamente, Quintero Chica le escribió al Juez preguntándole por el negocio y éste le contestó una carta, con fecha veintitrés de julio del mismo año (1942), en la cual, entre otras cosas, le dice lo siguiente:

"Referente al asunto de que trata tu carta te diré esto que aunque es cierto que se dictó auto, no vale la pena afanarse tanto, para mí lo que me parece más práctico es que arregle eso lo más pronto, pues más tarde puede tener complicaciones y bastante perjudiciales esto te lo cuento por tratarse de tí; dile a ese señor que si se compromete a conseguirme un Juzgado o un puesto regular allá, que yo me encargo de que desaparezca todo eso sin que quede rastro inclusive se lo puedo entregar a él si quiere, eso se lo dices como cosa tuya... el puesto que sea con tal que el sueldo no sea muy malo sino superior al que estoy ganando aquí que sea igual tú sabes mucho de eso, y es lo más le conviene a él que se quite ese pereque de encima si no quiere tener más dolores de cabeza....mira si no han quitado la Inspección del Trabajo de Convención me gustaría ese puesto y es muy fácil conseguirlo...".

Llegada la carta a manos de Romero Díaz, formuló la denuncia ante la Procuraduría y se inició el proceso.

Actuación

El Tribunal Superior de Pamplona, en providencia de once de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, dictó auto de proceder contra el sindicado, por el delito de concusión, auto que esta misma Sala de la Corte confirmó en el de trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Finalmente, el Tribunal, en la sentencia que ahora se revisa, condenó al ex-Juez Alvarez Peña a las sanciones indicadas al principio.

Pruebas

Comprobado está, según ya se advirtió, que el señor Pedro Alvarez Peña desempeñó el Juzgado del Circuito de Ocaña de mil novecientos cuarenta y uno a mil novecientos cuarenta y dos.

El doctor Emiro Quintero Chica declara haber recibido la carta en esta ciudad de Bogotá y que presume que sea del señor Alvarez Peña, tanto por estar firmada por él como por haberle escrito preguntándole por el asunto de que en ella habla.

Alvarez Peña niega haber escrito la carta, pero admite que tenía relaciones de amistad con Quin-

tero Chica, que era su condiscípulo y que ha mantenido con él correspondencia sobre asuntos corrientes de amigos, pero niega también que hubiera dictado el auto de proceder contra Romero Díaz en el proceso que se le seguía.

"Mas la autenticidad de esa carta es indubitable —dijo la Procuraduría al solicitar la confirmación del auto de proceder— si se tienen en cuenta los siguientes hechos: el estar escrita en papel con membrete del Juzgado a cargo de Alvarez Peña; el referirse éste en tal documento a otra carta que le había dirigido su amigo y condiscípulo Emiro Quintero Chica, carta cuya finalidad ya se sabe, no era otra que la de averiguarle por el proceso contra Romero Díaz; las buenas relaciones que llevaban Alvarez Peña y Quintero Chica, que hace perfectamente verosímil el que este último le pidiese al primero informes sobre ese negocio; y, finalmente, la prueba pericial del Gabinete Central de Identificación y Grafología de la Policía Nacional sobre las firmas usadas por Alvarez Peña y la firma contenida en la carta enviada a Quintero Chica".

De lo anterior aparece probado el cargo de concusión, porque estando encargado de un oficio público se valió de él para inducir a un tercero a prometerle un beneficio, esto es, que le consiga un empleo a cambio de hacer desaparecer el expediente. Eso es una constricción psicológica que se complementa con la frase que emplea de que es una forma práctica de evitar "complicaciones bastante perjudiciales" el conseguirle el puesto "lo más pronto" "si no quiere tener más dolores de cabeza". Tales frases son una verdadera amenaza hecha con el propósito de conseguir una utilidad mediante un procedimiento ilícito.

"Jugaba aquí el propósito —dice la Procuraduría— de atemorizar a Romero Díaz, anunciándole consecuencias perjudiciales para su causa, con la aspiración del Juez de obtener, por ese medio, una ventaja, consistente en la consecución de un cargo que le fuera mejor remunerado del que estaba desempeñando".

Lo cual encaja dentro del artículo 156 del Código Penal que sanciona con prisión de uno a seis años al funcionario o empleado público o encargado de un servicio público que, abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquier otra utilidad.

Obra, pues, en el proceso la plena prueba de la infracción y la de que el acusado es responsable de ella y, por tanto, el fallo tenía que ser condenatorio (Art. 203 del Código de Procedimiento Penal).

Pena aplicable

"Dentro de los límites que el Código de las penas señala para el delito de concusión —comenta el señor Procurador— esto es, de uno a seis años, la sanción debe aplicarse en su máximo grado, habida consideración de las circunstancias del delito y las condiciones del delicuente.

"La responsabilidad del agente Alvarez Peña se encuentra particularmente agravada por sus antecedentes judiciales. Obra en los autos (cuaderno 3º, folio 7 v.), copia de la sentencia de cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, proferida por el mismo Tribunal contra Alvarez Peña, por los delitos de peculado y falsedad. Y en ella, se hace referencia a sus antecedentes de depravación y libertinaje. Y no hay para qué insistir acerca de los motivos determinantes del hecho delictuoso que se sanciona. La personalidad del reo se revela así como socialmente peligrosa".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada de que se ha venido hablando, pero la reforma en el sentido de aumentar a seis años la pena de prisión a que fué condenado Pedro Alvarez Peña, y al mismo tiempo las accesorias temporales que han de durar el mismo tiempo que la principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE LESIONES PERSONALES.—LA ACUSACION POR ERRONEA APRECIACION DE UNA PRUEBA ES MATERIA DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.—CUANDO PROCEDE LA CAUSAL PRIMERA.—CUANDO LA LESION PRODUCE LA PERTURBACION FUNCIONAL PERMANENTE DE UN ORGANO O MIEMBRO, LA DISPOSICION APLICABLE ES EL ARTICULO 374 DEL CODIGO PENAL, HIPOTESIS ESTA QUE ES DISTINTA DE LA PERDIDA DEL ORGANO O MIEMBRO, CASO EN EL CUAL ES APLICABLE EL ARTICULO 375.—LO GRAVE DE LA PERTURBACION ES SU DURACION O PERMANENCIA. — TECNICA DE CASACION

1.—Cuando se trata de acusar en casación una sentencia por errónea apreciación de una prueba, como lo ha dicho la Corte, "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 luégo, como su consecuencia, plantear lo relativo a la norma legal 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".

2.—En general, la causal primera de casación prospera cuando se ha violado la ley penal sustantiva, 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.

3. — El Tribunal consideró que la lesión descrita produjo la perturbación funcional permanente del órgano de la aprehensión, y, en consecuencia, aplicó el inciso 2º del artículo 374 del Código Penal. Aplicación correcta, pues, aunque dicho órgano de la aprehensión no fue lesionado integralmente, hay que tener en cuenta que la disposición penal citada mira únicamente el aspecto funcional o fisiológico del órgano o miembro afectado por la lesión, y no la integridad anatómica y estética de los mismos.

Cosa diferente acontece cuando la lesión produce la pérdida de un organo o miembro, pues, en tal evento, ya no se trata de la perturbación funcional transitoria o permanente de un órgano o miembro, sino de la destrucción completa del uno o del otro, caso sancionado por el artículo 375 del Código Penal, que constituye una sanción mayor.

4.—Como lo ha dicho la Corte, "Lo grave de la perturbación no es aquí la cuantía de la disminución del funcionamiento del miembro u órgano afectado, sino su duración o permanencia. Quiere decir que si la perturbación no es muy considerable, y no hay motivos diferentes para agravar la sanción, debe imponerse el mínimo señalado en el artículo 374 del Código Penal".

5.—Repetidas veces ha dicho la Corte que la demanda de casación debe formularse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 531 del Código Judicial, en relación con el ordenamiento del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Cuando en casación se alega una causal, el deber del demandante no se reduce a enunciarla sino a demostrarla, es decir, a determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones que se consideren violadas por el fallador de instancia.

Constituyendo el recurso extraordinario de casación, en último término, una formal crítica a la sentencia, por haberse incurrido en un error, para que prospere la causal invocada, es necesario demóstrar en qué consiste ese error, por qué se incurrió en él y por qué se violaron las disposiciones de la ley sustantiva o procedimental. Es decir,

deben llevarse al debate, para que sirvan de examen ante la Corte, los hechos, circunstancias y fundamentos de orden jurídico que permitan hacer un estudio de la sentencia frente a la ley.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de veintisiete de septiembre del año próximo pasado, condenó a Adán Valencia Gómez a la pena principal de dos años de presidio y multa de doscientos pesos ($ 200), como responsable de un delito de lesiones, ejecutado en la persona de Antonio Montes Alzate.

Contra esta sentencia el señor defensor del procesado, doctor Roberto Acevedo Gómez, interpuso recurso de casación, el que fue sustentado en demanda de 19 de abril del año en curso.

Cumplidas las exigencias de la ley procedimental y recibida la vista del señor Procurador en relación con la demanda, se procede a su estudio.

Demanda

El demandante invoca y sustenta como causales de casación la 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 1ª—Ser la sentencia violatoria de la ley penal sustantiva, por indebida aplicación de la misma.

El recurrente ataca el fallo del Tribunal, al sustentar esta causal, porque se le dio aplicación indebida al artículo 374 del Código Penal, siendo indicado el 372, puesto que, "de acuerdo con el peritazgo médico el ofendido Morales (sic) apenas tuvo una incapacidad de quince días ya que la disminución para trabajar, apreciada en un cinco por ciento, no debe determinarse como **perturbación funcional** de órgano o miembro, pues es tan poca la disminución que bien puede confundirse con la incapacidad que tuvo para trabajar el señor Morales (sic)".

Claramente se observa que el demandante 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 la lesión en el ofendido sólo le produjo una incapacidad para trabajar de quince días, sin la consecuencia de la perturbación funcional permanente de un órgano o miembro, deducida por el Tribunal en la sentencia recurrida.

La tesis ligeramente enunciada por el demandante, ha debido estar precedida de un estudio pormenorizado sobre el dictamen pericial, en el cual se basó el Tribunal, puesto que la penalidad tuvo su fundamento en ello. Bien 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 —ha dicho la Corte de acuerdo con la Procuraduría— 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 luégo, como su consecuencia, plantear 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".

En general, la causal primera de casación prospera, cuando se ha violado la ley penal sustantiva, 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 recurrente, 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 372, razonamiento propio de la causal 2ª, por cuanto lo que objeta, en el fondo, es la apreciación de la prueba pericial.

Estas solas razones serían suficientes para rechazar el cargo formulado en la demanda con base en la causal 1ª. No obstante la Corte se referirá a la prueba pericial que sirvió de fundamento al Tribunal para sancionar la infracción con aplicación del inciso 2º del artículo 374 del Código Penal.

De la prueba pericial que obra en autos se desprende que Antonio Montes Alzate sufrió una herida con arma cortante en el tercio inferior del antebrazo derecho, de dirección oblicua, de unos trece centímetros de longitud, en la cara posterior y borde interno, que interesó las partes blandas y el cúbito sin llegar al canal medular, que le produjo una incapacidad total de quince días y "le queda, con carácter permanente una ligera impotencia funcional consistente en la limitación de la extensión completa de la mano derecha sobre el correspondiente antebrazo".

El Tribunal consideró que la lesión descrita produjo la perturbación funcional permanente del órgano de la aprehensión, y, en consecuencia, aplicó el inciso 2º del artículo 374 del Código Penal. Aplicación correcta, pues, aunque dicho órgano de la aprehensión no fue lesionado integralmente, hay que tener en cuenta que la disposición penal citada mira únicamente el aspecto funcional o fisiológico del órgano o miembro afectado por la lesión, y no a la integridad anatómica y estética de los mismos.

Cosa diferente acontece cuando la lesión produce la pérdida de un órgano o miembro, pues, en tal evento, ya no se trata de la perturbación funcional transitoria o permanente de un órgano o miembro, sino de la destrucción completa o pérdida del uno o del otro, caso sancionado por el artículo 375 del Código Penal que contiene una sanción mayor.

Afirma el demandante que la "disminución para trabajar, apreciada en un cinco por ciento, no debe determinarse como perturbación funcional del órgano o miembro, pue es tan poca la disminución que bien puede confundirse con la incapacidad" que sólo fue de quince días.

A esto se contesta que no vale alegar que se trata de una disminución leve de la capacidad funcional, porque desde que sea **permanente,** la ley considera la lesión que deja esa consecuencia como grave y la sanciona con mayor severidad. "Lo grave de la perturbación —ha dicho la Corte— no es aquí la cuantía de la disminución del funcionamiento del miembro u órgano afectado, sino su duración o permanencia. Quiere decir que si la perturbación funcional permanente no es muy considerable, y no hay motivos diferentes para agravar la sanción, debe imponerse el mínimo señalado en el artículo 374 del Código Penal". Que fue precisamente la pena aplicada por el Tribunal al procesado Valencia.

Por lo dicho, la causal 1ª alegada no prospera

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

El demandante sostiene que el Tribunal en la sentencia recurrida en casación, tuvo en cuenta para condenar al procesado Valencia, hechos que, aun en el caso de estar debidamente probados, son insuficientes legal y jurídicamente para condenarlo. Y sobre el particular, se expresa:

"Y así la llamada enemistad personal con el perjudicado, la declaración de éste, el haberse ausentado temporalmente de la región donde ocurrieron los acontecimientos, y lo que se ha dado en llamar "tentativa de soborno", diz que intentado por el padre de Adán Valencia, son ocurrencias que bien pueden considerarse equívocas todas, sin valor capaz de producir la verdad, y más que la verdad, la CERTEZA, necesaria en casos de esta naturaleza, en los que nunca se atendió a la duda, jamás fue de recibo la sospecha apenas insinuada".

Se considera:

Repetidas veces ha dicho la Corte que la demanda de casación debe formularse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 531 del Código Judicial, en relación con el ordenamiento del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Cuando en casación se alega una causal, el deber del demandante no se reduce a enunciarla sino a demostrarla, es decir, a determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones que se consideren violadas por el fallador de instancia.

Constituyendo el recurso extraordinario de casación en último término una formal crítica a la sentencia por haberse incurrido en un error, para que prospere la causal invocada, es necesario demostrar en qué consiste ese error, por qué se incurrió en él, y por qué se violaron las disposiciones de la ley sustantiva o procedimental. Es decir, deben llevarse al debate para que sirvan de examen ante la Corte, los hechos, circunstancias y fundamentos de orden jurídico que permitan hacer un estudio de la sentencia frente a la ley.

La demanda carece de los requisitos de fondo inherentes al recurso extraordinario de casación y como la Sala no puede suplir el pensamiento del recurrente para llenar los vacíos y defectos de aquélla hasta acomodarla en términos que la hicieran valedera y eficaz a las pretensiones del

demandante, el recurso así concebido no puede prosperar.

Estas solas consideraciones bastarían para rechazar el cargo; sin embargo, es pertinente trascribir lo que la Procuraduría dice al referirse a la causal 2ª que se estudia:

"La enemistad existente—dice el Procurador—entre el sindicado Valencia y el señor Antonio Montes Alzate está plenamente demostrada no sólo con el dicho del segundo de los nombrados y las declaraciones que en ese sentido hicieron Reinaldo Arias (folio 18 v.), Aristóbulo Arias V. (folio 19), Serafín Martínez (folio 27) y otros varios, sino también porque dichos sujetos habían sido conminados con multa para que guardaran la paz entre sí, según constancia visible al folio 4 v.

"También las declaraciones de Miguel López y Pedro Antonio Martínez que aparecen a los folios 27 v. y 41, demuestran que el padre del sindicado quiso sobornar al primero de los nombrados y a su señora esposa, insinuándoles que se abstuvieran de declarar en lo relativo al hecho delictuoso en que figura como sindicado Adán Valencia.

"Y no es menos cierto que después de cometido el ilícito, el ya citado Valencia se ausentó temporalmente de la región en que estaba residenciado puesto que fue capturado por el sargento de la Policía Luis Enrique Valencia G., en el Municipio de Salamina el 7 de enero de 1950, según se desprende de la declaración del citado sargento que figura a los folios 52 v. y 53 del informativo cuando dice:

'...Y dicho sujeto —Adán Valencia— no había sido posible capturarlo por la sencilla razón de que varias comisiones de agentes que habían salido en busca de él, habían informado que tal sujeto no se encontraba ni en este Municipio ni en la vereda de 'La Meta de Guadua'. Pero a fines del mes de diciembre del año pasado yo había salido de vacaciones y me encontraba el sábado 7 de enero del corriente año en el Municipio de Salamina cuando a eso de las doce del día me encontré con Adán Valencia Gómez y lo aprehendí...' ".

Lo dicho es suficiente para llegar a la conclusión de que el cargo que el demandante formula contra la sentencia del Tribunal, con base en la causal 2ª de casación, no tiene fundamento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha 27 de septiembre del año próximo pasado, por la cual se condena a Adán Valencia Gómez a la pena principal de dos años de presidio y multa de doscientos pesos ($ 200.00) como responsable del delito de lesiones personales que le causó a Antonio Montes Alzate.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

ELEMENTOS DEL DELITO MILITAR. — LA JUSTICIA MILITAR NO ES COMPETENTE PARA CONOCER DE TODOS LOS DELITOS QUE SE COMETAN POR UN MIEMBRO DEL EJERCITO, SINO UNICAMENTE DE AQUELLOS QUE CONFORME A LA LEY TENGAN EL CARACTER DE DELITO MILITAR. — LOS HECHOS DELICTUOSOS QUE EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES COMETA UN ALCALDE MILITAR EN TIEMPO DE PAZ, SON DELITOS COMUNES Y, EN CONSECUENCIA, SU JUZGAMIENTO COMPETE A LA JUSTICIA PENAL ORDINARIA

1.—En repetidas ocasiones ha sostenido la Corte que el delito militar está constituído por todo hecho que viole las reglamentaciones de la justicia penal militar; que el agente de la infracción sea un militar en servicio activo o un civil al servicio de las fuerzas militares; que realice el hecho con ocasión del servicio o por causas inherentes al mismo; y que se cometa en un lugar donde se hallen o actúen fuerzas militares.

Es precisamente por lo anterior, por lo que el delito militar está integrado por los siguientes elementos:

a) Que haya habido violación de la ley penal militar;

b) Que esta violación se realice por militares o por civiles al servicio de las fuerzas militares;

c) Que el hecho se lleve a cabo por causa o con ocasión del servicio militar o por el ejercicio de las funciones inherentes al mismo; y

d) Que en el lugar donde se cometa el delito, se hallen o actúen fuerzas militares.

Cuando estos elementos se dan con toda puntualidad, el hecho materia de la imputación se estructura como un delito de carácter militar y consecuencialmente, la jurisdicción y competencia para conocer de él, corresponde a la justicia penal militar. En el caso contrario, cuando tales requisitos no se reúnen, el hecho no puede catalogarse como delito militar sino como delito común, y la jurisdicción y competencia se radica en la justicia ordinaria.

2.—Es cierto que la Constitución Nacional, en su artículo 170, establece un fuero especial para los militares en servicio activo y la Ley 3ª de 1945 extiende ese privilegio a los civiles al servicio de las fuerzas militares, pero siempre que se trate del juzgamiento de delitos previamente contemplados por el Código de Justicia Penal Militar, los cuales son aquellos que se cometen por razón del servicio o por funciones inherentes al mismo.

En épocas de turbación del orden público, por haberse declarado el estado de sitio en todo el territorio de la República o en parte de él, los Tribunales Militares conocen de los procesos por delitos cometidos durante esa época de anormalidad, lo que quiere decir que la jurisdicción se amplía en esos casos por una razón de orden público, basado en el ejercicio de la soberanía de la Nación en sus aspectos interno y externo, sin que en tales casos exista incompatibilidad para que en una misma persona puedan reunirse la autoridad política y la militar.

3. — Para que un hecho cometido por un alcalde militar pueda tomar la denominación de delito militar, es indispensable la concurrencia de todos y cada uno de los elementos señalados por la Constitución y la ley. Cuando se trata de violaciones de la ley con imputación a un Alcalde Militar, en tiempo de paz, éste no asume o reúne en su persona al mismo tiempo la autoridad política y la militar, sino únicamente la primera, como que su nombramiento, de acuerdo con la ley, lo hace el Gobernador del respectivo Departamento, del cual es Agente, y sus funciones como empleado de la administración seccional, las reglamenta el Código de Régimen Político y Municipal. Por eso, los actos punibles que se imputen a tales funcionarios como cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, están contemplados en el C. Penal común.

Y ello es así, porque en tales circunstancias los hechos no los comete el funcionario en ejercicio de sus funciones como militar, puesto que éstas se suspendieron desde que aceptó tal cargo, sino como funcionario de orden administrativo; tampoco puede sostenerse que esos hechos se realizaron por razón del servicio militar o por circunstancias inherentes al mismo, pues los servicios que prestaba no eran militares, sino administrativos civiles; ni puede hablarse de que sus funciones estén determinadas por el Código Militar, sino por el Código de Régimen Político y Municipal; ni, finalmente, el delito se comete en sitio o lugar donde actúen fuerzas militares.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Se remiten a la Corte, para decidir sobre la colisión de competencias positiva suscitada entre el Juzgado Superior Militar de la 1ª Brigada y la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior de Pasto, las presentes diligencias, adelantadas contra el Mayor del Ejército Jesús Alejandro Rubiano.

El proceso se inició por denuncia formulada con fecha veinte de enero del año de mil novecientos cuarenta y ocho, por Juan Solarte Ruales, quien dice que el doce de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, el alcalde del municipio de Linares, Capitán Jesús Alejandro Rubiano, pidió telegráficamente la suspensión del denunciante del cargo de Recaudador de Hacienda Nacional de dicho municipio, simulando la existencia de un asunto penal en su contra, para proceder a indagarlo y a detenerlo.

Según aparece de las constancias procesales, el negocio contra Solarte Ruales, se inició por el delito tentado de homicidio, a virtud de denuncia formulada ante el alcalde de Linares, Capitán Rubiano, por Nemesiano Bravo R. y fue dentro de esta investigación donde se dictaron por dicho funcionario las medidas de que se queja el denunciante Solarte Ruales. En estas circunstancias, no se podría afirmar que contra el ex-Alcalde del municipio de Linares se siga un proceso por el delito de falsedad en documentos, sino por el delito de abuso de autoridad, toda vez que los actos imputados en el caso de resultar probados sólo implicarían una infracción de esa naturaleza.

El Juzgado Superior Militar de la 3ª Brigada, en su auto de fecha catorce de julio pasado, sostiene que el negocio contra el Mayor Rubiano es de su competencia, puesto que de acuerdo con la ley 3ª de 1945 (Código de Justicia Penal Militar) —vigente en la época en que se dice se cometieron los hechos— la competencia para conocer de un asunto penal militar depende de la calidad del agente, del hecho y del lugar donde éste se cometa. Y según la manifestación del procesado, a él se le imputa un delito de abuso de autoridad contemplado por la mencionada ley 3ª de 1945, de suerte que, en el caso de autos, por razón de la calidad del agente, por el hecho imputado que está contemplado en el Código Penal Militar y por el lugar donde pudo cometerse, el proceso está atribuído al conocimiento de la Justicia Penal Militar.

En cambio, la Fiscalía del Juzgado Superior de Pasto, en providencia de fecha cuatro de septiembre del año en curso, afirma que los hechos imputados al Mayor Rubiano, no son de la competencia de la Justicia Penal Militar, porque los cargos que a éste se le hacen no pueden ser sino delitos de responsabilidad, pero de índole civil y no castrense, pues si bien aquél pertenecía al servicio activo del Ejército, no realizó tales actos en relación con el servicio militar, sino en su carácter de funcionario civil.

Se considera:

En repetidas ocasiones ha sostenido la Corte, que el delito militar está constituído por todo hecho que viole las reglamentaciones de la justicia penal militar, para el caso de autos las disposiciones que integran la parte sustantiva de la ley 3ª de 1945 vigente en el tiempo en que se realizaron los hechos investigados en este proceso (Código de Justicia Penal Militar)); que el agente de la infracción sea un militar en servicio activo o un civil al servicio de las fuerzas militares; que realice el hecho con ocasión del servicio o por causas inherentes al mismo; y que se cometa en un lugar donde se hallen o actúen fuerzas militares.

Es precisamente por lo anterior, por lo que el

delito militar está integrado por los siguientes elementos:

a) Que haya habido violación de la ley penal militar;

b) Que esta violación se realice por militares o por civiles al servicio de las fuerzas militares;

c) Que el hecho se lleve a cabo por causa o con ocasión del servicio militar o por el ejercicio de las funciones inherentes al mismo; y

d) Que en el lugar donde se cometa el delito, se hallen o actúen fuerzas militares.

Cuando estos elementos se dan con toda puntualidad, el hecho materia de la imputación se estructura como un delito de carácter militar y consecuencialmente, la jurisdicción y competencia para conocer de él, corresponde a la justicia penal militar. En el caso contrario, cuando tales requisitos no se reúnen, el hecho no puede catalogarse como delito militar, sino como delito común y la jurisdicción y competencia se radica en la justicia ordinaria.

Es cierto que la Constitución Nacional en su artículo 170, establece un fuero especial para los militares en servicio activo y la mencionada ley 3ª de 1945, extiende ese privilegio a los civiles al servicio de las fuerzas militares, pero siempre que se trate del juzgamiento de delitos previamente contemplados por el Código de Justicia Penal Militar, los cuales son aquellos que se cometen por razón del servicio o por funciones inherentes al mismo.

En épocas de turbación del orden público, por haberse declarado el estado de sitio en todo el territorio de la República o en parte de él, los Tribunales Militares conocen de los procesos por delitos cometidos durante esa época de anormalidad, lo que quiere decir, que la jurisdicción se amplía en esos casos por una razón de orden público, basado en el ejercicio de la soberanía de la Nación en sus aspectos interno y externo, sin que en tales casos exista incompatibilidad para que en una misma persona puedan reunirse la autoridad política y la militar.

Para que un hecho cometido por un alcalde militar pueda tomar la denominación de delito militar, es indispensable la concurrencia de todos y cada uno de los elementos señalados por la Constitución y la ley, ya enumerados en esta providencia. Cuando se trata de violaciones de la ley con imputación a un Alcalde Militar, en tiempo de paz, éste no asume o reúne en su persona al mismo tiempo, la autoridad política y la militar, sino únicamente la primera, como que su nombramiento de acuerdo con la ley lo hace el Gobernador del respectivo Departamento, del cual es Agente y sus funciones como empleado de la administración seccional, las reglamenta el Código de Régimen Político y Municipal. Por eso los actos punibles que se imputen a tales funcionarios como cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, están contemplados en el Código Penal común. Y ello es así, porque en tales circunstancias los hechos no los comete el funcionario en ejercicio de sus funciones como militar, puesto que éstas se suspendieron desde que aceptó tal cargo, sino como funcionario del orden administrativo; tampoco puede sostenerse que esos hechos se realizaron por razón del servicio militar o por circunstancias inherentes al mismo, pues los servicios que prestaba no eran militares sino administrativos civiles; ni puede hablarse de que sus funciones estén determinadas por el Código Militar, sino por el Código de Régimen Político y Municipal; ni finalmente, el delito se comete en sitio o lugar donde actúen fuerzas militares.

En el caso presente, el Capitán Rubiano desempeñaba la alcaldía del municipio de Linares, por nombramiento que le hizo el Gobernador del Departamento de Nariño, con autorización del Ministerio de Guerra (fl. 12 v.), sin que exista constancia de que en esa fecha se hallara el país en estado de sitio, y por consiguiente, sus funciones emanaban de las reglamentaciones del Código Político y Municipal y demás leyes que lo adicionan y por este aspecto, los cargos que se le hacen en este proceso no tienen el carácter de delitos militares, sino de delitos comunes, sancionados por el Código Penal ordinario.

Por lo tanto, no pudiéndose calificar los hechos investigados en este negocio como delitos militares, sino como delitos comunes, la competencia para conocer de ellos corresponde a los funcionarios de la rama jurisdiccional ordinaria y no a la militar, siendo el caso de dirimir la colisión de competencias positiva, suscitada en estas diligencias, en el sentido indicado.

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, dirime la colisión de competencias positiva suscitada en este proceso, declarando que el conocimiento de éste corresponde a la justicia ordinaria y no a la justicia militar.

Devuélvanse estas diligencias a la Fiscalía del Juzgado 2º Superior de Pasto y dése el correspondiente aviso al Juzgado Superior Militar de la 3ª Brigada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

RECURSO DE REVISION.—LA OPINION COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

1.—Como no pudo lograrse la ratificación de las declaraciones extrajudiciales traídas con la demanda, requisito indispensable para la apreciación del testimonio, de conformidad con el artículo 693 del C. J., aplicable por virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, y como no se aportaron otros elementos de prueba, tendientes a demostrar la irresponsabilidad del procesado, la Corte no encuentra base sobre qué situar el estudio del recurso de revisión interpuesto.

2. — No considera el Magistrado Ponente del caso separarse del conocimiento del recurso de revisión, por el hecho de que él intervino en algunas diligencias del proceso cuya revisión se solicita, entre otras la confirmación del auto de proceder, porque fundada la demanda de revisión sobre la causal 5ª del artículo 571 del Código Procesal Penal, de prosperar el recurso tendría que ser como consecuencia de la apreciación probatoria de hechos no tenidos en cuenta al tiempo de los debates, lo que implica que por esa misma circunstancia no ha podido expresarse una opinión, desde luego que la dada aquí durante las instancias constituye una manifestación distinta que no conlleva a apreciaciones antes hechas, sino a la valoración de otros elementos que de estar probados servirían para que prosperara la revisión, pero no para determinar que los existentes en el momento de la calificación del proceso no tuvieran en ese entonces el valor probatorio que se les otorgó.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Por querella que instauró Teresa Moná v. de Gómez contra Ricardo Correa Borja, en la Alcaldía de Dabeiba —Antioquia— el ocho de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, se adelantó este proceso por el delito de injuria consistente en haber atacado la reputación de la querellante en una época comprendida entre el año de mil novecientos cuarenta y cuatro y el tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en el Corregimiento de Encalichada, del Municipio de Dabeiba.

Con fecha cinco de julio de mil novecientos cuarenta y nueve el Juzgado Penal del Circuito de Frontino, profirió sentencia condenando al procesado Correa Borja a la pena principal de quince meses de arresto, sentencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó, reformando las penas así: cinco meses de arresto, multa de $ 65.00 y a la indemnización de los daños y perjuicios causados con el delito.

Con fundamento en el ordinal 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, el procesado, conjuntamente con su apoderado que coadyuva la demanda, interpuso ante la Corte recurso extraordinario de revisión de la sentencia proferida en su contra, manifestando que la querellante señora Moná, posteriormente a la sentencia, arrepentida de su proceder, "hizo serias y comprometedoras confesiones sobre ese particular", según pruebas extrajuicio que acompañó y que no pudieron ser aducidas dentro del proceso. "La señora Moná —según se comprueba con los testimonios enunciados— confesó palmariamente que me había denunciado dolosamente por 'injuria', y que su calumnia había causado los perjuicios consiguientes y naturales", expresa Correa Borja en el punto sexto de la demanda.

Consiste la prueba relacionada por el demandante en los testimonios recibidos extrajuicio de Emilio Restrepo, Angel Herrera y Abel Moscoso, según los cuales la denunciante y ofendida Teresa Moná v. de Gómez, se había retractado de sus acusaciones contra Correa Borja, con posterioridad a la condena que a éste se le impuso.

Como se ve, invoca el peticionario el inciso 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, según el cual hay lugar al recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, cuando después de la condena aparecen hechos nuevos o se presentan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.

Recibida la demanda de revisión en la Corte y abierto a prueba el negocio, se ordenó la ratifi-

cación de las declaraciones extrajudiciales traídas por el demandante, pero esta formalidad no tuvo cumplimiento, porque los testigos Herrera, Restrepo y Moscoso no pudieron ser hallados para esa ratificación, no obstante las diligencias que para ello hizo la autoridad, según constancia visible a folio 34 del cuaderno segundo.

De conformidad con el artículo 693 del C. J. aplicable por virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, la ratificación decretada de las declaraciones acompañadas a la demanda, es requisito indispensable para la apreciación del testimonio, y como no se aportaron otros elementos de prueba, tendientes a demostrar la inocencia o irresponsabilidad del procesado Correa Borja, la Corte no encuentra base sobre qué situar el estudio del recurso de revisión interpuesto.

"El proceso original —dice la Procuraduría— instruído contra el recurrente, tuvo origen en una querella instaurada por Teresa Moná v. de Gómez, sindicando al citado Correa de haber divulgado la especie falsa de que ella era su concubina.

"El hecho se comprobó mediante el testimonio de varias personas a quienes el sindicado había dado a conocer diversos detalles de sus pretendidas relaciones sexuales ilícitas con la denunciante.

"La actuación culminó en la primera instancia con sentencia condenatoria que dictó el Juzgado Penal del Circuito de Frontino (Ant.), confirmada luégo en su parte esencial por el Tribunal respectivo en la forma que ya se conoce.

"Recibida la demanda de revisión en la H. Corte y abierto a prueba el negocio (artículo 573 del C. de P. P.), se ordenó la ratificación de las declaraciones traídas extrajudicialmente por el demandante, lo cual no fue posible obtener por inconvenientes que expone el funcionario comisionado para dicho efecto (fs. 34).

"Por consiguiente, siendo este último requisito indispensable para valorar el mérito de la prueba ameritada (artículo 693 del C. J.), y no habiéndose aportado otros elementos de convicción tendientes a demostrar la inocencia del procesado o su irresponsabilidad, la H. Corte carece de base para intentar siquiera un estudio del proceso".

Las apreciaciones del señor Procurador se conforman con la realidad procesal y como la prueba que se acompañó a la demanda de revisión, no satisface formalmente las exigencias previstas en el artículo 571, inciso 5º, del Código de Procedimiento Penal, el recurso interpuesto contra la sentencia proferida en el proceso, no puede prosperar.

El Magistrado ponente en este negocio firmó como miembro de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Medellín algunas providencias, en especial la confirmatoria del auto de proceder (fs. 71 y 72), la que negó la declaratoria de nulidad solicitada en el proceso (fs. 73 y 74), lo mismo que la retractación propuesta por el defensor del procesado (fs. 74); mas no por ello considera del caso separarse de su conocimiento haciendo la correspondiente manifestación de impedimento, porque fundada la demanda de revisión sobre la causal 5ª del artículo 571 del Código Procesal Penal, de prosperar el recurso tendría que ser como consecuencia de la apreciación probatoria de hechos no tenidos en cuenta al tiempo de los debates, lo que implica que por esa misma circunstancia no ha podido expresarse una opinión, desde luego que la dada aquí durante las instancias constituye una manifestación distinta que no conlleva a apreciaciones antes hechas, sino a la valoración de otros elementos que de estar probados servirían para que prosperara la revisión, pero no para determinar que los existentes en el momento de la calificación del proceso no tuvieran en ese entonces el valor probatorio que se les otorgó.

Como no ha existido, pues, el hecho de haber dado opinión sobre el proceso, que sería la única causal viable de conformidad con el ordinal 4º del artículo 73 del Código Procesal Penal, no es el caso de hacer la manifestación de impedimento por tal circunstancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, NIEGA LA REVISION de la sentencia de fecha veintisiete de abril de mil novecientos cincuenta, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que condenó a Ricardo Correa Borja a la pena principal de cinco meses de arresto, multa de $ 65.00 y a la indemnización de perjuicios, como responsable del delito de injuria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

EL JUZGAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES SECCIONALES DEL TRABAJO NO COMPETE A LA CORTE SINO A LOS JUECES DE CIRCUITO

No existiendo en la ley regla alguna que atribuya a la Corte el juzgamiento de los Magistrados de la justicia del Trabajo, el conocimiento de los hechos delictuosos cometidos por estos funcionarios en su calidad de Magistrados, corresponde a los Jueces del Circuito en lo Penal, de acuerdo con la regla del numeral 1º del artículo 47 del Código de Procedimiento Penal, que dice que aquellos funcionarios conocen en primera instancia "en las causas por infracciones penales cuyo conocimiento no esté atribuído a otras autoridades".

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Las presentes diligencias se adelantan por denuncio formulado ante la Corte por el doctor Miguel Camacho Carbonel, contra los doctores Ludovico Navarra, Francisco Bolívar y Néstor Madrid Malo, por hechos delictuosos cometidos en su calidad de Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla.

No existe en la ley procedimental ni en ninguna otra ley, disposición ninguna que determine a qué entidad judicial corresponde el conocimiento de las infracciones penales que puedan cometer los Magistrados de la justicia del Trabajo, en cualquiera de sus jerarquías. El Código de Procedimiento Penal, que es una ley anterior a la creación de la justicia especial del trabajo, es natural que no incluyera en sus reglamentaciones ninguna sobre la competencia para juzgar a aquellos funcionarios por actos de responsabilidad originados por el ejercicio de las funciones de su cargo o por razón de ellas. En tales circunstancias, no existiendo regla alguna que atribuya a la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— el juzgamiento de dichos Magistrados, el conocimiento de los hechos delictuosos que se investigan en este proceso corresponde a los Jueces de Circuito en lo Penal, de acuerdo con la regla del numeral 1º del artículo 47 del Código de Procedimiento Penal, que dice que aquellos funcionarios conocen en primera instancia "en las causas por infracciones penales cuyo conocimiento no esté atribuído a otras autoridades".

De otro lado, como la competencia es una cuestión de orden público, en ausencia de un mandato legal expreso, la Corte por vía de simple interpretación no podría atribuirse la facultad para juzgar a dichos Magistrados. Hay un vacío en la legislación procedimental penal, consistente en la inexistencia de una norma que establezca el fuero especial de que los Magistrados de los Tribunales Seccionales de Trabajo, deban ser juzgados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al igual que los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial cuando cometen algunos de los hechos a que se refiere el numeral 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

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, se INHIBE de conocer de las presentes diligencias y dispone enviarlas a los Jueces del Circuito en lo Penal de Barranquilla (Reparto) para que avoquen su conocimiento.

Dése cuenta al Gobierno Nacional por conducto del señor Ministro de Justicia, del vacío en la legislación procedimental penal anotado en esta providencia (Art. 41, numeral 4º del C. de Procedimiento Civil), enviándole copia de la misma.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

TECNICA DE CASACION — EN ESTE RECURSO ESTA VEDADO A LA CORTE TODO PROCEDIMIENTO OFICIOSO Y NO PUEDE SUPLIR LAS DEFICIENCIAS DE LA DEMANDA — LEGITIMA DEFENSA — LA SOLA CIRCUNSTANCIA DE QUE LOS ACONTECIMIENTOS OCURRIERON DENTRO DEL PREDIO DEL PROCESADO NO DEMUESTRA QUE ESTE OBRO EN LEGITIMA DEFENSA — TAMPOCO ES DEMOSTRATIVO DE LEGITIMA DEFENSA EL HECHO DE QUE LAS LESIONES SE CAUSARAN DURANTE UNA RIÑA

1—El escrito de demanda sólo hace la enunciación de la causal de justificación denominada legítima defensa, pero no aduce argumentos de ninguna especie encaminados a probar los postulados de esa eximente de responsabilidad. Y como no se trata aquí de una tercera instancia, sino de un recurso extraordinario que implica una controversia sobre el fallo materia del recurso, a la Corte no le es dado suplir las deficiencias del libelo, porque el procedimiento oficioso le está vedado y toda su actuación está circunscrita a los fundamentos del recurso con relación a la estructura jurídica del fallo de segunda instancia.

2—La sola circunstancia de que los hechos se hubieran consumado en predios del procesado, no constituye una prueba demostrativa de que éste hubiera obrado, al lesionar a su contrario, en las condiciones de una legítima defensa, pues ésta, para darle el valor que le asigna la ley, debe estar acreditada plenamente, tanto objetiva como subjetivamente, y, como lo ha sostenido en numerosos fallos la Corte, cualquier matiz que la haga borrosa o la perturbe no da lugar a considerarla como eximente para quien la alega, sino más bien para demostrar que esa situación justificable no tuvo realidad.

3—El hecho de que lo sucesos hubieran tenido ejecución dentro de una riña de carácter imprevisto, no lleva a la conclusión de que el sentenciado hubiera causado las lesiones en ejercicio del derecho de legítima defensa.

Al respecto la Corte ha dicho y reiterado que la riña excluye generalmente la legítima defensa, pues la pelea o combate que aquélla significa, requiere en los contrincantes el propósito de emplear violencia para lesionar al otro, mientras que la defensa, para ser legítima, de suyo tiene que excluir esa intención de ocasionar daño, ya que con ella sólo se pretende la tutela del derecho propio, y en alguna ocasión (casación de septiembre 5 de 1947), acogió la hipótesis de "subsistencia de la excusa del peligro sobreviniente", planteada por el Maestro Carrara, siempre que se demuestre que uno de los empeñados en la lucha o riña cambió substancialmente sus condiciones, rompiendo la continuidad de los actos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Gutiérrez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por sentencia de fecha seis de marzo pasado, confirmó el fallo del Juzgado 4º del Circuito en lo penal de la misma ciudad que condena a Polidoro Castillo Rodríguez, como responsable del delito de lesiones personales, a la pena principal de seis meses de prisión.

Contra esta sentencia interpuso el defensor del procesado el recurso de casación y en su escrito de demanda, invoca las causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

Según aparece del proceso, a eso de las cinco y media de la tarde del día doce de agosto del

año de mil novecientos cuarenta y nueve, Polidoro Castillo Rodríguez, quien tiene una parcela de terreno en jurisdicción de esta ciudad de Bogotá, colindante con otra de Saturnino Celeita, llamó a éste la atención para hacerle el reclamo de que su esposa había sido ultrajada por la esposa de Celeita. Entre dichos individuos se suscitó un fuerte altercado y habiendo pasado Celeita al predio de Castillo Rodríguez, entraron en vías de hecho, cayendo ambos al suelo y resultando lesionado Celeita, con una herida en la oreja derecha, causada con instrumento cortante.

Estos hechos dieron lugar a que se llamara a responder en juicio criminal ordinario al mencionado Polidoro Castillo Rodríguez, por el delito de lesiones personales y tramitada la causa con las formalidades de la ley, se le dictó sentencia de primera y segunda instancias, declarándolo responsable de tal delito con aplicación del inciso segundo del artículo 373 del Código Penal, en relación con el 384 de la misma obra, por habérsele reconocido la riña imprevista, imponiéndole la pena principal de seis meses de prisión y declarando que no era el caso de otorgarle el perdón judicial ni la suspensión de la ejecución de la sentencia.

Se procede a resolver sobre el mérito del recurso, estudiando las causales de casación alegadas en la demanda, en el orden en que las presenta el actor.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos

Dos motivos alega el demandante para sustentar esta causal:

a) Que en la sentencia del Tribunal no se reconoció al procesado Castillo Rodríguez la legítima defensa, pues los señores Magistrados cerraron los ojos ante esta circunstancia eximente de responsabilidad. Y agrega:

"Un individuo, en su casa, o en su predio, no sólo está en el derecho sino en la obligación de defenderse de una agresión injusta, tanto más cuanto que los medios de defensa están proporcionados a la agresión, pues Polidoro se defendió con un palo o remillón que tenía en las manos para rociar su huerta..."; y

b) Que el Tribunal negó al procesado el beneficio de la condena condicional, atribuyendo a los hechos, "un valor probatorio que no tienen o no los tomó en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso".

Se considera:

En cuanto al primer motivo alegado por el actor, éste contrae sus alegaciones a trascribir algunos apartes de las declaraciones de las personas que presenciaron los hechos, conducentes a demostrar que éstos se consumaron en el predio del procesado y critica a los falladores de instancia por no haber tenido en cuenta esa circunstancia, que según el demandante, en nuestra legislación penal se tiene como eximente de responsabilidad.

A esto se observa que, el escrito de demanda sólo hace la enunciación de la causal de justificación denominada legítima defensa, pero no aduce argumentaciones de ninguna especie encaminadas a probar los postulados de esa eximente de responsabilidad. Y como no se trata aquí de una tercera instancia, sino de un recurso extraordinario que implica una controversia sobre el fallo materia del recurso, a la Corte no le es dado suplir las deficiencias del libelo porque el procedimiento oficioso le está vedado y toda su actuación está circunscrita a los fundamentos del recurso con relación a la estructura jurídica del fallo de segunda instancia.

Por lo demás, la sola circunstancia de que los hechos se hubieran consumado en predios del procesado, no constituye una prueba demostrativa de que éste hubiera obrado, al lesionar a su contrario, en las condiciones de una legítima defensa, pues ésta, para darle el valor que le asigna la ley, debe estar acreditada plenamente tanto objetiva como subjetivamente y, como lo ha sostenido en numerosos fallos la Sala, cualquier matiz que la haga borrosa o la perturbe no da lugar a considerarla como existente para quien la alega, sino más bien para demostrar que esa situación justificable no tuvo realidad.

El hecho de que los sucesos hubieran tenido ejecución dentro de una riña de carácter imprevisto, tampoco lleva a la conclusión de que el sentenciado hubiera causado las lesiones en ejercicio de derecho de legítima defensa. Acerca de esta argumentación, la Procuraduría General de la Nación, dice:

"Respecto de la segunda cuestión, la H. Sala ha dicho y reiterado que la riña excluye generalmente la legítima defensa, pues la pelea o com-

bate que aquélla significa, requiere en los contrincantes el propósito de emplear violencia para lesionar al otro, mientras que la defensa, para ser legítima, de suyo "tiene que excluir esa intención de ocasionar daño, ya que con ella sólo se pretende la tutela del derecho propio".

"En casación de 5 de septiembre de 1947, la Sala acogió la hipótesis de "subsistencia de la excusa del peligro sobreviniente", planteada en esta materia por el Maestro Carrara, siempre que se demuestre que uno de los empeñados en la lucha o riña cambió substancialmente sus condiciones, rompiendo la continuidad de los actos".

Y esta modalidad de que habla el Maestro Carrara no tiene demostración alguna con relación a los hechos de que trata este proceso, porque en éstos hubo unidad en la acción y no existe fundamento para dividirla en varios actos o escenas. Las pruebas que acreditan la manera como los hechos tuvieron origen, desarrollo y consumación, hablan de que Castillo Rodríguez llamó a Celeita y le hizo un reclamo por ofensas que la esposa de éste había inferido a la consorte de aquél y por causa de este reclamo, pasaron a las palabras ofensivas y como Celeita penetrara al predio de Castillo, entraron en riña o combate. Estas pruebas no establecen en forma clara y precisa, cuál de los dos contendores fue el primer ofensor de palabra ni cuál de ellos hubiera iniciado la riña mediante agresiones de obra. Por consiguiente, no hubo discontinuidad en los hechos ni existen elementos de juicio para deducir que por haber ellos tenido ejecución en el predio del procesado, éste hubiera actuado en las condiciones de una legítima defensa, pues de otro lado, el predio del procesado no estaba cercado y sólo un ligero vallado servía de límite de separación entre las dos parcelas.

Otras críticas que la demanda hace al fallo recurrido por haberse afirmado en él, que el instrumento con que se causaron las lesiones fué una navaja, no inciden tampoco sobre la existencia de la causal de justificación alegada, pues nada agrega a la situación jurídica del sentenciado por ese aspecto, el que las lesiones hubieran sido causadas con arma cortante, como se dice en el fallo o con un "remillón", como lo sostiene la demanda.

En relación con el cargo consistente en que se negó al procesado la gracia de la condena condicional, no aparece de autos que esa negativa se debiera a una errada interpretación o apreciación de los hechos. La base de esa negativa, está claramente expresada en el fallo del Tribunal y se funda en motivos de orden legal, como es la prohibición terminante del Decreto 4137 de 1948, que excluye los delitos intencionales de lesiones personales del beneficio de la condena condicional, en los casos contemplados en el artículo 373 del Código Penal, como sucede en el caso de este proceso.

Y no se observa que, al sentenciado, para efectos de la determinación de la disposición penal que le es aplicable, se le hubiera colocado en una situación jurídica distinta de aquella que resulta de las pruebas producidas en la sumaria. Los Médicos Legistas dijeron en sus dictámenes, que las lesiones que presentaba el ofendido, le causaron quince días de incapacidad definitiva y como secuela, "una desfiguración facial permanente" y con fundamento en esta prueba, apreciada en el valor que le asigna la ley, se le aplicó como norma violada con el delito el artículo 373, inciso segundo, del Código Penal, que contempla las lesiones personales que producen desfiguración facial permanente.

La peligrosidad del procesado en lo relativo a las circunstancias en que el hecho se hubiera llevado a consumación y a sus antecedentes de todo orden, no jugaron papel alguno en la negativa de la condena condicional. Fué una prohibición clara y terminante del Decreto aludido, el fundamento que tuvo en cuenta el Juzgador de segunda instancia, para negarle aquella gracia. A falta de dicho Decreto, muy distinta habría sido seguramente la resolución recaída en lo que respecta al otorgamiento de tal beneficio, pues hay que reconocer que el procesado carece de antecedentes judiciales, su conducta anterior ha sido siempre buena y su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes del mismo, no lo presentan como peligroso para la sociedad.

De todo lo anterior se deduce, que la causal alegada no puede prosperar.

Causal primera

Violación de la ley penal

Esta causal la funda el actor, en los mismos motivos alegados con respecto a la causal segunda, es decir, en no haberse dado aplicación al artículo 25 del Código Penal, admitiendo que el

procesado actuó en legítima defensa en la realización de los hechos, y en negarle la condena condicional, dejando de aplicarle el artículo 80 de la misma obra.

Estos cargos ya fueron estudiados al tratar de la causal segunda y como allí se demostró que no estaban justificados, no es el caso de volver a estudiarlos, debiendo concluirse que en la sentencia objeto del recurso no hubo indebida aplicación de la ley penal sustantiva.

Por lo tanto, dicha causal tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha seis de marzo pasado, por la cual condena a Polidoro Castillo Rodríguez como responsable del delito de lesiones personales, a la pena principal de seis meses de prisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE PREVARICATO, DE VIOLACION DEL SUMARIO Y DE ABUSO DE AUTORIDAD. — LA RECUSACION NO PUEDE FORMULARSE ORALMENTE EN NINGUN CASO. — COMETE ABUSO DE AUTORIDAD EL FUNCIONARIO QUE DESPUES DE HABER SIDO RECUSADO Y ANTES DE QUE SE HAYA DECIDIDO ACERCA DE ESTA, SIGUE ACTUANDO EN EL PROCESO, A EXCEPCION DE LOS ACTOS URGENTES EL EL SUMARIO, ENTRE LOS CUALES NO PUEDE INCLUIRSE EL DECIDIR DEL RECURSO DE REPOSICION INTERPUESTO CONTRA EL AUTO DE DETENCION

1. — La recusación no puede presentarse oralmente durante la práctica de una diligencia, así quede constancia escrita de ella, porque la ley ordena al recusante presentarla por escrito y con las pruebas en que se funde (artículo 76 del C. de P. P.). Pero de ninguna manera puede servir el anuncio verbal de una recusación como medio de hacer suspender la práctica de una diligencia, porque sería un medio expedito de frustrar la averiguación de un delito: bastaría que a todo juez de instrucción que avocara el conocimiento le formulara el sindicado oralmente la recusación en el momento de realizar cualquier prueba en que pueda o deba intervenir para que hiciera suspender el acto, lo que resulta inadmisible.

2. — La ley de prensa, en su artículo 34, no prohibe la publicación de la noticia de que se ha dictado auto de detención o de excarcelación, aunque sin indicar los "fundamentos de hecho o de derecho" en que se apoyen tales providencias, y los títulos y comentarios del periódico no se le pueden cargar al funcionario de instrucción, mientras no se demuestre que han sido hechos o siquiera inspirados por él.

3.—El artículo 78 del código de procedimiento penal dice que "desde que se presente" la recusación hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá el proceso, si estuviere en estado de juicio, pero que si fuere sumario, podrán ejecutarse "los actos urgentes de instrucción".

Y es natural que desde que se manifieste el impedimento o se presente la recusación no siga conociendo del proceso el impedido o recusado, mientras no se resuelva el incidente, porque los actos podrían quedar viciados por el motivo que hace apartar del negocio al funcionario. La jurisdicción, en efecto, se suspende desde que se manifiesta la causal de impedimento o desde que se presente la recusación, y se pierde cuando el funcionario ha sido separado del conocimiento, por impedimento o recusación (artículos 146 y 147 del C. de P. P.).

Ahora bien, no puede admitirse que sea el funcionario recusado quien califique en forma negativa y definitiva la existencia y calidad de los motivos alegados, porque ello sería convertirlo en juez de su propia causa.

Y sólo puede aceptarse que el funcionario, dentro del sumario, practique los actos urgentes de instrucción, después de recusado, porque ello obedece a la necesidad de orden público de que la represión penal se ejercite debidamente, para lo cual es necesario que se practiquen las pruebas que puedan perderse o demeritarse al no ser realizadas inmediatamente.

Dentro del proceso que se estudia, el juez no iba a practicar "acto urgente" ninguno de instrucción, porque como tal no puede considerarse la resolución sobre la libertad o detención del sindicado, que precisamente no quería éste que el mismo funcionario le resolviera, por considerarlo parcializado en su contra.

La arbitrariedad del funcionario consistió en haber violado flagrantemente los artículos 147 del código de procedimiento civil y 78 del código de procedimiento penal, al proferir providencias después de formulada la recusación contra él.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de San Gil sobresee definitivamente en favor del doctor Luis Infante Rangel, por los cargos de falsedad, prevaricato, abuso de autoridad y violación de la reserva de un sumario.

Contra ese sobreseimiento, que lleva fecha de 2 de febrero del presente año, interpuso apelación el señor Fiscal del Tribunal y por eso debe revisarlo la Corte.

Al mentado doctor Infante Rangel lo denunció criminalmente el doctor Enrique Rodríguez Hernández por aquellos delitos, debido a sus actuaciones como Juez 1º Penal del Circuito de San Gil, en el proceso que contra el denunciante, alcalde de la misma ciudad, se adelantaba en su despacho, y que se inició en el mes de agosto de 1947.

Los hechos que dieron origen a estos procesos, según el denunciante, ocurrieron el 4 de agosto de 1947. Relata éste que un grupo de sujetos se hallaba en el café Miami de la mentada población, haciendo escándalo, pues resolvieron disparar sus armas al aire para intimidar a los circunstantes. Y, habiendo intervenido como alcalde para impedir el desorden, fue atacado y robado por los autores "de la asonada". Por ello, con la ayuda de la policía, hubo de detener a algunos responsables y sospechosos de ser los autores de los sucesos delictuosos.

Con motivo de sus actividades como funcionario se presentó denuncia criminal contra él ante el señor Juez 1º del circuito penal de San Gil, doctor Infante Rangel, por detención arbitraria y abuso de autoridad. Pero resulta que, al instruir el proceso contra el alcalde por aquellos ilícitos, perpetró los de prevaricato, violación de la reserva del sumario y demás de que da cuenta en su escrito de denuncia.

Antes de analizar las pruebas del expediente conviene anotar que el carácter oficial del sindicado se acreditó con el acuerdo de nombramiento, acta de posesión y certificado del ejercicio del cargo (fls. 12 v., 14 y 15 v.).

El prevaricato, según el denunciante, tiene apoyo manifiesto en varios hechos: a) el proceso se inició en un día feriado, el 7 de agosto de 1947, y se desarrolló una actividad inusitada; b) el juez le dijo al señor Rodríguez que tendría que causarle daño, no obstante ser su paisano; c) no quiso someter el negocio a repartimiento, no obstante habérselo pedido así el Juez 2º del circuito penal; d) no le permitió al sindicado dejar una constancia en el acto de la inspección de su oficina, el acta no la escribió el secretario, sino otro empleado, y afirmó que una boleta de detención en copia estaba adulterada; e) siguió conociendo del proceso, no obstante que lo había recusado; f) el secretario del Juzgado manifestó que la detención del alcalde no se demoraría sino mientras se le recibía la indagatoria; y g) el juez dictó auto de detención sin resolver sobre la recusación propuesta.

Se hace, pues, indispensable averiguar si están acreditados tales hechos, para asignarles el valor probatorio que les corresponda.

a) Dice el denunciante que el señor Juez 1º penal recibió la denuncia el 7 de agosto y, "con una actividad inusitada y poco corriente, no obstante ser día de fiesta nacional, recibió la denuncia y se trasladó a los cuarteles de la policía de esta ciudad a practicar alguna diligencia".

El sindicado contesta que él creyó que era su obligación proceder a adelantar las diligencias de instrucción "pronta y rápidamente", de acuerdo con el artículo 139 del código de procedimiento, máxime si así lo exigen la persona o personas que se consideran lesionadas y que, en efecto, comenzó ese día a practicar las diligencias investigativas (folios 20 v.).

La Sala estima que la circunstancia de haber iniciado la investigación en día feriado no es indicio de prevaricato, porque el artículo 139, citado por el funcionario, establece que "**todos los días y horas** son hábiles para practicar actuaciones en la investigación sumaria, y los términos judiciales no se suspenden por la interposición de **día feriado** durante ella".

Es más, el artículo 10 del citado código le ordena al funcionario o empleado público que tenga conocimiento de una infracción penal, poner ese hecho en conocimiento de la autoridad competente "inmediatamente", esto es, "luego, al punto, al instante", como explica el diccionario del idioma, y si es competente, "deberá iniciarla sin dilación".

b) Afirma el mismo denunciante que al llegar el juez, doctor Infante Rangel, a practicar las primeras diligencias a los cuarteles de policía, se

había encontrado con él y le había dicho: "Lamento mucho paisano, pero me va a tocar joderte", y que le había exigido que se retirara, lo cual había hecho, no sin comunicarle a algunas personas lo dicho por el funcionario de instrucción.

El doctor Infante Rangel niega enfáticamente haber proferido la expresión que se le atribuye, "que no se compagina —dice él— con el respeto que siempre me ha merecido la justicia" (folios 17, 20 y 48), y no hay otra prueba de este hecho, pues las declaraciones de las personas a quienes el alcalde relató lo que había dicho el funcionario, apenas acreditan la circunstancia de haber oído el relato de labios del interesado (f. 29).

c) Que el sindicado procedió al adelantamiento del sumario sin la formalidad del reparto, lo declara el propio juez diciendo que así había actuado por exigencia personal del denunciante que había presentado su denuncia con carácter de "suma urgencia" y porque el código de procedimiento dice quiénes son funcionarios de instrucción sin que haya necesidad de "convocar a todos los funcionarios de la cabecera del circuito" para iniciar un proceso por un delito "cuyas huellas pueden desaparecer prontamente"; además, ya había iniciado la práctica de una diligencia y fue durante ella cuando el señor Juez 2º acudió a pedirle el repartimiento y eso en términos descomedidos; y, por último, no sólo el negocio se repartió al día siguiente, sino que al Tribunal le dio cuenta inmediatamente de su manera de proceder, lo que hizo que la entidad dictara una resolución reglamentando la manera de actuar en semejantes ocurrencias (fls. 29 y 49).

Las circunstancias alegadas por el sindicado le quitan toda su fuerza al indicio de no haber hecho el reparto del negocio antes de proceder a la práctica de las diligencias de investigación. En efecto, es más importante que los primeros pasos del sumario se adelanten con toda rapidez, para que la actividad investigativa no pierda nada de su eficacia, que la práctica del reparto; además, si la denuncia se presentó en día feriado; si el reparto se pidió en momentos en que el funcionario practicaba una diligencia; si al día siguiente se adjudicó al juez a quien correspondió en suerte, previa comunicación al superior de la manera de proceder, parece que no hay peso incriminativo alguno en el hecho que se viene comentando.

d) Dice el alcalde que al practicar el juez una visita al archivo de la alcaldía, no le permitió dejar "una constancia en relación con dicha visita; que se permitió prejuzgar al afirmar que una boleta de libertad estaba adulterada, lo cual fue desmentido por los peritos que intervinieron en la diligencia", y, por último, que "dicha diligencia la estaba practicando, en principio, directamente, el señor Ernesto Arenas, sin intervención del juez" y éste sólo intervino cuando protestó "por semejante irregularidad, de lo cual existe constancia en el acta respectiva" (f. 2).

Pero resulta que en el acta se escribió que el juez le había advertido al alcalde del "derecho que tiene a dejar libremente las constancias que crea convenientes" (f. 11), como en efecto las dejó, lo que desmiente la aseveración del denunciante sobre la negativa a dejar constancias.

Respecto de la boleta, lo que el juez afirmó no era que la boleta en copia estaba adulterada, sino que aparecía "borroneada", lo que es distinto, circunstancia que aclaró uno de los peritos diciendo que el hecho de que la boleta estuviera "ilegible" se debía a la falta de presión sobre el papel carbón, adhiriendo a esta misma opinión el otro perito", sin que el juez que practicaba la diligencia contradijera (f. 11).

En cuanto a que la diligencia la practicara el señor Ernesto Arenas, explica el juez acusado que es cierto que al principio estaba escribiendo en máquina dicho señor "a quien le fuí redactando en su totalidad —dice— los puntos de la inspección, hasta cuando el alcalde se mostró inconforme de que fuera ese empleado quien escribiera", pues entonces hizo pasar al secretario a escribir en la máquina (f. 16).

Esta afirmación aparece confirmada —como lo observa la Procuraduría— con el dicho del señor Arenas, quien dice: "Aclaro que ninguna diligencia se practica en el Juzgado en donde yo trabajo sin la asistencia de los empleados que la ley exige" (f. 39).

e) La recusación contra el juez instructor fue presentada primero en el momento de estarle recibiendo indagatoria al alcalde y luego en dos memoriales el 6 y 8 de septiembre de 1947 (fls. 40 y siguientes).

Respecto de la primera resulta inadmisible que se presente verbalmente en el momento de una diligencia, así quede constancia escrita de ella, porque la ley ordena al recusante presentarla por escrito y con las pruebas en que se funde (art. 76 del c. de p. p.). Pero de ninguna manera

puede servir el anuncio verbal de una recusación como medio de hacer suspender la práctica de una diligencia, porque sería un medio expedito de frustrar la averiguación de un delito: bastaría que a todo juez de instrucción que avocara el conocimiento le formulara el sindicado oralmente la recusación en el momento de realizar cualquier prueba en que pueda o deba intervenir para que hiciera suspender el acto, lo que resulta inadmisible.

Respecto de las formuladas por escrito el 6 y el 8 de septiembre, se anota que el auto de detención contra el alcalde había sido dictado el 5 y que contra él interpuso reposición en el memorial presentado el 8 y, en subsidio, apelación (fls. 41 y v.).

Por eso el 9 de septiembre decidió el juez mantener la solicitud de reposición por dos días a disposición de las partes, al tenor del artículo 488 del código judicial; declarar que oportunamente resolvería lo atinente a la recusación; hacer prestar juramento al alcalde que había solicitado unas copias de que no violaría la reserva del sumario; y reconocer a un abogado como representante del sindicado (f. 42 v.).

El abogado, en memorial presentado el mismo 9 de septiembre pidió reposición y, en subsidio, apelación del auto de 5 del mismo mes, por medio del cual se había ordenado la detención del alcalde (f. 43).

Y, por último, el juez, en providencia del 10 de septiembre analiza a espacio las razones en que el alcalde fundamenta su recusación, para rechazarla en forma terminante; no repone el auto de detención y ordena remitir el expediente al Tribunal para que resuelva lo relativo a la dicha detención y a la recusación.

El juez no decidió, pues, inmediatamente la recusación para admitirla o rechazarla, sino que tramitó la reposición que le habían pedido del auto de detención. Pero explica en su indagatoria que así procedió, porque el recusante en sus escritos no había aportado prueba alguna de las razones de su recusación; porque esas razones no encajaban dentro de ninguno de los motivos que la ley consagra como causal para separarse del conocimiento de un proceso; porque consideró que resolver tal reposición era hasta entonces el "punto más importante del proceso"; porque el artículo 78 del código de procedimiento autoriza para ejecutar los "actos urgentes de instrucción"; porque consideró como tales los pendientes; y porque no adelantó otros distintos para finalizar el negocio (f. 23).

Las razones del funcionario son atendibles y no permiten concluir en la existencia de los elementos subjetivos del prevaricato, es a saber, proceder a sabiendas y por simpatía hacia unos interesados y por animadversión hacia otros.

f) Que el secretario del Juzgado señor Alfredo Ordóñez V. manifestó al doctor Leopoldo Reyes Galvis, en presencia del señor Aníbal Durán Gómez, "que la demora para encarcelar al alcalde era únicamente recibirle indagatoria" no prueba el ánimo malévolo del funcionario para con uno de los interesados en el proceso penal. Bien pudo ser apreciación del secretario solamente, bien pudo hacer la observación de acuerdo con la realidad procesal y, de todos modos, el hecho no es propio del juez acusado ni de él existe prueba distinta de la afirmación del denunciante.

g) Y, por último, que el juez hubiera dictado el auto de detención "pretermitiendo todas las garantías procedimentales", esto es, como lo explica el alcalde, "sin resolver de acuerdo con la ley la recusación propuesta", no es exacto, toda vez que el funcionario no estimó debidamente propuesta la tal recusación, hecha verbalmente dentro de una diligencia, y no presentada por escrito y por separado, en armonía con el citado artículo 76 del código de procedimiento, pues esa recusación fue la única que precedió al auto de detención.

Así, pues, es forzoso concluir, con el señor Procurador, que "en el presente asunto no se comprobó que el juez sindicado hubiera procedido, al dictar determinada providencia, por dañado interés o por afecto hacia nadie". En otros términos, que no se acreditó el delito de prevaricato.

La violación de la reserva del sumario se hace consistir en que la noticia del auto de detención dictado por el juez 1º del circuito penal contra el alcalde fue dada por el diario de Bucaramanga llamado "El Demócrata" y también por la radio en "Ultimas Noticias", al día siguiente de dictada la providencia.

La noticia del periódico fue transcrita por el denunciante y dice así:

"El juez penal dictó auto de detención contra el arbitrario alcalde de San Gil por abuso de autoridad y detención arbitraria. Acevedo no responde sobre la suspensión. San Gil, septiembre 5, (De nuestro corresponsal especial). Telefone-

ma de las nueve de la noche. El Juez Primero Penal de este Circuito, doctor Infante Rangel, a las cuatro de la tarde de hoy, dictó auto de detención contra el Alcalde Enrique Rodríguez, quien venía cometiendo innumerables tropelías, por los delitos de abuso de autoridad y detención arbitraria. El Juez se dirigió al Gobernador Acevedo pidiendo la suspensión del funcionario, pero hasta el momento no ha recibido respuesta alguna...". (f. 1).

El Juez niega haber dado a la publicidad esta noticia, ni saber quién la hubiera proporcionado, ni tener "nexo con agencias periodísticas, ni conozco —dice— al director ni a los colaboradores del periódico El Demócrata", ni quién la suministrara a "Ultimas Noticias", radioperiódico que no ha tenido la oportunidad de sintonizar (fls. 18 y v.).

El jefe de redacción de El Demócrata dice que no puede asegurar quién sería el que le comunicó la noticia de la detención del alcalde, porque no conoce al corresponsal de San Gil ni ha oído su voz y bien pudo ser él u otra persona (f. 27).

Por lo demás, la providencia fue notificada al personero y al apoderado de la parte civil y el juez dirigió un telegrama en que pedía al Gobernador del Departamento la suspensión del alcalde en su empleo (f. 10 v.).

Por último, la ley de prensa, en su artículo 34, no prohibe la publicación de la noticia de que se ha dictado auto de detención o de excarcelación, aunque sin indicar los "fundamentos de hecho o de derecho" en que se apoyen tales providencias, y los títulos o comentarios del periódico no se le pueden cargar al funcionario de instrucción, mientras no se demuestre, que han sido hechos o siquiera inspirados por él.

No existe, por tanto, prueba del cargo de violación de la reserva del sumario, que se ha hecho al doctor Infante Rangel.

La falsedad en documentos la hace consistir el denunciante en el hecho de que la declaración de Eduardo Márquez no la había recibido el juez personalmente, como dice el acta en que se extendió el testimonio, sino el oficial mayor del juzgado, señor Ernesto Arenas.

El guardián de la cárcel donde se hallaba Márquez, confirma el hecho, pues asegura que "el doctor Infante, al empezar la declaración se bajó para el café con el doctor González"; que las preguntas las escribía el señor Arenas y que las respuestas también las escribía "y le preguntaba a Márquez que si estaban bien... y él decía que sí" (f. 34).

Pero el testigo Márquez afirma que fué "directamente interrogado por el doctor Infante Rangel" (f. 38); el oficial mayor, Ernesto Arenas dice que "nunca se practica una diligencia sin la presencia del juez" (f. 39); y el sindicado niega enfáticamente el cargo (f. 36).

No se ha demostrado, pues, falsedad alguna.

El abuso de autoridad se hace consistir, en fin, en el hecho de haber seguido conociendo del proceso después de formulada la recusación por el alcalde Rodríguez Hernández.

Ya se ha explicado a cabalidad que el juez sólo dictó dos providencias después de presentada la recusación en los memoriales de 6 y 8 de septiembre: la del 9 del mismo mes, para darle curso a la reposición pedida del auto de detención; y la del 10 en que resuelve lo relativo a esa reposición de la detención y expone las razones para no considerarse impedido.

También se dijo antes que las explicaciones que da el sindicado hacen pensar que no están demostradas las circunstancias del proceder a sabiendas y por animadversión al señor Rodríguez Hernández necesarias para que se configure el delito de prevaricato.

Pero debe averiguarse si está demostrado un abuso de autoridad consistente en haber ejecutado un acto arbitrario contra una persona, para el caso, el haber adelantado en esta forma arbitraria el proceso después de haber sido recusado. Lo cual no requiere comprobación de elemento subjetivo específico, sino el general de todo hecho delictuoso.

El artículo 78 del código de procedimiento penal dice que "desde que se presente" la recusación hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá el proceso, si estuviere en estado de juicio, pero que si fuere sumario, podrán ejecutarse "los actos urgentes de instrucción".

Y es natural que desde que se manifieste el impedimento o se presente la recusación no siga conociendo del proceso el impedido o recusado, mientras no se resuelva el incidente, porque los actos podrían quedar viciados por el motivo que hace apartar del negocio al funcionario. La jurisdicción, en efecto, se suspende desde que se manifiesta la causal de impedimento o desde que se presenta la recusación, y se pierde cuando el funcionario ha sido separado del conocimiento,

por impedimento o recusación (arts. 146 y 147 del c. j. y 7º del c. de p. p.).

Ahora bien, no puede admitirse que sea el funcionario recusado quien califique en forma negativa y definitiva la existencia y calidad de los motivos alegados, porque ello sería convertirlo en juez de su propia causa.

Y sólo puede aceptarse que el funcionario, dentro del sumario, practique los actos urgentes de instrucción, después de recusado, porque ello obedece a la necesidad de orden público de que la represión penal se ejercite debidamente, para lo cual es necesario que se practiquen las pruebas que puedan perderse o demeritarse al no ser realizadas inmediatamente.

Dentro del proceso que se estudia, el juez no iba a practicar "acto urgente" ninguno de instrucción, porque como tal no puede considerarse la resolución sobre la libertad o detención del sindicado, que precisamente no quería éste que el mismo funcionario le resolviera, por considerarlo parcializado en su contra.

Como en un caso semejante expresó la Corte, la arbitrariedad del funcionario consistió en haber violado flagrantemente los artículos 147 del código de procedimiento civil y 78 del código de procedimiento penal, al proferir las providencias de 9 y 10 de septiembre de 1947, siendo así que desde el 6 del mismo mes había sido presentada contra aquél recusación formal, escrita y con pruebas que surgían del propio expediente sobre los motivos o razones para ello.

"Siendo las disposiciones procesales quebrantadas de tan sencilla inteligencia —añadía la Sala en aquel caso— forzoso es concluir que el acusado violó la ley penal cometiendo un acto arbitrario contra una persona, en el que no puede presumirse su buena fe. Al contrario, aparece de manifiesto el dolo al ordenar un acto que sabía contrario "a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos", como en otra ocasión había dicho la Corte. (G. J., Tomo LX, números 2034-2036, página 878).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Confírmase la providencia consultada en cuanto sobresee definitivamente en favor del doctor Luis Infante Rangel por los cargos de prevaricato, falsedad y violación de la reserva del sumario;

Revócase la misma providencia en cuanto sobresee definitivamente en favor del mismo doctor Infante Rangel por el cargo de abuso de autoridad, y en su lugar llámasele a responder en juicio por esta infracción, contemplada en el capítulo VI, del título III, del libro segundo del código penal, y consistente en haber seguido conociendo del proceso de que habla la parte motiva de este auto después de haber sido recusado.

Háganse al procesado las prevenciones legales que indica el artículo 432 del código de procedimiento.

Pasen las diligencias o copia de ellas a las autoridades competentes, en su debida oportunidad, para que decidan sobre la responsabilidad de las personas denunciadas no sujetas a la competencia del Tribunal en primera instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

EL FUNCIONARIO PUBLICO QUE DES PUES DE PROPUESTA CONTRA EL RECUSACION POR ALGUNA DE LAS PARTES, SIGUE ACTUANDO EN EL PROCESO, A EXCEPCION DE LO RELACIONADO CON LA MISMA RECUSACION PROPUESTA Y DE LAS DILIGENCIAS URGENTES CUANDO SE TRATE DE SUMARIOS, COMETE DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD — ESTE DELITO NO REQUIERE DOLO ESPECIFICO

1—El texto del artículo 78 del C. de P. P. es perfectamente claro y no dá lugar a dudas de ninguna especie ni mucho menos a interpretarlo en el sentido de que el funcionario recusado puede resolver junto con la recusación todas las demás solicitudes pendientes. La norma que se examina, se repite, es muy clara y el simple tenor literal de ella está diciendo cuál es su contenido y alcance, es decir, suspender el proceso desde que se presente la recusación hasta que ésta se resuelva, o en otros términos, que el funcionario recusado no puede dictar ninguna providencia ni resolver ningún pedimento hasta tanto el incidente de recusación no se resuelva en forma definitiva. Sólo consagra dicho artículo una excepción cuando de sumarios se trata, cual es la de poder ejecutar los actos urgentes de instrucción.

2—La responsabilidad de los funcionarios públicos tiene límites mucho más amplios que la de los simples particulares. Estos, constitucional y legalmente, sólo son responsables por infracción de la Constitución y de las leyes, en tanto que aquéllos son además responsables por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de las mismas, y esto es precisamente lo que reglamenta el Código Penal en el capítulo del abuso de autoridad.

En lo que respecta al elemento subjetivo de los hechos que la ley penal consagra como susceptibles de sanción, la regla general, que está implícita en las disposiciones del código represivo, es la de que el dolo se presume en toda infracción de la ley penal, y a esta regla sólo escapan aquellas figuras de delito para las cuales esa misma ley exige en sus disposiciones, de modo excepcional, el dolo específico, ora empleando la expresión "a sabiendas", como cuando se trata, por ejemplo, de los delitos de prevaricato, falsas imputaciones ante las autoridades, encubrimiento, etc.; ya con otras expresiones indicativas de esa especie de dolo como en el hurto y robo, al exigir "el propósito de aprovecharse" de la cosa, o como ocurre en el delito intencional de homicidio, para cuya extructuración se exige expresamente "el propósito de matar".

Pero en lo que concierne al delito de abuso de autoridad, el Código Penal no exige el dolo específico. En casos como el investigado, en este negocio, sólo son necesarios como elementos integrantes del ilícito, los siguientes: a) Que el sujeto activo del hecho sea un funcionario o empleado público; b) Que realice el hecho excediéndose en sus funciones o con ocasión del ejercicio de éstas; y c) Que el acto sea arbitrario o injusto y redunde en perjuicio de una persona o de una propiedad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Con fecha treinta y uno de julio pasado, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, confirmó el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de San Gil a favor del doctor Luis Infante Rangel, por los cargos de prevaricato, falsedad y violación de la reserva sumaria y revocó el sobreseimiento defini-

tivo dictado a favor del mismo procesado, por el cargo de abuso de autoridad y en su lugar, lo llamó a responder en juicio criminal por dicho delito, consistente en haber seguido conociendo del proceso de que habla la parte motiva de este auto después de haber sido recusado".

El doctor Luis Infante Rangel, al ser notificado de la providencia antes relacionada, interpuso el recurso de reposición.

Tramitado el recurso en conformidad con las normas de procedimiento aplicables al caso, se entra a resolver sobre la reposición interpuesta.

La inconformidad del recurrente se refiere a la parte del auto de la Corte, que revoca el sobreseimiento definitivo que le había dictado el Tribunal Superior de San Gil por el delito de abuso de autoridad y en su lugar, lo llama a responder en juicio por este delito, consistente en que después de haber sido recusado siguió conociendo del proceso, con violación de las normas de procedimiento que disponen que desde que se presente la recusación hasta que se resuelva definitivamente sobre ella, el proceso se suspende, pudiendo practicarse únicamente "los actos urgentes de instrucción", si se trata de diligencias sumarias.

Las razones que presenta el procesado para sustentar el recurso, se pueden sintetizar así:

a) Que no acepta que por el hecho de haberse pronunciado sobre la reposición y la recusación en un mismo auto, hubiera cometido abuso de autoridad, pues su actuación posterior no puso ni quitó nada a lo hecho antes de formularse la recusación;

b) Que con relación a lo que estatuye el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal "desde que se presente la petición de recusación hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá el proceso", consideró que podían resolverse en conjunto con la recusación todas las peticiones que se le habían hecho y que sería muy interesante que para esos delitos no fuere necesario el elemento subjetivo específico "sino el general de todo hecho delictuoso", porque ello implicaría una especie de tabú que no se compadecería con las tendencias humanas;

c) Que como lo expuso en su indagatoria, la recusación le fué presentada después de dictado el auto de detención y no comprende cómo podía resolver sobre la reposición del auto de detención, si no lo hacía bajo una misma cuerda, es decir, resolviendo en la providencia de fondo tanto la recusación como la reposición;

d) Que no sabe por qué razón, siendo las providencias que dictó después de presentada la recusación "actos urgentes de instrucción", se le deduzca responsabilidad, pues entendió como acto urgente de instrucción, despachar la reposición conjuntamente con la recusación para enviar el expediente al Superior.

Para resolver se considera:

La Sala en la providencia que es objeto del recurso, dijo:

"Pero debe averiguarse si está demostrado un abuso de autoridad consistente en haber ejecutado un acto arbitrario contra una persona, para el caso el haber adelantado en esta forma arbitraria el proceso después de haber sido recusado. Lo cual no requiere comprobación de elemento subjetivo específico, sino el general de todo hecho delictuoso".

"El artículo 78 del Código de procedimiento penal dice que 'desde que se presente' la recusación, hasta que se revuelva definitivamente, se suspenderá el proceso, si estuviere en estado de juicio, pero si fuere sumario, podrán ejecutarse "los actos urgentes de instrucción".

"Y es natural que desde que se manifiesta el impedimento o se presenta la recusación no siga conociendo del proceso el impedido o recusado, mientras no se resuelva el incidente, porque los actos podrían quedar viciados por el motivo que hace apartar del negocio al funcionario. La jurisdicción, en efecto se suspende desde que se manifiesta la causal de impedimento o desde que se presenta la recusación, y se pierde cuando el funcionario ha sido separado del conocimiento, por impedimento o recusación (Arts. 146 y 147 del C. J. y 7º del C. de P. P.).

"Ahora bien, no puede admitirse que sea el funcionario recusado quien califique en forma negativa y definitiva la existencia y calidad de los motivos alegados, porque ello sería convertirlo en juez de su propia causa.

"Y sólo puede aceptarse que el funcionario, dentro del sumario, practique los actos urgentes de instrucción, después de recusado, porque ello obedece a la necesidad de orden público de que la represión penal se ejercite debidamente, para lo cual es necesario que se practiquen las

pruebas que puedan perderse o demeritarse al no ser realizadas inmediatamente.

"Dentro del proceso que se estudia, el juez no iba a practicar 'acto urgente' ninguno de instrucción, porque como tal no puede considerarse la resolución sobre la libertad o detención del sindicado, que precisamente no quería éste que el mismo funcionario le resolviera, por considerarlo parcializado en su contra.

"Como razones en un caso semejante expresó la Corte, la arbitrariedad del funcionario consistió en haber violado flagrantemente los artículos 147 del Código de Procedimiento Civil y 78 del Código de Procedimiento Penal, al proferir las providencias de 9 y 10 de septiembre de 1947, siendo así que desde el 6 del mismo mes había sido presentada contra aquél recusación formal, escrita y con pruebas que surgían del propio expediente sobre los motivos o razones".

Lo transcrito antes, da contestación adecuada a las razones que invoca el procesado para pedir que se cambie el llamamiento a juicio por un sobreseimiento definitivo. No obstante esto, la Sala procede a examinar nuevamente la situación del procesado ante el cargo de abuso de autoridad que se le hace en la providencia reclamada, tomando en cuenta los motivos alegados para sustentar el recurso.

Afirma el doctor Infante Rangel, que el delito de abuso de autoridad no se estructura, en el hecho de haber resuelto en un mismo auto la reposición y la recusación. La Sala no ha hecho esta afirmación pues los fundamentos que ha tenido para sostener la existencia del ilícito y llamar a juicio al procesado, son otros completamente distintos, como se observa con sólo leer dicha providencia. En ésta se dice que el delito porque se llama a juicio a aquel procesado, radica en haber seguido conociendo del proceso contra el alcalde de San Gil, después de haber sido recusado, violando con este proceder los artículos 147 del Código de Procedimiento Civil y 78 del Código de Procedimiento Penal. Aunque la argumentación del reclamante estuviera acorde con la realidad, el hecho de haber dictado una sola providencia con posterioridad a la presentación de la recusación, que no fuera acto urgente de instrucción, lo haría incurrir en la violación de las disposiciones procedimentales en cita, ya que de acuerdo con tales normas, la presentación de la recusación suspende el proceso, hasta tanto no se resuelva el incidente en forma definitiva. A lo más, se pueden llevar a cabo, aquellos actos urgentes de la instrucción, cuando se trata de diligencias sumarias, evento que no se presentaba en el caso de autos.

La interpretación que dice el procesado dió al artículo 78 del C. de Procedimiento Penal, donde se lee "desde que se presente la petición de recusación hasta que se resuelva definitivamente" no cabe dentro del contenido de este ordenamiento, porque su texto es perfectamente claro y no da lugar a dudas de ninguna especie ni mucho menos a interpretarlo en el sentido de que podía resolver junto con la recusación todas las demás solicitudes pendientes. La norma que se examina, se repite, es muy clara y el simple tenor literal de ella, está diciendo cuál es su contenido y alcance, es decir, suspender el proceso desde que se presente la recusación hasta que ésta se resuelva o en otros términos, que el funcionario recusado no puede dictar ninguna providencia ni resolver ningún pedimento hasta tanto el incidente de recusación no se resuelva en forma definitiva. Sólo consagra dicho artículo una excepción cuando de sumarios se trata, cual es la de poder ejecutar los actos urgentes de instrucción, pero en las diligencias informativas donde el hecho delictuoso tuvo ocurrencia, ningún acto urgente de instrucción tenía que practicar el procesado. Lo que éste califica como actos urgentes de instrucción, es el hecho de resolver sobre un incidente del proceso, la solicitud de reposición del auto de detención preventiva presentada por la parte recusante, con lo que de un lado, hacía inoperante la finalidad de la recusación y de otro, violaba la prohibición legal que le ordenaba suspender el proceso hasta que no se resolviera en definitiva sobre la recusación propuesta por una de las partes.

Nada aduce a favor del procesado la consideración de que la recusación fué presentada después de dictado el auto de detención, porque por virtud de lo dispuesto por el artículo 78 del C. de Procedimiento Penal, aquel funcionario no estaba obligado a resolver sobre el recurso de reposición interpuesto contra dicho auto. Su deber legal, era suspender inmediatamente la actuación y tramitar la recusación en la forma legal, esperando el resultado definitivo de este incidente, para saber a quién correspondía resolver lo relacionado con el precitado recurso de reposición.

La consideración que hace el doctor Infante Rangel, de que el delito de abuso de autoridad

exige para su existencia como hecho punible, el dolo específico y no simplemente el dolo general, común a todo hecho delictuoso, es inaceptable. Basta observar que los elementos constitutivos de todo delito son aquellos que se señalan en la respectiva disposición del Código Penal. Y en ninguna de las que contemplan el delito de abuso de autoridad, ya sea que se trate de actos de acción cometidos mediante una acción positiva o bien de delitos de omisión que se realizan no haciendo, se exige la comprobación de que el funcionario haya procedido con el conocimiento de que ese modo de actuar era contrario a la ley escrita o manifiestamente injusto.

En tratándose del delito de abuso de autoridad, que comprende no sólo la represión de la acción abusiva de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, sino también la omisión, la negación y retardo de actos que legalmente están obligados a ejecutar, su responsabilidad tiene límites mucho más amplios que la de los simples particulares. Estos constitucional y legalmente sólo son responsables por infracción de la Constitución y de las leyes, en tanto que aquéllos, son además responsables por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de las mismas y esto es precisamente, lo que reglamenta el Código Penal en el capítulo del abuso de autoridad.

En lo que respecta al elemento subjetivo de los hechos que la ley penal consagra como susceptibles de sanción, la regla general que está implícita en las disposiciones del código represivo, es la de que el dolo se presume en toda infracción de la ley penal y a esta regla, sólo escapan aquellas figuras de delito, para las cuales esa misma ley exige en sus disposiciones de modo excepcional, el dolo específico, ora empleando la expresión "a sabiendas", como cuando se trata, por ejemplo, de los delitos de prevaricato, falsas imputaciones ante las autoridades, encubrimiento, etc; ya con otras expresiones indicativas de esa especie de dolo como en el hurto y robo, al exigir "el propósito de aprovecharse" de la cosa o como ocurre en el delito intencional de homicidio para cuya estructuración se exige expresamente "el propósito de matar".

Pero en lo que concierne al delito de abuso de autoridad, el Código Penal no exige el dolo específico. En casos como el investigado en este negocio, sólo son necesarios como elementos integrantes del ilícito, los siguientes: a) Que el sujeto activo del hecho, sea un funcionario o empleado público; b) Que realice el hecho excediéndose en sus funciones o con ocasión del ejercicio de éstas; y c) Que el acto sea arbitrario o injusto y redunde en perjuicio de una persona o de una propiedad. Y estas modalidades se hallan acreditadas en este proceso, porque el sindicado doctor Infante Rangel era un funcionario o empleado público y realizó el hecho que se le imputa en su carácter oficial; el hecho de la violación de lo preceptuado en las disposiciones procedimentales ya mencionadas, que le ordenaban suspender el proceso contra el alcalde de San Gil, por haberlo recusado éste, también es una circunstancia debidamente establecida y se llevó a cabo con ocasión del ejercicio de sus funciones como funcionario de instrucción y excediéndose en sus atribuciones legales; finalmente, la violación de dichos preceptos fué un acto arbitrario porque lo ejecutó con violación de la ley y en perjuicio de una persona, en este caso el alcalde de San Gil, que tenía derecho en la hipótesis de que la recusación prosperara, a que el pedimento de reposición del auto de detención preventiva se lo resolviera otra autoridad.

En consecuencia, no siendo fundadas las razones aducidas por el procesado para que se reponga el auto de la Sala que lo llama a responder en juicio criminal por el delito de abuso de autoridad, debe mantenerse en firme dicha providencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la justicia y por autoridad de la ley, NO REPONE su auto de fecha treinta y uno de julio pasado en la parte que es objeto del recurso de reposición.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

En repetidas ocasiones ha expresado la Corte que el cambio de radicación de un proceso se funda en una razón de orden público y social, como es la de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial, de modo que se garanticen plenamente los derechos de la sociedad y de la persona a quien se acusa por la comisión de un ilícito. No se podría afirmar que los derechos del sindicado se hallan debidamente respaldados cuando su presencia en el lugar donde debe juzgársele se halla cohibida o intimidada por la presión o la amenaza de las personas que por una u otra causa tienen graves divergencias con aquél.

"La conveniencia para una recta administración de justicia —ha dicho la Corte— estriba en la amplitud de sistemas que garanticen los derechos de la defensa social, y los del sindicado frente al Estado que le formula cargos a nombre de la sociedad. Si las partes en los procesos penales no disfrutan de esos derechos garantizados por la Constitución y la ley, bien porque existe una hipótesis fundada de que les van a ser negados por quienes deben fallar su negocio, o porque circunstancias especiales derivadas de pasiones que muchas veces se traducen en actos de venganza o represalias, impidiendo la defensa, o bien porque esos mismos actos pueden poner en peligro la vida del procesado; en tales casos, para que los fallos sean la expresión de la justicia, es necesario e indispensable el cambio de radicación del proceso". (Concepto de 20 de noviembre de 1946, G. J., Tomo LXII, números 2046-47, pág. 166).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Con fecha cuatro de julio de este año la Corte se abstuvo de emitir concepto favorable al cambio de radicación solicitado por el señor apoderado de Francisco Domiciano y Jorge Alberto Murcia, procesados por homicidio en la persona de Mateo Ruiz, por estimar que la prueba entonces aducida como fundamento no era suficiente para demostrar las circunstancias exigidas por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, ya que las declaraciones en que consistía esa prueba se recibieron contraviniendo lo preceptuado por el artículo 293 de la citada obra.

En nueva solicitud, para subsanar la irregularidad anotada, el señor apoderado acompaña las declaraciones de los señores Jorge Velásquez, Enrique Córdoba Ojeda, Alirio Neira, Carlos Espinosa Quintero, Domingo Rojas y Helí Florián, recibidas ante el Juez Tercero Municipal en lo Penal de Bogotá "de las cuales —expresa el señor apoderado— surge neta y clara la conveniencia para la buena marcha de la administración de justicia de que el proceso se sustraiga del conocimiento de los Jueces de Tunja".

Según lo expresó la Corte en la providencia de cuatro de julio antes citada, las razones para sustentar el cambio de radicación del proceso, son las siguientes:

Que tanto el occiso como su padre, Leoncio Ruiz y demás familiares, pertenecen a un partido político distinto al de los procesados, lo que ha sido motivo a que al incidente, que no tuvo nada que ver con la política, se le haya dado ese carácter, resultando de ello que en el Municipio de Ráquira, en donde fue consumado el delito, se ha venido ejerciendo actos de violencia contra los señores Murcias, "tales como apedrearles sus casas, golpearlos, invadirles sus propiedades", etc., "en términos que dichos señores para defender sus vidas se vieron obligados a abandonar la población y propiedades en Ráquira, y establecerse lejos de allí, sin que hayan podido volver a dicho Municipio".

Que, dada la influencia política de los familiares del señor Mateo Ruiz en la ciudad de Tunja, considera que "es muy difícil que el Jurado que va a juzgar a los señores Murcias, pueda gozar y disfrutar de verdadera independencia para proferir su fallo, siendo de temerse muy fundadamente que los elementos adictos a los Sres. Ruiz,

presionen a dichos jueces y lleguen en el día del jurado hasta intimidar no solamente a éstos sino a sindicados y defensores, debido al cariz político que se ha querido dar a este homicidió coaccionando así el criterio imparcial de los jueces de conciencia e impidiéndoles dictar un veredicto que consulte las normas de la justicia, de la equidad y de la ley".

Obra en los autos un certificado expedido por el señor Juez Primero Superior de Tunja, en el cual consta que en su despacho cursa la causa seguida contra los señores Jorge y Francisco Domiciano Murcia, por el delito de homicidio, la cual se encuentra a disposición de las partes en la secretaría del Juzgado, para efectos del artículo 444 del Código de Procedimietno Penal.

De los testimonios relacionados al principio, cuyas declaraciones el señor apoderado de los procesados acompañó a su memorial de 20 de septiembre próximo pasado, resulta que con motivo del incidente que provocó la muerte de Mateo Ruiz, de parte de los familiares de éste se ha desatado un ambiente de enemistad en contra de los procesados, que no sólo los ha obligado a abandonar su pueblo —Ráquira— sino el de Tunja, lugar donde se halla el proceso en referencia. Y que ese ambiente de enemistad ha provocado ataques contra los Murcia, e igualmente contra sus propiedades, viéndose precisados a abandonar aquellas regiones para dirigirse a otros lugares, hecho éste que también lo han determinado las influencias políticas de los familiares del occiso. Asimismo de esa prueba surge en cierto modo la posibilidad de que tal ambiente de enemistad siga teniendo relación con los hechos posteriores que se sucedan en el proceso, ya que consta que de parte de los familiares de Mateo Ruiz se han hecho manifestaciones de hostilidad al jurado próximo a reunirse, si su decisión no es para ellos satisfactoria. (Declaración de Alirio Neira, fl. 24).

De acuerdo con el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, en cualquier estado del proceso y antes de proferirse sentencia de segunda instancia, podrá el Gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, disponer que los sindicados o procesados por delitos de la competencia de los Jueces Superiores de Distrito Judicial, sean juzgados en otro Distrito Judicial distinto a aquel en donde se cometió el delito, cuando se estime conveniente para la recta administración de justicia, luégo de averiguar por los medios que se crean conducentes los motivos del traslado.

Esos motivos se encuentran sintetizados en el análisis que de la prueba acompañada ahora, se hizo en uno de los apartes anteriores, y de la cual se infiere que los procesados no disfrutan de todas las garantías en sus gestiones de defensa en el lugar donde se ventila el juicio, dadas las actividades adversas provenientes de los familiares del occiso.

En repetidas ocasiones ha expresado la Corte que el cambio de radicación de un proceso "se funda en una razón de orden público y social, como es el de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial, de modo que se garanticen plenamente los derechos de la sociedad y de la persona a quien se acusa por la comisión de un ilícito. No se podría afirmar que los derechos del sindicado se hallan debidamente respaldados, cuando su presencia en el lugar donde debe juzgársele se halla cohibida o intimidada por la presión o la amenaza de las personas que por una u otra causa tienen graves divergencias con aquél.

"La conveniencia para una recta administración de justicia estriba en la amplitud de sistemas que garanticen los derechos de la defensa social, y los del sindicado frente al Estado que le formula cargos a nombre de la sociedad. Si las partes en los procesos penales no disfrutan de esos derechos garantizados por la Constitución y la ley, bien porque existe una hipótesis fundada de que les van a ser negados por quienes deben fallar su negocio, o porque circunstancias especiales derivadas de pasiones que muchas veces se traducen en actos de venganza o represalias, impidiendo la defensa, o bien porque esos mismos actos pueden poner en peligro la vida del procesado; en tales casos, para que los fallos sean la expresión de la justicia, es necesario e indispensable el cambio de radicación del proceso". (Concetpo de 20 de noviembre de 1946, GACETA JUDICIAL, Tomo LXII, números 2046-2047, página 166).

Precisa concluir según la prueba aducida, que el ambiente donde se realizaron los hechos y aquel en que prosigue el proceso, no ofrecen completa seguridad para una recta administración de justicia y ese ambiente de enemistad contra los procesados a que hace referencia la prueba testimo-

nial relacionada, son síntomas reveladores de que éstos en cualquier momento pueden ser objeto de atentado personal; y como la justicia no sólo debe velar por los intereses sociales, sino por los particulares, frente a posibles ataques de terceros, en orden a evitar esos posibles perjuicios, es necesario y procedente el cambio de radicación.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— emite concepto favorable sobre el cambio de radicación del proceso seguido contra Jorge Alberto y Francisco Domiciano Murcia y cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados Superiores del Distrito Judicial de Tunja.

Cópiese y devuélvase el negocio al Ministerio de Justicia.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

SOLICITUD DE EXTRADICION—A ESTA SOLICITUD DEBEN ACOMPAÑARSE LAS PRUEBAS QUE FUNDARON EL AUTO DE DETENCION PROFERIDO EN CONTRA DEL EXTRADITANDO, CUANDO SE HA ORDENADO ESA DETENCION EN EL PAIS QUE SOLICITA LA EXTRADICION

La extradición debe concederse teniendo en cuenta, principalmente, los tratados públicos, y con Ecuador, tiene Colombia celebrado el llamado Acuerdo Bolivariano de 1911, aprobado por la Ley 26 de 1913.

Entre las condiciones positivas de ese Acuerdo, se encuentran las siguientes:

a) Que la solicitud, hecha por vía diplomática, sea acompañada del auto de detención dictado por el Juez competente, con designación exacta del delito, la fecha de su consumación y de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado la detención;

b) Que las pruebas de la infracción sean tales que las leyes del lugar donde se encuentra el extraditando justifiquen su detención o sometimiento a juicio si el hecho hubiérese realizado en dicho país;

c) El hecho debe ser punible "por la ley de la nación requerida".

Entre las condiciones negativas o en que no se puede conceder la extradición se encuentran las de que se trate de delito político, o si la pena no excede de seis meses de privación de la libertad personal, o cuando ha prescrito la acción penal, o cuando el individuo cuya extradición se pide ya ha sido juzgado o ha sido objeto de indulto o amnistía.

Consecuencia de lo anterior es que si con la solicitud de extradición no se acompañan por ejemplo, las pruebas que fundaron el auto de detención, no puede darse concepto favorable a la extradición solicitada, porque no puede saberse si ellas serían suficientes de acuerdo con la ley procesal penal colombiana para fundar una orden semejante.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Debe la Corte emitir su concepto sobre la extradición del ciudadano ecuatoriano Subteniente Ignacio Raúl Dávalos Cajas, solicitada por el Gobierno de la vecina República.

La extradición debe concederse teniendo en cuenta, primordialmente, los tratados públicos, y con Ecuador tiene Colombia celebrado el llamado Acuerdo Bolivariano de 1911, aprobado por la Ley 26 de 1913.

Entre las condiciones positivas de ese Acuerdo, se encuentran las siguientes:

a) Que la solicitud, hecha por vía diplomática, sea acompañada de la copia del auto de detención dictado por el Juez competente, con designación exacta del delito, la fecha de su consumación y de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado la detención;

b) Que las pruebas de la infracción sean tales que las leyes del lugar donde se encuentra el extraditando justifiquen su detención o sometimiento a juicio si el hecho hubiérese realizado en dicho país;

c) El hecho debe ser punible "por la ley de la nación requerida".

Entre las condiciones negativas o en que no se puede conceder la extradición se encuentran las de que se trate de delito político, o si la pena no excede de seis meses de privación de la libertad personal, o cuando ha prescrito la acción penal, o cuando el individuo cuya extradición se pide ya ha sido juzgado o ha sido objeto de indulto o amnistía.

Pruebas

Para cumplir con el Acuerdo sobre extradición de que se ha hablado, el Gobierno del Ecuador ha acompañado a su solicitud solamente los siguientes documentos:

a) Auto cabeza de proceso para la instrucción del sumario contra el Subteniente Ignacio Raúl Dávalos Cajas, en cuya providencia se dice:

"Que, por la documentación enviada por el señor Contralor General de la Nación con oficio número cuatro mil cuarenta y uno, de dieciseis del mes de abril del presente año, mil novecientos cincuenta y uno; así como por las comunicaciones del señor Ministro de Defensa Nacional y señor Comandante de la Primera Zona Militar, documentos que anteceden en cincuenta y siete fojas útiles y que se manda agregar; al igual que, por otras versiones extraoficiales y notorias, ha llegado a conocimiento de esta Autoridad que, el señor Subteniente de Comisariato Ignacio Raúl Dávalos Cajas, requerido por la Contraloría para la presentación de sus cuentas y fiscalización de la Caja de la Pagaduría del Batallón Oriental número nueve 'Montecristi', corrida a su cargo desde el veinte y ocho de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, ha abandonado de hecho el ejercicio de sus funciones, y por ende el servicio, habiéndose llegado a aseverar que ha salido subrepticiamente del territorio nacional, es decir ausentándose ilegalmente; que, realizada la fiscalización a la mencionada Caja, sin su concurrencia y mediante la reconstrucción de la cuenta, por la carencia absoluta de datos contables comprobantes, en el lapso que duró su gestión económica, el nombrado cuentadante jamás presentó sus cuentas a la Contraloría, no obstante los continuos requerimientos, al decir de ese Departamento le eran hechos, llegó a establecerse como faltante efectivo y definitivo, la apreciable suma de **ciento cincuenta y seis mil seiscientos cincuenta y dos sucres noventa y un centavos** (S. 156.652.91) en la respectiva Acta iniciada el veinte y uno de enero y concluída el veinte y ocho de febrero de este año; que, igualmente, se ha aseverado que el prenombrado rindente en vez de permanecer en la plaza de su Batallón ha residido en Quito, desconociendo —por lo mismo— las verdaderas necesidades de la Unidad y limitándose tan sólo a enviar desde Quito y esto —de vez en cuando— víveres, sin sujetarse —como era lo correcto— a la confronta real y verdadera; que, asimismo, es constante y notorio, la falta de supervigilancia por parte de los señores Jefes de la mentada Unidad a la gestión económica del susodicho rindente, en el lapso de cerca de dos años, que ha durado frente a la Pagaduría del Batallón Oriental 'Montecristi', en la administración de sus fondos, a tal punto, de haberse llegado a omitir los cortitanteos mensuales a que estaban obligados los señores Jefes de la aludida Unidad, habiéndose llegado a insinuar, que uno de ellos ha recibido, en calidad de préstamo, la suma de doce mil sucres. Como lo relatado constituye infracción punible y pesquisable de oficio, prevista y sancionada en el Código Penal Militar, se levanta el presente auto cabeza de proceso y se ordena la plena instrucción del sumario contra los señores Teniente Coronel **Moisés Estanislao Oliva Ojeda** y Subteniente **Ignacio Raúl Dávalos Cajas**, a quienes se sindica en esta causa, ordenándose la detención preventiva del segundo de los nombrados, por aparecer graves presunciones de responsabilidad en su contra".

b) Copia de la disposición penal ecuatoriana infringida por el Subteniente Ignacio Raúl Dávalos Cajas, o sea el artículo 168 del Código Penal Militar vigente, que se encuentra en el Título XI que trata "De las malversaciones, fraudes y otros abusos en la Administración Militar", y que dice:

'Artículo 168.—Serán penados con dos a cinco años de reclusión, los que, con el fin de favorecer a otras personas o por utilidad propia, perpetraren cualesquiera de los hechos siguientes:

'1) Los que enajenaren, dispusieren, malgastaren, ocultaren o retuvieren ilegalmente: fondos, sueldos, documentos, haberes; gratificaciones, pensiones, reintegros, anticipos, raciones, retenciones, víveres, ranchos, forrajes, uniformes, equipos, medicamentos, materiales, ganado, artículos y otros efectos destinados al aprovisionamiento del Ejército o la Armada, cuyo cuidado, guarda, depósito, conducción, distribución o reparto, administración o dirección, se les hubiere confiado".

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 2200 de diciembre 2 de 1938.

Al extraditando Subteniente Ignacio Raúl Dávalos Cajas se le emplazó de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 317 y 395 del Código Judicial.

Por auto de 26 de septiembre próximo pasado, se nombró curador **ad litem** del extraditando al

doctor Carlos Arturo Díaz, quien tomó posesión del cargo y se le corrieron los traslados legales.

Estudio de la solicitud

Entre las consideraciones sustanciales que para conceder extradición acordaron los dos países existe —como ya se dijo— la de que las pruebas de la infracción sean tales que fundaran la detención o el enjuiciamiento en el Estado requerido, si aquélla se hubiera cometido en éste.

De tal suerte que debe examinarse si las pruebas en las cuales fundó el Juez de Instrucción de la Primera Zona Militar y Capitán de Justicia de la ciudad de Quito, la detención del extraditando Dávalos Cajas, son las que el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal Colombiano requiere para decretar la detención en casos semejantes.

"Cuando la infracción porque se procede tuviere señalada pena de presidio o de prisión —prescribe el artículo 379 del estatuto colombiano— el procesado será detenido, si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente, como autor o partícipe de la infracción que se investiga, o si el funcionario que decretare la detención lo hubiere visto en el acto que constituye su participación en la infracción".

No es posible hacer el análisis de las pruebas que se tuvieron en cuenta para decretar la detención del Subteniente Ignacio Raúl Dávalos Cajas, por el funcionario ecuatoriano, por la sencilla razón de que tales pruebas no fueron enviadas o adjuntas a la solicitud de extradición.

Según el auto cabeza de proceso dentro del cual se decretó la detención preventiva del Subteniente Dávalos Cajas, las pruebas que sirvieron para tal medida fueron las siguientes:

a) Documentación enviada al Juez de Instrucción de la Primera Zona Militar y Capitán de Justicia, por el señor Contralor General de la República del Ecuador;

b) Comunicaciones del señor Ministro de Defensa Nacional y del señor Comandante de la Primera Zona Militar;

c) Requerimiento de la Contraloría hecho al Subteniente Raúl Dávalos Cajas "para la presentación de sus cuentas y fiscalización de la Caja de la Pagaduría del Batallón Oriental número nueve 'Montecristi', corrida a su cargo desde el veinte y ocho de febrero del año en curso, mil novecientos cincuenta y uno";

d) Acta de la diligencia de fiscalización a la mencionada Caja en virtud de la cual se estableció "como faltante efectivo y definitivo, la apreciable suma de **ciento cincuenta y seis mil seiscientos cincuenta y dos Sucres noventa** y un centavos (S. 156.652.91)".

De tal suerte que mientras las anteriores pruebas no sean traídas en copias debidamente autenticadas, la Corte no puede establecer si se reúnen los elementos que las leyes colombianas exigen para detener preventivamente al procesado si la infracción se hubiere cometido en este país. Requisito fundamental para conceptuar favorablemente sobre la extradición solicitada por el Gobierno del Ecuador.

En tal virtud, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conceptúa desfavorablemente, por ahora, sobre la extradición del ciudadano ecuatoriano Subteniente Ignacio Raúl Dávalos Cajas, formulada por la Embajada de la República del Ecuador, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Cópiese y devuélvanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ABANDONO DEL JUICIO. — EL FENOMENO DE LA CADUCIDAD NO PUEDE REALIZARSE MIENTRAS EL EXPEDIENTE ESTE EN PODER DEL ACTOR, AUNQUE SEA QUE ESTE LO RETENGA INDEBIDAMENTE. — PARA QUE HAYA ABANDONO DEL JUICIO, SE REQUIERE QUE EL EXPEDIENTE ESTE EN LA SECRETARIA

Si el actor retiene indebidamente el expediente en su poder, es el demandado quien debe actuar en orden a que el juicio se mueva, y no es el demandante quien debe intervenir, porque el expediente no está abandonado desde luego que éste lo tiene en su poder y se presume que está interesado en él; de donde se desprende que el fenómeno del abandono se tiene que cumplir en la Secretaría, y no en la oficina del actor, pues si los autos se hallan en la oficina, se está cumpliendo una retención indebida de éstos por parte del actor, pero no un abandono.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Este es un expediente llegado del Tribunal Superior de Barranquilla. Los procesos que la Secretaría de aquel Tribunal envía a la Corte, adolecen de un gran descuido, pues ni siquiera se cumple en ellos el trivial mandato del artículo 602 del Código Judicial.

En este expediente se va desarrollando un juicio ordinario de la "Comunidad de Turipana" contra la Nación: se presentó demanda ante el Tribunal Superior de Barranquilla; fue contestada; se abrió a pruebas el juicio; hubo algunos incidentes, hasta que al fin el expediente se corrió en traslado a las partes para alegar. Y fue entregado al actor en julio de mil novecientos cuarenta y nueve, quien lo tuvo en su poder por más de un año, pues sólo lo volvió a la Secretaría en diciembre de 1950, con un memorial en que manifiesta que no le fue posible alegar de conclusión porque advirtió que la prueba de inspección ocular, esencial en el juicio, no pudo llevarse a cabo debido a que el perito designado por el señor Fiscal no tiene la calidad de ingeniero; y agrega: "devuelvo, como he dicho, el expediente sin alegar de conclusión en esta instancia, pues en la oportunidad y en la Corte Suprema de Justicia, la parte demandante solicitará seguramente que se decreten y practiquen las referidas pruebas que echo de menos y que son esenciales para formular un alegato en la instancia de primer grado".

Reintegrado el expediente a la Secretaría, se puso a disposición de la parte demandada, y en escrito de diez y nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta el señor Fiscal del Tribunal planteó esta cuestión: "Hubo, pues, abandono del juicio por parte del actor, ya que durante un año cinco meses nada hizo por escrito para llevarlo adelante, debiendo el Tribunal, en consecuencia, decretar como sanción a la conducta del demandante, la caducidad de la instancia de acuerdo con la enseñanza del artículo 364 del C. J.".

El Tribunal falló el asunto, con un voto disidente, no accediendo a la solicitud de caducidad presentada por el señor Fiscal, por dos razones: la primera, porque no se trata de abandono del juicio sino de una demora en la devolución del expediente; y la segunda, porque en los juicios sobre petróleos no es aplicable la caducidad que reglamenta el artículo 364 del C. J. que el señor Fiscal invoca, pues que en la práctica, la caducidad de la instancia llevaría a la caducidad de la acción.

El proveído del Tribunal fue apelado por el

señor Fiscal, y por eso esta Sala estudia en la actualidad el asunto.

En la segunda instancia el señor Procurador Delegado ha intervenido en nombre de la Nación, y en memorial del treinta de junio último acepta lo resuelto por el Tribunal, es decir, que no se cumplió la caducidad, pero critica la tesis sobre que en los juicios de petróleos no cabe la caducidad, en estos términos:

"La razón dada por el Tribunal consistente en que de declararse la caducidad de la instancia, prácticamente se llegaría a la caducidad de la acción, está fuéra de lugar y es injurídica, si se tiene en cuenta que el citado artículo 364 del C. J. dispone que 'el término de la prescripción de la acción no se estima interrumpido por la demanda inicial de la instancia que ha caducado', y si no se pierde de vista que lo dicho aquí respecto de la **prescripción** es perfectamente aplicable a la **caducidad de la acción**, dada la similitud, casi la identidad, de estas dos figuras jurídicas".

La Sala encuentra bien las conclusiones del Tribunal y del señor Procurador. El Código regula en una parte lo relacionado con caducidad, y en otra lo relacionado con la demora en la devolución de los expedientes. Dicen los artículos 378, 379 y 380 que la parte que saque de la Secretaría un expediente, firmará recibo sobre ello; que si hay alguna demora en su devolùción se pierde el derecho de volverlo a sacar; y que a solicitud de la parte interesada "el Juez ordena se requiera a quien ha demorado la devolución", y conmina al remiso a pagar una multa. Y el artículo 380 establece el procedimiento para el caso en que no se atienda el requerimiento.

El actor en este juicio sacó los autos de la Secretaría, los demoró en su poder durante varios meses, y entonces perdió el derecho de volverlos a sacar, sanción que aplica el Secretario (artículo 379); además, se puso el actor en circunstancias de que la contraparte pidiera al Juez la devolución del expediente retenido por aquél (artículo 380), derecho de que no hizo uso el señor Fiscal del Tribunal.

Pero esto es distinto del abandono del juicio. Se entiende que ha habido abandono cuando el demandante no ha hecho en un año gestión alguna por escrito para que el juicio se mueva. Mas es preciso tener en cuenta que el desarrollo de un juicio no está en las solas manos del actor; y es preciso tener en cuenta también que la gestión del actor, a que se refiere el texto legal, debe obedecer a una obligación procesal de éste, y que el actor no tenía nada que cumplir en el presente juicio, pues por su parte todo estaba preparado y lo que seguía era obra del Juez hasta dictar sentencia. La única obligación del actor era la de volver el proceso a la Secretaría; y por no volverlo ya está frente a una sanción, pues lo volvió tarde, pero lo volvió.

Un juicio se debe mover por tres caminos, de acuerdo con la reglamentación procesal: el del Juez, quien está obligado a adelantar por sí mismo los juicios (artículo 348 del C. J.); el del demandado, quien tiene la facultad de pedir que el actor vuelva al Juzgado el expediente que transitoriamente se le entregó en la Secretaría y que retiene indebidamente (artículos 378 y ss.); y el camino trazado al demandante, quien debe actuar en oportunidad para evitar un abandono del juicio (artículo 364). De esta suerte, si el actor retiene indebidamente el expediente en su poder, como aquí ha ocurrido, es el demandado quien debe actuar en orden a que el juicio se mueva, y no es el demandante quien debe intervenir, porque el expediente no está abandonado desde luego que éste lo tiene en su poder y se presume que está interesado en él; de donde se desprende que el fenómeno del abandono se tiene que cumplir en la Secretaría, y no en la oficina del actor, pues si los autos se hallan en la oficina, se está cumpliendo una retención indebida de éstos por parte del actor, pero no un abandono. Y la manifestación más clara de que el actor no tenía abandonado el expediente, aparece del hecho de que lo volvió a la Secretaría con un memorial disculpatorio.

Se ha dicho que el abandono debe cumplirse en la Secretaría, y que no se cumple en la oficina del actor. El antiguo Código Judicial reglamentaba el abandono en el artículo 54 de la ley 105 de 1890, el cual decía: Cuando el actor abandone el juicio en la primera instancia durante un año, se estimará que ha caducado la instancia, y "se archivará el expediente por orden del Juez o Tribunal que conoce en el negocio, orden que se dictará de oficio, previo informe del Secretario, y que se extenderá en papel común a falta de sellado". Si el Juez tenía que dictar orden sobre archivo del expediente, si el Secretario tenía que informar sobre ese expediente, y si se podía actuar en papel común a falta de sellado, era porque los autos se hallaban en la Secretaría.

Según la exposición de motivos del actual Código, el sistema antiguo sólo fue modificado para establecer que se necesita petición de parte para que la caducidad pueda ser decretada, y para señalar la fecha en que debe principiar el año de la caducidad.

El artículo 97 del Código de lo Contencioso Administrativo, en que se trata de un caso de caducidad, está mostrando también que éste se realiza en la Secretaría.

Varios códigos, a diferencia del nuestro, no exigen petición de parte para que la caducidad pueda ser dictada, sino que el Juez obra de oficio, pero previo informe del Secretario sobre el tiempo de la inactividad procesal; y es claro que para que este informe pueda darse, se necesita que el expediente se encuentre en la Secretaría.

Todo esto está diciendo que mientras un expediente se encuentre en poder del actor, el fenómeno de la caducidad no puede realizarse.

La Sala estima que estas breves observaciones son suficientes para confirmar, como en efecto CONFIRMA el auto apelado, de fecha dos de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, dictado por el Tribunal Superior de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Rafael Robles — Gerardo Arias Mejía— Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Gualberto Rodríguez Peña — Jorge García Merlano, Secretario.

LA JUSTICIA ORDINARIA ES INCOMPETENTE PARA CONOCER DE LAS EXCEPCIONES QUE SE PROPONGAN EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA CONTRA EL FIADOR DE UN EMPLEADO DE MANEJO DE CAUDALES PUBLICOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En el presente juicio el señor Juez de Ejecuciones Fiscales de Bogotá libró mandamiento ejecutivo por suma de pesos contra los señores Rafael Suárez Girón, Aníbal Baena Calvo y Domingo Díaz Granados, con fundamento en alcance definitivo deducido por la Contraloría General de la República contra dichos señores: contra el primero, como responsable directo del manejo de los fondos del Canal del Dique y del Río Sinú, en su condición de Habilitado; y contra los dos últimos, como fiadores solidarios de Suárez Girón, para responder de su manejo.

Notificado e intimado el mandamiento, los herederos del señor Domingo Díaz Granados —apersonados en el juicio por muerte de éste— propusieron oportunamente las excepciones de **carencia de acción e inexistencia parcial de la obligación**, fundamentándolas así:

La de carencia de acción en los siguientes hechos:

"a) La jurisdicción coactiva está establecida única y exclusivamente para conocer de los puntos en que sea procedente la acción ejecutiva;

"b) El fenecimiento que aparece en autos no presta mérito ejecutivo debido a que el deudor objeta la interpretación del contrato de fianza en que se funda;

"c) La interpretación dada por el Departamento de Contraloría y el Juez de Ejecuciones Fiscales al contrato de fianza no obliga al deudor por ser la interpretación unilateral de esas autoridades;

"d) Ni el Departamento de Contraloría ni el Juez de Ejecuciones Fiscales tienen competencia para interpretar los contratos celebrados por la Nación con particulares".

Y en cuanto a la otra excepción, los herederos del señor Domingo Díaz Granados expresan como resumen:

"Sintetizando las ideas expuestas, se funda la excepción de inexistencia parcial de la obligación en que el fiador Domingo Díaz Granados no se obligó a responder sino hasta la suma de $ 1.000 m. cte. señalada, en cumplimiento de la ley, por los funcionarios correspondientes y en el contrato de fianza como cuantía o monto de ella".

En vista de tales excepciones, el señor Juez de Ejecuciones Fiscales remitió el asunto a esta Sala de la Corte, donde a su juicio debían ser decididas. Y como aquí se dio ya el traslado correspondiente al señor Procurador General de la Nación y no hay propiamente hechos que probar fuéra de los establecidos en el expediente, se procede ahora a decidir lo que corresponda mediante las siguientes consideraciones :

La Procuraduría conceptúa que la Corte no es competente para conocer de las excepciones propuestas en este juicio por jurisdicción coactiva, de acuerdo con la sentencia que puso fin a la demanda de inexequibilidad de algunas disposiciones de la ley 67 de 1943, sentencia en la cual se falló que los artículos 3º y 4º de dicha ley son exequibles, "salvo en cuanto dichas disposiciones se refieren: 1º A **incidentes de excepciones** cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Administración; y 2º A **tercerías**, cuando la que se propusiere, o algunas de ellas, se fundare en acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares".

Y efectivamente, la Procuraduría tiene razón en lo sustancial de sus apreciaciones, pues en casos como éste la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión de competencia aquí planteada, sin que ahora halle motivos para variar su doctrina.

Así, después de aludir al fallo sobre inconstitucionalidad de la ley 67 de 1943, dijo esta Sala de la Corte al desatar una competencia negativa

suscitada en relación con el juicio por jurisdicción coactiva seguido contra Marco A. Montoya López y su fiador Ricardo Morales:

"Manifiesto es que la ejecución, en cuanto a Montoya López se refiere, se funda en acto de poder de la Administración, como son varios alcances contra él deducidos.

"En cuanto al señor Morales, la ejecución se funda en los mismos alcances y en su calidad de fiador.

"Ha de tenerse en cuenta que la fianza es un accesorio de la obligación que trata de hacerse efectiva en el juicio por jurisdicción coactiva, y que por tanto la acción contra el fiador ha de seguir, en cuanto a competencia, la misma suerte de la obligación principal, tanto en la ejecución en sí misma como en las excepciones que se propusieren.

"Por tanto, de las excepciones que en estos casos alegue el fiador ha de conocer la autoridad contencioso-administrativa correspondiente". (Providencia de 17 de abril de 1945)

Y en otro caso semejante reiteró la Sala "que, en su sentir, un contrato de fianza para responder del manejo de un funcionario público, en su calidad de contrato accesorio a la obligación principal del funcionario obligado, no es un acto de gestión de la autoridad pública sino que sigue a este respecto la naturaleza jurídica del acto principal al cual accede"; agregando luégo:

"Además, si la justicia contencioso-administrativa es competente para conocer del juicio de ejecución contra el deudor principal, parece no pueda admitirse, sin dividir con ello la continencia de la causa, que sea competente exclusivamente la justicia ordinaria para conocer de la misma acción contra el fiador solidario". (GACETA JUDICIAL, Tomo LIX, pág. 1047 y v.).

Y sin más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia DECLARA que carece de competencia para conocer de las excepciones propuestas en este juicio por los herederos del fiador Domingo Díaz Granados, y ordena devolver el expediente al Juzgado de origen, para que allí se disponga lo procedente en relación con dichas excepciones.

Cópiese y notifíquese.

Luis Rafael Robles — Gerardo Arias Mejía — Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE DEVOLUCION DE UNAS SUMAS CONSIGNADAS EN DEPOSITO

Cuando un Tribunal considere que no es competente para conocer de un juicio, debe entonces declarar nulo lo actuado, al tenor del artículo 448 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, trece de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Historia de este negocio

El señor Benjamín Jaramillo Mesa, en su carácter de Secretario General de la Superintendencia del Ferrocarril de Antioquia, explica de la siguiente manera el caso a que este juicio se contrae, según certificado que ratificó bajo juramento:

"Me consta, de manera directa y personal, que el doctor Aureliano Restrepo, en su carácter de Jefe del Departamento de Materiales de la Empresa, fue comisionado para viajar a la ciudad de Bogotá a gestionar varios asuntos, entre ellos el alza de tarifas telefónicas ante el Ministerio de Obras Públicas; consecución de una volqueta con destino a la construcción de las líneas telefónicas que el Ferrocarril construía por administración delegada del Ministerio de Comunicaciones de Puerto Berrío a Barbosa (Santander); gestiones ante la Embjada Americana para obtener las licencias correspondientes para compra de carros de carga; y compra de materiales con destino a la Sección de Teléfonos, tales como teléfonos de magneto, alambres y otros accesorios que no se conseguían en el comercio de esta ciudad.

"Que tales gestiones fueron satisfactorias y convenientes para la Empresa.

"Que en el viaje y estadía en Bogotá invirtió el doctor Restrepo A. el tiempo comprendido del 12 de enero al 11 de marzo de 1945.

"Que en vista de los comprobantes aducidos por el citado doctor Restrepo A. elaboró, por orden del Superintendente encargado Ingeniero Hernando Arango, un Decreto que firmaría el señor Gobernador reconociéndole una cantidad por la suma de dos mil trescientos diez y ocho pesos m. l. ($ 2.318.00), por concepto de viáticos y de gastos hechos en la compra de materiales telefónicos y repuestos de que se hizo mención.

"Que posteriormente el Decreto sólo se refirió al señor Pedro Martínez, chofer que acompañó durante el viaje al doctor Restrepo y al cual se le reconocieron, por Decreto número 373 de 1945 sus correspondientes viáticos, dejando para posterior decreto el reconocimiento de la deuda del citado doctor Restrepo A., por convenio con el doctor Gustavo Patiño Gutiérrez, Secretario de Hacienda Departamental en ese entonces.

"Que tengo conocimiento de que los comprobantes que legalizaban la acreencia del recomendado doctor Restrepo A. y que se acompañaron al proyecto de Decreto elaborado por el suscrito, fueron extraviados y no se han podido hallar".

En el expediente figura un ejemplar del periódico oficial de Antioquia, donde se publica el decreto por el cual se reconoció al mencionado Pedro Martínez una suma de dinero "por concepto de viáticos y gastos hechos en el automóvil 71 durante el viaje efectuado a Bogotá con el doctor Aureliano Restrepo en el lapso comprendido entre el 12 de enero y el 11 de marzo de 1945".

El doctor Hernando Arango A., citado por el señor Jaramillo Mesa, expresa lo siguiente en constancia que ratificó bajo juramento:

"Que la anterior certificación dada por el doctor Benjamín Jaramillo Mesa es exacta en todas sus partes.

"Que en sus manos tuvo los comprobantes acompañados por el citado doctor Restrepo A. a su regreso de Bogotá en donde viajó a cumplir las gestiones anotadas.

"Que personalmente dio la orden de elaborar el proyecto de Decreto que debería ser pasado a la Secretaría de Hacienda Departamental, que, por las circunstancias de ese tiempo, era la encargada de la Administración General del Ferrocarril".

Por último, el doctor Gustavo Patiño Gutiérrez, quien fue Secretario de Hacienda de Antioquia, expone lo siguiente bajo juramento:

"Que cuando se posesionó como Secretario de

Hacienda del Departamento tuvo conocimiento de que el doctor Aureliano Restrepo, Jefe del Departamento de 'Materiales' del Ferrocarril de Antioquia, se hallaba en Bogotá comisionado por el mismo Ferrocarril haciendo gestiones relacionadas con la buena marcha de la Empresa.

"Que la Secretaría General de la Empresa del Ferrocarril, con la aprobación del Superintendente encargado, presentó un proyecto de Decreto reconociendo al doctor Restrepo A. el valor de sus viáticos y de dinero invertido en la compra de materiales para la Empresa.

"Que se acompañaron los comprobantes legales que justificaban la erogación.

"Que por ciertas circunstancias se defirió la expedición del mencionado Decreto; sólo se expidió el Nº 373 de junio 14 de 1945 por el cual se le reconoció al chofer que acompañó al doctor Restrepo en su viaje a Bogotá, Decreto que firmé en mi calidad de Secretario de Hacienda.

"Que he tenido conocimiento de que el Decreto no se dictó posteriormente, reconocimiento que corresponde hoy a la H. Junta del Ferrocarril de Antioquia.

"Finalmente, sabe que tales comprobantes acompañados, fueron extraviados y no se han podido hallar".

Figura en el expediente un duplicado del comprobante del Ferrocarril de Antioquia, debidamente firmado, en que consta que el doctor Aurelio Restrepo dejó en poder de la Caja del Ferrocarril la suma de $ 2.318, "valor que deja en depósito... por dineros que le fueron anticipados por la Caja del Ferrocarril, en viaje hecho a Bogotá, mientras presenta los documentos para legalizar los anticipos mencionados".

Las personas de categoría que se han mencionado, enuncian bajo juramento los siguientes hechos, que coinciden con otros de la demanda.

a) Que el doctor Restrepo, por encargos del Ferrocarril de Antioquia, viajó a Bogotá a realizar unas gestiones, que cumplió debidamente, y en las cuales empleó un término de dos meses;

b) Que el doctor Restrepo viajó acompañado del chofer Pedro Martínez, a quien se le reconoció una suma de dinero por **viáticos** y **gastos**;

c) Que el doctor Restrepo presentó los comprobantes del caso sobre inversión de la suma de $. 2.318 que la Caja del Ferrocarril le anticipó "por viáticos y gastos hechos en la compra de materiales telefónicos y repuestos";

d) Que los documentos comprobatorios de los gastos hechos por el doctor Restrepo, fueron presentados por éste y extraviados en alguna oficina; y

e) Que en vista de los comprobantes entregados por el doctor Restrepo, se elaboró un decreto que debía firmar el señor Gobernador, reconociéndole la suma de $ 2.318 por viáticos y gastos, pero que la firma del Decreto fué aplazada en lo que se refiere al doctor Restrepo, y sólo se expidió en lo relacionado con el chofer.

Demanda

Ante la situación expuesta, el doctor Restrepo, por medio de apoderado, entabló demanda contra el Departamento de Antioquia, como dueño del Ferrocarril, para que se le restituya la suma en cuestión, la cual recibió para atender a los gastos que hizo en Bogotá. Y subsidiariamente, para que se le pague el valor de las gestiones y gastos que hizo en Bogotá por cuenta del Ferrocarril.

Como hechos principales de la demanda, según se dijo atrás, se exponen los mismos de que dan cuenta las certificaciones del ex-Secretario de Hacienda del Departamento y de quienes fueron altos empleados del Ferrocarril, ya detalladas.

El señor Gobernador del Departamento contestó la demanda, aceptando solamente el hecho relacionado con el depósito que hizo el doctor Restrepo en la Caja del Ferocarril, y negando o ignorando los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, de prescripción, y la genérica de todo hecho en virtud del cual se desconoce la existencia de la obligación.

Dentro del período probatorio, el Departamento estableció la calidad de empleado del Ferrocarril por parte del doctor Restrepo. Pidió también el señor Gobernador copia de unas actas relacionadas con varias solicitudes del doctor Restrepo, pero esta prueba no se trajo al expediente. El actor hizo ratificar bajo juramento las exposiciones de los señores Jaramillo Mesa, Arango y Patiño Gutiérrez, copiadas atrás.

Sentencia del Tribunal

Con fecha veintidos de septiembre de mil novecientos cincuenta el Tribunal clausuró la primera instancia del pleito, declarando "existente la excepción de petición de modo indebido".

Funda el Tribunal esta excepción en que no

es competente para hacer pronunciamiento sobre el fondo del asunto, pues dice que la comisión encargada al actor no se puede independizar de su condición de empleado público, por lo cual no puede tratarse de un contrato sobre prestación de servicios; y dice también que no aparece que se haya celebrado un verdadero contrato sobre comisión, de manera que no se trata del cumplimiento de una obligación de que deba conocer la justicia ordinaria; y concluye entonces la sentencia: "lo anterior es base para pensar que el conocimiento del presente litigio corresponde es a la rama de lo Contencioso administrativo, o a la Jurisdicción del Trabajo".

Como se ve, no se decide el Tribunal por el motivo de su incompetencia, y dice: "No interesa aquí definir si es a la rama de lo contencioso administrativo, o a la del trabajo, a la que está atribuído el conocimiento del proceso en su fondo, sino si está atribuído o no a este Tribunal".

Mas no obstante, entra a razonar la sentencia sobre la incompetencia del Tribunal en los dos casos, así:

"La doctrina y la jurisprudencia, en general, consideran los viáticos como integrantes del salario o sueldo de quien haya de recibirlos... de donde resulta que sería impropio, dada nuestra actual organización jurisdiccional, entrar a resolver en esta providencia sobre lo sustancial del proceso".

Y en el otro caso: "En las peticiones adjuntas a la demanda, folios 1 y 2 del Cuad. 1, resulta que sobre la reclamación del demandante se produjo resolución por la Junta del Ferrocarril de Antioquia... y sobre resoluciones de tal género procede reclamación ante el contencioso administrativo".

Consideraciones de la Sala

Como el actor apeló de la sentencia, se entra a hacer examen de los argumentos del Tribunal para excusarse de fallar el negocio en el fondo, por considerar que no era competente para ello.

Si consideró el Tribunal que no era competente, entonces lo jurídico hubiera sido declarar la nulidad de lo actuado, al tenor del artículo 448 del Código Judicial, numeral 1º (V. Sentencia de 17 de marzo de 1943. G. J. Nos. 1996 y 1997, pág. 384).

A — Dice la sentencia, buscando razón a la tesis de que del presente caso debe conocer la justicia laboral, que "la doctrina y la jurisprudencia en general consideran los viáticos como integrantes del salario o sueldo, y aún algunos los miran como de marcada similitud o analogía con las denominadas pensiones".

Un documento que fue presentado con la demanda cubre completamente todos los aspectos de este negocio e ilustra el punto de vista del Tribunal, acerca de que la competencia para conocer de él radica en la Jurisdicción del Trabajo. Ese documento es un "Certificado de entradas a Caja" del Ferrocarril de Antioquia, en que se lee: en esta fecha se consignó en la Caja del Ferrocarril, **"por cuenta del doctor Aureliano Restrepo,** la suma de $ 2.318, valor **que deja en depósito** como Jefe que fue del Departamento de Materiales del Ferrocarril, por dineros que le fueron anticipados por la Caja de viajes hechos a la ciudad de Bogotá, **mientras presenta los documentos para legalizar los anticipos mencionados".** (La Sala subraya).

Este documento tiene las firmas del Cajero, del Jefe de Control previo y del Jefe Administrativo y de Control; y al contestar la demanda, dijo el señor Gobernador de Antioquia, hecho octavo: "Es cierto que en el mes de mayo de 1948 el doctor Aureliano Restrepo depositó la suma expresada, pero ignoro si fué por el concepto a que se refiere esta demanda".

Está aceptado entonces: a) que el doctor Restrepo consignó como propia una suma en la Caja del Ferrocarril; b) que esa consignación se hizo a manera de depósito; c) que se le debía volver cuando presentara unos comprobantes sobre gastos por dineros que le fueron anticipados y a que se refiere el depósito.

Esto quiere decir que aquí se trata de que se le devuelva al doctor Restrepo el depósito, si fué que cumplió la condición de presentar los comprobantes sobre gastos hechos en Bogotá, y por eso se pide en la demanda que se hagan estas declaraciones: Que el Departamento debe volver al actor el dinero depositado, y que el Departamento debe pagar al actor el valor de las gestiones y gastos hechos en la ciudad de Bogotá, valor que aquivale a lo depositado.

El actor no pide en la demanda que se le paguen viáticos, como lo ha considerado el Tribunal. Si por viáticos se entienden los gastos de hotel, alojamiento, transporte, etc., eso ya lo había recibido por anticipado el doctor Restrepo, como había recibido dinero para unas adquisicio-

nes que hizo por cuenta del Ferrocarril. Incidentalmente en el curso del juicio, y no en las peticiones de la demanda, se ha hablado de viáticos para designar algunas prestaciones que anticipadamente se le habían pagado al actor, pero esas prestaciones —alimentación, hospedaje, etc.— bien se habían podido designar con otro nombre, como gastos por necesidades personales, sin que ese nombre dado caprichosamente a unos gastos, pueda determinar una posición jurídica y con ella una competencia, máxime si se tiene en cuenta: que tales gastos, en forma de viáticos, ni son reclamados por el actor; ni son negados por el opositor; que aquí no se están cobrando solamente los gastos por necesidades personales, sino también por adquisiciones para el Ferrocarril; y que el doctor Restrepo no reclama el depósito en su carácter de empleado público, lo que quiere decir que no es un empleado que ejercita acción contra el Departamento.

Según las constancias procesales, los antecedentes de este negocio pueden expresarse así: necesitaba el Ferrocarril de Antioquia realizar en Bogotá algunas operaciones y adelantar algunas gestiones, y ellas fueron encomendadas al doctor Restrepo, sin duda porque se le consideró un hombre apto para los negocios, y esas operaciones y gestiones fueron llevadas a término de manera satisfactoria; era natural entonces que el negociador necesitaba provisión de fondos, pues tenía que comprar algunos objetos y tenía que vivir decorosamente en la Capital de la República, y entonces se le suministró un dinero, convenido sin duda entre el comisionado y el comitente; recibido ese dinero, e invertido, al actor se le exigieron comprobantes sobre las inversiones; no los tenía a mano aquél, y es de juzgarse que por una delicadeza resolvió llevar el dinero a las Cajas del Ferrocarril mientras se hacía a esos comprobantes. Pero a las Cajas, el doctor Restrepo llevó su dinero porque el que recibió para gastos convenidos ya lo había invertido, y ese dinero, depositado, lo reclama ahora el citado doctor Restrepo.

No hay, pues, de por medio, sino una cuestión civil, porque como se ha dicho, el suministro de fondos para viáticos, o para manutención, o para menesteres personales, como se quiera llamar, y el suministro para adquisiciones con destino al Ferrocarril, eran cosas que ya se habían convenido entre el Ferrocarril y su comisionado, con anterioridad al depósito y a la demanda, y por las cuales el actor había recibido el dinero anticipadamente.

El siguiente caso aclara este asunto hasta no dejar la menor duda: Un empleado recibe sus sueldos de la entidad oficial, y ya recibidos, los deja a guardar en las Cajas de la misma Entidad, la cual, por cualquier motivo, resiste a volver su dinero al empleado. Tiene éste acción contra esa Entidad oficial por el pago de aquellos sueldos? No. Ellos ya habían sido pagados. Tiene eso sí acción civil para que se le vuelva el dinero, valor de los sueldos, que dejó depositado en las Cajas.

Son dos situaciones distintas: la una, relacionada con sueldos o viáticos, que corresponde a la justicia laboral mientras no son pagados; mas pagados, ya se trata de otra situación que corresponde a la justicia ordinaria.

Aplicando este caso al de los viáticos como integrantes del sueldo a que se refiere el Tribunal, se tiene: recibió el actor un dinero por viáticos o por gastos personales, y se tiene así la primera de aquellas dos situaciones; depositó el actor ese dinero recibido, y se tiene así la segunda situación que corresponde a la justicia ordinaria. El actor no tiene acción administrativa para cobrar viáticos, porque para éstos ya se hizo por anticipado el suministro, y el dinero lo dejó en depósito; pero sí tiene acción civil para reclamar el dinero depositado.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que la Jurisdicción del Trabajo no puede operar en el caso a estudio.

B — Como otra razón de excusa por parte del Tribunal para conocer del negocio en el fondo, dice la sentencia que "a los folios 1 y 2 del primer cuaderno hay constancia de que la reclamación del doctor Restrepo produjo Resolución por la Junta del Ferrocarril... y sobre las resoluciones de tal género procede reclamación ante el Contencioso Administrativo".

En los folios citados por la sentencia se leen dos memoriales del actor dirigidos al Presidente de la Junta Directiva del Ferrocarril de Antioquia, memoriales en que no aparece que hubieran sido resueltos. En el primero de ellos se pide que se reconsidere una negativa sobre el cobro de lo debido al doctor Restrepo, de la cual negativa da razón el acta número 22. El señor Gobernador durante el período probatorio, pidió copia de esta acta y de otra, copia que no se hizo

llegar al expediente. En el segundo memorial no se hace mención de resolución alguna.

De esta suerte, de lo resuelto por la junta sobre negativa del pago que exigía el actor, se sabe sólo incidentalmente, y ninguna Resolución figura en el expediente, ni ha sido materia de debate.

Tampoco hay razón, por este aspecto, para que el Tribunal se excuse de considerar las peticiones de la demanda.

Conclusión

Quiere decir lo expuesto que la sentencia del Tribunal debe revocarse, sin que la Sala pueda fallar sobre el fondo del asunto, porque usurparía jurisdicción al tenor del artículo 148 del Código Judicial. La materia del presente juicio debe ser considerada en dos instancias, y como esa materia no fue estudiada en la primera, debe volverse al Tribunal el expediente para que ese estudio se realice.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, y dispone que el expediente vuelva a la oficina de origen para que el Tribunal falle sobre las peticiones de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Rafael Robles — **Gerardo Arias Mejía**— **Luis A. Flórez**—**Rafael Leiva Charry**—**Gualberto Rodríguez Peña**—**Jorge García Merlano**, Secretario.

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS

No es aceptable, porque carece de toda justificación, que para liquidar el perjuicio futuro se prescinda de incluir dentro de lo que forma hoy el sueldo mensual de un Teniente de Aviación, las primas de vuelo y alojamiento y el sobresueldo, y que se tome únicamente el sueldo fijo, para hallar la renta anual de la víctima. Este sistema lo encuentra la Sala desprovisto de todo fundamento, una vez que las primas y el sobresueldo mencionado integran con el sueldo fijo, la remuneración mensual que el Gobierno ha venido pagando a los pilotos de la Fuerza Aérea por sus servicios a la Nación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diecinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Ch.)

El doctor Julio Acosta Amador, apoderado de Rafaela Armenta vda. de Mafiol, Carmen Elisa Corrales vda. de Mafiol y Norha Cecilia Mafiol Armenta, con fundamento en las sentencias de 26 de noviembre de 1946 del Tribunal Superior de Bogotá, y de 9 de julio de 1948, dictada por esta sala de la Corte, solicitó la liquidación del valor de los perjuicios materiales que de acuerdo con dichos fallos debe pagar la Nación a las demandantes anteriormente nombradas, por la muerte del Teniente de las Fuerzas Aéreas Nacionales Virginio Mafiol Corrales, acaecida en forma trágica en el mes de septiembre de 1935.

El Tribunal Superior de Bogotá puso fin al incidente por medio del auto de fecha 16 de diciembre de 1949, en el cual ordenó que el pago de esos perjuicios debe hacerse así: para la esposa, señora Rafaela Armenta vda. de Mafiol y para la hija, señorita Norha Cecilia Mafiol Armenta, $ 46.797.73, y para la madre, señora Carmen Elisa Corrales vda. de Mafiol, $ 17.408.22.

Contra esta decisión apelaron tanto el apoderado de las demandantes como el señor Fiscal 3º Superior, quién actuó en dicha instancia como representante de la Nación demandada.

Formalizados todos los trámites de la alzada, pasa la Sala a decidir, previas estas consideraciones:

Las cuestiones que se discuten en este recurso se sintetizan así:

Alega el apoderado de la parte actora que el procedimiento adoptado por el Tribunal para liquidar los perjuicios haciendo omisión de los ascensos futuros a que tenía derecho el occiso dentro de la carrera militar, es injurídico y perjudica gravemente los legítimos derechos de sus representadas. Pide, por tanto, que la regulación se haga sobre la base de la productividad fijada en el dictamen pericial, la cual descansa en hechos probados y en principios jurisprudenciales imperantes, y se declare, de consiguiente, "que el dictamen pericial es prueba plena y completa", y que "los perjuicios materiales causados a las demandantes montan a la cantidad de $ 131.-776.56".

Evidentemente, el Tribunal del conocimiento al sentar las bases de la regulación, expresamente se separó del experticio en lo referente al cómputo de los sueldos del Teniente Mafiol sobre graduaciones futuras, (los peritos admitieron que habría llegado al grado de Capitán en febrero de 1937, y de Mayor en el mismo mes de 1942, y que en 1944 se habría retirado del Ejército con este último grado) porque tal presunción es hoy inadmisible de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corte, y cita en apoyo de este aserto el fallo de 13 de septiembre de 1947, dictado en el juicio ordinario de Alfonso Jiménez Béjar contra la Nación. Concluye el Tribunal que "los ascensos futuros no pueden tenerse en cuenta para la liquidación de perjuicios, porque no se presentan con caracteres de certeza probable".

Dice también el Tribunal que en el expediente no obra prueba alguna acerca de las condiciones personales del Teniente Mafiol, esto es, "sobre su consagración y aptitudes para la carrera de las armas distinto de lo que dicen los decretos que le concedieron los ascensos hasta el gra-

do que alcanzó, o sea el de Teniente a los 29 años, un mes y ocho días de edad". Toma luego nota de lo que ocurrió a los demás compañeros del extinto, de acuerdo con los datos traídos al incidente, y dice: "Entre 33 Tenientes que fueron destinados a la Sección en la Dirección General de Aviación del Ejército por Decreto número 2232 de 21 de noviembre de 1934, hay constancia de que Mafiol murió, uno no pasó del grado de Teniente, 4 llegaron a ser capitanes, 9 fueron Tenientes Coroneles, 11 Mayores, y de 7 no se obtuvo dato alguno".

Antes de entrar a estudiar las alegaciones de la parte actora, conviene transcribir aquí las bases señaladas por el Tribunal en la sentencia condenatoria de 26 de noviembre de 1946, conforme a las cuales debe formularse la liquidación de autos. Dice así en lo pertinente dicho fallo, confirmado por esta Corte:

"La supervida o vida probable de la madre y la supervida o vida probable de la hija y de la esposa; la circunstancia de que el teniente Mafiol únicamente hubiera contribuído en la medida de sus capacidades económicas, si no hubiera fallecido, al sostenimiento de la madre, a su cóngrua subsistencia, teniendo en cuenta que no era hijo único y que tenía a su cargo el sostenimiento del hogar; en las mismas condiciones hubiera sostenido cóngruamente a su esposa y a su hija; para el caso deben tenerse en cuenta las reglas que fija el Código Civil; y la periodicidad en el pago, es decir, deberá hacerse la fijación teniendo en cuenta el descuento de intereses de acuerdo con las tablas que han sido aplicadas en otros casos.

"La indemnización, en ningún caso debe extenderse más allá de lo que en el común ocurrir se deduzca lógicamente que hubiera ocurrido, si la muerte no hubiera sobrevenido al Teniente Mafiol, teniendo en cuenta la edad a que llegó, sus condiciones domésticas, y la manera de portarse para con sus familiares, en relación con sus capacidades personales y lo que sucedió a la mayoría de sus compañeros".

Hé aquí cómo fundamenta el recurso el doctor Ramón Miranda —apoderado sustituto de las demandantes— en su alegato final:

"Si para la gran mayoría de las actividades profesionales o de otro género resulta, en principio muy difícil calcular el proceso de evolución en el rendimiento económico de la víctima del delito o culpa y sin embargo ello ha sido posible conforme al fallo de 23 de julio de 1943, ya citado, no ocurre lo mismo cuando se trata del servicio público militar. En efecto, en éste las condiciones para el ingreso a la carrera y las promociones a las escalas superiores, así como la remuneración correspondiente a cada grado, están predeterminadas minuciosamente en las leyes y reglamentos del servicio con base en factores ciertos, como son la edad, la conducta y el tiempo de servicio; de suerte que conocidos estos datos ninguna dificultad presenta calcular si no con seguridad absoluta, porque ello sería imposible dentro de la limitada previsión humana, al menos con margen muy apreciable de certeza, cuál puede ser para el futuro la situación de una persona adscrita como oficial al servicio activo del ejército; así como el rendimiento pecuniario que de esta situación va a percibir.

"Las leyes orgánicas sobre la materia, y de modo especial la 23 de 1916, y la 88 de 1935 señalan el sistema de los ascensos como un derecho al cual tienen acceso todos los oficiales en actividad dentro de las condiciones en ellas previstas. Tales textos establecen explícitamente que la regla general es la del ascenso en la carrera, y no a otra finalidad obedece el artículo 7º de la Ley últimamente citada, según el cual, con el objeto de facilitar la renovación y selección del personal de oficiales del ramo de guerra, anualmente deberá pasar a la situación de retiro el número de oficiales superiores que allí se indica.

"Implica lo anterior, sin necesidad de otros argumentos, que de acuerdo con la reglamentación legal sobre la institución militar, existe una presunción fundada de que todo oficial obtendrá dentro de los plazos fijados en las respectivas disposiciones, su derecho al ascenso; de suerte que en cada caso será necesario, para destruir esta presunción acreditar que concurren factores negativos como son la incapacidad, la mala conducta u otros que inhabiliten al candidato para la admisión en los grados que la ley ofrece.

"Ahora bien, al mismo tiempo que las disposiciones orgánicas del servicio de guerra prefijan los plazos que deben mediar entre los respectivos grados para tener derecho al inmediatamente superior, de otro lado complementa el sistema la norma invariable que establece el retiro forzoso, con carácter de absoluto, cuando el oficial llega a determinada edad, y no ha logrado su ascenso (Art. 6º de la Ley 88 citada). Con lo cual, como es obvio, resulta incuestionable que

el ascenso es el caso general y ordinario en el servicio, ya que el propio estatuto legal sanciona con la separación obligatoria el estancamiento en la carrera y no permite sobrepasar los límites de la edad prefijada para el ejercicio y disfrute de cada uno de los grados que integran la escala jerárquica. Si esto es así, como incontrovertiblemente lo es por ministerio de la reglamentación legal, el ascenso no sólo es presumible sino que adquiere entidad de certidumbre dados los elementos que se conjugan para estructurarla lógicamente".

De muy semejante tenor son las razones alegadas por el apoderado principal de las demandantes, doctor Acosta Amador, en pro del reconocimiento de los ascensos futuros de la víctima.

Ya se vió anteriormente que el Tribunal se abstuvo de computar los sueldos del Teniente Mafiol correspondientes a sus graduaciones futuras primero, porque ello está en oposición a la jurisprudencia imperante, y, segundo, porque en el incidente no se encuentra prueba alguna demostrativa de las aptitudes y condiciones personales del occiso, que dieran algún fundamento a aquella presunción.

La Sala, después de estudiar detenidamente los antecedentes del fallo en lo que concierne a las bases de la regulación, encuentra que ni en la demanda, ni en las pruebas allegadas al juicio, ni en los alegatos presentados en las dos instancias, se hizo la menor referencia a las graduaciones futuras de la víctima dentro del escalafón militar, en orden a que la indemnización cubriera en mejores condiciones a los deudos del Teniente Mafiol. Tal asunto no fue objeto de la menor alusión dentro del debate principal, y sólo ha venido a plantearse ahora como una forma de interpretar las reglas señaladas en el aludido fallo de primera instancia para cuando se tratase de fijar el monto de la indemnización de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 553 del C. Judicial.

Es más todavía. Si se examina la demanda, bien se observa que el actor circunscribió sus aspiraciones pecuniarias al sueldo que devengaba el Teniente Mafiol cuando ocurrió su deceso, de $ 240.00, todo ello en relación directa con las obligaciones del occiso de atender al sostenimiento de su esposa, de su hija y de su madre, "de acuerdo con el rango y posición social correspondiente a su familia, y a la última (la madre) ayudándola a su sostenimiento por ser viuda y carecer de rentas".

De otra parte, si hubiese de interpretarse el fallo de cuyo cumplimiento se trata en el sentido de que la expresión "y lo que ocurrió a la mayoría de sus compañeros" se encamina al reconocimiento de las graduaciones futuras del Teniente Mafiol, es de observar que la prueba traída al incidente para determinar los ascensos de los compañeros de la víctima y conocer por este medio a qué grado llegó la mayoría de ellos, se contrae a una época posterior a la ejecutoria de las sentencias de que aquí se trata. La sentencia definitiva fue pronunciada por esta Sala el 9 de julio de 1948, y la certificación respecto de los ascensos de los que fueron compañeros del Teniente Mafiol cuando éste fue ascendido a dicho grado, fue expedida por el Ministerio de Guerra el 14 de febrero de 1949 con relación a la situación existente en esa misma fecha. Desde luego, esta prueba no revela lo que interesa ciertamente a la ejecución del fallo condenatorio en referencia, sino hechos posteriores que ya no tienen ni pueden tener vinculación alguna con los ordenamientos de aquél.

Resulta obvio, por tanto, que no es solamente fuera de tiempo como se ha promovido el reconocimiento de los ascensos futuros del Teniente Mafiol en orden a determinar el monto de la renta básica para la indemnización, sino que, aún no siendo esto así, tal reconocimiento no sería viable por falta de su debida demostración.

En cuanto hace a la productividad de Mafiol, descartadas sus graduaciones futuras, ella se concreta con la mayor certidumbre a sus sueldos correspondientes al grado de Teniente, que era el que tenía el día de su muerte, siguiendo, claro está, las oscilaciones de los sueldos que han venido devengando dichos oficiales del Ejército desde 1935 hasta el presente, sobre lo cual hay una completa información en los autos. Dentro de las distintas asignaciones se comprenden las primas de riesgo de vuelo, de alojamiento y móvil, y el sobresueldo correspondiente a los oficiales de la Fuerza Aérea destinados a prestar servicio en la base de Palanquero.

Este criterio para la apreciación de la productividad de la víctima está informado en una ya firme jurisprudencia de la Corte, sentada en casos muy semejantes al presente.

No está de más registrar el hecho de que en orden a este mismo aspecto de la regulación, la

Procuraduría Delegada llega a las mismas conclusiones en su alegato final, cuando se expresa así:

"Luego es lógico, que para apreciar la capacidad productiva de la víctima hacia lo futuro, no hay más base cierta como punto de partida, que el sueldo que devengaba en el grado militar que alcanzó hasta el día de su muerte, con los aumentos reconocidos o decretados legalmente hasta el presente y previa imputación de las prestaciones sociales respectivas".

Este procedimiento debe aplicarse tanto para determinar el monto de la renta correspondiente al perjuicio pasado como para liquidar el perjuicio futuro conforme al sistema de la tablas de Garuffa.

No es aceptable, porque carece de toda justificación, que para liquidar el perjuico futuro se prescinda, como lo hizo el Tribunal, de incluir dentro de lo que forma hoy el sueldo mensual de un Teniente de Aviación las primas de vuelo y alojamiento y el sobresueldo, y que se tome únicamente el sueldo fijo para hallar la renta anual de la víctima. Este sistema lo encuentra la Sala desprovisto de todo fundamento, una vez que las primas y el sobresueldo mencionados integran, con el sueldo fijo, la remuneración mensual que el Gobierno ha venido pagando a los pilotos de la Fuerza Aérea por sus servicios a la Nación.

Sobre este particular el señor Procurador Delegado se limitó en su alegato ya aludido a prohijar, sin agregar ninguna explicación, la providencia recurrida.

Las observaciones formuladas por el señor Procurador Delegado en lo Civil se concretan a la forma como el Tribunal hizo la distribución del monto de la renta correspondiente al perjuicio futuro entre las acreedoras. Dice así el citado funcionario:

"La mencionada liquidación correspondiente al primer período termina el último de diciembre de 1949. Luego es a partir del 1º de enero de 1950, que deben hacerse los cómputos del segundo período para establecer la indemnización correspondiente con aplicación de las Tablas de Garuffa. Por tanto, si con base en los datos aceptados, el Teniente Mafiol tenía vida probable hasta el mes de marzo de 1964, límite de la indemnización, es claro que el lapso de la supervida por cubrir para esta segunda fase de la liquidación, la indemnización a la viuda es de 14 años y dos meses, partiendo del 1º de enero de 1950 y no de 15 años dos meses y 27 días como lo estableció el Tribunal.

"Ahora, por lo que atañe a la madre de la víctima, es también evidente que siendo el límite de supervida el 21 de febrero de 1960, su vida probable para este segundo período partiendo del 1º de enero de 1950 es de 10 años, 1 mes y 21 días, y no de 11 años, un mes y 21 días como lo expresó la liquidación del auto reclamado.

"En cuanto al dato correspondiente a la hija de la víctima, no hay objeción que hacer.

"Por lo que hace a la forma como debe adelantarse la liquidación para este segundo período, la Procuraduría estima que el procedimiento debe acomodarse a lo siguiente:

"Obtenido el dato de la productividad del Teniente Mafiol del 1º de enero de 1950 hasta el mes de marzo de 1964, límite de su vida probable, según la fuente de información del dictamen pericial, debe deducirse de dicha suma el 25% destinado a los gastos personales de la víctima. Así mismo, se deducirá de la misma cifra de su productividad en el período aludido, el 20% destinado para su madre, en un año y dar aplicación a las Tablas de Garuffa para la indemnización que a ella corresponde hasta el límite de su vida probable, es decir, el 21 de febrero de 1960.

"Para la distribución del 55% restante, que corresponde a la viuda e hija de la víctima, la Procuraduría no está de acuerdo con las deducciones del Tribunal al respecto, ya porque las compensaciones allí establecidas tienen mucho fundamento en hipótesis que contrarían el criterio de certeza probable aceptado, ya porque pueden dar lugar a un enriquecimiento injusto en beneficio de las acreedoras de la indemnización. El criterio a seguir, a juicio de este despacho, no puede ser otro que el señalado por el mismo Código Civil para la obligación de prestar alimentos, que no obliga al cónyuge sino a contribuir con lo estrictamente necesario de acuerdo con sus capacidades económicas, para el sostenimiento cóngruo del acreedor.

"Con este fundamento, de la productividad de la víctima a partir del 1º de enero de 1950 hasta marzo de 1964, se liquidará el 55% para su viuda e hija por partes iguales hasta cuando esta última llegue a la mayor edad (24 de junio de 1955) y de allí en adelante la viuda no podrá seguir percibiendo hasta el límite de la vida probable de su marido, más de una mitad de ese 55%, que sería el porcentaje que se acomodaría al

equivalente por la percepción de alimentos cóngruos de acuerdo con la capacidad económica de quien debe prestarlos".

En cuanto al primer reparo del representante de la Nación, es suficiente considerar que la fecha fijada por el Tribunal para dividir las dos etapas de la indemnización, tendrá que modificarse necesariamente en esta providencia por razones obvias. En consecuencia, no hay necesidad de entrar en consideración alguna sobre este particular.

En lo referente a la liquidación del perjuicio futuro correspondiente a la hija del Teniente Mafiol, la Sala se vé precisada a apartarse totalmente de la tesis insinuada por el señor Procurador Delegado, por cuanto la obligación alimenticia para dicha acreedora, comprendida dentro del concepto de alimentos cóngruos y necesarios, no puede limitarse a la menor edad de aquélla, ya que tal obligación no está sujeta a dicho término. Así se deduce claramente del contexto del Art. 422 del C. Civil, que dice:

"Los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

"Con todo, ningún varón de aquellos a quienes sólo se deben alimentos necesarios, podrá pedirlos después que haya cumplido veintiún años, salvo que por algún impedimento corporal, o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo; pero si posteriormente se inhabilitare, revivirá la obligación de alimentarle".

La misma disposición legal que se acaba de citar establece, pues, que en tratándose de descendientes mujeres, la obligación de alimentos, así sean cóngruos o necesarios, subsiste por toda la vida del alimentante. La excepción consagrada para éste en el mismo artículo citado respecto de los alimentos necesarios sólo rige para el descendiente varón.

Fijado ya el criterio de la Sala frente a las alegaciones de las partes, se procede a efectuar la liquidación de los perjuicios materiales en cuestión, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Del valor de los sueldos que habría devengado el Teniente Mafiol durante todo el tiempo de la indemnización, se hará el descuento de los distintos porcentajes-cuotas que se le habrían deducido mensualmente como aporte a la Caja Sueldo de Retiro. Tales procentajes son: el 4% a partir del 1º de enero de 1936 hasta el último de febrero de 1945 (Art. 1º, inciso e) del Decreto Nº 312 de 19 de febrero de 1936); el 6% del 1º de marzo de 1945 al 31 de diciembre de 1946 (Art. 35 de la Ley 2ª de 1945); y el 8% desde el 1º de enero de 1947 (Art. 7º de la Ley 100 de 1946).

b) La estimación de la renta habrá de acomodarse a las fluctuaciones de los sueldos que han venido devengando los Pilotos de la Fuerza Aérea desde la fecha de la muerte del Teniente Mafiol hasta el presente, con el grado de Teniente.

c) Los porcentajes conforme a los cuales habrá de distribuírse la indemnización a cada uno de los deudos demandantes, serán los mismos adoptados tanto en el auto reclamado como en el experticio. Por tanto, se deducirá primero un 25% imputable a los gastos personales de la víctima; luego se tomará el 55% para su viuda e hija, y, finalmente, el 20% para la madre.

d) Para liquidar la indemnización de la madre respecto del perjuicio futuro se tendrá en cuenta que la supervida de esta acreedora de acuerdo con los datos allegados al incidente, termina el 28 de abril de 1959 y no el 21 de febrero de 1960 como se expresa en el auto recurrido y en el dictamen pericial. En efecto, el certificado de la Compañía Colombiana de Seguros sobre la supervida de la señora Corrales v. de Mafiol fue expedido el 28 de octubre de 1948, con fundamento en la afirmación hecha en la respectiva solicitud de que dicha señora contaba 63 años de edad, cuando en realidad en aquella fecha tenía 63 años y 10 meses. Esta diferencia no puede incluírse en la supervida ya enunciada sin que se afecte el cálculo hecho por la Compañía de Seguros, y por ello, lógicamente, debe hacerse la modificación anotada.

e) Para fijar el monto de la renta debe prescindirse de las entradas por concepto de las partidas de alimentación, lavado y peluquería, por cuanto en la liquidación presentada por el apoderado de las demandantes se dice expresamente que esas sumas deben imputarse para el cálculo del porcentaje correspondiente a los gastos estrictamente personales del Teniente Mafiol.

f) Finalmente, para liquidar el perjuicio futuro se adopta la fecha del 30 de septiembre en curso.

Determinación de la renta en el primer período

Sueldos del 5 de septiembre de 1935 al 31 de diciembre de 1937, así:

Fijo	$ 135.00	
Prima de vuelo	60.00	
Sobresueldo (25%)	33.75	
Total	$ 228.75	
En veintisiete (27) meses y 25 días	$	6.366.87
Sueldos del 1º de enero de 1938 al 31 de marzo del mismo año, así:		
Fijo	$ 135.00	
Prima de vuelo	60.00	
Sobresueldo (15%)	19.25	
Total	$ 214.25	
En tres (3) meses	$	642.75
Sueldos del 1º de abril de 1938 al 31 del mismo mes:		
Fijo	$ 150.00	
Prima de vuelo	60.00	
Sobresueldo (15%)	22.50	
Total	$ 232.50	
En un mes	$	232.50
Sueldos del 1º de mayo de 1938 al 31 de mayo de 1942:		
Fijo	$ 150.00	
Prima de vuelo	60.00	
Prima de alojamiento (15%)	22.50	
Sobresueldo (15%)	22.50	
Total	$ 255.00	
En cuarenta y nueve meses	$	12.495.00
Sueldos del 1º de junio de 1942 al 30 de junio de 1943, así:		
Fijo	$ 165.00	
Prima de vuelo (63%)	103.95	
Prima de alojamiento (15%)	24.75	
Sobresueldo (15%)	24.75	
Total	$ 318.45	
En trece (13) meses	$	4.139.85
Sueldos del 1º de julio de 1943 al 30 de septiembre del mismo año:		
Fijo	$ 165.00	
Prima de vuelo (63%)	103.95	
Prima de alojamiento (15%)	24.75	
Prima móvil (26%)	42.90	
Sobresueldo (15 %)	24.75	
Total	$ 361.35	
En tres (3) meses	$	1.084.05
del 1º de octubre de 1943 al 31 de diciembre del mismo año:		
Fijo	$ 165.00	
Prima de vuelo (63%)	103.95	
Prima de alojamiento (15%)	24.75	
Prima móvil (27.5%)	45.37	
Sobresueldo (15 %)	24.75	
Total	$ 363.82	
En tres (3) meses	$	1.091.46
Sueldos del 1º de enero de 1944 al 30 de junio del mismo año:		
Fijo	$ 165.00	
Prima de vuelo (63%)	103.95	
Prima de alojamiento (15%)	24.75	
Sobresueldo (15%)	24.75	
Prima móvil (36 %)	59.40	
Total	$ 377.85	
En seis (6) meses	$	2.267.10
Sueldos del 1º de julio de 1944 al último de febrero de 1945, así:		
Fijo	$ 210.00	
Prima de vuelo (63%)	132.30	
Prima de alojamiento (15%)	31.50	
Sobresueldo (15%)	31.50	
Total	$ 405.30	
En ocho (8) meses	$	3.242.40
Del 1º de marzo de 1945 al 31 del mismo mes:		
Fijo	$ 210.00	
Prima de vuelo	135.00	
Prima de alojamiento (15%)	31.50	
Sobresueldo (15%)	31.50	
Total	$ 408.00	
En un (1) mes	$	408.00
Sueldos desde el 1º de abril de 1945 al 30 de abril de 1946, así:		
Fijo	$ 230.00	
Prima de vuelo	135.00	
Prima de alojamiento (15%)	34.50	
Sobresueldo (15 %)	34.50	
Total	$ 434.00	
En trece (13) meses	$	5.642.00
Sueldos desde el 1º de mayo de 1946 al 31 de diciembre del mismo año:		
Fijo	$ 264.50	
Prima de vuelo	135.00	
Prima de alojamiento (15%)	39.65	

Sobresueldo (15%)	39.65	
Total.....$		3.830.40
Sueldos desde el 1º de enero de 1947 al 31 de diciembre de 1948, así:		
Fijo ..... $	300.00	
Prima de vuelo.....	250.00	
Prima de alojamiento....(15%).	45.00	
Sobresueldo (15%)	57.00	
Total.....$	744.00	
En treinta y tres (33) meses.....$		24.552.00
Suman todos estos sueldos.....$		81.536.38

De la suma de $ 81.536.38 deben deducirse las siguientes cuotas para la Caja de Sueldos de Retiro:

4% sobre $ 16.950.00, valor de los sueldos devengados del 1º de enero de 1936 al último de febrero de 1945 .....$	678.00
6% sobre $ 5.312.00, valor de los sueldos devengados del 1º de marzo de 1945 al 31 de diciembre de 1946.....	318.72
8% sobre $ 8.416.00, valor de los sueldos devengados desde el 1º de enero de 1947 al 30 de septiembre del presente año	673.28
Total.....$	1.670.00

Verificada la resta, se tiene que la renta líquida para el efecto de regular los perjuicios ya consumados, es de $ 79.866.38.

Distribuída esta suma de acuerdo con los porcentajes adoptados, se tiene:

25% imputable a los gastos personales de Mafiol .....$	19.966.59
55% asignado para la viuda y la hija..	43.926.51
20% restante para la madre.....	15.973.27
Total.....$	79.866.37

Liquidación de los perjuicios futuros

El sueldo mensual líquido que habría devengado últimamente Mafiol de acuerdo con la relación que se hizo anteriormente, es de $ 684.00. De consiguiente, su renta anual sería de $ 8.208 00.

Según el cálculo de la vida probable de Mafiol, en 1º de octubre de este año tendría un resto de supervida aproximadamente de doce (12) años.

La cantidad índice que de acuerdo con las tablas de Garuffa debería depositarse para obtener $ 1.00 de renta anual durante doce años, es de $ 8-324.

Conforme a estas bases, los perjuicios futuros de la señora Rafaela Armenta v. de Mafiol y de la menor Norha Cecilia Mafiol Armenta se liquidan así:

Se multiplica la renta anual de $ 8.208.00 x 8-324. El producto de esta operación es $ 68.323.-39, que es la renta en los doce años. Corresponde, pues, a las nombradas acreedoras un 55% de esta renta, o sea la cantidad de $ 37.577.86.

Respecto de la señora Carmen Elisa Corrales vda. de Mafiol, los perjuicios de este segundo período se liquidan en la siguiente forma:

Resto de vida probable de esta acreedora a partir del 1º de octubre de este año, ocho años aproximadamente.

Cantidad índice que de acuerdo con las Tablas de Garuffa debe depositarse anticipadamente para obtener $ 1.00 de renta anual en los ocho años, $ 6-202.

Producto de multiplicar a $ 8.208.00 x 6-202 conforme al mismo procedimiento anterior, $ 50.-904.01. El 20 % de esta renta, que es lo asignado a la nombrada acreedora, es la cantidad de $ 10.160.80.

Resumen

Como resumen de todo lo anterior, se obtiene:

Indemnización para la señora Rafaela Armenta vda. de Mafiol y su hija Norha Cecilia Mafiol Armenta, por partes iguales:

valor de los perjuicios consumados ...$	43.926.51
valor de los perjuicios futuros	37.577.86
Total.....$	81.504.37
Menos la suma que recibieron como recompensa .....$	3.240.00
Indemnización definitiva .....$	78.264.37

Para la señora Carmen Elisa Corrales vda. de Mafiol:

Valor de los perjuicios consumados ...$	15.973.27
Valor de los perjuicios futuros .....$	10.180.80
Total.....$	26.154.07

En virtud de las anteriores motivaciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Refórmase el auto recurrido, en el sentido de

fijar el valor de los perjuicios que la Nación debe pagar a causa de la muerte del Teniente Virginio Mafiol, así:

A la señora Rafaela Armenta vda. de Mafiol y a su hija Norha Cecilia Mafiol Armenta, por partes iguales, la suma de SETENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($ 78.264.-37) MONEDA CORRIENTE.

Y a la señora Carmen Elisa Corrales vda. de Mafiol, la suma de VEINTISEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON SIETE CENTAVOS ($ 26.154.07) MONEDA CORRIENTE.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Rafael Robles — Gerardo Arias Mejía— Luis A. Flórez — Rafael Leiva Charry—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — PARA QUE HAYA LUGAR A CONDENAR AL PAGO DE PERJUICIOS MATERIALES, SE REQUIERE QUE ESTE ACREDITADO QUE ANTES DE LA OCURRENCIA DEL ACCIDENTE LA VICTIMA PRESTABA APOYO ECONOMICO AL DEMANDANTE

Ha sido jurisprudencia constante de la Corte que, para efectos de la condenación de perjuicios materiales en juicios sobre responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, ha de probarse que la víctima del accidente o del daño, efectivamente estuviera prestando algún apoyo económico a las personas que quieran beneficiarse con la condena a perjuicios materiales. Si no existe de parte de la víctima ningún apoyo económico hasta la fecha de producirse el accidente que lo imposibilite para seguir prestándolo, es claro que los perjuicios materiales no se han causado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Ante el Tribunal Superior de Bogotá, Simón F. Galvis y Elvia Gómez de Galvis, mayores y vecinos el primero de Barrancabermeja y la segunda de Bogotá, demandaron por medio de apoderado en libelo presentado el 19 de octubre de 1948 a la Nación o Estado Colombiano, entidad representada por el Fiscal de la Corporación, para que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran por sentencia definitilas siguientes declaraciones y condenaciones:

"**Primera:** Que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales causados a mis mandantes, Simón F. Galvis y Elvia Gómez de Galvis, como consecuencia de la muerte trágica y violenta sufrida por su hijo legítimo Simón Andrés Galvis Gómez, ocurrida el 15 de julio de 1943, en jurisdicción del Municipio de Usaquén, en momentos en que se dedicaba, junto con otros compañeros, a ejercicios militares en su carácter de alumno de la Escuela Militar de Cadetes de esta ciudad de Bogotá.

"**Segunda:** Que la Nación es civilmente responsable y debe pagar a mis mandantes, conjuntamente, la suma de **cien mil pesos moneda corriente** ($ 100.000.00) por concepto de perjuicios materiales y como consecuencia de la misma muerte del menor hijo de mis poderdantes; y la cantidad de **cincuenta mil pesos moneda corriente** ($ 50.000.00) por concepto de perjuicios de orden moral. Estas cantidades quedan sujetas a las modificaciones favorables o desfavorables que se estimen por peritos dentro del procedimiento legal subsiguiente".

Como hechos sustentatorios del litigio, se expresaron los siguientes:

"1º—Mis poderdantes, Simón F. Galvis y Elvia Gómez de Galvis contrajeron matrimonio católico en Guasca (Santander) el 17 de junio de 1914, de cuya unión nació Simón Andrés Galvis Gómez, sin que éste fuera hijo único de mis mandantes.

"2º—Simón Andrés Galvis Gómez ingresó a la Escuela de Cadetes que funciona en Bogotá, en el mes de febrero de 1941, a la edad de diez y siete años.

"3º—En el año de 1943, después de haber aprobado con éxito y plenitud los cursos previos, el joven Galvis Gómez ingresó al primer año militar, que representa el año cuarto de estudios, para continuar su carrera dentro del Ejército Nacional.

"4º—En las primeras horas de la mañana del día 15 de julio de 1943, una sección de alumnos del primer año militar, entre los cuales iba Andrés Galvis Gómez, salió de la Escuela a órdenes del Teniente Luis Vega Olaya con el fin de efectuar ejercicios militares. Dicha sección de alumnos fue conducida hacia el norte por el camino que conduce a la vecina población de La Calera, hasta un punto determinado en jurisdicción del Municipio de Usaquén, poco más o menos frente a los Cuarteles de Caballería de Santa Ana, en donde comenzaron a desarrollar los ejercicios, consistentes especialmente en instrucción de minadores.

"5º Siendo las nueve y media de la mañana, más o menos, de dicho día 15 de julio de 1943, el Teniente instructor, señor Vega Olaya, ordenó hacer volar el tronco de un árbol por medio de detonador eléctrico, e indicó el lugar en donde los cadetes debían colocarse para tal efecto.

"6º Bajo la acción del explosivo, el tronco despedazado voló a gran altura y en distintas direcciones, cayendo las astillas sobre algunos de los observadores y, uno de dichos fragmentos, de grandes dimensiones, golpeó fuerte y violentamente al cadete Simón Andrés Galvis G. en la región occipital, causándole la muerte de manera instantánea, lo que pudieron comprobar minutos después sus compañeros y el Teniente instructor Vega Olaya.

"7º Al practicar la autopsia médico-legal, se comprobó que la causa única y determinante de la muerte del cadete en mención había sido la fractura de la base del cráneo ocasionada por un fuerte traumatismo.

"8º La Escuela Militar de Cadetes funciona como dependencia directa del Ministerio de Guerra; es instituto de la Nación y el Oficial que dirigía las maniobras actuaba en servicio y representación del Estado Colombiano.

"9º Dados el espíritu militar, la capacidad mental, la disciplina y aplicación al estudio que caracterizaron invariablemente a Simón Andrés, es imperativo presumir que habría ascendido hasta el más alto grado de la jerarquía militar prestando eminentes servicios a la Patria y rindiendo a sus padres y hermanos satisfacciones espirituales y honores, así como destacado apoyo material.

"10º La supresión trágica de la vida de Simón Andrés Galvis Gómez causó y sigue causando incurable dolor en sus padres y hermanos, quienes además quedan privados de los beneficios morales y materiales que en forma creciente habrían ido recibiendo con el desarrollo y perfeccionamiento de esa existencia inapreciable para la señora Elvia Gómez de Galvis y las dos hermanas del malogrado militar.

"11º Para que Simón Andrés pudiera iniciar y continuar estudios, sus padres tuvieron que realizar grandes sacrificios, dada su precaria situación económica, y es claro que, con la desaparición de esa gran esperanza que constituía su hijo y hermano, se privan y privaron de las recompensas propias de la carrera militar a que seguramente se habría hecho acreedor el mismo Simón Andrés".

Surtida la tramitación de primera instancia, el Tribunal desató la litis por sentencia de fecha 4 de noviembre de 1949, en la que condenó a la Nación a pagar a los demandantes los perjuicios morales y materiales ciertos que les fueron ocasionados con la muerte violenta del cadete Simón Andrés Galvis Gómez, fijando la cuantía de los perjuicios morales subjetivos en la suma de dos mil pesos ($ 2.000), a cada uno y ordenó que la regulación de los perjuicios materiales se hiciera en la forma prevista en el artículo 553 del C. J.

Del fallo solamente apeló el Fiscal del Tribunal, por lo cual subió el juicio a esta Superioridad. Finalizado el trámite propio de la segunda instancia y por no observarse causal de nulidad, se procede a fallar:

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato de conclusión precisa los términos a que se contrae la apelación por parte de la Entidad que representa, concretándola solamente a la condenación hecha por el Tribunal al pago de perjuicios materiales, pues respecto al pago de los perjuicios morales considera jurídica la condenación decretada por el Tribunal.

El representante de la Nación considera que la culpa de la entidad demandada en el accidente que ocasionó la muerte del cadete Simón Andrés Galvis sí se demostró, hecho que por sí solo obliga a la condenación en los perjuicios morales pero no a la de los materiales, pues Galvis Gómez no constituía a la fecha de su fallecimiento ningún apoyo económico para sus padres, los demandantes.

La Sala observa sobre el particular:

Ha sido jurisprudencia constante de la Corte, que para efectos de la condenación de perjuicios materiales en juicios sobre responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, ha de probarse que la víctima del accidente o del daño efectivamente estuviera prestando algún apoyo económico a las personas que quieran beneficiarse con la condena a los perjuicios materiales. Si no existe de parte de la víctima ningún apoyo económico hasta la fecha de producirse el accidente que lo imposibilite para seguirlo prestando, es claro que los perjuicios materiales no se han causado.

Entre los fallos sobre este particular pueden citarse los siguientes:

En juicio de Abigaíl Rondón v. de Salazar con-

tra Amalia Salazar v. de Ortega, sobre acción petitoria de pago de perjuicios por culpa extracontractual, dijo la Sala de Casación Civil, en sentencia de 10 de noviembre de 1944, que corre publicada en la GACETA JUDICIAL número 2016, Tomo LVIII:

"Innúmeras veces ha dicho la Corte, repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que los constituyen y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración".

Y corroborando esta tesis, se encuentran entre los más recientes fallos de esta Sala de Negocios Generales, los siguientes:

Sentencia de octubre 31 de 1950, juicio ordinario de Roberto Serrano Gómez contra Departamento de Santander (GACETA JUDICIAL, números 2087-2088, páginas 403 y ss.). Juicio de Amalia Pira v. de Glausser y otros contra la Nación (GACETA JUDICIAL números 2096 y 2097, páginas 242 y ss.) e incidente de liquidación de perjuicios materiales en el juicio ordinario de Pompeyo Perilla y otros contra la Nación, de fecha 6 de junio de 1951.

En el caso presente no hay prueba alguna en el expediente que acredite la ayuda económica que estuviera prestando Galvis Gómez a sus padres al momento de ocurrir el accidente que le ocasionó la muerte. Por el contrario, al folio 12, cuaderno número 5 se encuentra un certificado del Ministerio de Guerra que en uno de sus apartes dice textualmente: "1º **Los cadetes no devengan sueldo".**

Se impone, pues, la reforma de la sentencia apelada, respecto a la condena en perjuicios materiales, pues brilla por su ausencia la prueba de que realmente se hayan causado a los demandantes.

Y sin 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, FALLA:

Primero. — Declárase que la Nación o Estado colombiano es civilmente responsable de los perjuicios morales causados a los demandantes, Simón F. Galvis y Elvia Gómez de Galvis, como consecuencia de la muerte trágica y violenta sufrida por su hijo legítimo Simón Andrés Galvis Gómez, ocurrida el día 15 de julio de 1943, en jurisdicción del Municipio de Usaquén.

Segundo. — Como consecuencia de la anterior declaración, la Nación colombiana debe pagar a los demandantes la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) a cada uno de ellos, por concepto de perjuicios morales subjetivos.

Tercero.—Absuélvese a la Nación o Estado colombiano de los demás cargos de la demanda.

En los anteriores términos queda **reformada** la sentencia de primera instancia pronunciada en este negocio, y resuelta la apelación propuesta contra ella.

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

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS — ALIMENTOS CONGRUOS Y NECESARIOS A HIJAS NATURALES — ULTRA PETITA

En verdad, la excepción consagrada en el art. 422 del C. Civil solamente se refiere a los descendientes varones, y por lo tanto, los alimentos cóngruos y necesarios que son objeto de esta indemnización respecto de la beneficiaria Olga Monje o Salamanca se deberían por toda la vida del alimentante. Mas es claro que habiendo circunscrito la actora el tiempo de la renta hasta el día en que cumple la edad de veinticinco años, jurídicamente la liquidación ha de sujetarse a ese presupuesto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Ch.)

En virtud de la condenación en abstracto que contra la Nación dictó el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de fecha 11 de diciembre de 1945, confirmada por esta Corte en fallo de 14 de septiembre de 1948, a favor de la menor Olga Monje o Salamanca por los perjuicios materiales ocasionados a ésta por la muerte de Miguel Salamanca Aguilera en accidente de aviación, el apoderado de Raquel Monje, representante legal de dicha menor, solicitó la respectiva regulación del valor de los expresados perjuicios de conformidad con lo preceptuado en el Art. 553 del C. Judicial, y para ello hizo la consiguiente estimación, que asciende a la suma de $ 34.390.80.

El incidente a que dio origen la solicitud de regulación fue finalizado por el Tribunal a quo por medio del auto de fecha 15 de diciembre de 1950, del cual interpusieron recurso de apelación tanto el Fiscal de la Corporación como la parte demandante.

Cumplidas las formalidades propias de esta instancia, se pasa a decidir del recurso, teniendo en cuenta que la parte actora durante todo el curso de la tramitación se mantuvo en completa inactividad.

Para formalizar la liquidación de que se trata el Tribunal tomó, como era de rigor, nota de las siguientes bases señaladas en su propia sentencia:

"La certeza del perjuicio de orden material sufrido por la menor Olga Salamanca a consecuencia de la muerte de su padre natural, el señor Miguel Salamanca, surge incuestionablemente del hecho debidamente acreditado en los autos, de que éste representaba para ella un verdadero valor económico.

"Declaran, en efecto, los señores José Ignacio Cely (fol. 10 cuad. 2º) y Carlos Jiménez Gómez (fol. 14 y cuad. Nº 2) personas que según sus testimonios conocieron íntimamente la vida de Salamanca, que éste, "sostenía económicamente y por completo", "hasta el día de su muerte", a la menor Olga Salamanca, por ser tanto ésta, como su madre natural Raquel Monje, "personas económicamente insolventes".

"Con todo, no es posible fijar en concreto el monto de la indemnización debida por ese concepto, en razón de que la actora no aportó al juicio los elementos necesarios para ello, como lo serían el límite probable de la vida de la víctima y del actor, la suma o cantidad probable que éste suministraba mensualmente para el sostenimiento de su hija Olga, para relacionar este aporte con aquellos límites, y las posibilidades por parte de Salamanca para mejorar su situación económica, etc.

"De autos sólo aparece que Miguel Salamanca nació el 6 de abril de 1909, y que por consiguiente, tenía en el momento de fallecer, 32 años, 4 meses y 21 días; que en el puesto de Administrador-Mensajero Aéreo, del cual tomó posesión el 4 de junio de 1937, devengaba la asignación mensual de $ 100.00; y que gozaba de buenas condiciones físicas y era hábil para el desempeño de su cargo. (Fls. 3, cuad. Nº 1º y 9º, 1º y 14, cuad. Nº 2º).

"En tal virtud, la cuantía de la indemnización demandada habrá de establecerse por medio del incidente señalado en el Art. 553 del C. J., teniendo en cuenta los factores enunciados y el hecho de que, al entregarse por anticipado el capital que corresponde a las prestaciones periódicas fu-

turas, deben deducirse los intereses correspondientes a ese capital, y que, por lo tanto, el cómputo debe fundarse en las tablas de amortización gradual o de interés compuesto, que concretan la fórmula de la suma que debe pagarse al fin de cada año para amortizar en un número determinado de años, un capital también determinado y con base en el interés legal del 6% anual".

Con fundamento en los datos suministrados por el actor durante el término probatorio respecto de la productividad, de la vida probable de la víctima y de la acreedora, del sueldo que devengaba el occiso al ocurrir su muerte, y de los que certificó el Ministerio de Correos y Telégrafos a partir de la fecha del accidente, y otros factores no menos indispensables, el Tribunal liquidó la indemnización en la cantidad de $ 21.983.04.

Corresponde, por tanto, a esta Corte decidir si esta liquidación se ajusta a las bases anteriormente transcritas, y con vista en el alegato del señor Procurador Delegado en lo Civil, si las observaciones hechas por él al auto recurrido, tienen o no fundamento jurídico.

Por este motivo, el primer punto que conviene dilucidar es si la participación que en el auto recurrido se asigna a la actora en las entradas pecuniarias que obtenía la víctima como empleado del Estado —ya que todo otro ingreso no cabe ser considerado conforme a los fallos en ejecución— se ajusta a las probanzas aducidas. En otros términos, si el porcentaje adoptado por el Tribunal consulta el mayor grado de certeza, y si, por lo mismo, resulta equitativo.

El Tribunal consideró así este problema:

"Pues bien: es cierto que los autos no arrojan elementos de juicio aptos para deducir el valor de la ayuda o prestación que el señor Salamanca suministrara a su hija Olga. Sinembargo, por implicar el sostenimiento y educación de los hijos un gasto que aumenta progresivamente con la edad de los mismos y con el avance de su educación, y por ser tales gastos ordinariamente cuantiosos en razón del costo de la vida —que también aumenta progresivamente como lo acreditan los índices estadísticos suministrados por la Contraloría General de la Nación (fols. 9 v. y siguientes cuad. 5º)— el Tribunal encuentra que la cuota de la pensión que fijaron los peritos, es equitativa y proporcionada, para los efectos de la liquidación de que se trata; y que la condición de invariable para todo el lapso a que se contrae la indemnización, previene estimaciones que no se acomoden a la realidad, que es cambiante, como lo anotan los peritos".

Respecto a la suma que Salamanca Aguilera pasaba diaria o mensualmente a su compañera Raquel Monje para atender a los gastos de subsistencia de su hija Olga no hay dato alguno en los autos. Las declaraciones aducidas al plenario para demostrar en esta parte la procedencia de la acción, solamente expresan en forma general que Salamanca Aguilera atendía a la subsistencia de su hija Olga, en una forma total, esto es, como si se tratara de una hija legítima. Tal cosa se desprende del contexto de las declaraciones de José Ignacio Cely, Carlos Jiménez Gómez, Joaquín Echeverry e Ignacio Cuéllar (fols. 10, 14 v., 39 y v. Cuad. Nº 2) y de José J. Castillo, Fabio Romero Varela y Cenón Buitrago (Fols. 26 v., 41 v. y 61 v. Cuad. 4).

Es, pues, razonable la cuota señalada en el dictamen pericial, del 40%, porque en las circunstancias anotadas por los testigos anteriormente citados, no es exagerado afirmar que Salamanca Aguilera diera a su hija Olga la suma mensual de $ 40.00 cuando su sueldo era de $ 100.00. Tal porcentaje consulta igualmente la equidad en cuanto a los aportes futuros no ya solamente para los alimentos cóngruos sino para los necesarios, entre los cuales está el de la educación, a la cual Salamanca habría atendido en la medida de sus capacidades económicas. La adopción de dicho porcentaje básico, es, por tanto, inobjetable.

Tampoco merece reparo alguno la determinación hecha tanto por los peritos como por el Tribunal acerca del cálculo de la vida probable de la víctima y de la menor Olga Monje, porque se halla ajustado al concepto técnico de la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, que es el que invariablemente se ha venido adoptando por nuestra jurisprudencia en tratándose de regulaciones análogas.

Por lo tanto, la vida probable de Salamanca Aguilera debe estimarse en 31 años, los cuales se extinguirían el 27 de agosto de 1972. La de la menor Olga Monje, es de 46 años.

Respecto de esta última supervida cabe anotar que por cuanto el período total de la renta que debe tenerse en cuenta en esta liquidación sólo va relacionado con el límite de 25 años de edad de la beneficiaria, como adelante se explicará, no cobra mayor importancia el que se tome la fecha de la demanda de regulación para encon-

trar el límite de la vida probable de la menor Olga Monje o Salamanca, o que se adopte para el mismo efecto la edad que ésta contaba cuando se produjo la muerte de su padre, como lo insinúa el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Para liquidar el perjuicio futuro, el Tribunal limitó el período correspondiente hasta el día en que Olga Monje, de acuerdo con el cálculo de su vida probable, cumple 25 años de edad, esto es, hasta el 27 de agosto de 1966. Al proceder en esta forma, el fallador tuvo en cuenta, de un lado, que de acuerdo con lo prescrito en el Art. 25 de la Ley 45 de 1936, la obligación de alimentos cóngruos para los hijos naturales no está sujeta a limitación respecto de las mujeres al cumplimiento de la mayor edad de éstas; y de otro, que la demanda y regulación circunscribe la indemnización a la edad de 25 años de la actora.

En verdad, la excepción consagrada en el Art. 422 del C. Civil solamente se refiere a los descendientes varones, y por lo tanto, los alimentos cóngruos y necesarios que son objeto de esta indemnización respecto de la beneficiaria Olga Monje o Salamanca se deberían por toda la vida del alimentante. Mas es claro que habiendo circunscrito la actora el tiempo de la renta hasta el día en que cumple la edad de veinticinco años, jurídicamente la liquidación ha de sujetarse a ese presupuesto.

Dice así, en efecto la demanda de liquidación: "2º) Como se trata de indemnizar todos los perjuicios materiales causados a la menor con la muerte de Salamanca Aguilera, dada la circunstancia de que éste, de acuerdo con las tablas de vida probable usadas por las Compañías Colombianas de Seguros de Vida, habría vivido hasta el 6 de abril de 1971, o sea que tenía treinta años de vida probable todavía, la indemnización debe cubrir el tiempo transcurrido y que transcurra entre el 27 de agosto de 1941, fecha de la muerte de Salamanca, y el 27 de agosto de 1966, fecha ésta aproximada del establecimiento normal de la citada menor, pues según se ha visto ya, este establecimiento, tratándose de la mujer, entre nosotros, tiene lugar aproximadamente hacia los veinticinco (25) años de edad".

De lo dicho se infiere que el Tribunal obró acertadamente en la motivación comentada, aunque en la liquidación incurrió en algunos errores aritméticos y de cómputos de tiempo, que serán corregidos en esta providencia.

Finalmente, tampoco merece observación alguna la providencia recurrida en cuanto a la forma como fue determinada la renta de Salamanca Aguilera para efecto de fijar el monto total de la indemnización, cuando incluyó todos los aumentos de sueldo que han tenido los sucesores de Salamanca Aguilera en el cargo de Administrador-Mensajero Aéreo, de acuerdo con la certificación del Ministerio de Correos y Telégrafos sobre el particular. En efecto, este sistema ha sido consagrado en numerosos fallos de esta Corte, comoquiera que se guía por un criterio de mayor certeza.

Liquidación del perjuicio pasado

Este perjuicio se liquida de acuerdo con el valor progresivo de los sueldos del cargo de Administrador-Mensajero Aéreo de Correos en Tres Esquinas desde el 27 de agosto de 1941, fecha del accidente en que pereció Miguel Salamanca Aguilera, hasta el 30 de septiembre en curso, así:

Del 27 de agosto de 1941 al 31 de enero de 1945, esto es, durante 41 meses y 3 días, a $ 100.00 mensuales	$ 4.110.00
Del 1º de febrero de 1945 al último del mismo mes, a $ 140.00 mensuales, en un un mes.....	140.00
Del 1º de marzo de 1945 al 31 de marzo de 1946, a $ 161.00 mensuales, en 13 meses	2.093.00
Del 1º de abril de 1946 al 31 de diciembre del mismo año, a $ 200.00 mensuales, en nueve (9) meses.....	1.800.00
Del 1º de enero de 1947 al 31 de diciembre de 1949, a $ 230.00 mensuales, en 36 meses	8.280.00
Del 1º de enero de 1950 al 30 de septiembre del año en curso, a razón de $ 265.00 mensuales, en veintiún (21) meses	5.565.00
Suman estos sueldos.....	$ 21.988.00

Dado que para liquidar el perjuicio pasado no hay lugar a descuento alguno por concepto de intereses, de la suma de $ 21.988.00, que es el total de lo que Miguel Salamanca Aguilera habría obtenido como renta proveniente de sus sueldos ya mencionados, corresponde a la acreedora Olga Monje o Salamanca el 40%. Este porcentaje, hechas las operaciones consiguientes,

arroja una indemnización por concepto de perjuicios materiales consumados de $ 8.795.20.

Monto de los perjuicios futuros

Para el efecto de liquidar estos perjuicios se parte de la fecha del 1º de octubre de este año, y sabido que esta indemnización únicamente se extiende hasta el 27 de agosto de 1966, se tiene que el período que a estos perjuicios corresponde es de quince (15) años aproximadamente.

La renta anual de Salamanca Aguilera, de acuerdo con el último sueldo de que ya se tomó nota, o sea el de $ 265.00, sería de $ 3.180.00.

De acuerdo con los índices de la tabla de Garuffa, la suma que debería consignarse anticipadamente para obtener $ 1.00 de renta anual en un período de quince años, es de $ 9-712.

Mas como la renta en este caso no es de un peso anual sino de $ 3.180.00, es obvio que la renta total sería el producto de la multiplicación de $ 3.180.00 x 9-712. Verificada esta operación resulta la cantidad de $ 30.884.16.

De esta cantidad corresponde a la menor Olga Monje o Salamanca el 40 % que se le ha asignado. Liquidado ese porcentaje, sobre $ 30.884.16, da la cantidad de $ 12.353.66.

Resumiendo lo que se ha dicho hasta aquí, se tiene:

Valor de los perjuicios pasados o consumados	$ 8.795.20
Valor de los perjuicios futuros.....	12.353.66
Valor total de la indemnización.....	21.148.86

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE:

Refórmase el auto apelado en el sentido de fijar definitivamente el monto de los perjuicios de orden material que la Nación debe pagar a la menor Olga Monje o Salamanca a causa de la muerte de su padre natural Miguel Salamanca Aguilera, en la cantidad de **veintiún mil ciento cuarenta y ocho pesos con ochenta y seis centavos ($ 21.148.86) moneda corriente.**

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE COBRO DE UNA SUMA DE PESOS.—CONDENACION EN COSTAS.—EL DECRETO 0243 DE 1951 NO SUSPENDIO EL ART. 576 DEL CODIGO JUDICIAL

1.—La suspensión del juicio civil sólo puede ordenarse cuando, a juicio del Juez, la investigación criminal PUEDA INFLUIR en la controversia civil, como lo dice el artículo 11 del C. de P. P., y, a contrario sensu, obraría ilegalmente el Juez suspendiendo el proceso civil cuando se vea en forma patente que la investigación criminal no va a influir en modo alguno en la solución de la controversia civil.

2.—El artículo 575 del Código Judicial habla de los casos en que debe haber condenación en costas, y el 576 establece la excepción de que el Estado, los Departamentos y los Municipios no deben sufrir esa condena; y resulta que el artículo 2º del Decreto 0243 de 1951 sólo habla de los casos en que debe haber dicha condenación en costas, o sea de la regla general, pero no dijo nada de la excepción, esto es, de cuándo no debía hacerse la condena. Dicho en otros términos, el decreto modificó el artículo 575, pero nada dijo sobre el 576, que hay que entender que quedó vigente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Por apelación interpuesta por la parte demandada debe revisar la Corte la sentencia de 10 de abril del presente año, por la cual resolvió el Tribunal de Tunja lo siguiente:

"1º El Departamento de Boyacá, representado por el Gobernador del Departamento, debe al señor Manuel Vicente Russi R. la suma de trece mil doscientos veintiocho pesos con veintiún centavos ($ 13.228.21) valor de cinco mil cuatrocientas veintiocho arrobas cuarenta y dos libras (5.428.42) de panela que el demandante vendió al Departamento en cuatro partidas suministradas el diez y seis de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, el veinticinco de febrero, el veintisiete de febrero y el treinta de abril de mil novecientos cuarenta y seis, y que fueron destinadas a la fabricación de alcoholes en la Fábrica de Licores de Tunja;

"2º El Departamento de Boyacá representado por el Gobernador del Departamento pagará al señor Manuel Vicente Russi, tres días después de quedar en firme este fallo, la suma de trece mil doscientos veintiocho pesos, veintiún centavos ($ 13.228.21), indicada en el punto anterior;

"3º El Departamento de Boyacá representado como queda dicho, reconocerá al demandante intereses a la tasa legal sobre el valor de cada suministro de panela debido, a partir de la respectiva fecha en que se giró el cheque que se dijo girado para su cancelación según la certificación expedida por el administrador de la Fábrica de Licores el veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho hasta el día en que se haga el pago.

"El artículo 576 del C. J. quedó suspendido por virtud del artículo 6º del Decreto Ejecutivo número 0243 de 1951. En consecuencia dando aplicación al artículo 2º del mismo Decreto se condena en costas a la parte demandada".

La demanda.—Es el caso que el señor Russi R. demandó en juicio ordinario al Departamento de Boyacá, para que se declarara que éste debía pagarle la suma de $ 18.306.13, valor de 7.068 arrobas con 8 libras de panela, que le había suministrado a la entidad dicha con destino a la Fábrica de Licores, y que no le había sido pagada, junto con sus intereses.

Los hechos fundamentales de la demanda consisten en que el señor Russi le vendió al Departamento, por conducto del Administrador General de Rentas y con destino a la Fábrica de Licores (hecho 12), las siguientes cantidades de panela y por los precios que se indican en seguida (hechos 1 a 6):

El 16 de febrero de 1945, 862 @ y 20 libras, por .....$ 2.545.26

El 17 de marzo de 1945, 1.637 @ y 41 libras, por 5.077.92

El 25 de febrero de 1946, 2.291 @ y 3

libras, por	5.269.57
El 27 de febrero de 1946, 436 @ y 10 libras, por	1.003.72
El 30 de abril de 1946, 1.839 @ y 9 libras, por	4.409.66
TOTAL.....	$ 18.306.13

Las cantidades de panela fueron pagadas por medio de los cheques cuyos números y fechas se indican (hecho 7); pero esos cheques fueron girados a favor del señor Antonio Guerrero Franco, y terceras personas por el mismo señor Guerrero Franco, y no a la orden del señor Russi R. (hechos números 8 y 11).

Ahora bien, el Departamento tiene autorizado al Administrador de la Fábrica de Licores para que pague el valor de toda la panela que necesite comprar con destino a ella (hecho 14) y así lo hace èse empleado girando cheques contra el Banco de Bogotá, donde tiene cuenta la Fábrica (hecho 13).

Lo que sucedió fue que el tal Administrador realizó varios desfalcos, entre los cuales se cuenta el de las sumas que debía al señor Russi R., por lo cual hubo de denunciarlo criminalmente el Gobierno de Boyacá, que ha cancelado varias de las cuentas que dejó de pagar aquél (hecho 15)

El señor Russi R. ha cobrado en repetidas ocasiones el dinero que se le adeuda, sin que haya obtenido su solución (hecho 16), y tanto el Administrador de Rentas como el Secretario de Hacienda saben que no se le ha cancelado el valor de la panela (hecho 17).

Debe ahora advertirse que, al correr el traslado a las partes para alegar de conclusión, rectifica el actor lo referente a la partida segunda, de 17 de marzo de 1945, por 1.637 @ y 41 libras de panela y por valor de $ 5.077.92, para exponer que el cheque correspondiente a esa partida sí lo había cobrado. Que el valor igual de otro cheque no se le ha pagado y que éste no se citó ni se demandó su cobro por equivocación. "Es decir —explica— se pidió el pago de uno que estaba pagado por otro que aún no está.".

"En virtud de lo expuesto —concluye— la suma porque se demandó al Departamento no es la que corresponde a la realidad, sino la expresada antes". Por tanto, solamente "se le debe la suma de **trece mil doscientos veintiocho pesos con veintiún centavos**".

Contestación de la demanda.—El Departamento admite ser cierto haber recibido del señor Russi R. la panela que éste dijo haberle vendido, en la cuantía y por el valor determinado por éste en los primeros hechos de la demanda; haberla destinado a la Fábrica de Licores; acepta que se le ha dado plena autorización al Administrador para girar sobre la cuenta que la Fábrica tiene en el Banco de Bogotá con el objeto de comprar la panela que se necesite; y reconoce también que cursa contra el Administrador el proceso penal por los desfalcos de que da cuenta el demandante.

Pero niega que al señor Russi R. se le deba nada, pues los cheques fueron girados a su orden, y niega también que el Departamento haya cubierto ninguna de las cuentas que dejó de cancelar el Administrador.

Las pruebas y la sentencia.—Discurre la sentencia sobre los hechos invocados en la demnada por la parte actora y reconocidos por la parte demandada, para llegar a la conclusión de que se trata de un contrato de compraventa en que aquélla demostró haber cumplido con sus obligaciones y ésta, en cambio, no probó haber cumplido con la esencial de haber pagado el precio de lo recibido.

En efecto, quedó plenamente establecido, pues así lo admite el demandado, en la contestación a los seis primeros hechos del libelo, que Russi R. le vendió al Departamento y éste recibió las cantidades de panela, en las fechas y por los valores especificados al principio.

Tal aceptación se refuerza con las certificaciones expedidas por la Administración de la Fábrica de Licores el 21 de septiembre de 1948 y el 1º de marzo de 1950 (fls. 1º, 2º y 6º del cuaderno principal).

Acertadamente anota el fallo que se revisa que la afirmación del comprador de haber pagado la panela en las fechas consignadas en las certificaciones de que se viene hablando, denotan con evidencia que no fue acordado un plazo de vencimiento posterior a las fechas en que se giraron los cheques que se dicen girados para el pago, ni el demandado ha alegado tampoco la existencia de un plazo distinto.

Toda la dificultad del negocio radica, pues, en que el demandante afirma no haber recibido el pago del precio, en tanto que el demandado asegura haber pagado mediante los cheques girados sobre el Banco de Bogotá con los números, fe-

chas y por las cantidades que se indican en los hechos de la demanda y de la respuesta.

"El debate judicial se limita a establecer la realidad entre el giro y el cobro de esos cheques y estimar el efecto que tales actos alcancen para extinguir la obligación del pago", dice acertadamente la sentencia que se estudia.

Y analizando las pruebas en el particular, comenta el fallo que en las certificaciones del Administrador de la Fábrica de Licores consta que la panela suministrada y cobrada en este juicio por el demandante le fue pagada con los cheques números 32/3529, de 22 de febrero de 1945, por $ 2.545.26, número 8/2232, de 18 de mayo de 1945, por $ 5.077.92, número 81/2469, de 25 de febrero de 1946, por $ 5.269.57, número 37/2530, de 26 de marzo de 1946, por $ 1.003.72, número 48/4306, de 28 de mayo de 1946, por $ 4.409.66.

Y el Banco de Bogotá, sucursal de Tunja, explica que los cheques antes citados fueron girados por el Administrador de la Fábrica de Licores de la misma ciudad a favor de las siguientes personas: los cheques números 32/3529 y 48/4306, a la orden de Antonio Guerrero F., y fueron pagados al mismo beneficiario; el número 8/2232, fue girado a favor de Antonio Guerrero F., pero su valor fue abonado a la cuenta corriente de Manuel V. Russi R.; el número 81/2469 fue girado a favor de Antonio Guerrero F. y pagado a Ismael Pardo; y el número 37/2530, fue girado a favor de Rafael Ortega y pagado al mismo.

Siguiendo el análisis de la providencia apelada, si los cheques fueron girados a la orden de Antonio Guerrero F. y uno a favor de Rafael Ortega, y no a la orden del señor Russi R. o a la del portador y no pasaron por sus manos en esta última condición, éste fue extraño en forma absoluta a su giro y a su cobro y, por tanto, no se extinguió "por virtud de dichos instrumentos negociables la obligación de pago existente a su favor".

Con respecto al cheque número 8/2232 y por la suma de $ 5.077.92, que sí fue cobrado por el señor Russi R., ya se dijo que éste reconoce tal circunstancia y reduce la suma cobrada deduciendo el valor del citado cheque.

La condenación al pago de los intereses era consecuencia ineludible de la condenación al pago del capital, de acuerdo con los arts. 1608, 1930 y 1617 del código civil, según los cuales hay mora cuando no se ha pagado en el tiempo debido; si hay mora, puede el vendedor exigir el precio o la resolución de la venta, en ambas ocurrencias con indemnización de perjuicios; y que a las deudas de dinero corresponden los intereses convencionales si se han estipulado, o los legales, en caso contrario.

No siendo distinta la situación probatoria en esta instancia, pues la actitud de la parte demandada fue completamente negativa, la sentencia debe recibir confirmación, ya que el breve estudio de las razones presentadas por el Departamento en su favor no hace llegar a conclusión distinta.

Desde el principio del proceso invocó el demandado la suspensión del mismo, por haberse iniciado acción penal contra el Administrador de la Fábrica de Licores por los delitos de peculado, y de conformidad con el artículo 11 del código de procedimiento penal.

Pero desde entonces se dijo —acertadamente en concepto de la Sala— que esa suspensión sólo puede ordenarse cuando, a juicio del Juez, la investigación criminal **pueda influir** en la controversia civil, como lo dice el mentado artículo y, **a contrario sensu**, que obraría ilegalmente suspendiendo el proceso civil cuando se vea en forma patente que la investigación criminal no va a influir en modo alguno en la solución de la controversia civil.

En el auto de 13 de julio del año pasado dijo el Tribunal que "la obligación que el señor Russi pretende hacer efectiva en este juicio ordinario no tuvo como fuente principal los hechos de que se sindica al señor Guerrero; ella nació de un hecho diferente: del contrato de venta de materias que celebró con una entidad de Administración Departamental.

"El demandante no persigue la reparación de un daño que le hayan ocasionado los actos delictuosos que se imputan a Guerrero sino el pago del precio de la cosa vendida.

"No se cumple, pues, el requisito que pudiera determinar la influencia del proceso penal sobre el civil".

Y en la sentencia que se revisa expresa el Tribunal que "los dos juicios se fundan en hechos independientes e inconexos: si el Administrador de la Fábrica resulta responsable de los ilícitos que se le imputan cometidos en contra del Departamento, sufrirá las sanciones legales correspondientes. En tal investigación y condena es absolutamente extraño Manuel Vicente Russi.

Del mismo modo, en los contratos celebrados

entre Russi y el Departamento falta todo vínculo de relación con los actos delictuosos del Administrador; aun cuando para éste se dictara condena, el Departamento deberá pagar el precio de las cosas que compró. El ilícito denunciado no afecta el título con que Russi actúa".

Otra razón alegada por el demandado es la de que los contratos cuya cuantía pase de quinientos pesos deben constar por escrito, al tenor del artículo 91 de la ley 153 de 1887, y que no constan en esa forma los de que ahora se trata en este juicio. Pero a ello contesta la sentencia diciendo que el propio artículo considera como excepción a ese precepto aquellos en que haya "un principio de prueba por escrito", y que en este caso los asientos de contabilidad de los libros de la Fábrica de Licores y que sirvieron para expedir los certificados que obran en los autos, constituyen más que un principio de prueba por escrito, pues son la constancia escrita y directa de los contratos y de sus condiciones.

Así, pues, la Corte encuentra jurídicos los puntos de vista sostenidos por el Tribunal, con excepción de la condena en costas, que se basa en la circunstancia de que el artículo 576 del código judicial, que prohibe condenar en costas al Estado, los Departamentos y los Municipios, quedó suspendido, arguye el Tribunal, por virtud del artículo 6º del Decreto 0243 de 1951.

Y no se admite ese punto, porque el artículo 575 del código judicial habla de los casos en que debe haber condenación en costas y el 576 establece la excepción de que el Estado, los Departamentos y los Municipios no deben sufrir esa condena; y resulta que el artículo 2º del citado decreto sólo habla de los casos en que debe haber dicha condenación en costas, o sea, de la regla general, pero no dijo nada de la excepción, esto es, de cuándo no debía hacerse la condena. Dicho en otros términos, el decreto modificó el artículo 575, pero nada dijo sobre el 576, que hay que entender que quedó vigente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada, de que se viene hablando, pero la revoca en cuanto por ella se condena en costas al Departamento de Boyacá.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE JUICIOS DE INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS

La Sala de Negocios Generales de la Corte había sentado la doctrina de ser incompetente la justicia ordinaria para conocer de problemas relacionados con indemnizaciones a cargo de la Administración, originadas por trabajos públicos y en relación con zonas de terreno ocupadas por este motivo. Mas últimamente, a partir del fallo pronunciado con fecha 20 de mayo de 1951, hubo la Sala de rectificar tal doctrina para declarar la competencia de la justicia ordinaria para conocer de todos los asuntos o litigios atinentes a la propiedad privada en cuanto ésta pueda ser necesaria para un servicio de utilidad pública o interés social, doctrina ratificada en fallos posteriores y precisada en sus alcances y aplicación estricta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, primero de octubre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Ante el Tribunal Superior de Pereira, mediante libelo fechado y presentado el 8 de octubre de 1938 y adicionado luégo por el de 20 de los mismos mes y año, el doctor Luis Eduardo Ochoa G., manifestando obrar como mandatario especial de María Ramírez v. de Suárez y Elisa Suárez Ramírez y de los menores hijos de aquélla, Silvia, Luz, Jaime y Augusto Suárez Ramírez, instauró demanda ordinaria contra la Nación, para que con audiencia del respectivo Fiscal, se declarase:

Petición principal

"A) Que corresponde a mis mandantes el dominio del inmueble de que trata el punto cuarto de esta demanda, por los linderos ahí expresados, y que, en consecuencia, la Nación como dueña del Ferrocarril del Pacífico, debe entregar tal inmueble a mis mandantes dentro del término que se fije en la sentencia.

"B) Que la Nación como poseedora de mala fe debe pagar a mis mandantes todos los perjuicios por la retención indebida, perjuicios que se estimarán por peritos dentro del juicio".

Primera petición subsidiaria

"A) Que por haber expirado el contrato de arrendamiento de enero de 1929 sobre el inmueble de que trata el hecho cuarto de esta demanda, la Nación, como dueña del Ferrocarril del Pacífico, empresa que tomó a su cargo tal contrato, debe entregar a mis mandantes tal inmueble, por los linderos especificados, y dentro del término que fije la sentencia.

"B) Que la Nación como injusta detentadora debe pagar a mis mandantes no sólo el valor de los arrendamientos sino los perjuicios de demora, estimado todo por peritos dentro del juicio.

"Y para ambos casos. Que si la Nación no entrega el inmueble mencionado al cabo del término fijado en la sentencia, se haga esa entrega por el Tribunal, o por un comisionado suyo".

Segunda petición subsidiaria

"Que la Nación, como propietaria del Ferrocarril del Pacífico, debe pagar a mis mandantes mencionados la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), valor del lote de que se ha hablado, y los intereses legales de esa suma desde el día de la retención indebida de tal lote hasta que el pago se verifique; o el valor que se fije por peritos dentro del juicio".

Como hechos fundamentales de la demanda se adujeron los que a continuación se reproducen literalmente:

"Primero. — Los señores Alejandro Suárez y Alejandro Suárez Santamaría compraron en el año de 1913 un lote de terreno llamado 'La Cejita', en jurisdicción del Municipio de Armenia, y según la escritura número 768 de 16 de junio de aquel año, de la Notaría de aquella ciudad.

"Segundo.—Más tarde los citados señores pidieron que el lote en mención les fuera adjudi-

cado como baldío, para hacer más firme su derecho y la Gobernación de Caldas, dictó la resolución número 6 de fecha 4 de enero de 1928 y la cual fue confirmada por el Ministerio de Industrias, según resolución número 6 de fecha 27 de abril de 1928.

"Tercero.—Posteriormente aquel inmueble fue dividido en varios lotes, según escritura número 497 de septiembre de 1930 de la Notaría Segunda de Armenia y adjudicados a cada uno de los copartícipes; pero una parte de ese globo el que tiene ocupado la empresa del Ferrocarril Armenia-Ibagué se dejó en común, por iguales partes para repartirlo tan pronto como sea reintegrado a los otorgantes por dicha empresa....

"Cuarto.—El lote que se dejó proindiviso (sic) según el acápite anterior, está cercano a los edificios y patios del Ferrocarril del Pacífico en la ciudad de Armenia, con una calle de por medio, se halla actualmente ocupado por el Ferrocarril, mide mil ochocientos treinta y cinco metros cuadrados y limita así: "Por el norte y occidente con terrenos del señor Suárez; por el sur y el oriente con los patios de la Estación del Ferrocarril y con una calle de la ciudad". Estos linderos equivalen hoy a los siguientes: "Por el frente con la calle pública o camino de Montevideo, línea recta a la quebrada de Armenia; por la parte alta y por un costado con propiedad de la señora María Ramírez v. de Suárez, y por la parte baja con propiedad de los señores Villegas Hermanos, dueños de una trilladora cercana".

"Quinto.—Muerto el señor Suárez Santamaría se adelantó el juicio de sucesión y en éste se adjudicó a su esposa señora María Ramírez de Suárez la mitad en proindiviso del lote de que trata el punto anterior, y por concepto de gananciales y en la hijuela de gastos. La mitad quedó correspondiendo al señor Suárez Suárez.

"Sexto.—Muerto el señor Suárez Suárez, su mitad del lote fué adjudicada por partes iguales y en proindiviso a sus nietos, hijos del señor Suárez Santamaría y de la señora Ramírez de Suárez, Elisa, mayor, y Silvia, Luz, Jaime y Augusto Suárez R., menores, y representados éstos por su madre, la señora Ramírez de Suárez, quien ejerce sobre ellos la patria potestad.

"Séptimo.—De esta suerte, el lote descrito en el numeral 4 corresponde hoy, la mitad proindiviso a la señora Ramírez de Suárez, ya citada, y la otra mitad, también proindiviso, a los hijos de ésta, mencionados en el punto anterior, y de todos los cuales tengo la representación debida.

"Octavo.—En el año de 1929, el señor Suárez Santamaría, arrendó para el servicio del Ferrocarril Armenia-Ibagué, que es nacional según la ley 80 de 1927, el lote en cuestión, según documento firmado por los señores Suárez Santamaría y León Bares, quien era a la sazón Ingeniero Jefe de la Empresa citada. Este documento lo presento.

"Noveno.—La Empresa del Ferrocarril Armenia-Ibagué, estuvo pagando el valor del arrendamiento, y después pagó otros cánones el Ferrocarril del Pacífico, hasta el mes de junio de 1932, época en que no se siguió pagando más.

"Décimo.—Con motivo de la terminación de los trabajos del Ferrocarril Armenia-Ibagué, todo lo relacionado con esta Empresa depende hoy del Gobierno Nacional, según dice el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles en carta de 18 de enero de 1934, que presento. Además el Gobierno Nacional se encargó de todas las obligaciones de aquella Empresa, como puede verse en el punto 5º del convenio y en la cláusula quinta de la escritura de resolución del contrato, publicada en el Diario Oficial Nº 21886 de 12 de enero de 1932. Por otra parte de acuerdo con el Decreto ejecutivo Nº 1856 de 1931, que se encuentra en el Diario Oficial Nº 21822 de 20 de abril de 1931, Art. 9, las obras de aquellas compañías constructoras quedaron al cuidado del Ferrocarril del Pacífico, obras que más tarde, junto con las de otros ferrocarriles en suspenso, entraron a ser administradas por una Oficina Nacional, según Decreto Nº 46 de enero de 1932, publicado en el Diario Oficial Nº 21890 de los mismos mes y año. Todo está confirmado con una carta del Administrador General del Ferrocarril del Pacífico de junio de 1934, y por otra parte del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales de 21 de octubre de 1933. Pero por sobre todo la ley 80 de 1927, què dejé citada, atrás, dice que la Empresa del Ferrocarril Armenia-Ibagué, es Nacional.

"Undécimo.—Una vez suspendido el pago de los arrendamientos, se reclamó el lote y se reclamó con insistencia lo que la Nación debía pero sin que se hubiese conseguido ni lo uno ni lo otro.

"Duodécimo.—En vista de eso se demandó a la Nación en juicio especial, que fue fallado por el Tribunal en el sentido de que se había escogido una acción que no era la pertinente

"Decimotercero.—La Corte Suprema de Justicia confirmó aquel fallo.

"Décimo-cuarto.—Pero de ambas providencias sí aparece que los hechos resaltados sí son corrientes".

En derecho se dijo fundarla en los artículos 946, 947, 952, 2008 y concordantes del C. C.

Admitida la demanda, hubo de darle respuesta el Fiscal adjunto al Tribunal, aceptando unos hechos, negando otros, así como también el derecho invocado, en razón de no ser aplicables las disposiciones legales citadas al asunto planteado, para solicitar por último una decisión absolutoria, después de proponer las excepciones de inexistencia de la obligación que se demanda, carencia de acción y la derivada de todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

Posteriormente el mismo Fiscal, debidamente autorizado por el Gobierno Nacional para promover, dentro del precitado juicio ordinario, demanda de reconvención contra los allí demandantes "a efecto de que se declare la invalidez legal del título de adjudicación de que trata la Resolución Nº 6 de 4 de enero de 1928 proferida por la Gobernación del Departamento de Caldas, y la Nº 6 de 27 de abril de 1928, emanada del Ministerio de Industrias, o para que se declare, en subsidio, la ineficacia de la adjudicación en lo que hace al lote de terreno que necesita y ocupa el Ferrocarril del Pacífico, lote a que se refiere la demanda de ocho (8) de octubre del año en curso, instaurada contra la Nación", así lo hubo de hacer, mediante escrito fechado el 16 de marzo de 1939, en que se impetran declaraciones acordes con las facultades concedidas, ya como principales o bien como subsidiarias y cuyo contenido se omite, por la razón que más adelante se expresará.

Esa demanda de reconvención fue contestada por el mismo apoderado Dr. Ochoa Gutiérrez, mediante facultad expresa concedida al efecto por los contrademandados, oponiéndose a que se hagan las declaraciones impetradas, a la vez que se proponen varias excepciones perentorias.

El Tribunal, después de agotada la tramitación, con la decisión de algunos incidentes, desató la litis, mediante fallo proferido el 17 de julio de 1950, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Primero.—Declárase improcedente la acción reivindicatoria materia de la demanda principal, por cuanto el inmueble a que ella se refiere fue ocupado por la Nación para fines de uso público. En consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos formulados en la letra A) de la parte petitoria de la misma demanda.

"Segundo.—No se hace la declaración solicitada en el aparte 1º de las peticiones subsidiarias, por cuanto en lo referente a este punto prosperó la excepción de declinatoria de jurisdicción, según puede verse en el cuaderno Nº 8.

"Tercero.—Declárase que la justicia ordinaria carece de competencia para conocer de las reclamaciones relacionadas con la indemnización de perjuicios por expropiaciones de hecho y daños en propiedad ajena, emanados de órdenes y providencias administrativas nacionales. En consecuencia, el Tribunal se abstiene de hacer las demás declaratorias solicitadas en la demanda principal.

"Cuarto.—El Tribunal se abstiene, asímismo, de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda de reconvención, por cuanto la justicia ordinaria carece de competencia para conocer de ellas.

"Quinto.—No se hace condenación en costas".

De dicho fallo apeló el prenombrado doctor Ochoa Gutiérrez, en su carácter ya indicado, en razón de lo cual llegó acá el expediente respectivo, en donde se procede a decidir lo que fuere legal, surtida como ha sido la tramitación propia de la segunda instancia.

Ahora bien, como la parte demandada y a la vez contrademandante se conformó con el mencionado fallo, quiere ello decir que la declaración adversa a la acción propuesta por ella escapa del conocimiento de la Sala, en razón de lo cual hubo de omitirse, según antes se dijo, hacer siquiera una breve síntesis de lo solicitado en reconvención y de su fundamentación.

En consecuencia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se concreta a las declaraciones hechas por el Tribunal bajo los ordinales 1º y 3º de la sentencia indicada, adversas a las súplicas formuladas en el libelo inicial del juicio, esto es en relación con la principal de dominio o reivindicatoria del inmueble reclamado y la segunda subsidiaria de indemnización, ya que con referencia a la primera subsidiaria se declaró probada, por providencia anterior que tiene el sello de la ejecutoria, la excepción de declinatoria de jurisdicción, resultando circunscrito el estudio y examen por parte de la Sala a

los precisos extremos de la sentencia desfavorable para los actores.

En relación con esa primera petición subsidiaria que, por la razón indicada quedó descartada de la litis, parece oportuno además advertir que el problema de la restitución del mencionado lote, con base en un pretendido contrato de arrendamiento que se dice celebrado por un agente del Gobierno con los antecesores de los demandantes, o bien, en virtud de trasmisión de obligaciones, fue ampliamente dilucidado por la Corte en fallo de 15 de septiembre de 1937, que obra en copia en los autos, en donde se expresó el siguiente concepto: "Si la Nación está en poder del terreno, no es la acción de lanzamiento la indicada para la restitución, porque no hay una prueba plena de que ella lo esté ocupando en virtud de un título meramente precario de arrendamiento".

Lo que ocurre en realidad es que dicho lote lo ocupa la Nación, como se afirma en la demanda, con obras que tienen el carácter de definitivas destinadas a un servicio público, en cuyo caso la justicia ordinaria es competente, como se demostrará luego, para conocer de las acciones instauradas que quedaron vigentes.

La competencia

Según ha quedado visto los demandantes en este juicio han solicitado una declaración de dominio a su favor en relación con el lote de terreno allí singularizado y consecuencialmente su entrega y en defecto de ésta el pago de su valor en la cantidad señalada o bien por el que se determine pericialmente. El Tribunal admite ser competente para conocer de la acción principal que se abstiene de declarar por no ser reivindicable el globo de terreno reclamado en razón de estar ocupado por el Estado con obras que tienen el carácter de definitivas con destino a un servicio público, cual es el Ferrocarril del Pacífico, negándose a conocer de la subsidiaria de indemnización por estimar ser incompetente para ello, ya que en su sentir el conocimiento de acciones de esa naturaleza radica en la justicia de lo Contencioso-Administrativo, según las leyes 38 de 1918 y 167 de 1941 y doctrinas sentadas al efecto por esta Sala de la Corte que se citan.

Evidentemente esta Sala al conocer de acciones de la naturaleza a las que se contrae este litigio y en juicios similares al que hoy se encuentra a su estudio había sentado la doctrina de ser incompetente la justicia ordinaria para conocer de problemas relacionados con indemnizaciones a cargo de la Administración, originados por trabajos públicos y en relación con zonas de terreno ocupadas por ese motivo. Mas últimamente, a partir del fallo pronunciado con fecha 20 de mayo del presente año, en el juicio de Andrés García H. contra la Nación, hubo la Sala de rectificar tal doctrina para declarar la competencia de la justicia ordinaria para conocer de todos los asuntos o litigios atinentes a la propiedad privada en cuanto ésta pueda ser necesaria para un servicio de utilidad pública o interés social, doctrina ratificada en fallos posteriores y precisada en sus alcances y aplicación extricta, mediante sentencia de fecha 4 del presente mes, que puso fin al juicio de José Antonio Bula C. contra la Nación.

En el primero de los mencionados fallos y en relación con aquel tópico de la competencia, se dijo:

"Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión (la de la competencia administrativa) se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es al Poder Judicial o Justicia Ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicio de utilidad pública o interés social.

"En efecto, el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o de interés social no puede realizarse sino mediante **sentencia judicial** e **indemnización previa.** Y el artículo 33 estatuye que: "En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al Organo Judicial..."; agregando además, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

"De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del Poder Judicial o Justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente

indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la Administración esa propiedad privada, bien en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de esas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la Administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton, en los siguientes términos:

"La jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la Autoridad Judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante; Esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la Administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la Administración y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir **a fortiori** cuando tales formalidades se han omitido". (Curso Elemental de lo Contencioso-Administrativo, página 163)".

En el segundo de aquellos fallos, a la vez que se ratifica la doctrina que acaba de producirse, se expresó lo siguiente, en cuanto a su alcance y distinción y que en esta decisión igualmente se ratifica expresamente:

"De esta suerte bien puede concluírse, que los preceptos de la Ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causen en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una **simple reparación de daños** pruducidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que —desde luego— no pueden considerarse extraños los que se siguen de una **ocupación** que por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de **índole puramente transitoria o temporal**; pero que son absolutamente inaplicables, cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante, como es el caso planteado en este juicio: Porque —vuelve a repetirse— tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (Art. 955 del C. C.), antes que de una acción puramente indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la justicia ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla.

"Se comprende así cómo, limitado en esta forma el alcance de la acción administrativa en el particular, la prescripción bienal de que habla el artículo 263 de la expresada ley 167 de 1941 no puede entenderse sino para las que, de acuerdo con lo expresado anteriormente, resultan ser de la competencia contencioso-administrativa; y como también, respecto de las que ante ella se promuevan por concepto de simples ocupaciones temporales el término de dicha prescripción no puede comenzar desde que se 'verifica la ocupación', como podría pensarse a la luz del segundo supuesto consignado en tal artículo, sino desde la fecha misma en que la ocupación termina, o sea, 'dentro de los dos años de ocurrido el daño', según lo prevenido antes por este mismo concepto. La prescripción de las acciones indemnizatorias por ocupación indefinida o definitiva de la propiedad, y de que conoce la Justicia Ordinaria, siguen la norma general de las demás acciones civiles establecidas por el derecho privado".

La propiedad privada

Los demandantes en este juicio han acreditado, mediante las pruebas que se discriminarán a continuación, ser los actuales propietarios del lote de terreno que se singulariza en la demanda por los linderos a que se refiere el hecho cuarto que la fundamenta, así como también la posesión u ocupación de él por parte de la Nación, según lo aseverado allí mismo. Además, el predio en cuestión fué debidamente identificado, esto es, que resultó ser uno mismo el reclamado como perteneciente a los actores y el ocupado por la Nación con obras que tienen carácter de definitivas para el servicio público del Ferrocarril del Pacífico.

Con efecto, según escritura pública Nº 768 de 16 de junio de 1913 pasada ante el Notario de Armenia aparece que Alejandro Suárez y Alejandro

Suárez Santamaría adquirieron para sí, por partes iguales, en virtud de compra hecha a Antonio María Hernández, "un globo de terreno, en baldíos de la Nación", compuesto de casas de habitación, pastos naturales ubicado dentro del área de la población de Armenia y alinderado como allí se indica. Dicha escritura aparece debidamente registrada en la oficina respectiva con fecha 23 de los mismo mes y año.

El Globo de terreno a que se refiere el título escriturario mencionado fué adjudicado como baldío a los adquirentes del mismo, señores Suárez y Suárez Santamaría, por la Gobernación de Caldas mediante Resolución Nº 6 expedida el 4 de enero de 1928, la que a su turno fue aprobada por la emanada del Ministerio de Industrias de fecha 27 de abril del mismo año. La Resolución en referencia aparece registrada en la oficina respectiva en Armenia el 29 de noviembre de 1929.

Escritura Nº 497 de 27 de septiembre de 1930, pasada ante el Notario de Armenia, en que consta la partición amigable que del terreno adjudicado a los señores Suárez y Suárez Santamaría, realizaron éstos tomando para sí los lotes que allí se indican con exclusión de la porción de terreno que es materia del juicio el cual se dejó en común y por iguales partes entre aquéllos, para dividirlo en mejor oportunidad. Este título aparece registrado el 13 de octubre siguiente, bajo la partida Nº 588 del libro respectivo.

Dentro del juicio de sucesión de Alejandro Suárez Santamaría, se le adjudicó a la cónyuge Maruja R. de Suárez Santamaría, la mitad en proindiviso del lote de terreno, objeto del juicio, que aquél y Alejandro Suárez Suárez en el reparto amigable del predio a que se refiere el Título anterior, dejaron en común y por iguales partes, todo ello según copia auténtica expedida por el Notario de Armenia tomada del juicio sucesorio de Alejandro Suárez Santamaría, protocolizado allí por instrumento público Nº 401 de 26 de agosto de 1933, y en que aparece que la partición y sentencia aprobatoria fueron registradas el día 28 de abril de ese año.

Acaecido luego el fallecimiento del señor Alejandro Suárez Suárez, en el juicio sucesorio de éste se les adjudicó a los herederos Elisa, Silvia, Luz, Jaime y Augusto Suárez Ramírez, en representación de su padre Alejandro Suárez Santamaría, por partes iguales y en proindiviso la mitad del lote perteneciente a aquél de que se ha venido hablando, esto es, del que es materia de este juicio, según resulta de la copia auténtica expedida por el Notario de Armenia, tomada del juicio mortuorio mencionado, protocolizado allí por Instrumento Público Nº 1087 de 17 de noviembre de 1934, y en que la partición y sentencia aprobatoria aparecen inscritas debidamente en la oficina respectiva con fecha 26 de febrero de 1935.

Conforme a la anterior relación, se evidencia que el lote ocupado por la entidad demandada, objeto del juicio, corresponde la mitad proindiviso a la señora María R. de Suárez, y la otra mitad, también proindiviso y por partes iguales a los hijos de aquélla ya indicados, habida además consideración de hallarse vigente la inscripción de la adjudicación que en las mentadas causas mortuorias se hizo a favor de los demandantes del lote cuestionado en proindiviso, según antes se dijo, y de lo atestado al respecto por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Armenia en sendos certificados expedidos con fechas 27 y 28 de septiembre de 1938, en que así mismo se indica la tradición del inmueble, acorde con la relación precedente de la cadena de títulos (Fls. 19 a 21, C. Nº 12).

Verdad es que en los diversos títulos mencionados se advierte que no siempre concuerdan los linderos que señalan al primitivo predio del que hace parte el lote reclamado; mas esta discrepancia fué debidamente aclarada, mediante la inspección ocular practicada en el curso del juicio con intervención de peritos, en que se evidenció lo siguiente:

"a) La identificación del lote sobre que versa la demanda, se constató por la situación y linderos de que trata el hecho 4º de ella; b) el lote a que se refiere el hecho 4º de la demanda, por los linderos allí expresados, es el mismo que ocupa actualmente el Ferrocarril del Pacífico con unos garajes, una grúa fija y otros objetos; c) el referido lote es el mismo a que se refieren las dos hijuelas de los menores Silvia, Luz, Jaime y Augusto Suárez R. y de la mayor Elisa Suárez R., hijuelas correspondientes a la sucesión del señor Alejandro Suárez Suárez, y cuya copia se encuentra en el expediente y que se ha tenido a la vista; d) dicho lote es el mismo a que se refieren las dos hijuelas de gastos y gananciales de la señora María Ramírez v. de Suárez, en la sucesión del señor Alejandro Suárez Santamaría, hijuelas que en copia se han tenido también a la vista. e)

Tal lote es el mismo que en una partición llevada a cabo por medio de la escritura Nº 497 de septiembre de 1930 de la Notaría Segunda de Armenia entre los señores Alejandro Suárez Santamaría y Alejandro Suárez Suárez, se reservaron éstos, en común, para partirlo más tarde... y copia de la citada escritura que también se ha tenido a la vista en el acto de la diligencia; f) El lote que se reservaron en común los señores Suárez por la escritura 497 citada, hace parte del inmueble que fué adjudicado como baldío a esos mismos señores, según resolución Nº 6 de 4 de enero de 1928 de la Gobernación de Caldas, resolución aquélla confirmada por el Ministerio de Industrias por la Nº 6 de abril de 1928, documentos que se presentaron con la demanda y cuyas copias se han tenido también a la vista; g) Los linderos de la adjudicación a que se refiere el punto anterior son los mismos de la escritura Nº 768 de 16 de junio de 1913, linderos que corresponden al lote que se llamó la Cejita y confrontación que se ha hecho igualmente con vista previa en las copias de tales documentos que obran en el exhorto". (Fs. 53, C. Nº 5).

Además, la ocupación del lote cuestionado por parte del Ferrocarril del Pacífico, afirmada por los actores en el hecho 4º de la demanda, resulta acreditada también mediante otra inspección ocular practicada allí el 12 de junio de 1939 (fs. 58 y 59 C. Nº 4) con intervención de peritos, por la Sala de decisión del Tribunal en que previa identificación del lote por los linderos señalados en el libelo inicial del juicio, se constató que allí "existen actualmente unos garajes, una grúa fija o diferencial y una prolongación de las carrileras, hasta la Trilladora de Villegas Hermanos y otra prolongación hasta el tope", como así mismo lo afirman los declarantes José Ocampo, Gabriel Villa A., Ricardo Angel G. (fs. 59, 60 v. y 62 v. C. Nº 5).

Finalmente, debe observar la Sala que el título de adjudicación de baldíos, que obra en el expediente como una de las pruebas ya examinadas sobre el dominio de los demandantes respecto del globo materia del juicio, ostenta plena validez en su forma y contenido, ya que no aparece constancia alguna en los autos de que ese título haya sido invalidado por autoridad competente, previas las formalidades establecidas por las leyes sobre la materia. En consecuencia, al título en mención ha de reconocerle la Corte la eficacia legal que le corresponde, en unión de las demás pruebas anteriormente relacionadas para llegar a la conclusión de que en los demandantes radica hoy el derecho de propiedad sobre el inmueble reclamado por éstos, conforme antes se dijo.

En esta situación y no siendo dable decretar la restitución del expresado lote por hallarse ocupado por obras y construcciones del Ferrocarril del Pacífico, esto es, por estar afecto a obras de servicio público en razón de los graves perjuicios que con ello se ocasionarían a la Administración, como así lo ha resuelto la Corte en casos similares, lo procedente es ordenar su pago, como así se suplicó subsidiariamente.

Avalúo del terreno

Quedó dicho que la ocupación del mencionado lote por el Ferrocarril del Pacífico, con el destino consiguiente y definitivo para obras y servicios de uso público de la Estación de esa Empresa en la ciudad de Armenia, es un hecho que no se discute por aparecer plenamente establecido mediante las pruebas relacionadas y por aceptarlo así las partes en disputa.

En la primera instancia se produjeron dos experticios o avalúos del expresado lote: uno solicitado por los actores y otro por la entidad demandada, en que, en el primero, emitido en el año de 1939, se le asignó un valor de $ 12.000.00 moneda corriente al paso que en el segundo (fs. 66 y 67 C. Nº 4), producido en ese mismo año se le señaló como precio actual la misma cantidad, incluyendo en ella la de $ 2.000.00, en que estimaron la valorización que adquirió en atención de las mejoras que le hiciera el Ferrocarril, como también de las introducidas en los lugares adyacentes, además de todas las realizadas en la ciudad de Armenia.

A esta conclusión llegaron los expertos Manuel Buriticá P. y Nicolás Bernal B. en dictamen rendido con fecha 21 de junio de 1939 la que acoge la Sala por aparecer debidamente fundamentada. Por otra parte, no sobra advertir que los actores aceptaron tal dictamen durante la tramitación del incidente de objeciones propuestas por el Fiscal en la primera instancia, y que hubo de ser fallado en forma adversa para el objetante.

En consecuencia, la cantidad líquida que debe pagarse a los demandantes es la de diez mil pesos ($ 10.000) moneda corriente, resultante del descuento que se hace de los dos mil pesos ($ 2.000) que representa la valorización, así: la mitad a

María Ramírez v. de Suárez y la otra mitad, por partes iguales, a los cinco restantes demandantes.

Ahora bien: Acogida por la Corte la referida suma de diez mil pesos ($ 10.000) como valor de la indemnización en favor de la parte demandante, y representando ella la totalidad del valor del terreno que fue materia de la ocupación, es el caso de declarar improcedente la reclamación que por concepto de intereses legales se formula en la parte final de la segunda petición subsidiaria.

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, REVOCA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Pereira, de fecha 17 de julio de 1950, en cuanto fue materia del recurso de apelación, y en su lugar,

Falla:

1º—Declárase que María Ramírez v. de Suárez, Elisa, Silvia, Luz, Jaime y Augusto Suárez Ramírez son dueños del inmueble que identifica el hecho 4º del libelo de demanda, con cabida de 985 metros cuadrados (ms. 2);

2º—Condénase a la Nación Colombiana a pagar a María Ramírez v. de Suárez, Elisa Suárez Ramírez, y a los menores hijos de aquélla, representados por la misma, Silvia, Luz, Jaime y Augusto Suárez Ramírez, la cantidad de DIEZ MIL PESOS ($ 10.000) MONEDA CORRIENTE como precio del lote a que se refiere el punto anterior, en proporción a las cuotas que corresponden a los mismos, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura que dichos demandantes correrán a favor de la Nación.

3º—No hay lugar a hacer las restantes declaraciones solicitadas en la demanda.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

EMBARGO Y SECUESTRO PREVENTIVOS — LOS TERCEROS QUE TENGAN ALGO QUE DISPUTAR AL EJECUTADO EN RELACION CON LA POSESION INSCRITA DE EL SOBRE EL INMUEBLE EMBARGADO, NO PUEDEN HACERSE PARTE EN EL JUICIO EJECUTIVO PARA LOGRAR DECLARACIONES QUE DEBEN DEMANDARSE EN VIA DISTINTA

1—No es lícito ni admisible que, so pretexto de reclamos contra la posesión inscrita del ejecutado, los terceros que tengan algo que disputarle por este aspecto, se hagan parte en el ejecutivo y pretendan declaraciones que sólo son pertinentes en vía distinta.

2—Si como lo expresa el inciso 2º del artículo 1008 del C. J., el Juez debe decretar inmediatamente el desembargo, si del certificado del Registrador aparece que el ejecutado no es poseedor inscrito del inmueble, es obvio que en el caso contrario debe mantenerse el embargo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, primero de octubre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Ch.)

El recurso de apelación que entra a resolver la Sala en el presente juicio ejecutivo promovido ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali por el Ferrocarril del Pacífico contra la sociedad comercial en liquidación "Estrada G. Hermanos", cumplidas como están todas las ritualidades propias de la alzada, registra estos antecedentes:

Dentro del auto de mandamiento ejecutivo fechado el 5 de septiembre de 1935, y como se trata de un caso regido por el Art. 998 del C. Judicial, el Tribunal decretó el embargo y secuestro de un lote de terreno ubicado en Buenaventura, lo que la sociedad ejecutada había hipotecado para garantizar la efectividad del crédito a favor de la empresa ejecutante.

Este embargo fue comunicado oportunamente al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Buenaventura, y registrado por este funcionario el 16 de septiembre de 1935. (Fol. 33 del C. Nº 1).

El auto ejecutivo se dictó también contra el señor Pedro Rodríguez Mira, por aparecer éste como poseedor inscrito del inmueble hipotecado.

Con la demanda ejecutiva se acompañó un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos ya citado, expedido el 3 de mayo de 1935, en el cual se expresa, luego de anotar la existencia de la hipoteca constituída por "Estrada G. Hermaños" a favor del Ferrocarril del Pacífico por escritura número 1269 de 20 de noviembre de 1929 de la Notaría 1ª de Cali, y de relacionar varias tradiciones sobre el mismo lote hasta la venta hecha por "Estrada G. Hermanos" a Rodríguez Mira mediante escritura Nº 106 de 31 de agosto de 1932, que la referida hipoteca "no ha sido cancelada por ninguno de los medios legales".

Intimado el auto de mandamiento de pago a los socios Estrada, y habiendo manifestado el señor Rodríguez Mira en memorial de 24 de julio de 1936 que se da por notificado de la providencia, el juicio siguió su curso reglamentario hasta el pronunciamiento de la sentencia de pregón y remate, de fecha 28 de octubre de 1937. (Fol. 77 del C. Nº 1).

Apelada dicha sentencia, esta Sala de la Corte hubo de declararla ejecutoriada en virtud de lo dispuesto en el Art. 353 del C. Judicial, por auto de fecha 30 de mayo de 1938.

En memorial fechado el 31 de julio de 1939, el ejecutado en acción real señor Pedro Rodríguez Mira solicitó al Tribunal que con fundamento en las disposiciones del capítulo 3º, Título 25, Libro 4º del C. Civil, se entregue a la señora Débora Castrillón v. de Estrada, una vez verificado el remate, el dinero sobrante de la venta del lote en referencia, en virtud de haberle hecho cesión a dicha señora de "mis derechos, que hoy tienen el carácter de litigiosos o inciertos y eventuales en el referido juicio ejecutivo". A la vez solicitó del Tribunal se pusiera en conocimiento de las partes la cesión por él hecha. Este memorial está firmado también por la cesionaria señora Cas-

trillón v. de Estrada, quien por su parte manifiesta que acepta la cesión y está pronta a prestar el juramento de que trata el Art. 18 de la Ley 21 de 1931.

Se expresa en el mismo memorial que la venta del lote de Buenaventura no se perfeccionó por cuanto no fue posible el registro de la escritura respectiva, o sea la Nº 690 de 24 de marzo de 1936, en virtud de que "ya había sido dictado por el Tribunal auto de embargo de ese terreno...".

Esta petición fue resuelta negativamente por el Tribunal en auto de 21 de julio de 1942, porque "no puede decirse que el dueño de la cosa que se va a rematar tenga un derecho litigioso, de aquellos a que alude el artículo 1969 del Código Civil, ni un crédito personal propiamente dicho, pues aparte de que no existe una litis sobre el derecho que pueda tener el Sr. Rodríguez Mira sobre el remanente del remate, tal remanente no es un crédito u obligación personal, sino parte del precio de la cosa rematada, que como dinero le pertenece al dueño de la misma".

Habiéndose comprobado posteriormente en los autos el fallecimiento de uno de los ejecutados, el señor José María Estrada, el Tribunal a solicitud del ejecutante ordenó en auto de 30 de octubre de 1945 "notificar a los herederos del señor José María Estrada la existencia del título del recaudo ejecutivo y la existencia del presente juicio...". Como herederos del causante indicó el peticionario a las señoras Débora Castrillón v. de Estrada, cónyuge supérstite y Domitila Gallego v. de Estrada, madre del fallecido. (Fol. 137 C. Nº 3).

La notificación de este proveído se hizo al apoderado constituído por la señora Débora Castrillón v. de Estrada, doctor Jorge Enrique Cruz, en la forma prevista. (Fol. 150 v. C. Nº 2).

A tiempo que el Juez Promiscuo del Circuito de Buenaventura se aprestaba a la práctica de una cuarta licitación del lote de que se ha venido haciendo referencia, el doctor Guillermo Fonnegra Sierra, obrando como apoderado de la señora Débora Castrillón v. de Estrada, solicitó del Juez comisionado devolviera el expediente al Tribunal para que se resolviera la petición que por su conducto enviaba a dicha Corporación. El último de estos memoriales, fechado el 9 de mayo de 1950, dice en lo pertinente:

"...Atentamente manifiesto lo siguiente con base en el certificado que adjunto expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Buenaventura y según el cual mi poderdante la señora doña Débora Castrillón v. de Estrada es la poseedora inscrita y exclusiva propietaria del inmueble embargado dentro del juicio a que me refiero, solicito muy comedidamente al H. Tribunal que se digne dar aplicación al artículo 1008 del C. Judicial, y, en consecuencia, decretar de plano el desembargo del mismo.

"Cabe agregar que mi mandante la señora viuda de Estrada no ha comparecido un solo momento en dicho juicio en su carácter de poseedora inscrita sino como esposa del señor José María Estrada para los efectos del numeral 3º del artículo 451 del C. J. y 1434 del C. Civil".

De plano, como se pidió en el memorial, el Tribunal dictó la providencia que es hoy materia de este recurso, fechada el 6 de julio de 1950, en la cual se niega el desembargo solicitado.

El Tribunal sintetiza así los fundamentos de su decisión:

"De lo visto hasta aquí se desprende que el embargo del inmueble objeto de la traba ejecutiva en este juicio, se cumplió el día 16 de septiembre del año de 1935; que ese embargo no ha sido levantado hasta la fecha; y que desde el día 31 de julio del año de 1939, la señora Castrillón v. de Estrada expresó que tenía conocimiento de tal embargo, por lo que no se había hecho la inscripción de la escritura 690 de 24 de marzo de 1936. Por lo tanto, es a todas luces improcedente la solicitud de desembargo que ahora se pretende por parte del apoderado de la nombrada señora Castrillón v. de Estrada".

Ante esta Corte el recurrente solicita la revocatoria de la providencia, fundándose en que el certificado expedido por el Registrador de Buenaventura es suficiente para decretar el levantamiento del embargo, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 1008 del C. J., según el cual "si de este certificado aparece que el ejecutado no es el poseedor inscrito del inmueble, el Juez ordena inmediatamente el desembargo y la consiguiente cancelación del embargo".

"En tales condiciones —agrega el recurente— no es justo ni es jurídico que por medio de un simple auto, pretermitiendo hasta una simple articulación se decida —que a eso equivale— la nulidad de un acto escriturario y de su registro res-

pectivo, lo que sólo puede ser materia de un juicio previo".

La Corte considera:

No se trata propiamente de decidir acerca del valor probatorio que deba asignársele al certificado traído con la solicitud hecha por el apoderado de la señora Castrillón v. de Estrada, sino de la aplicación que pueda tener para el caso de autos el precepto contenido en el artículo 1008 del C. J., que se invoca como fundamento de la solicitud expresada.

Lo primero porque —como lo ha dicho acertadamente el Tribunal de Bogotá— "no es lícito ni admisible que, so pretexto de reclamos contra la posesión inscrita del ejecutado, los terceros que tengan algo qué disputarle por este aspecto se hagan parte en el ejecutivo y pretendan declaraciones que sólo son pertinentes en vía distinta".

Y en cuanto a lo segundo, no se ve ciertamente cómo puede invocarse en apoyo de la petición de desembargo aquel precepto, de cuyo claro tenor literal se deduce la evidente improcedencia de tal petición.

Porque si como lo expresa el inciso 2º del artículo 1008 el Juez debe decretar inmediatamente el desembargo, si de tal certificado del Registrador aparece que el ejecutado no es poseedor inscrito del inmueble, es obvio que en el caso contrario debe mantenerse el embargo.

El mismo Tribunal en la providencia de que se ha hecho mérito, dice también: "El artículo 1008 del C. J. debe interpretarse en armonía con la índole del procedimiento ejecutivo. La disposición en él contenida es lógica, justa e inobjetable. Con ella se trató de evitar, como lo explicó muy bien la comisión revisora, el que se cometieran abusos, consistentes en denunciar y embargar bienes inmuebles que no sean del ejecutado. Ahora, como el embargo sólo puede recaer sobre bienes inmuebles de que tenga aquél la posesión en el momento de decretarlo, basta que se acredite este hecho para que se tenga por bien decretado tal embargo.

"Si los terceros tienen derechos que reclamar, contra dicha disposición, la ley les ofrece vías adecuadas para pedir y obtener su cancelación.

"Sus derechos no se menoscaban por el embargo, el secuestro o el remate, pues al rematante no se le transmiten otros derechos que los que tenga el ejecutado cuyos bienes se rematan, según lo dice la ley expresamente. Y aunque no lo dijera, por elementales principios de lógica jurídica".

Ahora bien, del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Buenaventura, aparece como poseedor inscrito del inmueble hipotecado el señor Pedro Rodríguez Mira, y por ello en virtud de la acción real que se ejercita en la demanda, se dictó contra él el mandamiento y se decretó el embargo.

En tales circunstancias, no es jurídicamente posible que se venga a solicitar el desembargo por quien ni siquiera puede considerarse como tercero dado que su título, posterior a la inscripción del embargo, lo deriva del mismo ejecutado señor Rodríguez Mira. La providencia que llevó a la traba ejecutiva el inmueble del cual se pretende dueña la señora Castrillón v. de Estrada le perjudica, y por ello obró acertadamente el Tribunal al desechar de plano una solicitud que, de otra parte, está en abierta oposición con lo prescrito en el mismo precepto legal invocado como fundamento de aquélla.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto materia del recurso, con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos.

Luis Rafael Robles — **Luis A. Flórez**—**Agustín Gómez Prada**—**Rafael Leiva Charry**—**Jorge García Merlano,** Secretario.

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE CONTRATOS CIVILES CELEBRADOS POR EL ESTADO.—AL CASO DE ESTOS ACTOS O CONTRATOS ES APLICABLE LA NORMA DEL ARTICULO 1750 DEL CODIGO CIVIL

1. — El pedido de que se trata fue hecho sin la adecuada competencia por parte de la Dirección General de Marina, desde luego que el Decreto 898 de 1942, que reglamenta el FUNCIONAMIENTO del mencionado Fondo Rotatorio, establece con la debida claridad, en relación con las adquisiciones dentro del país, que "si la compra tiene un valor mayor de diez mil pesos ($ 10.000.00), será necesaria la autorización del Ministro de Guerra", autorización que no se obtuvo en el presente caso.

Como es natural, no quiere esto decir que el pedido o contrato en cuestión sea inexistente, pues aunque a ese pedido no precedió la necesaria autorización del señor Ministro de Guerra, la expresada irregularidad no es tan flagrante o evidente que pueda equipararse a las simples vías de hecho, como acontece con los actos en que ha habido usurpación de poder y otros similares (por ejemplo, un empleado o entidad administrativa que se arroga atribuciones del órgano jurisdiccional, o a la inversa, o un simple agente de ejecución que adopta decisiones jurídicas), que son los actos que la doctrina administrativa, desde el punto de vista de la competencia de los funcionarios públicos considera como actos inexistentes.

Pero como se ha demostrado que el pedido, a pesar de que excedía de diez mil pesos se hizo sin la previa autorización del señor Ministro de Guerra, o sea que no hubo la concurrencia de voluntades prevista para estos casos por el artículo 8º del Decreto 898 de 1942, ha de llegarse a la conclusión de que ese contrato carece de valor o eficacia respecto del Estado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dos de octubre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Adán Arriaga Andrade, obrando como apoderado del señor Abraham Cristo, ha presentado demanda contra la Nación ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte, a fin de que en juicio ordinario de única instancia y con audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público, se decrete:

Petición principal

"1. El Estado colombiano —Ministerio de Guerra, Dirección General de Marina— está en mora de pagar y pagará al señor Abraham Cristo, cinco días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de diez mil trescientos ochenta pesos ($ 10.380.00), valor de los artículos eléctricos vendidos y entregados por éste a la Dirección General de Marina el día 16 de abril de 1943;

"2. El Estado colombiano —Ministerio de Guerra, Dirección General de Marina— pagará al señor Abraham Cristo, dentro del mismo término señalado en el punto anterior, como indemnización de perjuicios: a) los intereses legales de diez mil trescientos ochenta pesos ($ 10.380.00) desde el 16 de abril de 1943 hasta el día en que se pague la totalidad de esta suma; y b) La cantidad de mil pesos mensuales o lo que resulte probado en el juicio a partir del 16 de abril de 1943 hasta la fecha en que se haga el pago total de las sumas debidas al señor Abraham Cristo por la Nación.

Petición subsidiaria

"El Estado colombiano —Ministerio de Guerra, Dirección General de Marina— restituirá al señor Abraham Cristo los materiales eléctricos entregados por éste a la Dirección General de Marina el 16 de abril de 1943, pero debiéndole pagar previamente las siguientes indemnizaciones:

"a) La diferencia que existiera en el precio de

esos materiales entre el 16 de abril de 1943 y el que tengan el día en que se haga la entrega;

"b) El valor de las pérdidas o deterioros que hubieren sufrido esos materiales durante el tiempo que han permanecido esos materiales en los Almacenes de la Dirección General de Marina;

"c) Por indemnización de perjuicios: a) el valor de los intereses legales tanto de la diferencia del precio como del valor señalado a pérdidas y deterioros de esos elementos; y b) la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) mensuales o lo que resulte probado en el juicio desde el 16 de abril de 1943 hasta la fecha en que se haga la restitución de los materiales al señor Cristo".

Los hechos de la demanda, como en ella se han expuesto, son los siguientes:

"1. Con anterioridad al 16 de abril de 1943, la Dirección Gral. de Marina —dependencia del Ministerio de Guerra— había comprado en varias ocasiones, mediante pedidos confirmados por la Di-Dirección General de Marina, sin licitación previa y con autorización en las cuentas correspondientes por la Contraloría General de la República, distintos materiales al señor Abraham Cristo y a otros comerciantes, destinados a la Base Naval A. R. C. "Bolívar" de Cartagena y a otras dependencias de la citada Dirección.

"2. El 24 de noviembre de 1942, el Director General de Marina, Comandante Hernando Mora A., dirige un oficio al Comandante de la Base Naval A. R. C. "Bolívar" de Cartagena y le envía unos anexos en los cuales se contienen unas muestras de alambre aislado. En este oficio, entre otras cosas, le dice: 'La Casa Cristo de esta ciudad ha enviado a esta Dirección varias muestras de alambre aislado, las cuales se remiten a ese comando para que se estudien sus especificaciones y se conceptúe sobre la posibilidad de adquisición...', y detalla en seguida las existencias, los calibres y el precio por metro lineal de cada una de las clases de alambre.

"3. El 7 de diciembre de 1942, el Comandante de la Base Naval A. R. C. 'Bolívar' de Cartagena, contesta el oficio mencionado en el punto anterior y dice al Director Gral. de Marina: 'Atentamente doy contestación al oficio de la referencia sobre la oferta que hace la Casa Cristo de alambres eléctricos. De las diversas muestras enviadas a este Comando se recomienda adquirir las siguientes: Nº 10, Nº 14. Con esta enumeración hay dos clases de alambres. Se recomienda el de empaque más grueso de caucho negro y gutapercha Nº 16. Con la misma enumeración hay dos clases. Se prefiere el blanco con empaque de mayor espesor, Nº 18 x 12. Se recomienda la totalidad de estos alambres en la totalidad de la existencia anotada en su oficio y con cargo al Fondo Rotatorio de la Base Naval A. R. C. Bolívar...'.

"4. El 10 de abril de 1943, Abraham Cristo, por medio de oficio, dice al Director General de Marina: 'Me permito ofrecer a esa entidad las siguientes existencias de materiales: **1.000 metros** de cable plomado bipolar Nº 12 para instalaciones eléctricas de barcos a razón de $ 1.70 metro. Alambre negro aislado de los siguientes calibres para instalaciones eléctricas, existencias hasta de cinco mil metros cada uno, así:....'. Señala los calibres, las cotizaciones por metro y agrega: 'Los anteriores materiales me permito ofrecerlos a los precios anteriormente cotizados y para entrega inmediata, con plazo para el pago hasta de sesenta días y **según muestras que acompaño...**'.

"5. El 16 de abril de 1943, el Director General de Marina contesta al señor Cristo en la siguiente forma: 'Bogotá, abril 16 de 1943. Señor Abraham Cristo. Ciudad. Por el presente **confirmo a usted el pedido de los siguientes elementos,** para ser suministrados por usted al Almacén de la Dirección General de Marina, al precio por usted cotizado en su oficio de oferta fecha 10 de los corrientes: 4.000 metros de alambre negro aislado para instalaciones eléctricas calibre Nº 12 a razón de $ 1.70 metro. 4.000 metros del mismo alambre Nº 14 a $ 0.65 metro. 5.000 metros del mismo alambre calibre Nº 18 a $ 0.38 metro. Por el valor de este suministro se servirá usted formular las cuentas de cobro en la forma que indique la Intendencia Naval para ser recibidas a su vencimiento. — Atentamente, Comandante Hernando Mora A., Director General de Marina'.

"6. El mismo 16 de abril de 1943 Abraham Cristo, siguiendo las instrucciones del Director General de Marina, Comandante Hernando Mora A., entregó en el Almacén de la Dirección General de Marina las cantidades de alambre aislado pedidas por la Dirección General de Marina.

"7. El valor de esta mercancía pedida suma la cantidad de diez mil trescientos ochenta pesos ($ 10.380.00).

"8. Días después el señor Cristo recibe un oficio del señor Director General de Marina, Comandante Hernando Mora A., en el que le dice que se ha desistido de comprar ese alambre.

"9. Este acto de la Dirección General de Ma-

rina determina una larga reclamación del señor Cristo ante el Ministerio de Guerra que se resuelve, tres años y medio después, por medio de la resolución número 2.349 de 31 de diciembre de 1946 en que el Ministerio declara que no es el caso de acceder al reclamo del señor Cristo para que se le pague la factura por diez mil trescientos ochenta pesos ($ 10.380.00) correspondiente al valor de los materiales eléctricos mencionados.

"10. Contra esta resolución se interpuso el recurso de reposición y, por medio de la resolución número 1.497 de 26 de julio de 1947, se niega la modificación y reforma de la número 2.439 de diciembre de 1946.

"11. En esta forma el Ministerio de Guerra, comprometiendo la responsabilidad del Estado colombiano, se niega a cumplir un contrato que le obliga a pagar una cantidad líquida de dinero que está debiendo.

"12. Este incumplimiento de un contrato por parte del Estado colombiano ha determinado que el señor Cristo haya tenido desde el 16 de abril de 1943 y tenga inmovilizados diez mil trescientos ochenta pesos ($ 10.380.00) sin que le produzcan utilidad ni deduzca provecho de ellos.

"13. Por esta causa el señor Cristo ha sufrido perjuicios —lucro cesante y daño emergente— por una cantidad no menor de mil doscientos pesos ($ 1.200.00) mensuales desde el 16 de abril de 1943 hasta la fecha y los seguirá sufriendo hasta el día en que se le haga el pago de las prestaciones debidas.

"14. El material eléctrico entregado por el señor Cristo a la Dirección General de Marina el 16 de abril de 1943, es decir, en épocas de absoluta escasez de estos elementos por causa del reciente conflicto internacional, ha perdido su valor en un 95 % por el deterioro y por la nueva producción al regresar a la normalidad la industria extranjera que ha hecho cesar la escasez y bajar apreciablemente el precio de esos artículos y quien debe responder de estos hechos es el Estado colombiano.

"15. En esta forma se establece que el Estado colombiano —Ministerio de Guerra, Dirección General de Marina— está en mora de pagar al señor Cristo en el lugar y tiempo convenidos el valor de los materiales eléctricos vendidos por el segundo al primero.

"16. Las disposiciones alegadas por el Ministerio de Guerra para eludir el cumplimiento del contrato celebrado con el señor Cristo no obligaban a éste porque estaban contenidas en un decreto 'reservado' cuyo conocimiento para los particulares no era posible.

"17. Esta demanda se origina en el incumplimiento de un contrato celebrado entre la Nación y un particular".

De la anterior demanda se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien al contestarla aceptando algunos hechos y negando otros, propuso al propio tiempo las excepciones de "inexistencia del contrato y de la obligación que se pretende deducir" y de "petición de un modo indebido", configurando así la primera de dichas excepciones:

"Tanto por la naturaleza de la persona jurídica con quien se pretendía contratar, como por la cuantía de la negociación y por los fines para los cuales se destinaban los objetos de que se trataba, el contrato que llegara a celebrarse no podía tener valor jurídico sino mediante el lleno de determinadas formalidades y previa la intervención de determinados funcionarios. Faltando esas formalidades, el contrato no nacía a la vida jurídica y, por lo tanto, la Nación no contraía ninguna obligación".

Después de esta contestación de la demanda el juicio continuó adelantándose por sus cauces normales, en forma tal que las partes gozaron de las debidas oportunidades para la defensa de sus intereses. Por lo cual, y como ya se han agotado los trámites procedimentales de rigor, es el caso de entrar ahora a resolver lo que corresponda, a lo que se procede con la advertencia de que no se observa ningún vicio que invalide la actuación procesal.

La cuestión debatida

En concordancia con las afirmaciones de la demanda, consta de autos que el señor Abraham Cristo le ofreció en venta a la Dirección General de Marina, por medio de comunicación de fecha 10 de abril de 1943, algunas cantidades de alambre negro aislado de distintos calibres, con indicación de sus precios y acompañando las muestras correspondientes (f. 3. v. del cuaderno número 1). Y también consta que la Dirección General de Marina le hizo al señor Cristo, por oficio de 16 del mismo mes de abril, y en relación con aquella oferta, el siguiente pedido de elementos o materiales, para ser entregados al Almacén de la Dirección: 4.000 metros de alambre ne-

gro aislado para instalaciones eléctricas calibre Nº 12, a razón de $ 0.70 metro; 4.000 metros del mismo alambre calibre Nº 14, a $ 0.65 metro; 5.000 metros del mismo alambre calibre Nº 16, a $ 0.60 metro; y 5.000 metros del mismo alambre calibre Nº 18, a $ 0.38 metro (f. 3 v. del cuaderno número 1). Estas adquisiciones debían cargarse al Fondo Rotatorio de la Base Naval A. R. C. "Bolívar" de Gartagena.

Además, según aparece de algunos documentos oficiales (f. 9 y v. del cuaderno número 1), y de acuerdo con declaración rendida en este asunto por el señor Enrique Gamboa Flórez, quien desempeñaba el cargo de Intendente Naval en el Ministerio de Guerra durante el año de 1943, el señor Cristo entregó al Almacén de la Dirección General de Marina los distintos materiales que se le habían pedido, inmediatamente después del oficio en que se le confirmaba la negociación.

Así, en presencia de estos hechos, las partes no desconocen su realidad o evidencia; en cambio, discrepan en cuanto al valor o eficacia de la negociación en referencia.

A este respecto el señor apoderado de la parte demandante, después de algunas consideraciones doctrinarias sobre los distintos vicios de que pueden adolecer los acuerdos contractuales, se expresa así en su alegato de conclusión ante esta Sala, en relación con la excepción de **inexistencia del contrato** propuesta por el señor Agente del Ministerio Público:

"Se dice que el contrato no es valedero o es inexistente, para usar una frase cara a la parte demandada, por dos causas: a) porque no hubo consentimiento del funcionario público competente; y b) porque el contrato no se celebró con las formalidades previstas en el decreto reservado reglamentario del funcionamiento del Fondo Rotatorio de la Base Naval.

"Por separado me referiré a estas objeciones.

"Ya se dejó establecido que desde el punto de vista de la doctrina y de la ley la **teoría de la inexistencia** de este contrato carece de fundamento. La parte demandada ha invocado una excepción desconocida en nuestra ley.

"Pero como las razones aducidas por la parte demandada podrían fundar el fenómeno de la nulidad, quiero demostrar que si hubo algún vicio en este contrato, ese vicio apenas alcanza a configurar una nulidad relativa.

"El artículo 8º del decreto 898 de 7 de abril de 1942 dice:

'Las compras que deben efectuarse en el país, serán gestionadas por el Departamento Técnico, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de este decreto, y cuando excedan de cinco mil pesos, requieren además la autorización de la Dirección General de Marina. Si la compra tiene un valor mayor de diez mil pesos, será necesaria también la autorización del Ministro de Guerra'. Entonces, si una compra en el país es de menos de diez mil pesos, deben concurrir dos circunstancias para la persona que no sea funcionario del Ministerio de Guerra: 1º que su gestión sea hecha por el Departamento Técnico; y 2º que esté autorizada por el Director General de Marina.

"La gestión del Departamento Técnico se explica porque es él quien debe estudiar la bondad de los materiales que se van a adquirir.

"En el contrato con Cristo el concepto del Departamento Técnico se produjo, ya lo hemos demostrado, y fue favorable a los materiales ofrecidos. Ahora, que ese concepto haya sido descuidado o negligente, no es atribuíble a Cristo.

"Se anotó atrás que la gestión comercial fue hecha por el Director General de Marina, pero esto no impidió que se produjera la intervención del Departamento Técnico para cumplir las funciones que le señalara la ley.

".....

"Y como el Departamento Técnico dio su concepto favorable a la adquisición de los materiales ofrecidos por Cristo y el Director General de Marina no sólo autorizó esa compra, sino que de manera personal hizo el pedido, el contrato no tendría vicio ninguno si su cuantía hubiera sido de diez mil pesos. Pero el valor de los materiales asciende a diez mil trescientos ochenta pesos.

"En un contrato de los antecedentes narrados, en que el vendedor procedió con absoluta buena fe y corrección, sería razonable pensar que una diferencia de trescientos ochenta pesos en un negocio de la cuantía de éste, pudiera configurar o determinar las causales suficientes para que se produjera una nulidad absoluta?

"El Director General de Marina y el Departamento Técnico están facultados para expresar el consentimiento del Estado en adquisiciones cuya cuantía sea de diez mil pesos, pero se excedieron y expresaron ese consentimiento en trescientos ochenta pesos más. No es el caso de que no tuvieran facultad para expresar ese consentimiento. Sí la tenían pero limitada. El haber sobrepasado

su facultad en la suma dicha alcanza a constituir un factor de perturbación en la estabilidad social y un atentado contra el orden público?

"Pero se argüirá que no es la consideración de la cuantía sino que se cometió una extralimitación legal. A este argumento se puede contestar con De la Morandiere cuando observa: 'la teoría del orden público no se aplica a la ley, ya que no es por los caracteres de la ley como puede encontrarse un concepto del orden público. No hay que colocarse al lado de la ley sino al lado del acto jurídico: no hay leyes de orden público y leyes que no sean de orden público; hay actos jurídicos que son o no contrarios al orden público'.

"Además, el fraude a la ley no debe considerarse a través de las disposiciones legales sino a través del fin perseguido por las partes. Si el fin es eludir la autoridad de la ley mediante un convenio tácito para derogarla, la sanción es la nulidad. Pero si el fin perseguido por las partes es realizar un acto lícito en que no haya la intención fraudulenta o el medio torcido para sustraerse de las normas legales, entonces habrá un vicio que no alcanza a configurar una nulidad".

Y luego agrega el mismo apoderado de la parte demandante, en lo tocante a la falta de licitación en el negocio de materiales con el señor Cristo, circunstancia también alegada por el señor Procurador Delegado en lo Civil como motivo de invalidez del contrato:

"La exigencia de la licitación es una formalidad administrativa que es esencial al acto administrativo pero no al contrato. Si la ley dispone que un contrato se haga por licitación o mediante licitación y no se hace, el acto administrativo que así lo dispone sería acusable para que se anulara. Una vez anulado el acto administrativo, sería discutible el contrato celebrado sin esa formalidad. Y esto se justifica porque a una formalidad como la licitación no puede dársele el alcance que las leyes civiles atribuyen a ciertas formalidades ordenadas por ellas.

"....

"Pero éstas son consideraciones generales por que lo ocurrido en este negocio es simple. El decreto que, se dice, exige la formalidad de la licitación es el 180 de 1942. Es decir, el decreto reservado, conocido sólo por los funcionarios de la Dirección General de Marina. El hecho de que este decreto no haya sido publicado en el Diario Oficial hace que no obligue a Abraham Cristo".

A las anteriores razones del personero de la parte demandante se contraponen las expuestas en su alegato ante la Corte por el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien sustenta en los siguientes términos la excepción perentoria de inexistencia o invalidez del contrato con el señor Cristo:

"Ya se vió como la adquisición de los materiales a que se refiere el demandante tendría por objeto atender necesidades de la Base Naval de Cartagena, con afectación del presupuesto del Fondo Rotatorio, organismo creado por el decreto 'reservado' Nº 180 de 1942, y que esto lo supo el señor Cristo desde antes de formalizar su propuesta de 10 de abril, como quiera que entre los documentos acompañados a la demanda incluyó la copia del oficio de 7 de diciembre de 1942, por medio del cual el Comandante de la Base aconseja a la Dirección General de la Marina la compra de tales elementos en los siguientes términos: 'Se recomienda la adquisición de estos alambres en la totalidad de existencias anotadas en su oficio, y con cargo al Fondo Rotatorio de la Base Naval A. R. C. Bolívar'.

"El Decreto 'reservado' de que se trata, posterior a la vigencia del Código de lo Contencioso Administrativo, fue reglamentado por medio del Decreto 898 de 7 de abril del mismo año de 1942 y publicado en el Diario Oficial 24934 de 16 del mismo mes y año. Su publicación fue hecha, pues, con un año de anticipación a la fecha en que la Dirección General de Marina se dirigió al señor Cristo para manifestarle que aceptaba la oferta: el 16 de abril de 1943.

"Al Decreto reglamentario en cita pertenecen los artículos que a continuación se transcriben para la mejor inteligencia del problema:

"Artículo 1º Con el fondo Rotatorio del Departamento Técnico de la Base Naval M. C. Bolívar, creado por Decreto número 180 del presente año, se atenderá a la adquisición de materiales y elementos técnicos destinados a stock del almacén o necesarios en las unidades y a la reparación de las mismas, ya sea en el país o en el exterior.

"Artículo 2º. El Jefe del Departamento Técnico o el Subjefe del mismo, en representación de aquél, dirige las operaciones del Fondo Rotatorio y administra las existencias de materiales técnicos del mismo, de acuerdo con el Comando de la Base Naval M. C. Bolívar, del que dependen orgánicamente.

"Artículo 3º. Como consecuencia de lo dispues-

to en el artículo anterior, en toda operación del Fondo Rotatorio, ya sea por movimiento de efectivo o de materiales, se requiere la intervención del personal Directivo del Departamento Técnico, además de la del representante de la Contraloría General de la República. Según el caso, será necesario también la intervención aislada o conjunta del Pagador y del Almacén del Fondo Rotatorio.

"Artículo 8º. Las compras que deben efectuarse en el país serán gestionadas por el Departamento Técnico, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2º y 3º de este Decreto, y cuando excedan de $ 5.000.00 requieren además la autorización de la Dirección General de los Servicios —Servicios de Marina—. Si la compra tiene un valor mayor de $ 10.000.00 será necesaria la autorización del Ministro de Guerra".

"Por otra parte, en el oficio 6725 de 20 de abril de 1944, dirigido por el Contralor General de la República al Ministro de Guerra para absolverle una consulta, se contempla el caso del señor Cristo a que este pleito se refiere, desde dos puntos de vista: considerando que la proyectada negociación estuviera a cargo del Fondo Rotatorio de la Base Naval, o que no lo estuviera. En el primer caso —dice el Contralor— eran aplicables las reglas del Decreto 'reservado' Nº 180 de 1942, dictado por el señor Presidente de la República doctor Eduardo Santos. En el segundo caso, debía cumplirse con la formalidad del contrato escrito exigido por el Decreto 427 de 1936. Y según el Contralor, la formalidad del Decreto 'reservado' aplicable a la proyectada negociación sería, cuando menos, la licitación privada 'porque los efectos ofrecidos por el señor Abraham Cristo no son de exclusiva fabricación de una casa amparada por patente de privilegio y en la ciudad existen varios establecimientos que poseen los artículos ofrecidos y la adquisición excede de dos mil pesos. Pero aún aceptando que la adquisición pudiera ser directa, es a la Junta de Adquisiciones a quien correspondiera librar la orden de compra y no al Director General de Marina (Decreto Nº 180 de 1942, art. 26, inciso 3º)"

"En resumen, para poder afirmar la existencia del contrato administrativo entre la Nación y el demandante, teniendo en cuenta a la vez el servicio oficial que se quería atender y la cuantía de la negociación, hubiera sido preciso:

"1º—Que las gestiones de compra se hubieran adelantado por el Departamento Técnico del Fondo Rotatorio de la Base Naval por ser la entidad competente para ello (art. 8º del Decreto 898 de 1942);

"2º—Que a la compra antecediera una licitación privada, cuando menos, por tratarse de adquisición por cuantía mayor de dos mil pesos y no hallarse justificada la excepción de compra directa prevista en el Decreto 180 de 1942;

"3º—Que la Junta de adquisiciones, por razón de competencia, y no la Dirección General de Marina, hubiera ordenado la compra (art. 26, inciso 3º, del Decreto 180 de 1942, 'reservado', y citado por el Contralor General de la República); y

"4º—Que, tratándose de un negocio de cuantía mayor de diez mil pesos, estuviera autorizado por el Ministro de Guerra mismo (artículo 8º del decreto reglamentario 898 de 1942).

"Nada de esto sucedió en el caso analizado; luego es claro que la presente negociación, de la cual estuvo ausente totalmente el régimen legal adecuado, no nació a la vida jurídica. Discutir este aserto, invocando las normas civiles sobre nulidad con prescindencia absoluta de las de Derecho Público aplicables, es actividad a todas luces improcedente, que sólo tiene explicación nada plausible por el propósito que abriga la contraparte de situar el problema en el terreno de una nulidad relativa, ya saneada, a su juicio, y de exigir el cumplimiento de un contrato que en realidad no ha nacido. Pero lo que la parte demandante llama nulidad relativa, o sea la pretermisión de ciertas formalidades contractuales, tiene un significado jurídico más trascedente en esta especie de negociaciones: pues tales formas y reglamentos han sido instituídos con el principal objeto de salvaguardiar los intereses fiscales de la Nación y tienen el carácter de elementos esenciales en la formación del negocio administrativo. En ningún caso puede prescindirse de ellos. Ni el transcurso del tiempo puede convalidar el acto jurídico a que han debido servir como elemento constitutivo. Su omisión, en suma, jamás puede considerarse como causal de nulidad relativa, susceptible, por lo tanto, de saneamiento".

Finalmente, el señor Procurador Delegado en lo Civil termina su alegato manifestando que la excepción de **petición de un modo indebido** propuesta por su antecesor en el cargo, no existe en realidad en el presente caso, por lo cual "el litigio deberá decidirse según las acciones deducidas en el juicio y en mérito de las pruebas producidas".

Consideraciones de la Corte

Ante todo, conviene advertir que el Decreto "reservado" Nº 180 de 1942 —que según constancias procesales no ha sido publicado en el Diario Oficial (f. 14 del cuad. Nº 1)— no puede tener ninguna incidencia sobre el pedido a que se refiere este litigio, ya que sus prescripciones sobre el manejo del Fondo Rotatorio de la Base Naval "Bolívar" no pudieron ser conocidas por el contratista señor Cristo. A este respecto, hasta sería absurdo que la Corte tratara de aplicar un Decreto que sólo ha llegado a su conocimiento por referencias de funcionarios oficiales, como parece sostenerlo el señor Procurador Delegado en lo Civil.

En cambio, el señor Agente del Ministerio Público tiene razón al alegar que el pedido de que se trata fue hecho sin la adecuada competencia por parte de la Dirección General de Marina, desde luego que efectivamente el Decreto 898 de 1942, que reglamenta el **funcionamiento** del mencionado Fondo Rotatorio (Diario Oficial Nº 24934 de 16 de abril de 1942), establece con la debida claridad, en relación con las adquisiciones dentro del país, que "si la compra tiene un valor mayor de diez mil pesos ($ 10.000.00), será necesaria la autorización del Ministro de Guerra", autorización que no se obtuvo en el presente caso.

Como es natural, no quiere esto decir que el pedido o contrato en cuestión sea inexistente, pues aunque a ese pedido no precedió la necesaria autorización del señor Ministro de Guerra, la expresada irregularidad no es tan flagrante o evidente que pueda equipararse a las simples vías de hecho, como acontece con los actos en que ha habido usurpación de poder y otros similares (por ejemplo, un empleado o entidad administrativa que se arroga atribuciones del órgano jurisdiccional o a la inversa, o un simple agente de ejecución que adopta decisiones jurídicas), que son los actos que la doctrina admnistrativa, desde el punto de vista de la competencia de los funcionarios públicos, considera como actos inexistentes.

Pero como se ha demostrado que el pedido al señor Cristo, a pesar de que excedía de diez mil pesos ($ 10.000.00), se hizo sin la previa autorización del señor Ministro de Guerra, o sea que no hubo la concurrencia de voluntades prevista para estos casos por el artículo 8º del Decreto 898 de 1942, ha de llegarse a la conclusión de que ese contrato carece de valor o eficacia respecto del Estado, que es a lo que en el fondo tienden las alegaciones del señor Procurador Delegado en lo Civil. La creencia que tuviera el señor Cristo sobre la competencia de quien le hacía el pedido, derivada de otras operaciones anteriores, no puede restarle entidad a ese vicio contractual, pues él ha debido cerciorarse de las verdaderas atribuciones con que negociaba el señor Director General de Marina.

Además, la Corte no halla impedimento para declarar la nulidad del contrato con el señor Cristo, ni aún dentro de lo sostenido por su propio apoderado, para quien a lo sumo se trata de una nulidad relativa. Porque, si esa tesis se respalda en el artículo 1745 del Código Civil —que asimila las corporaciones de derecho público, en cuanto a la nulidad de sus actos o contratos, a las personas que están bajo tutela o curaduría— con igual criterio ha de aplicarse el artículo 1750 del mismo Código, que les fija a tales corporaciones el término de ocho años para pedir la nulidad, cuando proviene de la incapacidad o incompetencia de quien actúa a su nombre.

Así pues, ni aún por este aspecto cabe insinuar que la excepción de nulidad fue propuesta extemporáneamente, pues cuando ello ocurrió apenas hacía cinco años y medio que se había hecho el pedido al señor Cristo.

En vista de la declaración de nulidad que habrá de hacerse, la Corte ordenará la restitución al demandante de los materiales suministrados por éste a la Nación (art. 1746 del C. C., inciso 1º). Pero como en las peticiones subsidiarias de la demanda se solicita, además, que se condene a dicha entidad a pagar al actor los deterioros de tales materiales y otros perjuicios, se observa:

De acuerdo con dictamen uniforme de los peritos Alberto Lega y Hernando Vargas Rubiano (f. 19 y v. del cuad. Nº 2), el alambre que ha de restituirse al demandante, que fue examinado por ellos en los Almacenes de la Dirección General de Marina, ha perdido su capa aislante y por eso su valor ha disminuído entre un cuarenta y un cincuenta por ciento. Expresan los expertos que se advierte que ese alambre "ha estado depositado en lugares húmedos, lo que ha dañado la capa aislante", y agregan que al daño ha contribuído "el trasteo de ese material de un lugar a otro dentro de las mismas dependencias del Ministerio de Guerra".

Pero siendo esto así, ¿quién ha de soportar las consecuencias de tales deterioros?.

Interesa advertir desde luego que el señor Director General de Marina es un alto funcionario administrativo investido de ciertas facultades de decisión, por lo cual sus actos contractuales, aunque carezcan de valor o eficacia cuando ha habido extralimitación de atribuciones, no por eso dejan de ser actos del Estado. Identificándose esos altos funcionarios con la entidad estatal, como órganos suyos, los excesos de poder en que incurran no pueden menos de repercutir sobre el Estado, a no ser que se trate de verdaderos actos inexistentes, como aquellos a que se ha hecho mención en este proveído.

Desde este punto de vista, ciertamente el señor Director General de Marina no podía desconocer o ignorar hasta dónde iban sus atribuciones en relación con los pedidos que debían pagarse por el Fondo Rotatorio de la Base Naval "Bolívar". Y no sólo por la índole del Decreto 898, que va especialmente dirigido a la administración, sino también porque en autos se ha demostrado que aquel funcionario intervino en negociaciones anteriores relacionadas con el expresado Fondo Rotatorio (fs. 14 a 18 del cuad. Nº 2).

Ahora bien. Ante esta realidad, o sea conociendo el señor Director General de Marina el vicio de incompetencia con que había celebrado el contrato, estima la Corte que la posesión ulterior de los materiales entregados no puede tenerse como una posesión de buena fe, tanto más cuanto que el señor Ministro de Guerra ha declarado en resoluciones oficiales, una y otra vez, que aquel contrato carece de valor por falta de competencia del funcionario que le hizo el pedido al señor Cristo. A esta conclusión debe llegarse de acuerdo con el artículo 768 del Código Civil, de donde se desprende que no puede haber buena fe cuando se conoce el vicio que invalida el título.

Y si a este respecto es cierto que el señor Ministro de Guerra, en su resolución Nº 2349 de 1946, le hizo saber al señor Cristo que debía retirar del Almacén los materiales en cuestión, esa circunstancia no le resta a la posesión de tales materiales por el Estado el carácter ya anotado, pues la situación concreta de autos es que las partes contratantes han asumido desde un principio en este asunto posiciones antagónicas: el señor Cristo sosteniendo que el contrato era válido y debía cumplirse por el Gobierno, y éste alegando que como tal contrato no tenía valor debían retirarse los materiales de los depósitos oficiales. Pero no podía el Gobierno hacerse justicia por sí mismo. Y de consiguiente, mientras no se decidiera judicialmente la diferencia, por fuerza de las circunstancias el Estado o sus agentes debían continuar en posesión de dichos materiales, sin que por este motivo pudiera cambiar el carácter de esa posesión, la cual no puede considerarse, como se ha visto, de buena fe.

Quiere esto decir que la Corte, de conformidad con los artículos 963, inciso 1º, y 1746, inciso 2º, del Código Civil habrá de condenar a la Nación al pago de los deterioros de los materiales que deben restituirse al señor Cristo, estimando tales deterioros en el cuarenta y cinco por ciento (45%) del valor a que ascendía el contrato objeto de la nulidad, estimación para la cual se tiene en cuenta el dictamen de los peritos Lega y Vargas Rubiano.

En cuanto a los intereses y otros perjuicios que se solicitan en las peticiones subsidiarias de la demanda, la Corte no encuentra que puedan encajar dentro de lo dipuesto por el expresado inciso 2º del artículo 1746 del Código Civil, dadas las características de las cosas que han de ser devueltas por la Nación. En primer lugar, porque no se comprende cómo los alambres que deben restituirse al demandante podrían ser productores de frutos civiles, que son "los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles o impuestos a fondo perdido" (art. 717 del C. C.). Y en segundo término, porque tratándose en este caso de las consecuencias de la declaración de nulidad de un contrato, no pueden ser aplicables normas distintas de las previstas para las restituciones mutuas a que haya lugar, entre las cuales no caben, según se ha dicho, las aspiraciones finales del demandante.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales administrando justicia en nombre de la República y por autoridad le la ley,

Falla:

Primero.—Declárase nula o sin valor la negociación de alambre aislado celebrada por el señor Director General de Marina, como funcionario administrativo del Estado, con el señor Abraham Cristo; negociación a que se refiere el

pedido de aquel funcionario que consta en nota de diez y seis de abril de mil novecientos cuarenta y tres. Por tanto, no hay lugar a hacer las declaraciones principales de la demanda con que se inició este juicio.

Segundo.—La Nación deberá restituir al señor Abraham Cristo las cantidades de alambre aislado que le fueron entregadas con fundamento en la negociación que declara nula.

Tercero.—Condénase a la Nación a pagar al señor Abraham Cristo la suma de CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UN PESOS ($ 4.671.00) por concepto de los deterioros de los alambres que deben restituirse.

Cuarto.—No es el caso de hacer las demás declaraciones solicitadas en las peticiones subsidiarias de la demanda.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE RESTITUCION DE UNAS MERCANCIAS ENTREGADAS EN DEPOSITO

Cuando el valor de la cosa depositada excede de quinientos pesos, el contrato sólo puede probarse por los medios a que se refieren los artículos 1767 y 2242 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cuatro de octubre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor José María Bernal, en su carácter de Gobernador del Departamento de Antioquia, demandó ante el Tribunal Superior de Medellín a la sociedad comercial "Roldán & Cía. Limitada", con domicilio en la ciudad de Medellín, para que mediante los trámites del juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que los señores Roldán y Cía. Ltda., sociedad comercial constituída por escritura pública Nº 1068 de mayo 2 de 1941, de la Notaría 2ª de aquí, deben restituirle al Departamento de Antioquia, en su Empresa el Ferrocarril de Antioquia, los ciento cincuenta y cinco (155) bultos que contenían trigo extranjero, con un peso de nueve mil quinientos ochenta (9580) kilos, marca C. H. A., que recibieron en depósito el 1º de abril de 1943, entrega que deben hacer dentro del término de la ejecutoria de la sentencia que así lo declare;

"b) Que para el caso de que no les fuere posible hacer la entrega o restitución demandada en la letra a) que precede, los señores Roldán y Cía. Ltda. deben pagarle al Departamento de Antioquia, en su Empresa el Ferrocarril de Antioquia, la suma de dos mil quinientos pesos con quince centavos, o la que por medio de peritos se fije en este juicio, o por medio de la tramitación que señala el artículo 553 del C. J.;

"c) Que bien se haga la declaración de la letra a) o de la letra b) que preceden, se condene a la parte demandada, Roldán y Cía. Ltda., al pago, en favor del Departamento de Antioquia, en su Empresa el Ferrocarril del mismo nombre, de los perjuicios causados que se demuestren en este juicio, o en los términos del artículo 553 del C. J.;

"d) Subsidiariamente y para el caso de que no se haga ninguna de las declaraciones anteriores, entonces que se declare que los señores Roldán y Cía. Ltda. están en la obligación de rendirle cuentas al Departamento de Antioquia, en su Empresa el Ferrocarril del mismo nombre, de los ciento cincuenta y cinco (155) bultos de trigo que recibieron en depósito el primero de abril de mil novecientos cuarenta y tres.

Para fundar sus pretensiones, el demandante expuso los siguientes hechos:

"1º—Por remesa libre Nº 106076 de veintiseis (26) de marzo de 1943, de la estación Arauca del Ferrocarril del Pacífico se remitieron hacia la estación central del Ferrocarril de Antioquia, servicio público de transportes de propiedad del Departamento, ciento cincuenta y cinco (155) bultos de trigo extranjero, marca C. H. A., con un peso de nueve mil quinientos ochenta (9580) kilos;

"2º—Como esa cantidad de trigo vino a la estación Medellín sin documentación que dijera para quien estaba destinado, es decir, no se conocía el consignatario, y teniendo en cuenta que es un artículo fácilmente corruptible, para evitar que se dañara, le fue entregada aquella cantidad en depósito a Roldán y Cía. Ltda. y ésta lo recibió, entrega que se hizo el 1º de abril de 1943, según el recibo que se acompaña, y en depósito, por cuanto dicha casa no tiene ni tenía documentación que le diera derecho a recibir el trigo en forma definitiva.

"3º—Como pasaba el tiempo y de la estación Arauca del Ferrocarril del Pacífico no se recibía documentación que definiera el consignatario de aquel trigo, el Jefe de la estación Medellín se dirigió por telefonema Nº 187 de 18 de junio de 1943 a los señores Jefes de Reclamos de Cali y Jefe de la estación Arauca, solicitándoles el envío de aquella documentación.

"4º—Ese telefonema que fue contestado con el Nº 436/4759 de 11 de julio de 1943, en el que se

disponía que el trigo, liquidando el reaforo de ese cargamento desde Arauca, a cargo de la Compañía Harinera Antioqueña, le fuera entregado a ésta, lo que no pudo llevarse a cabo por motivo de la entrega que se hizo a Roldán y Cía., según se explica en el hecho 2º que precede.

"5º—En vista de la entrega que se hizo a Roldán y Cía. Ltda. el Jefe de Reclamos del Ferrocarril del Pacífico, en telefonema 436/5753 de 5 de noviembre de 1943, ordenó que el trigo quedara pendiente en cuenta de Roldán y Cía. Ltda., y a órdenes de la oficina de reclamos del Ferrocarril del Pacífico, para aplicarlo a posteriores faltas.

"6º—En desarrollo de lo dispuesto al final del telefonema de 5 de noviemrbe de 1943, citado en el hecho anterior, el Jefe de Reclamos del Ferrocarril del Pacífico se dirigió al Auditor del mismo Ferrocarril, por oficio Nº 436/1695 R. de 23 de enero de 1944 dándole cuenta de que con los 155 bultos de trigo se había resuelto cubrir a la Compañía Harinera Antioqueña 80 bultos que faltaron en las remesas Nº 38083 y 38996, y así le fue comunicado al Departamento de Tráfico e Información del Ferrocarril de Antioquia, por oficio del 23 de enero mencionado, Nº 436 - 1695/1644 R., quedando a cuenta de Roldán y Cía. Ltda. los 75 bultos restantes.

"7º—Conocedores Roldán y Cía. Ltda. de aquella disposición se dirigieron al Ferrocarril del Pacífico en comunicado Nº 150 G. R. S. del 5 de febrero de 1944 haciendo saber que los ciento cincuenta y cinco (155) bultos de trigo fueron aplicados por Roldán y Cía. Ltda., sin autorización alguna, así: cincuenta y cinco (55) bultos a remesa Nº 99.914 y cien (100) bultos a la Nº 41345, y así lo ratificaron en las comunicaciones Nº 1 svv. de 3 de febrero de 1944, 742 G. R. S. de marzo 27 de 1944 y 582 S. G. V. de abril 24 de 1944 que se acompañan originales.

"8º—La aplicación que Roldán y Cía. Ltda, le dio a los bultos de trigo no fue posible, o mejor, era inverosímil porque la remesa Nº 41345 de enero 11 de 1943, Buenaventura-Medellín, sólo amparaba diez y seis (16) bultos de trigo C. H .A. con mil noventa y cuatro kilos (1094), y la Nº 99814 de 23 de abril de 1942, Virginia-Medellín, amparaba ciento cincuenta y nueve (159) bultos de la misma marca con diez mil ochocientos doce (10.812) kilos, y así no es factible que a una remesa de diez y seis bultos se le registren ciento como faltante, a más de que las remesas cuyos números aquí se citan fueron cumplidas por Roldán y Cía. Ltda., **sin observación,** el 22 y el 28 de marzo de 1943, esto es, con anterioridad al 1º de abril siguiente, fecha ésta en que a la casa mencionada le fueron entregados, en depósito, los 155 bultos de trigo de que se trata.

"9º—Después de la comunicación Nº 582 S. G. R. de fecha 24 de abril de 1944 que los señores Roldán y Cía. Ltda. dirigieron al Ferrocarril de Antioquia, aquéllos nada volvieron a manifestar en relación con los 155 bultos de trigo que recibieron en depósito, no obstante las varias y apremiantes comunicaciones que les fueron enviadas por el señor Jefe del Departamento de Tráfico e Información del Ferrocarril de Antioquia, entre otras las Nº 782 de mayo 29 de 1945 y Nº 1083 de agosto 2 de 1945.

"10.—Roldán y Cía. Ltda. le han causado serios perjuicios al Departamento, en su Empresa el Ferrocarril de Antioquia, con la no restitución de los ciento cincuenta y cinco (155) bultos de trigo a que se refiere esta demanda.

"11.—El Jefe del Departamento Legal del Ferrocarril de Antioquia también se dirigió a Roldán y Cía. Ltda., sin que hubiese obtenido contestación (v. fs. Nos. 260 de octubre 23 de 1945 y 20 de febrero de 1946).

"12.—Como se ve, Roldán y Cía. Ltda. está en mora de restituirle al Ferrocarril de Antioquia, servicio público de transporte de propiedad del Departamento, los ciento cincuenta y cinco (155) bultos de trigo que aquella sociedad recibió en depósito, el 1º de abril de 1943".

Al contestar el traslado de la anterior demanda y referirse a los distintos hechos enunciados, el representante de Roldán & Cía. Limitada manifestó que los 155 bultos de trigo extranjero se le habían entregado a dicha compañía porque "había sido siempre el comisionista de transportes de todos los bienes que Harinera Antioqueña tenía que movilizar dentro del país, hecho perfectamente conocido por el personal de trabajadores del Ferrocarril de Antioquia".

Al propio tiempo, la entidad demandada propuso la excepción de "falta de personería sustantiva del actor y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió".

Dentro de estos lineamientos siguió adelantándose después la tramitación del negocio. Se practicaron pruebas y las partes alegaron por escrito. Y finalmente, agotados los trámites de la prime-

ra instancia, el Tribunal falló el asunto por sentencia de diez y seis de marzo de mil novecientos cincuenta, disponiendo:

"1º La Sociedad comercial de 'Roldán & Cía. Limitada' debe restituir, dentro del término de la ejecutoria de este fallo, al Departamento de Antioquia, los 155 bultos de trigo extranjero con un peso de 9.580 kilos, marca C. H. A., que recibio en depósito el 1º de abril de 1943.

"2º Si no fuere posible hacer la entrega en especie, la misma sociedad demandada deberá pagar a la entidad demandante el valor comercial de los frutos especificados en el numeral anterior, segun el avalúo que se haga por medio de peritos, dentro del procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J.

"3º No se hace condenación en costas".

Vino luégo el juicio a esta Sala de la Corte por apelación de la expresada sentencia del Tribunal, que fue interpuesta por la parte demandada. Y como ante esta Superioridad se han cumplido ya las ritualidades propias de la segunda instancia, se procede ahora a dictar la decisión correspondiente, con la advertencia de que aquí no se han producido nuevas pruebas y apenas se han limitado los interesados a presentar sus respectivos alegatos.

Los fundamentos del fallo apelado

Después de referirse sucintamente a las pruebas de este proceso, el Tribunal de Medellín expone así las razones en que funda su fallo:

"Considera la Sala que no existe prueba alguna de que los bultos en referencia vinieran consignados a la 'Compañía Harinera Antioqueña'. Es muy probable que el Ferrocarril de Antioquia, al entregarlos a 'Roldán & Cía.', hubiera tenido en cuenta la circunstancia de que esta casa comisionista fuera mandataria de aquella Compañía y de que los bultos estaban marcados con las iniciales 'C. H. A.'; pero con ello no se sale del terreno de las hipótesis.

"La determinación del consignatario sólo se hacia al recibo de la remesa original, de suerte que cualquier entrega de mercaderías que se efectuara antes de la llegada de este documento, debía revestir, necesariamente, un carácter provisional, es decir, presentar las modalidades jurídicas del depósito.

"El hecho de que entre 'Roldán & Cía.' y 'Compañía Harinera Antioqueña' existiera una especie de cuenta corriente, según se afirma, debitada por la totalidad de un pedido al extranjero y acreditada por las distintas entregas correspondientes a ese pedido, que iba haciéndoles la Casa Comisionista, no altera la fisonomía del depósito concluído con el Ferrocarril de Antioquia. Porque, en primer lugar, se trataba de un convenio entre el comitente y el comisionista para regular las relaciones recíprocas y al cual era ajeno el Ferrocaril; y, en segundo lugar, porque la devolución que debía hacer éste de los recibos provisionales cuando el consignatario firmaba el cumplido en la remesa original, está indicando precisamente el carácter precario de la entrega primitiva. Roldán & Cía. no podía, pues, exonerarse sino presentando la prueba de que 'Harinera Antioqueña' dio por recibidos del Ferrocarril de Antioquia los 155 bultos o exhibiendo el recibo provisional, que hace presumir la aceptación de esta empresa del hecho de que el cargamento fue recibido a satisfacción por el consignatario. Si fue por una inadvertencia por lo que tal recibo provisional no fue devuelto, es a la parte demandada a quien corresponde la carga de probarla y no a la actora, por tratarse de un hecho anormal que no se amolda al modo corriente de proceder en los negocios".

Los alegatos de las partes ante la Sala

Con el propósito de que se revoque la sentencia recurrida, la parte demandada sostiene, de un lado que el Departamento de Antioquia carece de la acción que ha promovido en este juicio, y de otro que sus afirmaciones están ausentes de toda demostración procesal, pues no hay prueba alguna del depósito a que se refiere la demanda.

Sobre lo primero, dice así el apoderado de Roldán & Cía. Limitada:

"Cabe, en primer término, analizar lo relativo a la personería sustantiva del demandante.

"Conforme aparece de las pruebas traídas al expediente, los 155 bultos de trigo extranjero le fueron entregados para su movilización al **Ferrocarril del Pacífico** y no al Ferrocarril de Antioquia. Así lo demuestra palmariamente el conocimiento de embarque 'Remesa libre número 106076', expedido por los Ferrocarriles Nacionales —Ferrocarril del Pacífico— el 26 de marzo de 1946, que figura al folio 1º del expediente.

"El porteador fue, pues, el Ferrocarril del Pa-

cífico, carácter que no podía perder por el solo hecho de haber utilizado en un trayecto del viaje la línea y los servicios del Ferrocarril de Antioquia.

"Por consiguiente, si hubiera base justa para cualquier acción judicial contra 'Roldán & Cía. Ltda.', por este concepto, sería el Ferrocarril del Pacífico y no el de Antioquia al que correspondería instaurarla. Este último carece de personería para tal fin".

Y agrega luégo el apoderado de Roldán & Cía. en relación con el depósito que se ha venido alegando por el demandante:

"Pero esta afirmación de que la entrega la hizo el Ferrocarril de Antioquia a 'Roldán y Cía. Ltda.' en calidad de depósito, no pasa de ser una afirmación sin fundamento, una hipótesis que no concuerda con la realidad de los hechos.

"Aun cuando ya en el alegato de primera instancia se hizo un análisis detenido de este aspecto del problema, conviene, para mayor abundamiento, hacer aquí las siguientes consideraciones:

"El artículo 2236 del C. C. dice:

'Llámase en general DEPOSITO el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituírla en especie'.

"Y el artículo 2242, ibidem, por su parte, estatuye:

'Cuando según las reglas generales deba otorgarse este contrato por escrito, y se hubiere omitido esta formalidad, será creído el depositario sobre su palabra, sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada o al hecho de la restitución'.

"Así es que si la cosa es mayor de $ 500.00, como es el caso de autos, la constitución del depósito debe constar por escrito y de lo que diga el depositario. Excepción, si se quiere a las reglas ordinarias, que encuentran su explicación y razón de ser en las circunstancias en que este contrato se celebra.

"Ahora bien: en el caso de autos, del examen de las pruebas aducidas debe deducirse que no existe prueba escrita de la constitución del depósito, sin la cual el Tribunal mal podía darlo por celebrado.

"....."

"Y, de otra parte, Roldán y Cía., si bien en ningún momento ha negado ni niega el recibo de la mercancía, ha advertido muy claramente, desde la propia contestación de la demanda, que en ningún caso se trató de la constitución de un depósito, sino del cumplimiento ordinario de una comisión de transporte para Harinera Antioqueña.

"En ninguna parte aparece, de consiguiente, la prueba del contrato de depósito que sirvió de base y fundamento principal al H. Tribunal Superior de Medellín para el fallo en referencia".

Por su parte, el apoderado del Departamento de Antioquia, en contra de las apreciaciones de la entidad demandada, se expresa así en su alegato de conclusión ante la Sala:

"El apoderado de los demandados, en su alegato de primera instancia, trata de desviar la cuestión hacia un resultado dilatorio, oponiendo la réplica de que no es el Departamento de Antioquia, como propietario del Ferrocarril del mismo nombre, sino los Ferrocarriles Nacionales los que tienen el derecho a esa devolución, porque fue el Troncal de Occidente al que le fueron entregados originalmente los cargamentos, y que es con esta empresa con la que tiene que entenderse la Compañía comisionista y a la que tienen que reclamarle los consignatarios de la mercancía, pero este argumento carece de valor en derecho y ante la costumbre comercial, porque fue el Ferrocarril de Antioquia el que entregó los 155 bultos de trigo a Roldán y Compañía Limitada y tiene la acción judicial para reclamar su restitución, sin perjuicio de que, a su vez, los Ferrocarriles Nacionales reclamen del Departamento de Antioquia para satisfacer al verdadero consignante de la mercancía que, por eventos fácilmente explicables y que quedan explicados y probados, fueron a parar a manos de la mencionada Casa.

"Y, porque en Empresas de Transporte que explotan conjuntamente un territorio, ha establecido la costumbre comercial, no solamente en Colombia, sino universalmente, que es el último transportador el que tiene la responsabilidad de la entrega y la facultad de hacer efectivos los correspondientes derechos y le incumbe cumplir las obligaciones que se originan en ese hecho, sin perjuicio de sus deberes para con los transportadores intermedios.

"Pero hay más. Ha quedado establecido que fuéra de las circunstancias originadas en las dificultades del tráfico provenientes de causas fortuitas, hubo un motivo especial para entregar el trigo a la Casa demandada y fue el de evitar el

deterioro de la mercancía, y la entrega del trigo revistió la modalidad jurídica del contrato de depósito en una de sus formas más obligantes para el depositario, lo que determina, no solamente la obligación de restituir, sino la de restituir precisamente al depositante que fue el Departamento de Antioquia por conducto de su Empresa el Ferrocarril de Antioquia y a la primera requisición".

Consideraciones de la Corte

En la demanda inicial de este negocio aparece con perfecta claridad cuál es el fundamento de sus distintas peticiones, el cual se hace consistir en que el Departamento de Antioquia entregó a Roldán & Cía. el 1º de abril de 1943, **en calidad de depósito**, un cargamento de trigo extranjero de 155 bultos, marcados "C. H. A." y con un peso total de 9.580 kilos. Y si es cierto que en el libelo se alude a varias notas y telefonemas en que figura el Ferrocarril del Pacífico como empresa despachadora de la mercancía al Ferrocarril de Antioquia, esa circunstancia no alcanza a restarle valor al fundamento ya dicho de la demanda, sobre el cual ha insistido una y otra vez en sus alegatos la parte actora.

De esta suerte, no puede aceptarse que el Departamento de Antioquia carezca de las acciones promovidas en este proceso, pues si ellas se derivan de un contrato de depósito, es apenas natural que sea la entidad depositante y no otra persona quien pueda ejercerlas.

Pero si por estas razones no habrán de prosperar las excepciones propuestas por la compañía demandada, ¿se ha demostrado acaso en este juicio la constitución del depósito alegado por el Departamento demandante, como lo sostiene en su sentencia el Tribunal de Medellín?

A este respecto conviene advertir que Roldán & Cía. aceptan que recibieron del Ferrocarril de Antioquia el trigo a que se contrae esta controversia, pero agregando que no lo recibieron en calidad de depósito, sino como comisionistas de transporte de todos los bienes que la Compañía Harinera Antioqueña tenía que movilizar dentro del país (contestación a los hechos 1º y 2º de la demanda). Y estas mismas aseveraciones son las que aparecen en su correspondencia con las empresas transportadoras, donde en ningún momento han admitido Roldán & Cía. que el expresado trigo se les entregara a título de depósito".

Además, dentro de este juicio no hay ninguna constancia escrita sobre el hecho en que se fundan la restitución y las otras peticiones de la demanda, o sea sobre la constitución del depósito alegado por el Departamento de Antioquia, depósito que sólo podía acreditarse válidamente, tratándose como se trata de una cosa de valor mayor de quinientos pesos ($ 500.00), por los medios a que se refieren los artículos 1767 y 2242 del Código Civil, como con sobrada razón lo sostiene el apoderado de Roldán & Cía.

De aquí que la Sala no se explique ni pueda compartir la tesis en que se basa la sentencia apelada, según la cual como "la determinación del consignatario sólo se hacía al recibo de la remesa original... cualquier entrega de mercaderías que se efectuara antes de la llegada de ese documento debía revestir, necesariamente, un carácter provisional, es decir, presentar las modalidades jurídicas del depósito".

Y es que, en realidad, ni el supuesto de que parte el Tribunal sobre **la determinación del consignatario** está plenamente acreditado en estos autos, pero ni aún estándolo podrían deducirse las conclusiones a que llega el fallador de primer grado, ya que la prueba necesaria para establecer el contrato de depósito, en un caso como el actual, está claramente determinada por los artículos del Código Civil a que antes se ha hecho referencia.

De consiguiente, si lo único que ha logrado comprobar el demandante dentro de este proceso es la entrega de los 155 bultos de trigo a Roldán & Cía., este solo hecho no es bastante para que pueda prosperar ninguna de sus distintas pretensiones, pues todas ellas se basan en que la entrega se hizo a título de depósito, lo cual carece de respaldo probatorio en el expediente.

Y sin más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo dictado en este asunto por el Tribunal Superior de Medellín con fecha diez y seis de marzo de mil novecientos cincuenta, y en su lugar absuelve a **Roldán & Cía. Limitada** de los cargos de la demanda.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Luis Rafael Robles—**Luis A. Flórez**—**Agustín Gómez Prada**—**Rafael Leiva Charry**—**Jorge García Merlano,** Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veinte de octubre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Tiberio Duque A., en calidad de apoderado del señor Emiliano González, demandó ante el Tribunal Superior de Manizales al Departamento de Caldas, a fin de que mediante juicio ordinario se condenara a esta entidad a las siguientes prestaciones:

"1º A pagarle a Emiliano González, de las condiciones dichas, la cantidad de mil doscientos pesos ($ 1.200.00), o lo que se establezca por peritos, valor de la mula que mató el tren número 14 del Ferrocarril de Caldas, el 28 de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, en el kilómetro 82 de esa vía férrea, en el punto llamado curva de 'La Guaira', comprensión del Municipio de Chinchiná.

"2º A pagarle el lucro cesante por la muerte del mencionado animal desde el 28 de febrero de 1946, lucro cesante que se establecerá en el curso del juicio".

El demandante relacionó nueve hechos como fundamento de sus peticiones, hechos que en lo sustancial pueden sintetizarse así:

a) El Departametno de Caldas es dueño de la empresa llamada Ferrocarril de Caldas, que va de la ciudad de Cartago a la de Manizales (hecho 1º);

"b) Don Emiliano González era dueño de 'una mula negra, de tamaño grande, marcada en el brazuelo izquierdo con una 'E' y una 'G' enlazadas', animal que era de fuerte contextura y le prestaba un gran servicio a su propietario (hecho 2º);

"c) La mula pastaba en un potrero cercano a Chinchiná, y todos los días iba un muchacho a sacarla del potrero para llevarla a dicha población (hecho 4º);

"ch) El 28 de febrero de 1946 el muchacho fue a sacar la mula del potrero, como de costumbre, pero en esa ocasión el animal, en lugar de seguir la vía hacia la casa, 'cogió por la carretera que va a Santa Rosa, penetró a la carrilera del Ferrocarril de Caldas por el punto llamado 'El Pontón', siguió por la carrilera hacia Chinchiná en el kilómetro 82, y cuando iba en la curva llamada 'La Guaira', asomó en el extremo occidental de dicha curva la locomotora número 14, manejada por el maquinista José Marín, y ese tren le dio muerte a la mula en la misma curva de 'La Guaira', de una manera instantánea (hecho 4º); y

"d) El Departamento de Caldas es responsable de los perjuicios causados al señor Emiliano González con la muerte de la mula en referencia, pues aunque los animales no pueden transitar por las vías férreas, "esas vías deben estar cercadas para impedir que a ellas penetren animales vagabundos" (hecho 7º).

De la anterior demanda se dio traslado al señor Gobernador del Departamento, quien designó apoderado para la defensa de los intereses de la entidad por él representada. Después, dentro de la debida oportunidad procesal, se practicaron algunas pruebas a petición de la parte actora. Y finalmente, agotado todo el procedimiento de primera instancia, el Tribunal falló el pleito por sentencia de fecha caorce de abril de mil novecientos cincuenta, en los siguientes términos:

"1º Declárase probada la excepción perentoria de falta de personería de la parte demandada.

"2º En consecuencia, se absuelve al Ferrocarril de Caldas de los cargos que le fueron formulados en la demanda presentada el catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y seis y en el juicio ordinario de Emiliano González contra el Departamento de Caldas".

Para llegar a esta conclusión consideró el Tribunal que no se habían acreditado algunos de los hechos afirmados por el demandante, pero sobre todo que no se había establecido que el Ferrocarril de Caldas perteneciera al Departamento, pues las ordenanzas aportadas al juicio con ese fin no estaban debidamente autenticadas.

Apelada la sentencia en cuestión por el apoderado del demandante, procede ahora esta Sala de la Corte a resolver lo que en derecho correspon-

da, cumplidas como están ya las ritualidades propias de esta segunda instancia.

Para ello, se considera:

En contra de lo que opina el Tribunal, estima la Corte que en estos autos sí está acreditado que el Ferrocarril de Caldas pertenece al Departamento demandado, como se desprende de las ordenanzas 24 de 1911 y 27 de 1912, las cuales se hallan incluídas en la **Codificación de las Ordenanzas y otras disposiciones de carácter permanente**, que obra en el expediente. El Tribunal alega que esa **Codificación** no está debidamente autenticada, pero la Corte no puede aceptar ese punto de vista, pues la autenticación que se echa de menos resulta de la comunicación del Gobierno Departamental remisoria de las expresadas ordenanzas, en contestación al exhorto del Tribunal número 164 (fs. 2 y v. del cuaderno número 2).

Fuéra de esto, en el presente juicio se han acreditado estos hechos: que la mula a que se refiere la demanda fue efectivamente muerta por un tren del Ferrocarril de Caldas el 28 de febrero de 1946, en el kilómetro 82 de esa línea, como lo aseveran los testigos Arturo Arbeláez Londoño y Marco A. Escobar Obando (fs. 26 a 28 v. del cuaderno número 2), en declaraciones que abundan en detalles sobre el accidente; y que esa mula era de propiedad del demandante González, conclusión a la que se llega teniendo en cuenta las declaraciones antes mencionadas y la circunstancia de que en inspección ocular extrajuicio, practicada el mismo día en que fue atropellado el animal, se logró establecer que la mula muerta estaba marcada con las letras "E-G" entrelazadas, que indudablemente corresponden a las iniciales del demandante.

Con todo, las circunstancias en que ocurrió el accidente no permiten imputarlo a culpa del Ferrocarril de Caldas, o lo que es lo mismo, de la entidad demandada. Y ello porque según las propias afirmaciones del demandante, contenidas en el libelo, el hecho causante del perjuicio se debió a descuido o abandono del mandadero que envió el señor González a sacar la mula del potrero en que pastaba. Si ese mandadero acostumbraba llevar la mula todos los días a Chinchiná por vías seguras y el 28 de febrero de 1946 dejó que siguiera por la carretera de Santa Rosa y tomara la carrilera del Ferrocarril, fue por culpa del empleado del señor González por lo que se produjo el accidente, con lo que queda descartada la responsabilidad del Departamento.

De otra parte, en este asunto se ha demostrado que el maquinista de la locomotora no tuvo culpa alguna en el accidente, como resulta del concepto de los peritos Manuel Villegas y Ramón Márquez S., quienes intervinieron en la inspección ocular practicada dentro de este proceso (fs. 38 y v. del cuaderno número 2); pues en ese concepto pericial se expresa, mediante la reconstrucción adecuada, que el tren que mató la mula del señor González no habría podido parar oportunamente después de haber cruzado la vuelta de "La Guaira" y estando dicha mula a una distancia de ciento trece metros con ochenta centímetros de la expresada vuelta.

Finalmente, tampoco se puede deducir responsabilidad al Departamento de Caldas por no haber mantenido cercas laterales a lo largo del kilómetro 82 de la vía férrea —como lo pretende el demandante— pues el inciso 1º del artículo 8º de la ley 76 de 1920, que establecía esa obligación para las empresas de ferrocarril, fue expresamente derogado por el artículo 20 de la ley 19 de 1921.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ABSUELVE al Departamento de Caldas de los cargos de la demanda con que se inició el presente juicio.

En los términos anteriores queda modificada la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de fecha catorce de abril de mil novecientos cincuenta.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Rafael Robles — **Luis A. Flórez**—**Agustín Gómez Prada**—**Rafael Leiva Charry**—**Jorge García Merlano**, Secretario.

MODIFICA LA COMPOSICION DE LAS SALAS DE LA CORTE Y EL FUNCIONAMIENTO DE LA SALA DE CASACION CIVIL

DECRETO Nº 1857 DE 1951
(Septiembre 4)

por el cual se dictan algunas normas encaminadas a obtener el oportuno despacho de los negocios de que conoce la Rama Jurisdiccional del Poder Público.

El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

CONSIDERANDO:

.....

.....

DECRETA:

Artículo 1º — .....

Artículo 2º — .....

Artículo 3º—A partir del 20 de septiembre de 1051, las Salas de la Corte Suprema de Justicia quedarán integradas así: la de Casación Civil, por ocho Magistrados; la de Casación Penal, por cuatro, y la de Negocios Generales, por cuatro.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 67 de 1943, y mientras el Congreso hace la correspondiente elección, el Gobierno determinará los Magistrados que deben constituir tales Salas.

Artículo 4º—Durante el resto del actual período constitucional de la Corte, la Sala de Casación Civil se dividirá en dos, con cuatro Magistrados cada una, según el orden alfabético de apellidos, y funcionarán separadamente en el conocimiento de sus respectivos negocios, salvo que a juicio de la correspondiente Sala se trate de modificar una jurisprudencia ya consagrada, caso en el cual lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la que está conociendo del asunto.

Las funciones de Secretaría de las dos Salas se cumplirán por el mismo personal que en la actualidad las desempeña.

Artículo 5º — .....

Artículo 6º — .....

Artículo 7º — .....

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, a 4 de septiembre de 1951.

Laureano GOMEZ

(Siguen las firmas de todos los Ministros).

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Exequibilidad de varias disposiciones de la Ley 89 de 1948, sobre organización electoral, e inexequibilidad parcial del inciso 3º del artículo 6º de la misma ley, sobre inelegibilidad del Registrador Nacional del Estado Civil.—Para que se cumpla el mandato del artículo 172 de la Constitución, no es indispensable que la organización electoral esté sometida a la influencia de los partidos políticos—Este precepto sólo se aplica al caso de elección, es decir, al caso en que se designa una persona por medio de votos. — La prohibición del art. 178 de la Constitución no significa también que los Jueces o Magistrados no puedan tener determinada filiación política. — Las organizaciones electorales no son en sí mismas organismos políticos, ni la función escrutadora es un acto político—El derecho de sufragio tiene un carácter relativo, y el legislador puede exigir determinadas condiciones y calidades para su ejercicio.—Incompatibilidades en materia electoral.—Decide la Corte que son exequibles los artículos 1º, 3º, 5º, 6º (inciso 3º), 8º (ordinal a), 10, 12, 20 (inciso 11), 24 (inciso 3º), 43, 58, 65 de la Ley 89 de 1948 e inexequible el inciso 3º del artículo 6º de la misma ley, en cuanto esta última norma señala un término de inhabilidad que excede del establecido por el artículo 108 de la Constitución. — Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 353

Se abstiene la Corte de conocer de la inexequibilidad de la Ley 88 de 1948, artículo 11, que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por cuanto la demanda fue presentada después de la fecha hasta la cual habían sido concedidas esas facultades y, en consecuencia, ya no está vigente la disposición acusada. Declara la Corte que no hay materia sobre la cual pueda fallar, en relación con la demanda presentada por el señor Demetrio Pardo contra la disposición mencionada.— Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 368

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de nulidad de un juicio ejecutivo y de un remate. — **La falta de cumplimiento del requisito señalado por el artículo 1434 del Código Civil, consistente en notificar a los herederos la existencia del crédito contra el causante, es causal de nulidad, la que es meramente procesal; no puede ser alegada sino por los interesados en cuyo favor fue establecida y puede ser convalidada por éstos, y en consecuencia, sólo los herederos que no fueron legalmente notificados o emplazados pueden demandar su declaración en juicio ordinario.** — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario que sobre nulidad de otro ejecutivo y de un remate, siguió Heliodoro Henao Vanegas, como heredero de Heliodoro Henao González, contra Rafael Piedrahita y otros.— Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 370

Acciones de nulidad de una donación y de reivindicación. — **La Ley 68 de 1946 es interpretativa—La incongruencia como causal de casación.—No puede haber incongruencia cuando en el fallo se contiene una absolución total.**—En el juicio ordinario que Feliciana Insignares de Betancourt y otros siguieron contra Víctor M. Betancourt y contra "Empresa Transportadora de Ganados, S. A.", no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barran-

Págs.

quilla. — Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 380

Requisitos de la usucapión. — Quien reconoce dominio ajeno durante el tiempo de la prescripción, abdica simplemente del carácter real o aparente de poseedor, pero no renuncia del derecho que no ha adquirido.— Técnica de Casación—Condiciones para que prospere el cargo por errónea apreciación de pruebas.—Las acciones consagradas por los artículos 1887 a 1889 del C. C. no pueden hacerse valer por personas extrañas al contrato de compraventa.—No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Jorge Martín contra Ana Forero de Gouffray sobre pertenencia de unos terrenos por haberlos adquirido por prescripción extraordinaria. — Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo..... 386

Requisitos del testamento verbal. — En este caso pueden ser más de tres los testigos.— En el acto del testamento verbal pueden existir dos clases de testigos: los que comparecen o son llamados a solemnizarlo y a los cuales la ley denomina instrumentales, y otras personas que por cualquier circunstancia estuvieren también presentes en el momento del otorgamiento, testigos éstos que los autores denominan informativos o ilustrativos. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario que sobre nulidad de un testamento siguió Aquilina López de González, contra César Escobar y otros.—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas. 393

Valor probatorio de las actas de inspección ocular.—El Juez debe dejar consignado en estas actas su concepto, ya directamente, ya haciendo suyo el dicho de los testigos o aceptando el de los expertos cuando éstos intervienen.—La sola negativa del demandado de no tener la cosa reivindicada como poseedor, no es suficiente para que no prospere la acción reivindicatoria. — Cuál debe ser en estos casos la prueba de la posesión. No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Ibagué profirió en el juicio ordinario sobre reivindicación, seguido por Abel y Timoteo Rengifo S. contra Gregorio Rueda.-Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 401

Acción de pertenencia de un inmueble, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria.—Requisitos para que se opere el fenómeno de la unión o incorporación de posesiones.—En el juicio ordinario que sobre el objeto expresado, Juan de la Cruz Arango y otros siguieron contra Luis E. Maya Arango, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 403

Cuando la declaración de prescripción adquisitiva es resultado de una acción directa, no es necesario pedir que se ordene la cancelación del registro de los títulos del dueño anterior, porque la inscripción de la sentencia que reconoce la prescripción lo cancela en realidad, aunque lo deje formalmente vigente. — La declaración judicial de que una herencia está yacente es necesaria para que ese estado de yacencia entre a producir los determinados efectos que la ley señala.—La suspensión de la prescripción, en favor de la herencia yacente, se cuenta desde el momento de la delación, pero para que tal cosa ocurra, es indispensable que haya precedido la declaración judicial de yacencia, la cual retrotrae sus efectos al momento de la muerte del causante.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario que Encarnación Uribe de Bravo Escobar y otros, en su propio nombre y también en representación de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Uribe-Bravo Escobar, siguieron contra Argemiro Yepes y otros, sobre que carecen de efectos legales contra los derechos de los demandantes, el juicio de venta de bien hipotecado seguido por el Banco Hipotecario de Bogotá contra Carlos A. Bravo Uribe y la adjudicación hecha en ese juicio y por remate, a favor del mencionado Banco, de

Págs.

un inmueble ubicado en Medellín.—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 413

No se admite un recurso de hecho.—El Decreto 003547 de 1950 es aplicable a todos aquellos procesos en que no hubiera sido dictada aún sentencia de segunda instancia cuando el mencionado Decreto comenzó a regir.—Esta disposición no desconoce derechos adquiridos.—Decide la Corte que estuvo bien denegado el recurso de casación que la parte demandante interpuso contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario seguido por Aníbal Morales P. contra la sociedad Eduardo L. Gerlein & Co., y en consecuencia no admite el de hecho propuesto por la misma parte.—Magistrado ponente Dr. Pedro Castillo Pineda 419

La liquidación de la sociedad conyugal, exceptuada la provisional de las sociedades preexistentes a la vigencia de la Ley 28 de 1932, no es objeto de una acción principal, sino que viene siempre como consecuencia de la disolución del matrimonio, o del divorcio, o de la nulidad de aquél, o de la separación total de bienes.—Esa liquidación se sujeta siempre, con la excepción anotada de la provisional a las disposiciones pertinentes de la sucesión por causa de muerte, y en ningún caso se efectúa por el procedimiento ordinario.—En el juicio sobre separación de bienes, seguido por Julia González de Avella contra su cónyuge Mario Avella, se declara que estuvo bien denegado el recurso de casación que el demandante interpuso contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, y en consecuencia, no se admite el de hecho propuesto por el mismo.—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 421

Acción declarativa de haber adquirido el dominio de unos inmuebles por medio de la prescripción.—La enunciación de los hechos por el demandante en el libelo y su aceptación por el demandado en la contestación, constituyen confesiones en cuanto ellos pueden perjudicar al uno o al otro, respectivamente.—Requisitos para que opere la prescripción de corto tiempo reconocida por la ley 200 de 1936.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Neiva profirió en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado, por Tomás Córdoba contra Roberto Pastrana.—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 424

Acción reivindicatoria.—Aporte de bienes inmuebles a una sociedad.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario que Efraín Barreneche, en su condición de socio administrador de la sociedad "Barreneche Hermanos", siguió sobre el objeto expresado, contra María Cardona v. de Osorno y otros.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 433

Acción de pertenencia de un inmueble, por haberlo adquirido por prescripción—Técnica de casación.—Qué se necesita para que el recurso prospere con fundamento en lo preceptuado por la segunda parte del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial.—Casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguieron Ismael Núñez y otra, contra Zacarías Luna V.—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 437

Abogados que han sido designados conjueces de la Sala de Casación Civil 442

Acción de indemnización de perjuicios.—Valor que tiene en un juicio civil el dictamen pericial practicado en un proceso penal seguido por el mismo hecho que funda la reclamación civil indemnizatoria.—La prueba testimonial no es idónea para establecer cuestiones técnicas o científicas.—En el juicio ordinario que Juan M. Soto y otra siguieron sobre el objeto expresado, contra la sociedad "Parrish & Compañía S. A.", se casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Barranquilla.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 443

Págs.

La presunción de verdad de las declaraciones contenidas en un instrumento público no es una presunción de derecho, y quienes han hecho esas declaraciones pueden contraprobar por los medios legales, y la contraprueba, si es completa, tiene eficacia respecto de los otorgantes del instrumento. Las obligaciones del vendedor, de responder de los frutos de la cosa vendida y de indemnizar los perjuicios, cuando retarda la entrega, son divisibles.—Hay presunción de culpa en el vendedor que no hace la entrega oportunamente.—Para que él quede relevado de la obligación de responder por los frutos, debe probar que el caso fortuito sobrevenido antes de la mora, impidió su producción o su percepción, y no basta la sola prueba de ese caso fortuito. Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario que Francisco Luis Acosta M. y otro siguieron contra Marco A. Mejía y otra, sobre pago de los frutos naturales y civiles de una finca vendida y no entregada oportunamente y de los perjuicios ocasionados con este hecho.—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda.. 448

Acción reivindicatoria.—Requisitos de la cosa juzgada.—El reconocimiento de la propiedad en un juicio reivindicatorio, tiene un carácter simplemente declarativo, y no constitutivo.—Se niega la casación de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por José J. Ocampo contra Joaquín Castrillón. Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña .. 454

Dentro del antiguo régimen de administración de la sociedad conyugal el marido era el único responsable ante terceros de las deudas que la mujer hubiese contraído con la autorización expresa o tácita de él.—En el juicio ordinario que Tadeo Sánchez y otra siguieron contra Hersilia González, sobre nulidad de una hipoteca y sobre reivindicación del inmueble hipotecado, se casa parcialmente la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Pamplona.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía .. 458

Págs.

Acción reivindicatoria.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Carlos Arturo Taborda contra Matilde Neira y otro. — Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 463

Las escrituras de traspaso de derechos hereditarios deben registrarse en el libro número segundo.—En el juicio ordinario que Emiliano Arias siguió contra José Crisanto Arias y otros, sobre nulidad de la partición llevada a cabo en las sucesiones acumuladas de Cerbeleón Arias e Isidra Gamboa, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga.—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas . 468

Acción de indemnización de perjuicios.—La responsabilidad civil indirecta de los empleadores o patronos por la culpa o hecho de sus agentes proviene de la presunción de culpabilidad en que la ley los coloca, por la mala elección o por la falta de vigilancia y control sobre el modo como cumple el dependiente con las funciones que le han sido encomendadas.—Para conformar la responsabilidad por culpa extracontractual, no cabe acudir a las normas que rigen la responsabilidad por culpa contractual.—Manera de acreditar cada una de estas dos culpas y de probar su existencia.—Error de hecho y error de derecho.—La Corte niega la casación del fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguió Carlos J. Soler contra la compañía "Gaseosas Limitada".—Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña 475

Acción reivindicatoria. — Los baldíos no son enajenables a título de venta.—Quien adquiere de otro particular un terreno baldío sin que haya precedido la adjudicación hecha en favor del vendedor por el Estado, no adquiere por el solo hecho de la compra un dominio que el enajenante no tenía sobre el terreno.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario que José María Gra-

Págs.

jales siguió contra Domingo González y otros, sobre reivindicación.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 481

Acción de nulidad de un contrato de compraventa.—Representación en juicio de las herencias.—Ilegitimidad de la personería sustantiva.—El error de hecho como causal de casación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguió Ernestina Dulce de Muñoz contra Leonilde Figueroa. — Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 484

Valor probatorio de las copias de documentos públicos.—La invalidez de los actos jurídicos creados por un acuerdo de voluntades no puede judicialmente prosperar, sino en controversia con todos los que intervinieron en dicho acto.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario seguido por Manuel Ernesto Gómez, como heredero de Clara Rosa Agudelo de Gómez, contra Filomena Hernández de Gómez y contra la Mutualidad Nacional, en liquidación, sobre nulidad de un contrato de compraventa. Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña .. 490

SALA DE CASACION PENAL

Elementos del delito de detención arbitraria. Requisitos para decretar la detención preventiva de un sindicado.—Alcance de las facultades del Gobierno durante el estado de sitio.—Requisitos para que pueda llevarse a cabo la detención prevista por el artículo 28 de la Constitución Nacional.—Se llama a responder en juicio criminal al Dr. Leonidas Pretelt Mendoza por el delito de detención arbitraria.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 496

Restitución de términos.—Cuándo se suspenden en un proceso.—Concede la Corte la restitución del término para formular la demanda de casación, solicitada por el apoderado de Alfredo Pomar en el recurso interpuesto por éste contra la sentencia de la Jefatura del Estado Mayor del Ejército. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 506

Delito de abuso de autoridad (demoras). Cuándo el excesivo recargo de trabajo exime de responsabilidad al funcionario.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en favor de los Dres. Luis Valencia Echeverri y Nicomedes Hincapié Mejía por cargos de abuso de autoridad.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 507

Nulidades en el proceso penal.—La providencia que declara una nulidad es un auto interlocutorio.—Nulidad por incompetencia de jurisdicción.—No se invalida la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el proceso contra Iván Uribe Díaz por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 510

Causal 2ª de casación.—Apreciación de indicios.—Delito de robo.—Se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Cali condenó a Nabor Morales como responsable del delito de robo.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 514

Los impedimentos tienen un carácter eminentemente personal. — Impedimentos del Procurador Delegado en lo Penal.—Cuando este funcionario está impedido no lo está también, por este solo hecho, el Procurador General.—Se declara probado el impedimento manifestado por el Dr. Luis Zafra para actuar en su calidad de Procurador Delegado en lo Penal en un proceso.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 520

No es indispensable que el jurado emplee en sus respuestas la palabra "sí" o la palabra "no"; lo único que importa es que esas respuestas no sean ambiguas o equívocas.—Coparticipación criminosa.—La complicidad correlativa, lo mismo que todas las circunstancias modificadoras, debe ser reconocida expresamente por el jurado con in-

Págs.

cución de sus presupuestos esenciales.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga condenó a Pedro Mayorga Ordóñez, como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 521

Para que pueda computarse la circunstancia de mayor peligrosidad prevista por el numeral 2º del artículo 37, es necesario que en el proceso estén acreditadas las condiciones anteriores, judiciales o de policía, por medio de las copias de las sentencias ejecutoriadas, expedidas por los funcionarios competentes y con el lleno de las formalidades legales. — Invalida la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó a José Efraín Valencia Gallego, como responsable del delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 525

Competencia para conocer de procesos penales adelantados contra enfermos de lepra. Emite la Corte concepto favorable a que se cambie la radicación de los procesos adelantados en el Distrito Judicial de San Gil contra José Dolores Miranda, contra Roberto Correa y contra Ciro Antonio Pico, por los delitos de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 527

Recurso de hecho.—El que un recurso de casación sea procedente respecto de uno o de varios de los condenados en una sentencia, no significa que por ese solo hecho lo sea respecto de todos.—No se admite el recurso de hecho interpuesto por el apoderado de Hernando Ardila García y otros, para obtener de la Corte la concesión del recurso de casación contra la sentencia proferida por el Comando Superior de las Fuerzas Militares, recurso denegado por esta entidad.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 528

Técnica de casación.—Requisitos de la demanda.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el proceso seguido contra Alejandro Rojas por el

Págs.

delito de lesiones personales.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 531

Improcedencia de la causal segunda de casación en los juicios en que intervino el jurado.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a José Antonio Nieto por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 534

Delito de concusión.—Se confirma la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pamplona condenó al Dr. Pedro Alvarez Peña, ex-Juez Penal del Circuito de Ocaña, por el delito de concusión.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 537

Nulidades en el proceso penal.—Testimonio—Qué lo configura.—Aplicación de las sanciones en procesos con intervención del jurado.—La Corte no invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pamplona condenó a José o José Antonio Afanador Portilla, como responsable del delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 539

Doctrinariamente, no toda riña provocada por el occiso es una riña imprevista.—Cuando en el veredicto se reconoce la riña, pero se omite o calla lo relativo a su imprevisión, sólo puede tenerse como circunstancia de menor pligrosidad.—Las circunstancias modificadoras deben ser reconocidas explícitamente en el veredicto, con sus especificaciones legales o elementos integrantes. No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el proceso seguido por el delito de homicidio, contra Rito Antonio Torres.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 546

Delito de prevaricato.—La Corte sobresee definitivamente en favor de los Dres. Justo Franco, Alfonso Galvis Amado y Carlos A. Gómez G., Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, por los cargos de prevaricato que les formuló en su denuncia el Sr. Andrés Penagos, y ordena que se saque co-

Págs.

pia de lo pertinente para que se averigue la responsabilidad en que el denunciante haya podido incurrir por delitos contra la administración de justicia.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 553

Solicitud de libertad por pena cumplida.—Se concede al sentenciado Ricardo Flórez Pabón, la gracia de la libertad por él solicitada.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 556

Delito de homicidio. — Técnica de casación. En el proceso seguido contra Pedro Damián Joya Sandoval por el delito de homicidio, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 558

Delito de abuso de autoridad.—Requisitos para que la demora en el despacho de los negocios judiciales, configure infracción penal.—Se sobresee definitivamente en favor de los Dres. Luis Felipe García y Carlos Lozano Quintero, Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué, por cargos de abuso de autoridad consistentes en demoras en la tramitación de un proceso contra el Dr. Jorge Humberto Posada.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 561

Cambio de radicación de un proceso.—La Corte emite concepto favorable a que se cambie la radicación del proceso que se adelanta en el Distrito Judicial de San Gil contra Trino o Urbano Sánchez Rivera, por varios delitos de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 564

Delitos de abuso de autoridad y prevaricato.—Se confirma el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Cartagena profirió en favor del Dr. Ramiro Araujo Grau, ex-Juez Penal del Circuito de la misma ciudad, por cargos de abuso de autoridad y de prevaricato.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 567

Delito de prevaricato.—Declara la Corte que la actuación del Dr. Alfredo Constaín, Magistrado del Tribunal Superior de Popayán, en el proceso contra César Garrido por injuria y calumnia, no constituye delito alguno y, en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento contra el mencionado Dr. Constaín.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 569

Autos interlocutorios y autos de sustanciación.—Diferencias existentes entre la una y la otra clase de autos.—Declara la Corte que el hecho ejecutado por los Dres. Héctor Santander, Guillermo Hanssen y Luis Alfonso Pérez, Magistrados del Tribunal Superior de San Gil, al no admitir un recurso de hecho propuesto por el apoderado de la parte civil en un proceso contra Rosa Duarte de Mancilla por homicidio, no constituye infracción penal alguna, y en consecuencia ordena cesar todo procedimiento contra ellos.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 571

Cuando la detención preventiva se ordena en el auto de proceder, este hecho no es obstáculo para que se dé cumplimiento inmediato a la orden.—El error de interpretación en que incurre de buena fe un funcionario cuando el texto legal admite diversas interpretaciones, no configura infracción penal.—Se confirma el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de San Gil profirió en favor del Dr. Alberto Rueda Amorocho, ex-Juez Superior de la misma ciudad, por cargos de abuso de autoridad.—Magistrado ponente Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 574

Impedimentos y recusaciones.—Cuál es el interés que constituye la causal de impedimento o de recusación.—El haber formado parte de la Sala de Decisión del Magistrado que actúa como Ponente en un proceso, y haber estado acorde con las tesis del mismo, no constituye interés en el sentido que da a esta palabra la ley cuando lo erige en causal de impedimento.—Se declara infundada la recusación propuesta por el sindicado Heriberto García Cano, contra el Magistrado del Tribunal Superior de Mani-

Págs.

zales, Dr. Fabio Ramírez Hoyos, para conocer de un proceso contra aquél.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez .. 578

Delitos de prevaricato y de abuso de autoridad.—La simple discrepancia de tesis no configura infracción penal. — Cuándo la usurpación de jurisdicción puede ser delito.—Se ordena cesar todo procedimiento contra los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores José Luis Alandete, José Francisco Angulo y Arnaldo Donado, por cargos que les formuló el Fiscal 1º del mismo Tribunal.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 582

Cambio de radicación de un proceso—Conceptúa la Corte que no es el caso de cambiar la radicación del proceso que contra Hernando Escobar González se adelanta en el Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez..... 585.

La Corte carece de competencia para juzgar a los Magistrados de los Tribunales del Trabajo.—La calidad del cargo que desempeña en el momento de la infracción porque se acusa al funcionario, es la circunstancia que sirve para radicar la competencia para conocer de un juicio de responsabilidad contra un empleado.—Se inhibe la Corte de conocer del denuncio formulado ante ella contra los doctores Ricardo Martínez Muñoz y Alfonso Rodríguez Narváez, por cargos de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones de Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Pasto.-Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 588

La causal de impedimento consistente en haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas, sólo tiene operancia cuando el funcionario ha tenido tal carácter dentro del proceso de que legalmente le corresponde conocer.—Declara la Corte que no está probado el impedimento manifestado por el doctor César Dimas Barrero, Magistrado del Tribunal Superior de Tunja, para conocer de un proceso contra Josué N. Rojas y otros, por delitos contra la salud e integridad colectivas.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 591

Págs.

La enemistad como causal de impedimento y de recusación.—Esta enemistad no equivale a la simple antipatía o repulsión que haya entre dos o más personas.—El sentimiento de animadversión, además, debe ser recíproco, para que se configure la causal de impedimento, y debe ser una enemistad grave—La prueba de la enemistad no puede provenir de las propias afirmaciones del recusante.—Se declara infundada la recusación propuesta por el sindicado doctor Octavio Londoño Ruiz, contra el Magistrado del Tribunal Superior de Manizales, doctor Antonio Duque Gómez.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 593

Delito de concusión.—Reforma la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Pamplona profirió en el proceso seguido contra el señor Pedro Alvarez Peña, ex-Juez Penal del Circuito de Ocaña, por el delito de concusión.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 596

Delito de lesiones personales.—La acusación por errónea apreciación de una prueba, es materia de la causal segunda de casación. Cuándo procede la causal primera.—Cuando la lesión produce la perturbación funcional permanente de un órgano o miembro, la disposición aplicable es el artículo 374 del Código Penal, hipótesis ésta que es distinta de la pérdida del órgano o miembro, caso en el cual es aplicable el artículo 375. — Lo grave de la perturbación es su duración o permanencia. — Técnica de casación.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Manizales condenó a Adán Valencia Gómez por el delito de lesiones personales en Antonio Montes Alzate.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre..... 598

Págs.

Elementos del delito militar.—La justicia militar no es competente para conocer de todos los delitos que se cometan por un miembro del Ejército, sino únicamente de aquellos que conforme a la ley tengan el el carácter de delito militar. — Los hechos delictuosos que en ejercicio de sus funciones cometa un alcalde militar en tiempo de paz, son delitos comunes y, en consecuencia, su juzgamiento compete a la justicia penal ordinaria.—Dirime la Corte la colisión de competencias positiva surgida entre el Juzgado Superior Militar de la 1ª Brigada y la Fiscalía del Juzgado 2º Superior de Pasto, para conocer de un proceso contra el Mayor Jesús Alejandro Rubiano. Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 602

Recurso de revisión.—La opinión como causal de impedimento.—Se niega la revisión de la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó a Ricardo Correa Borja por el delito de injuria.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 606

El juzgamiento de los Magistrados de los Tribunales Seccionales del Trabajo no compete a la Corte, sino a los Jueces de Circuito.—La Corte se inhibe de conocer de un proceso contra los doctores Ludovico Navarra, Francisco Bolívar y Néstor Madrid Malo, Magistrados del Tribunal del Trabajo de Barranquilla, iniciado por denuncia formulada por el doctor Miguel Camacho Carbonell.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 608

Técnica de casación. — En este recurso está vedado a la Corte todo procedimiento oficioso y no puede suplir las deficiencias de la demanda. — Legítima défensa.—La sola circunstancia de que los acontecimientos ocurrieron dentro del predio del procesado, no demuestra que éste obró en legítima defensa.—Tampoco es demostrativo de legítima defensa el hecho de que las lesiones se causaran durante una riña.—No se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a Polidoro Castillo Rodríguez como responsable del delito de lesiones personales—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez..... 609

Delitos de prevaricato, de violación de la reserva del sumario y de abuso de autoridad. La recusación no puede formularse oralmente en ningún caso. — Comete abuso de autoridad el funcionario que después de haber sido recusado y antes de que se haya decidido acerca de ésta, sigue actuando en el proceso, a excepción de los actos urgentes en el sumario, entre los cuales no puede incluírse el decidir del recurso de reposición interpuesto contra el auto de detención—Se confirma el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de San Gil profirió en favor del doctor Luis Infante Rangel por los cargos de prevaricato, falsedad y violación de la reserva del sumario, y se revoca el sobreseimiento proferido por el mismo Tribunal y en favor del mismo procesado por el cargo de abuso de autoridad, y en su lugar la Corte lo llama a responder en juicio por la mencionada infracción. — Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 613

El funcionario público que después de propuesta contra él recusación por alguna de las partes, sigue actuando en el proceso, a excepción de lo relacionado con la misma recusación propuesta y de las diligencias urgentes cuando se trate de sumarios, comete delito de abuso de autoridad. — Este delito no requiere dolo específico. — No se repone la providencia de que da cuenta el aparte inmediatamente anterior, reposición solicitada por el procesado. — Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez..... 619

Cambio de radicación de un proceso penal.— Emite la Corte concepto favorable a que se cambie la radicación del proceso que en el Distrito Judicial de Tunja se sigue contra Jorge Alberto y Francisco Domiciano Murcia. — Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 623

Solicitud de extradición. — A esta solicitud deben acompañarse las pruebas que fun-

Págs.

daron el auto de detención proferido en contra del extraditando, cuando se ha ordenado esa detención en el país que solicita la extradición. — La Corte conceptúa desfavorablemente, por ahora, sobre la extradición del ciudadano ecuatoriano Subteniente Ignacio Raúl Dávalos Cajas, solicitada por la Embajada de ese país en Bogotá—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 626

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Abandono del juicio.—El fenómeno de la caducidad no puede realizarse mientras el expediente esté en poder del actor, aunque sea que éste lo retenga indebidamente. — Para que haya abandono del juicio, se requiere que el expediente esté en la Secretaría.—Se confirma el auto por el cual el Tribunal Superior de Barranquilla negó la solicitud de caducidad del juicio ordinario seguido por "Comunidad de Turipana" contra la Nación, solicitud formulada por el Fiscal del mismo Tribunal.— Magistrado ponente: Doctor Gerardo Arias Mejía 629

La justicia ordinaria es incompetente para conocer de las excepciones que se propongan en juicios por jurisdicción coactiva contra el fiador de un empleado de manejo de caudales públicos—La Corte declara que carece de competencia para conocer de las excepciones que los herederos de Domingo Díaz Granados propusieron en el juicio por jurisdicción coactiva seguido por el Juez de Ejecuciones Fiscales de Bogotá contra Rafael Suárez Girón y contra Aníbal Baena Calvo y Domingo Díaz Granados.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 632

Acción de devolución de unas sumas consignadas en depósito.—Se revoca la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario seguido por el doctor Aureliano Restrepo contra el Departamento de Antioquia y se dispone que el expediente vuelva a la oficina de origen, para que el Tribunal falle sobre las peticiones de la demanda.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 634

Incidente de liquidación de perjuicios. — Se reforma el auto del Tribunal Superior de Bogotá que fijó la cuantía de la indemnización que la Nación debe pagar a la señora Rafaela Armenta vda. de Mafiol y otras por concepto de indemnización de perjuicios. — Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 639

Acción de indemnización de perjuicios.—Para que haya lugar a condenar al pago de perjuicios materiales, se requiere que esté acreditado que antes de la ocurrencia del accidente, la víctima prestaba apoyo económico al demandante—Se reforma la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguieron Simón F. Galvis y Elvia Gómez de Galvis, contra la Nación—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 647

Incidente de liquidación de perjuicios.—Alimentos cóngruos y necesarios a hijas naturales.—Ultra petita. — En la cantidad de veintiún mil ciento cuarenta y ocho pesos con ochenta y seis centavos moneda corriente, fija la Corte la indemnización que la Nación debe pagar a Olga Monje o Salamanca, en cumplimiento de la sentencia proferida por la Corte en el juicio ordinario seguido entre las mismas partes y sobre el objeto expresado, reformando en tal sentido el auto del Tribunal Superior de Bogotá. — Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 650

Acción de cobro de una suma de pesos—Condenación en costas. — El Decreto 0243 de 1951, no suspendió el artículo 576 del Código Judicial. — Se confirma la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguió Manuel Vicente Russi R. contra el Departamento de Boyacá, y se revoca dicha sentencia en cuanto condenó en costas al Departamento demandado. —

Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 654

Competencia de la justicia ordinaria para conocer de juicios de indemnización por trabajos públicos—Revoca la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario que sobre dominio de un inmueble, sobre reivindicación del mismo y sobre obligación de la parte demandada de indemnizar los perjuicios ocasionados con su retención indebida, siguieron María Ramírez de Suárez y otra contra la Nación, y por ésta contra aquéllas en demanda de reconvención, para que se declare la invalidez legal del título de adjudicación de un baldío, sentencia que declaró improcedente la acción reivindicatoria y que la justicia ordinaria carece de competencia para conocer de las acciones de indemnización y de las ejercidas en la demanda de reconvención; y en su lugar resuelve: condenar, previa declaración del dominio de las demandantes sobre el inmueble materia del juicio, a la Nación a pagar a éstas determinada suma, valor del mencionado inmueble, mediante escritura de venta que las demandantes hagan de él a aquélla y declarar que no hay lugar a hacer las restantes declaraciones solicitadas en la demanda—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 658

Embargo y secuestro preventivos. — Los terceros que tengan algo que disputar al ejecutado, en relación con la posesión inscrita de él sobre el inmueble embargado, no pueden hacerse parte en el juicio ejecutivo para lograr declaraciones que deben demandarse en vía distinta.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Cali, proferido en el juicio ejecutivo seguido por el Ferocarril del Pacífico contra "Estrada G., Hermanos", auto que negó la solicitud de desembargo de un inmueble embargado dentro de ese juicio, solicitud formulada por Débora Castrillón v. de Estrada.—Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 666

Inexistencia y nulidad de contratos civiles celebrados por el Estado.—Al caso de estos actos o contratos es aplicable la norma del artículo 1750 del Código Civil—En el juicio ordinario que Abraham Cristo siguió contra la Nación, sobre pago de una suma de pesos, valor de unas mercancías vendidas por el demandante a la Dirección General de Marina y de los intereses correspondientes por mora en el cumplimiento del contrato, se declara nula la negociación celebrada entre el Director General de Marina y el demandante en el juicio y se condena a la Nación a devolver a éste los materiales por él entregados en cumplimiento de la mencionada negociación, y a pagar al mismo una suma de dinero por concepto de deterioro sufrido por esos materiales. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 669

Acción de restitución de unas mercancías entregadas en depósito.—Se revoca la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado, por el Departamento de Antioquia contra "Roldán & Cía., Limitada", y en su lugar se absuelve a la parte demandada, de todos los cargos de la demanda. — Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 678

Acción de indemnización de perjuicios.—En el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguió Emiliano González contra el Departamento de Caldas, se absuelve a la entidad demandada, reformando en tal sentido la sentencia de primer grado, por la cual el Tribunal Superior de Manizales declaró probada la excepción perentoria de falta de personería de la parte demandada. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 683

Se modifica la composición de las Salas de la Corte y el funcionamiento de la Sala de Casación Civil.—Texto de las partes pertinentes del Decreto número 1857, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que al Presidente de la República confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, con fecha 4 de septiembre de 1951..... 685

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA" CALLE 14, Nº 1356 — TELEFONO 14-325

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono Nº 14-325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXX - BOGOTA, COLOMBIA. - NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 1951 - NUMEROS 2107 - 2108

S A L A P L E N A

PRESENTA LA CORTE SU SALUDO AL EXCMO. SR. DESIGNADO ENCARGADO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

"La Corte Suprema de Justicia presenta su respetuoso saludo al Excmo. Sr. Roberto Urdaneta Arbeláez, con motivo de su exaltación a la primera Magistratura del Estado, y al ofrecerle el concurso de su propia actividad en el desarrollo de las funciones de gobierno que le corresponde desempeñar, hace votos a Dios porque su paso por el Solio de los Presidentes de Colombia, redunde en toda clase de bienes para la Justicia y la República.

"Por conducto de una comisión formada por los dignatarios de la Corporación y de las Salas que la integran, comuníquese en nota de estilo al Excmo. Sr. Presidente, y publíquese en la GACETA JUDICIAL y por la prensa".

NOTA.—La anterior proposición fue aprobada en la sesión de la Sala Plena del día 8 de noviembre de 1951.

El Relator.

SE IMPONE UNA SANCION DISCIPLINARIA A UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR POR FALTAS INCOMPATIBLES CON LA DIGNIDAD DE LA FUNCION DE ADMINISTRAR JUSTICIA — DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE EL DERECHO PENAL PROPIO Y VERDADERO Y EL LLAMADO DERECHO PENAL DISCIPLINARIO — ALCANCE DE LA NORMA DEL ARTICULO 2° DEL DECRETO 3665 DE 1950

Sentado está por la doctrina y la jurisprudencia que en materia estrictamente penal se hace imposible al juzgador aplicar por analogía la ley de carácter sustantivo, por tener completa vigencia en esa materia el principio universal de "nullum crimen sine lege"; pero aceptado también en cambio por la ciencia del Derecho que este principio y aquella regla no inciden en el llamado Derecho Penal Disciplinario "...el Derecho Penal... tiene por fin el mantenimiento del orden jurídico y la protección social contra el delito... Pero junto a éste existe el llamado Derecho Penal Disciplinario, proveniente del ejercicio de la potestad disciplinaria que pertenece al Estado, cuyo fin es corregir a sus funcionarios en el caso de que infrinjan los deberes y obligaciones que su reglamentación profesional les impone. El derecho penal disciplinario es de naturaleza penal, pues conmina con males (correcciones disciplinarias) en el caso de ejecución de actos ilícitos (faltas profesionales), pero no obstante tal semejanza les separan hondas diferencias del Derecho Penal verdadero y propio, especialmente su diverso fin, pues mientras éste aspira a la conservación del orden jurídico y a su restablecimiento cuando ha sido violado por el delito mediante la conminación, imposición y ejecución de la pena, el fin del derecho disciplinario es más limitado, tiende a mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y a sancionar su infracción por medio de la imposición de medidas correctivas y disciplinarias. Otra diferencia esencial entre el Derecho Penal propio y el disciplinario consiste en que éste se caracteriza por la ausencia de figuras legales de infracción, conteniendo en lugar de éstas, preceptos de carácter general que dejan amplio espacio para la resolución del asunto, mientras que en el Derecho Penal propio la legalidad de la infracción (nullum crimen sine lege) es uno de sus conceptos fundamentales. Además como M. E. Mayer observa, la práctica del poder disciplinario es administración, la del poder penal es justicia, el superior que castiga disciplinariamente al subordinado cuida de un asunto administrativo, el que castiga como Magistrado de un Tribunal Penal representa la Justicia del Estado" (Eugenio Cuello Calón, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, "Derecho Penal", Tomo I, páginas 9 y 10).

Lo anterior no sólo explica el que constitucionalmente haya podido prever el artículo 2º del Decreto Extraordinario n. 3665 de 1950 la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias a "hechos análogos" no contemplados expresamente en el mismo estatuto legal, sino que permite fijar la recta interpretación de la frase en él contenida: "y otros hechos análogos que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia", que en concepto de la Corte, comprende no solamente las faltas estrictamente análogas a las determinadas en la regla 1ª del artículo 2º, sino también todas aquellas contrarias a la rectitud del comportamiento de Magistrados y Jueces. Refuerza esta interpretación la parte considerativa del Decreto en estudio, que claramente fija su finalidad de no dejar impunes "las faltas, omisiones e irregularidades en que incurran o que cometan los funcionarios con jurisdicción".

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena.—Bogo-

tá, veintiocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo)

Por los periódicos "El País" de Cali (Nº 511) y "El Siglo" de Bogotá (Nº 2602), del 23 y 24 de septiembre pasado, remitidos oficialmente por el señor Ministro de Justicia con su Nota T/1307 de la última fecha citada (fl. 1º ss. del cuaderno 1º), tuvo información la Corte de que al Dr. Gilberto Gómez Trujillo, Magistrado y Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, se le imputaba el cargo de haber pronunciado un discurso en el sepelio del Dr. Humberto Jordán Mazuera, efectuado en la ciudad de Cali en la tarde del 22 del propio mes de septiembre, hallándose el orador en estado de beodez, y de haber asumido en esa ocasión una actitud "irresponsable y sectaria", que "deshonra la Justicia", al incitar al público a la comisión de actos ilícitos e ilegales.

En atención a dichos informes ordenó de inmediato la Sala abrir y adelantar la correspondiente investigación, en cumplimiento del Decreto Extraordinario Nº 3665 de 12 de diciembre de 1950, de conformidad con el cual se han tramitado las presentes diligencias, a las que se pone término con la presente sentencia.

Los hechos:

Para el esclarecimiento de los hechos apeló la investigación al testimonio de muchas personas que se consideraron informadas de ellos. Establecido por las manifestaciones de los señores Marino Dávalos, Director de "El País" de Cali (C. 1º fl. 57) y Jaime Quintero (C. 1º fls. 133 a 135) que fue este último el autor del citado artículo titulado "Un Magistrado que deshonra la Justicia", publicado en la ya citada edición de ese diario, artículo que "El Siglo" de Bogotá se limitó a comentar y reproducir (número 2602 de 24 de septiembre), se examinó bajo juramento a dicho periodista, quien respondió: "El atículo publicado en "El País" de edicición correspondiente al 23 de de septiembre próximo pasado, sobre la conducta del Magistrado Gilberto Gómez Trujillo en el Cementerio de Cali ante los restos del Dr. Humberto Jordán Mazuera el día anterior, o sea el 22, lo escribí yo, lo titulé, ordené que se pusiera en la primera página del periódico, a dos columnas, y en forma destacada, mucho más cuando en la ciudad se comentaba en toda forma el hecho insólito que motivó el apunte. El origen de ese apunte es el siguiente: El sábado 22 a las siete de la noche me encontraba en la Lonchería Piper, situada en la carrera 5ª entre calles 9 y 10 a pocos pasos del local de "El País", en compañía de don Tulio González, Secretario de la Investigación Criminal del Valle. Minutos después llegó el señor Elías Bueno, funcionario de la misma oficina de investigación criminal quien preguntado por mí qué había de cierto sobre lo que se atribuía en su discurso al Dr. Gómez Trujillo me contestó más o menos en la siguiente forma "Precisamente el detectivismo va a presentar un informe sobre el discurso incendiario del Magistrado Dr. Gilberto Gómez Trujillo en el cementerio de Cali ante los restos del Dr. Humberto Jordán Mazuera pues unidades de nuestra Institución se encontraban en dicho cementerio y oyeron en el discurso de dicho Magistrado frases como éstas: "Los liberales deben salir a la plaza a cobrar vida por vida" la anterior información del señor Bueno me sirvió como base para el apunte a que me refiero; precisamente en él transcribo las mismas palabras atribuídas al Magistrado Gómez Trujillo o sea aquellas que los liberales debían salir a la plaza a cobrar vida por vida. Recuerdo algo más, en el primer instante no oí bien el informe del señor Bueno y entendí que había dicho que los liberales debían salir a la plaza a vengar vida por vida. El mismo Bueno me corrigió así: dijo fue "que debían salir los liberales a cobrar vida por vida". Como queda dicho todo lo anterior se registró en presencia del señor Tulio González, secretario de la Oficina de Investigación Criminal". Y agregó luégo: "por la forma en que se expresó el señor Elías Bueno entiendo que si no estuvo presente el el Cementerio, sus compañeros que redactaron el informe o que lo iban a redactar le dieron la misma información".

Igualmente se oyó a los distinguidos abogados doctores Guillermo Borrero Olano (C. 1º, fls. 78 a 82), Jorge Ulloa López (C. 3º, fls. 62 v. y 63), Carlos Alberto Olano (C. 1º, fls. 75 a 77), Leonidas Pardo (C. 1º, fls. 72 a 74), y José Miguel López (Fls. 83 a 86 del C. 1º), cuyos nombres aparecen al pié del mensaje telegráfico dirigido desde Cali el 24 de septiembre último al Jefe del Estado, que aparece en copia al folio 152 del Cuaderno 1º, y que fué publicado en la misma fecha

por "Diario del Pacífico" de esa ciudad, mensaje en el cual se formulan contra el Dr. Gómez Trujillo los mismos graves cargos que han sido objeto de esta investigación. Todos ellos manifiestan no haber escuchado el discurso que dicho señor pronunciara en el acto de la inhumación del Dr. Jordán Mazuera y explican haber tenido conocimiento de él por la prensa o los comentarios callejeros. Uno de ellos el Dr. Ulloa López cita entre sus informantes a don Carlos Villafañe, al decir: "No escuché las palabras pronunciadas por el Dr. Gómez Trujillo, pero individuos que las escucharon, entre otros don Carlos Villafañe, que asistió a esos funerales, quedaron sorprendidos de que tal discurso hubiera sido pronunciado por un Magistrado..."; mas el citado don Carlos Villafañe al deponer al respecto (C. 3º, fls. 60 v. y 61), después de advertir: "Tengo el mejor concepto del Dr. Gómez Trujillo como ciudadano, así como también como funcionario de la Rama Jurisdiccional del Poder Público", agrega: "No escuché las palabras que pronunció... ...en el cementerio católico de Cali el día 22 de septiembre de este año ante los despojos mortales del Dr. Humberto Jordán Mazuera, tal como se me pregunta. Por lo anterior estoy en incapacidad de dar concepto acerca del contenido esencial de ese discurso y su finalidad aparente. Como vengo diciendo, por no haber escuchado el discurso no puedo dar concepto ni manifestar impresión alguna acerca de las palabras que hubiera podido expresar mi preguntante en el discurso a que se refiere la pregunta".

Resultando que la información pública de "El País", reproducida por "El Siglo", así como la acusación elevada por algunos abogados de Cali ante el Excelentísimo Señor Presidente de la República, por emanar de simples referencias era notoriamente deficiente, la Corte por intermedio del Investigador designado, se vió en el caso de recoger pruebas directas sobre los hechos en busca de la certeza que sus decisiones requieren.

Dos son las principales versiones sobre tales hechos, suministradas por testigos que personal y directamente escucharon la improvisación del Dr. Gilberto Gómez Trujillo en la oportunidad mencionada :

Primera versión: Es la de los Detectives Números 10, 14, 27, 30 y 58, quienes en sus declaraciones que obran a folios 36 y siguientes del Primer Cuaderno confirman su informe Nº 29, dirigido al Jefe de Investigación Criminal de Cali, visible a los folios 29 y 30 del mismo Cuaderno, del cual se transcriben los siguientes apartes: "A continuación tomó la palabra el Dr. Gilberto Gómez Trujillo, Presidente del Tribunal Superior de Cali, improvisando un discurso, sectario, grosero, violento y difamando del Gobierno, aprovechando el estado de ánimo en que se encontraban las gentes asistentes a dicho acto como los mencionados anteriormente, pues incitaba a los acompañantes a "hacerse justicia, salir a las calles a pedirla y si era el caso exponer la vida, pues él estaría al frente y como prueba de esto citamos el siguiente párrafo, de su discurso revolucionario: "Si es necesario cambiar la vida, por la vida, hay que hacerlo para tomarse el Gobierno".

"Sobra recalcar la posición oficial que ocupa el señor Gómez Trujillo, pues como Presidente del Tribunal Superior de Cali, es a quien le corresponde velar porque la justicia sea impartida imparcialmente. Dicho señor Gómez Trujillo anticipándose a la investigación sobre la muerte del Dr. Humberto Jordán Mazuera, ha hecho cargos públicamente al Gobierno y al partido conservador, cuando apenas la investigación está comenzando para deslindar responsabilidades en este caso...".

"Recalcamos lo grave de la actuación del señor Gómez Trujillo, que se colocó como actor intelectual de alguna masacre o hecho funesto para la tranquilidad pública, por sus frases incitantes, de no haber sido por la intervención de los oradores que calmó un poco el ánimo de los asistentes al acto fúnebre que se llevaron a cabo".

Segunda versión: Es la de los doctores Germán H. Maya, Presidente del Tribunal del Trabajo del Valle del Cauca (fl. 58 a 61 del mismo cuaderno), César Calero Mercado (C. 1º fl. 136 a 140), y Luis Enrique Romero Soto (fl. 62 a 69 ibidem), Magistrados actuales estos dos últimos del Tribunal Superior de Cali, versión que concuerda más o menos precisamente con las de otros numerosos testigos presenciales, entre ellas las de los siguientes señores: El Dr. Gustavo Balcázar Monzón, actual Personero del Municipio de Cali (fls. 90 a 95), el doctor Francisco A. Magaña, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Cali (fls. 101 a 108), el Dr. Alfonso Bonilla Aragón ex-Juez y ex-funcionario diplomático (fls. 110 a 113), el doctor Oscar Echeverri, actual Juez Primero del Trabajo de Cali (fls. 123 a 124), el señor Gilberto Garrido (fls. 24 y ss. del cuad. 3º),

el doctor Hector Villegas (fls. 117 a 120 del cuad. 1º) y el Dr. Héctor Fabio Varela, actual Rector del Colegio de Santa Librada (folios 141 a 143 del mismo cuaderno).

Conforme a lo expuesto por este segundo grupo de testigos, el doctor Gómez Trujillo en su improvisación ante el cadáver del Dr. Jordán Mazuera, no invitó propiamente a quienes lo escuchaban a cometer ningún acto indebido o ilegal, pero se expresó, sí, en forma y términos distintos de los que corresponden a un elevado funcionario judicial.

Dada la prestancia de los testigos doctores Maya, Calero Mercado y Romero Soto, nombrados; la veracidad absoluta que es preciso suponer en ellos por su investidura de Magistrados, y el respaldo que tienen sus aseveraciones en lo que han expuesto ciudadanos distinguidos, de reconocida solvencia moral, la Corte Suprema no puede menos de acoger sus declaraciones sobre los hechos, en ejercicio de la facultad que en estos casos le otorga la Ley.

Declaración del doctor Germán H. Maya, Presidente del Tribunal del Trabajo del Valle del Cauca

Bajo la gravedad del juramento certifica el doctor Maya, al dar respuesta al interrogatorio que se le formuló sobre los hechos principales, lo siguiente: "Al punto **sexto.**— Ya en el Cementerio y después, me parece, de que leyó un discurso el doctor Marcelino Valencia, ocupó la tribuna otro orador, y, según me manifestó el señor Juez Primero del Círculo Judicial del Trabajo de esta ciudad, doctor Oscar Echeverri a quien pregunté sobre el nombre del orador, pues el doctor Echeverri se hallaba con el suscrito en ese momento, se trataba del Dr. Gilberto Gómez Trujillo, Presidente del Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial. Escuché el discurso, pero no oí que el Dr. Gilberto Gómez Trujillo expresara en ese instante que hablaba como Presidente o Magistrado del H. Tribunal Superior de este Distrito. El discurso lo improvisó y fué pronunciado en el Cementerio de esta ciudad poco más o menos a las seis de la tarde de ese día. En su oración lamentó, con frases que denotaban profunda emoción, la desaparición del doctor Humberto Jordán Mazuera. También condenó el derramamiento de sangre y llamó a la reconciliación a los colombianos".

"Al punto **séptimo.**— Sin poder precisar el suscrito, pues no recurda, en qué momento del discurso expresó una y otra, debo declarar que en él el doctor Gilberto Gómez Trujillo pronunció estas o parecidas frases: a) Cristo vino al mundo para redimir a los hombres, no para matarlos; b) Hay que salir a la calle a defender la vida con la vida".

Declaración del Dr. César Calero Mercado, Magistrado del Tribunal Superior de Cali

Este testigo al dar respuesta a las preguntas que se le formularon sobre las cuestiones principales, manifiesta lo siguiente: "**Punto sexto.—Al** detenerse el cortejo quedé colocado al lado derecho de la vía sobre el andén que rodea el cementerio y a distancia de unos diez metros de la puerta. Desde este sitio escuché en primer término el discurso del Dr. Marcelino Valencia, frecuentemente interrumpido por víctores al partido liberal. Por razón de la distancia a que quedé situado, por las interrupciones de oradores espontáneos que en tales casos siempre quieren agregar algo o completar el pensamiento de quien habla, no pude escuchar en su integridad este discurso. Desde el mismo punto observé que cuando había terminado el discurso del Dr. Valencia, subió a la mesa que servía de tribuna, el Dr. Gilberto Gómez Trujillo, Magistrado de este Tribunal. Debo advertir que el Tribunal Superior invitó por carteles murales al sepelio del Dr. Jordán Mazuera y envió una bonita ofrenda floral, pero no designó orador para esta ocasión, por lo que interpreté que el Dr. Gómez Trujillo hablaba en su propio nombre y como amigo del extinto, por quien sé que sentía un gran cariño.

"El discurso improvisado que en esta ocasión pronunció el Dr. Gómez Trujillo un poco antes de las seis de la tarde no lo capté en su integridad por las razones de distancia e interrupciones que ya dejé apuntadas, pero entendí que el orador clamaba contra la violencia y pedía que se luchara en todos los sitios y ocasiones para combatirla. Observé al Dr. Gómez Trujillo profundamente emocionado y me dí cuenta por los comentarios de las personas que me rodeaban y que eran desconocidas para mí, cómo algunas de sus frases eran mal interpretadas confundiendo su sentido. Por lo demás, y por lo que alcancé a escuchar, la improvisación a que me refiero no seguía un plan preconcebido ni un ordenamiento

estrictamente lógico en su desenvolvimiento, lo que atribuí al estado emocional del orador. Su intervención duró aproximadamente diez minutos y cuando ella terminó me retiré de ese lugar sin que notara en el auditorio cambio alguno o situación especial de exacerbación de ánimos distinta de la que inicialmente existía".

"Punto séptimo.—Aunque es imposible retener en la memoria períodos completos y repetir las palabras textuales usadas en esa improvisación, creo poder destacar dos frases empleadas: "Hay que luchar contra la violencia en defensa de la vida aunque nos cueste la vida" frase con que remató un período en que invitaba a esa lucha en todas partes. Y esta otra: "Ante el cadáver de Humberto Jordán Mazuera no es suficiente la oración sino que precisa la acción", frase que hacía parte de un período en que la intención central era la misma lucha contra la violencia en todos los campos. Debo decir también en honor a la verdad, que en otro pasaje del discurso cuyos términos textuales no recuerdo, se expresó el pensamiento de que si se comprobaba que el Dr. Jordán Mazuera había sido asesinado, debía castigarse ejemplarmente a los responsables.

"Punto octavo.—No ví al Dr. Gómez Trujillo durante el sepelio ni en el desfile fúnebre siguiente y sólo supe de su presencia en el cementerio cuando subió a la tribuna. Mi personal apreciación es ésta: El Dr. Gómez Trujillo presenció la autopsia que en las horas de la mañana del mismo día se practicó al cadáver del Dr. Jordán Mazuera, su amigo muy querido, diligencia que como es natural para quien no está acostumbrado a presenciarlas, debió impresionarlo profundamente. Para contrarrestar ese estado de ánimo sé que el Dr. Gómez Trujillo después de la autopsia y horas antes del sepelio, tomó algunas copas de licor. Bajo la impresión nerviosa avivada por la presencia de la viuda y familiares del Dr. Jordán Mazuera, así como por los vivas que se escuchaban, se pronunció la improvisación en la forma que dejo relatada. No observé síntomas de beodez ni de intoxicación, ni manifestaciones de anormalidad durante el discurso, pero sí me dí cuenta de que el Dr. Gómez Trujillo obraba bajo la influencia de una tremeda emoción nerviosa.

"Punto noveno.—De las frases que escuché con las deficiencias de audición anotadas, no deduje incitación alguna a la comisión de delitos. Estimé dichas frases como inoportunas, e imprudentes en ese momento por cuanto se prestaban a interpretaciones torcidas, y especialmente por esta razón gran parte de los asistentes sabían que el Dr. Gómez Trujillo como Presidente del Tribunal Superior había presenciado la autopsia, y en el grueso público hay la creencia de que de una diligencia de esta clase se sacan conclusiones definitivas sobre la forma como se produjo la muerte. Por lo tanto, un clamor contra la violencia en esos momentos hizo pensar a mucha gente que estaba ante un asesinato comprobado, con la consiguiente indignación.

"Punto Décimo.—No he visto en ningún momento en el Dr. Gómez Trujillo manifestaciones de sectarismo. Por varios meses ha sido mi compañero no sólo en la Sala Civil del Tribunal sino que forma parte de mi Sala de Decisión. Lo tengo en alto aprecio porque jamás he visto en él brote alguno de sectarismo político o religioso, y ni siquiera aferramiento o intransigencia en sus conceptos.

"Punto once.—Porque estimé que la actitud asumida por el Dr. Gómez Trujillo en el cementerio especialmente por las circunstancias en que pronunció su discurso y en presencia de la campaña de prensa que se desató, implicaba una situación interna, molesta para la armonía del Tribunal, y una especie de merma en la estimación general de que disfruta la Corporación, consideré que el Dr. Gómez Trujillo debía renunciar su posición de Presidente del Tribunal. Así lo expresé claramente a mis colegas a quienes pedí me confiaran la misión de conseguir amigablemente esa renuncia, y al efecto en compañía del Magistrado Dr. Manuel Jesús Lucio, me trasladé a la casa de habitación del Dr. Gómez Trujillo con quien sostuvimos una conferencia que presenció el Dr. Ricardo Jordán Jiménez ocasionalmente presente. El Dr. Gómez Trujillo me ofreció renunciar su posición de Presidente en aras de la armonía interna del Tribunal, sin que precisara en esa conferencia el momento de la renuncia, que dadas las circunstancias del momento, debía entenderse como inmediata. Como al día siguiente hasta las cuatro de la tarde no se hubiera producido esa renuncia, el Tribunal en Sala de Acuerdo, y a pesar de mediar una solicitud mía, para que se ampliara el plazo de espera, resolvió declarar insubsistente el nombramiento y proceder a una nueva elección de Presidente. En esta elección, también a solicitud mía, se dejó en absoluta libertad a los tres Magistra-

do liberales presentes en el Acuerdo para que escogieran su candidato, ya que por estar dentro de un período presidencial correspondiente a la representación liberal, debía recaer en un Magistrado afiliado a ese partido. Así fue presentado por ellos el nombre del Magistrado Dr. Manuel Jesús Lucio, quien fué aclamado como Presidente para el resto del período. Esa es toda mi actuación directa en este asunto".

Declaración del doctor Luis Enrique Romero Soto, Magistrado del Tribunal Superior de Cali

En la forma prevista en la Ley para los altos dignatarios, este testigo, bajo la gravedad del juramento, declara en lo pertinente así: "Al **punto sexto.**—Por haber asistido a dichas ceremonias me dí cuenta de que el Dr. Gómez Trujillo pronunció en el cementerio católico de esta ciudad, un discurso, no como Presidente del H. Tribunal Superior ni en su carácter de Magistrado sino como particular, cosa que deduzco del hecho de que no mencionara ninguno de aquellos cargos para hacer su presentación ante el público, discurso que pronunció a eso de las cinco o cinco y media de la tarde, sin que me sea posible citar con mayor precisión la hora. De ese discurso no puedo dar una versión completa porque, aun cuando me encontraba en las inmediaciones del sitio desde donde hablaban los oradores, el hecho de tener al lado mío a un amigo (cuyo nombre daré si fuere necesario) que me hacía frecuentes observaciones, apartando mi atención de lo que se estaba diciendo desde la tribuna, no me permitió seguir paso a paso el desarrollo del discurso, pero sí puedo afirmar que el Dr. Gómez Trujillo empezó su oración pidiendo que se hiciera un esfuerzo para que cesara la violencia y volviera la alegría al corazón de los colombianos, insistiendo en este tema a través de toda su oración y terminando ésta con una invocación al nombre de Humberto Jordán Mazuera para expresar, en presencia de su cadáver, lo que el orador sentía por la desaparición de su amigo.

"Al punto **séptimo.**—De las frases pronunciadas sólo recuerdo una en que, hablando del cristiano deber de respetar la vida y de cómo el ejercicio de este deber no debía limitarse a simple comentario callejero, decía que era preciso defender la vida, aún entregando la vida, frase que quedó en mi memoria porque el público la recibió con aplausos".

"Al punto **octavo.**—No noté en el orador síntomas de beodez, ni intoxicación de ninguna otra clase, ni de anormalidad, siendo de advertir que, por el hecho de haber permanecido con el Dr. Gómez Trujillo desde la una y media de la tarde de ese día hasta el momento en que el cortejo fúnebre salió de la Catedral camino del cementerio, puedo afirmar que dicho doctor se encontraba en el cabal uso y goce de sus facultades mentales, esto es, que no estaba embriagado ni era víctima de ninguna anormalía psíquica.

"Al punto **noveno.**—En el discurso de que se ha hecho mención, el Dr. Gómez Trujillo no incitó en forma alguna a ningún partido o agrupación política a la comisión de actos ilícitos. Por el contrario, el fondo de su oración tendía a combatir la violencia y la discordia, abogando por la tranquilidad del país.

"Al punto **décimo.**—El Dr. Gómez Trujillo se ha manifestado, durante el tiempo que el suscrito lo conoce, como una persona esencialmente apolítica, ajena a las luchas de partido, aunque no indiferente a los sucesos que pudieran afectar a la colectividad. No he sabido que haya tenido intervención en la política militante ni que haya ocupado puestos de representación ni que haya sido miembro de círculos políticos. Siempre me ha manifestado su repugnancia por esa clase de actividades y jamás lo he visto tomar parte en ellas".

Como se dejó ya anotado, otros varios testigos corroboran en forma más o menos precisa lo declarado por los Magistrados Maya, Calero Mercado, y Romero Soto. Así el Dr. Balcázar Monzón, ya citado, dice: "...Habló el doctor Gilberto Gómez Trujillo, quien momentos antes había estado a mi lado y a quien había observado yo profunda e íntimamente conmovido por la muerte del Dr. Jordán, de quien, según entiendo, era muy amigo. El discurso del Dr. Gilberto Gómez Trujillo fué improvisado en el cementerio y pronunciado con una gran dosis de afectividad. Recuerdo que después de aludir a Humberto Jordán Mazuera para hablar de sus virtudes personales y de la forma trágica de su muerte, hizo un llamamiento a todos los presentes en frases muy vehementes, para que todos colaboraran en la labor de detener la violencia que según sus palabras, estaba conduciendo al país al desastre. No podría yo repetir textualmente cuáles fueron sus frases exactas, pero sí recuerdo que habló de la necesidad de levantar una barrera de corazones

y de voluntades para cerrarle el paso a la violencia y para garantizar el respeto a la vida de los asociados. En ningún momento oí yo que invocara el nombre de ningún partido político para hacer este llamamiento ni que pronunciara frases que pudieran interpretarse como un llamamiento a la retaliación. Personalmente y porque le he oído discursos de muy buena factura literaria, el discurso del Dr. Gómez Trujillo no me gustó en cuanto a su forma. El Dr. Gómez Trujillo en su discurso no hizo ninguna incitación a cometer actos que están sancionados por el Código Penal, ni siquiera por un código de moral estricta" (Fl. 94. cuad. 1º).

El Dr. Francisco A. Magaña, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Cali, después de manifestar que escuchó la oración referida, dice que el orador habló de "hacer más vivible la vida colombiana, que terminara este tronchamiento de vidas", y que luego lanzó al público éstas o semejantes palabras: "ya debemos dejarnos de pedir la justicia silenciosamente, es necesario actuar con mayor actividad, con mayor energía lanzarse a la calle". Agrega que el Dr. Gómez Trujillo continuó "desarrollando su pensamiento en el sentido de que en esa forma había que pedir la justicia para que no durmiera y se hiciera más rápida la administración de ella". Y concluye esta parte de su exposición así: "Yo le puse mucha atención a las expresiones primeras de que he hablado y para mí quedó completado el pensamiento así como explicada la intención que tuvo el orador cuando lanzó las primeras expresiones".

Según el Dr. Bonilla Aragón, ya nombrado, el mencionado discurso "no contuvo frase alguna en que de manera directa o velada incitase a la comisión de delito alguno o acto ilícito, y tampoco incitó al pueblo a la venganza pública ni al derrocamiento de la autoridad... la tesis central del discurso la resumió en una frase que, con figura retórica y todo, decía más o menos: "Que había que oponer una barrera de corazones al desbordado río de la violencia que amenazaba arrastrarnos". Invitó luego a unirse a todos los hombres de bien, esto lo recuerdo perfectamente, sin que hubiera discriminado sobre la extracción política de dichos hombres de bien. Agregó más o menos que debía acabarse la actitud pasiva de la gente honrada, no estoy exactamente seguro de este último término, y que debía emprenderse una cruzada de defensa social. Mi impresión inmediata sobre el discurso —continúa el deponente— "fue la de que el Dr. Gómez Trujillo había repetido innecesariamente y por medio de variaciones retóricas las tesis iniciales de su oración. Francamente —agrega— no dí a esa pieza oratoria mayor importancia de la que intrínsecamente tenía".

El Dr. Oscar Echeverri bajo juramento certifica al respecto lo siguiente: "Para mí la oración pronunciada por el doctor Gómez Trujillo fue una manifestación dolorida por la desaparición de su amigo Dr. Humberto Jordán Mazuera; una invocación al sentido cristiano, buscando la defensa de la vida humana y el respeto que ella se merece". Agrega: "Es difícil recordar con precisión alguna o algunas frases pronunciadas por el Dr. Gómez Trujillo, ya que la oración que pronunciara tenía un sentido dolorido por la desaparición del Dr. Jordán Mazuera y sería difícil recordar con precisión los períodos oratorios". Y luego añade: "No oí en el transcurso del discurso por parte del Dr. Gómez Trujillo incitación a determinado partido o agrupación política a la comisión de actos ilícitos o delictuosos". (folios 123 y 124 del cuaderno 1º).

El Dr. Héctor Villegas, refiriéndose a dicha oración, expresa que el orador dijo que "sí era necesario defender la vida con la vida para conservar la libertad". "Su discurso —continúa el testigo— me pareció bastante imprudente por el lugar donde fue pronunciado y por la investidura que tiene el doctor Gómez Trujillo" (Fls. 119, c. 1º).

El doctor Héctor Fabio Varela declara haber oído al Dr. Gómez Trujillo éstas o semejantes palabras: "Debemos defender la vida y si es preciso perdiéndola para conservarla" y agrega que por no haber escuchado el contenido general del discurso no puede saber ni entender el significado de esta frase.

También otras personas declaran haber escuchado la misma pieza oratoria. El señor Gilberto Garrido manifiesta que "el orador invocó los fueros de la vida, y fue entonces cuando dijo que para defender la vida, y ésto debería hacerse en una cruzada general, debería irse hasta el sacrificio de la misma vida". "El Magistrado —continúa— hizo el panegírico de la caridad, invocó la doctrina de Jesucristo; en ningún momento pronunció las palabras de la Ley del Talión: ojo por ojo y diente por diente. En ningún momento hizo la exaltación del delito ni la invitación a la

venganza. Y, para que no hubiera forma de traducir equivocada o maliciosamente, el sentido de sus palabras, explicó que su actitud oratoria en ese momento debería entenderse en el caso de que se confirmara la hipótesis —fueron sus palabras— de homicidio en el caso de la muerte del señor Dr. Jordán Mazuera. En síntesis, concluye, el doctor Gómez Trujillo fue guiado hasta la tribuna del Cementerio por una emoción nobilísima, doblemente explicada si se considera que despedía a un amigo de su corazón, con quien había compartido en otros días el noble ejercicio de la Magistratura". (Fls. 24 y 25 del cuad. 3º). El doctor Guillermo Arana Sánchez expone: "Estuve presente en el cementerio... por esta circunstancia escuché las palabras que pronunciara el Dr. Gilberto Gómez Trujillo en esta ocasión y afirmo que el contenido esencial del discurso fue una condenación a la violencia y un deseo expresado fervorosamente por la paz y tranquilidad en esta comarca y por la convivencia entre quienes comparten la vida, sus alegrías y sus dolores. En ningún momento del discurso hubo palabras de incitación a cometer delitos ni apología de éstos.... y no escuché, no obstante encontrarme muy cerca del Dr. Gómez Trujillo, la frase que entre comillas se transcribe: "Si es necesario cambiar la vida por la vida, hay que hacerlo para tomarse el Gobierno". "El contenido general del discurso —concluye— además de la condenación de la violencia ya expresada, fue la manifestación de dolor por la muerte de un amigo. Así lo entendimos quienes tuvimos oportunidad de escucharlo" (Fl. 43 del c. 3º). En sentido semejante declara don Eulogio Echeverri, quien afirma no haber escuchado la frase: "Si es necesario cambiar la vida por la vida, hay que hacerlo para tomarse el Gobierno", sin dejar de advertir que "estaba muy cerca del sitio desde donde el Dr. Gómez Trujillo hablaba" (Fl. 44, c. 3º).

En síntesis, de conformidad con la versión respetable de los Magistrados doctor Germán H. Maya, Presidente del Tribunal del Trabajo del Valle del Cauca, de los doctores César Calero Mercado, y Luis Enrique Romero Soto, miembros ambos del Tribunal Superior de Cali, confirmada por la del Dr. Balcázar Monzón, agente actual del Ministerio público, del Dr. Magaña, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Cali, del Dr. Echeverri, Juez del Trabajo de Cali y de varios distinguidos ciudadanos que igualmente escucharon la referida oración del Dr. Gilberto Gómez Trujillo, esta pieza careció de la prudencia, serenidad y ponderación que debe caracterizar toda expresión del pensamiento de cualquier funcionario judicial, y contuvo frases imprudentes que causaron natural escándalo. Pero de los testimonios de las personas precitadas no surge la evidencia de que el Dr. Gómez Trujillo hubiera actuado en la ocasión mencionada como miembro activo de un partido político ni puesto en esa oportunidad al servicio de la política las funciones judiciales que ejercía, hechos estos últimos terminantemente prohibidos por el art. 178 de la Constitución Nacional y 8º de la Ley 60 de 1930.

Sobre el cargo que colateralmente se ha formulado contra el Dr. Gilberto Gómez Trujillo, de haber actuado en la referida oportunidad en estado de beodez, procede dejar sentado que por ningún medio ni en forma alguna aparece confirmado: ninguno de los testigos afirma haber percibido síntomas de embriaguez en el citado orador y varios de ellos aseguran haber constatado personal y directamente que se hallaba en su entero y cabal juicio, no sin advertir varios de ellos que se hallaba bajo la influencia notoria de una profunda emoción.

Circunstancias:

Se hallan de acuerdo los testigos presenciales sobre las circunstancias de lugar y tiempo, que se dejaron ya anotadas. Es del caso constatar que todos los declarantes que precisan el lugar en que el expresado discurso se pronunció, están de acuerdo en advertir que no fue dentro del recinto sagrado del Cementerio Católico de Cali, sino en sus afueras, o más propiamente, en la plazoleta aldeaña a él.

No está de más anotar que según lo demuestran numerosos testimonios, la muerte trágica del Dr. Jordán Mazuera y la inicial versión propalada de que élla había sido causada por móviles políticos, originó en la ciudad de Cali gran exacerbación de los ánimos, que se hizo particularmente más aguda en el acto del entierro del jefe político nombrado. La existencia de este ambiente de subida pasión banderiza si por cierto aspecto bien podría favorecer en parte al inculpado Dr. Gómez Trujillo, por considerársele sometido a la influencia actual del medio, es de otro lado perjudicial al juicio sobre su caso, ya que su investidura de Magistrado le obligaba a sustraerse de semejante

influencia, o, al menos, a no sumar su actitud desorbitada a los factores de exaltación reinantes.

Antecedentes del inculpado:

Testigos de toda clase y de distinta filiación política están en absoluto acuerdo sobre los óptimos antecedentes del Dr. Gilberto Gómez Trujillo, lo mismo que sobre las excelencias de su personalidad y acerca de su magnífica conducta anterior, pública o social, familiar y privada.

El Magistrado Dr. Luis Enrique Romero Soto, al responder la cuestión tercera de su interrogatorio manifiesta: "Por el hecho de haber tratado con frecuencia al citado Dr. Gómez Trujillo, especialmente en los dos últimos años, en que el suscrito ha vivido en casa inmediata a la que ocupa dicho doctor, sé y me consta que es hombre correcto en todo sentido, que no tiene el hábito de embriagarse ni practica juegos prohibidos, ni es moroso en el pago de sus deudas, ni ha abandonado los deberes primordiales de su hogar ni ha tenido nunca una actuación incompatible con la dignidad de las funciones que ejerce". Y al responder al punto cuarto agrega: "Lo tengo por hombre caballeroso en el más amplio sentido de la palabra, de conducta intachable tanto en público como en privado".

El doctor Leonidas Pardo (cuyo nombre aparece al pié del mensaje citado dirigido a la Presidencia de la República) expone al respecto: "El doctor Gilberto Gómez Trujillo observa una conducta admirable. Al respecto de su vida privada puedo hacer constar que no tiene el hábito del alcohol, ni el del juego ni ningún otro vicio, lo que me consta personalmente; directamente no sé de su vida familiar pero tengo informes fidedignos de que ella es ejemplar. Como Magistrado, no sólo ha sido pundonoroso y laborioso, sino que ha gozado de magnífica fama. Generalmente se le reputa como hombre inteligente y muy moral, conceptos que yo comparto totalmente. Puedo hacer constar que jamás he observado la más mínima parcialidad en sus fallos o en otras actuaciones judiciales, pues siendo yo conservador, he litigado ante él en casos en que la parte contraria era de filiación liberal y he podido constatar que esas circunstancias en ninguna manera han influído en su actividad oficial ni en el trato dado a las partes. Socialmente es muy bien reputado el Dr. Gómez Trujillo y goza de excelente fama" (fl. 73, c. 1º).

El Dr. Carlos Alberto Olano (cuyo nombre también aparece al pie del referido mensaje) declaró: "Conozco desde hace aproximadamente ocho años al Dr. Gilberto Gómez Trujillo; conozco sus actuaciones, primero como Juez Cuarto del Circuito de Cali y después como Magistrado del Tribunal Superior de este Distrito Judicial. Por ese conocimiento conozco sus actuaciones las que he considerado siempre pulcras, acertadas y de una absoluta honorabilidad. Además, como Con-Juez del Tribunal Superior de Cali me ha tocado intervenir en varios fallos con él y he podido apreciar por tanto su capacidad. Respecto de su conducta privada puedo afirmar que es muy correcta y que tiene un hogar perfectamente establecido y goza en la ciudad y sociedad de magnífica fama" (fl. 75, c. 1º). Y luego, contestando a otra pregunta, agrega: "Por el periódico 'Diario del Pacífico' conocí el telegrama dirigido al Señor Presidente de la República cuyo texto se me ha leído y con posterioridad a su publicación **no quise retirar la firma por no considerar el asunto de tanta gravedad**, siendo del dominio público la gran corrección del Dr. Gilberto Gómez Trujillo, contra quien iba dirigido; **mal podía haberlo firmado** (subraya la Corte) —cuando no asistí al entierro del Dr. Humberto Jordán Mazuera... Considero que mi nombre fué uno de los primeros que se vino a la imaginación de quien haya elaborado el mensaje aludido". Y posteriormente adiciona así su declaración: "Por el conocimiento que tengo del Dr. Gómez Trujillo puedo afirmar que no es una persona de temperamento político exaltado y antes lo considero, no obstante ser yo de filiación conservadora y pertenecer él al partido liberal, de temperamento sereno equilibrado y de una gran sensibilidad humana".

El Dr. Guillermo Borrero Olano, director de "Diario del Pacífico", periódico que acusó acremente la actitud investigada, según aparece de los ejemplares de dicho periódico agregados a los autos, depone al respecto: "...tengo entendido que el Dr. Gilberto Gómez Trujillo es un hombre de hogar, correcto y un Magistrado que a lo largo del ejercicio de su Magistratura y exceptuando el incidente político a que se refiere este expediente ha demostrado gran rectitud y especial competencia. Con respecto a su vida privada sé que es un hombre en todo sentido cumplidor estricto de sus deberes. No tengo noticias de que el Dr. Gómez Trujillo sea un hombre vicioso.

El Dr. Gómez Trujillo ha venido gozando en Cali de una fama muy respetable en lo que hace a su comportamiento social y judicial" (Fl. 78 y 79 del c. 1º).

El Dr. Marco A. Guerrero, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Cali sobre este particular manifiesta: "Conozco al Dr. Gómez Trujillo de trato y comunicación desde hace varios años..., por tanto como yo desempeñé el cargo de Magistrado hasta el 15 de julio del presente año, tuve oportunidad de conocerlo y tratarlo de cerca. Ejerciendo yo la Magistratura a principios del período en curso me tocó intervenir y dar mi voto para elegir Presidente del Tribunal al Dr. Gómez Trujillo, quien fué elegido por unanimidad... 'Sé que es casado católicamente y que tiene dos niños y que atiende a sus obligaciones familiares. Es muy consagrado a los deberes de su cargo de Magistrado y nunca que yo sepa ha dado escándalo social. Observa buena conducta y no tiene vicios. Tengo el mejor concepto de las actuaciones de dicho Magistrado desde el punto de vista de su honorabilidad, rectitud, competencia y consagración, ha sido por lo demás, un excelente compañero de labores. Es un hombre de carácter muy suave, considerado con todo el mundo.. no ha tenido ninguna actividad política, que su temperamento en mi concepto es el de un hombre apolítico y me fundo para hacer esta aseveración en que durante el tiempo en que estuve con él en el Tribunal se sucedieron en el país hechos políticos de extrema gravedad como fueron el 9 de abril, como la clausura del Congreso, la llamada violencia, y nunca el Dr. Gómez Trujillo comentó estos acontecimientos en forma que pudiéramos llamar apasionada, concretándose como lo hacíamos todos a condenar el nueve de abril y la violencia y a lamentar que el Ejecutivo hubiera tenido que clausurar el Congreso. Nunca en las conversaciones ni comentarios advertí en el Dr. Gómez Trujillo al hombre sectario o fanático en cuestiones políticas. En las varias elecciones en que intervinimos como Magistrados del Tribunal siempre obró con sentido de gran cordialidad el Dr. Gómez Trujillo y digo esto con la advertencia de que pertenezco al partido conservador y de que el Dr. Gómez Trujillo es liberal". (Fl. 88, c. 1º).

El Dr. Gustavo Balcázar Monzón afirma: "por el conocimiento que tengo del Dr. Gilberto Gómez Trujillo sé que es una persona de intachable conducta individual familiar y social. No tiene ningún vicio. Jamás he tenido conocimiento de ninguna falta del Dr. Gómez Trujillo ni directamente ni por referencias, en cuanto a su conducta individual, familiar y social. Por el contrario, se que su manera de proceder en sociedad es ejemplar y que lo distinguen muy buenas dotes de caballerosidad, de una extraordinaria sensibilidad humana; me consta que tiene un alto grado de cultura y que ha sido siempre un Magistrado brillante. No es el Dr. Gómez Trujillo un sectario político ni un fanático. Esas cualidades podría tenerlas si no fuera por su gran inteligencia que considero lo preserva de incurrir en pecado de sectarismo. El Dr. Gómez Trujillo goza de óptima fama en la sociedad de Cali, todas las personas a quienes he oído hablar de él se expresan magníficamente sobre su persona". (Fl. 91, c. 1º).

En igual sentido deponen varios testigos, como los doctores Francisco A. Magaña, (fl. 101 ss. c. 1º), el doctor Héctor Villegas, (fl. 117, c. 1º), el doctor Julio E. Albán Plata (fl. 122, c. 1º), el Dr. Oscar Echeverri (fl. 123 y siguientes, cuad. 1º), el Dr. Carlos Navia Belalcázar (fl. 125, c. 1º), y el Dr. Héctor Fabio Varela (fl. 141, c. 1º).

También el doctor Leonardo Garcés Siniestra, actual Presidente del Directorio Municipal Conservador de Cali, declara en parecidos términos: "No puedo precisar cuántos años hace que conozco al Dr. Gómez Trujillo —dice— pero en todo caso hace más de ocho años. Conozco al Dr. Gómez Trujillo a través de sus actuaciones como juzgador en las cuales he podido siempre constatar su hondo sentido de ética y gran capacidad jurídica, inclusive como Magistrado del Tribunal Superior de Cali". Y después el mismo testigo manifiesta: "El Dr. Gómez Trujillo se caracteriza por una gran ponderación y equilibrio mental. Jamás lo he visto asumir actitudes que denoten en él exaltación política aunque sí es fervoroso liberal". Y continúa el testigo: "El Dr. Gómez Trujilo es hombre de una vida privada intachable, dentro de su pobreza subviene solícitamente con su sueldo de Magistrado a las necesidades de su familia, relievándose como padre y esposo ejemplar. No tiene vicios de ninguna clase de que pueda dar fe ni juega ni toma. Jamás he tenido conocimiento de que haya incurrido en mora injustificada de atender a sus compromisos comerciales ni he oído jamás que se le haga imputación alguna sobre hechos u omisiones incompatibles con su condición de juzgador".

Y antes de concluir su declaración el propio Dr. Garcés Sinisterra, después de advertir que es conservador beligerante y actual Presidente del Directorio Municipal Conservador de Cali, espontáneamente adiciona su exposición en estos precisos términos: "Se me habló de suscribir un telegrama al Presidente de la República —agregó el testigo— pero me abstuve de firmarlo porque siempre he considerado que en torno del incidente que motiva esta investigación se ha procedido con marcada parcialidad y desorbitado apasionamiento contra el Dr. Gómez Trujillo, hasta el punto de que por un incidente que humanamente considerado carece de gravedad se ha pretendido irrogarle la muerte civil agotando contra él todo medio de incriminación para lograr la finalidad ulterior perseguida de hacerlo destituir" (Ha subrayado la Sala).

Ha hecho la Corte especial hincapié sobre la conducta anterior del inculpado, no propiamente para el efecto de graduar la sanción que haya de corresponderle, puesto que en tratándose de medidas disciplinarias interesa ante todo a la Justicia el hecho en sí mismo considerado, más que la personalidad del agente, según la doctrina que los tratadistas exponen, sino para respaldar mejor su concepto sobre la mayor exactitud o veracidad de la versión del segundo grupo de testigos, por lo demás de singular prestancia.

En síntesis, el Dr. Gilberto Gómez Trujillo, según aparece demostrado, al pronunciar su discurso improvisado en los funerales del Dr. Humberto Jordán Mazuera, en la fecha indicada, si bien no asumió propiamente una actitud política y no violó por tanto el artículo 178 de la Codificación Constitucional que prohibe a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional "ser miembros activos de partidos políticos" so pena de perder el empleo, ni puso tampoco al servicio de la política en dicha ocasión las funciones que ejercía, lo que constituye causal de mala conducta en cualquier empleado público según la ley 60 de 1930, pues tampoco resulta esto plenamente establecido, sí, por lo menos se comportó en dicha ocasión de manera por demás imprudente al tratar de un tema (el de la violencia) que ha sido materia de mutuas recriminaciones partidistas, frente a un cortejo al que habíanse sumado agitadores políticos vociferantes, y al lanzar al público, a través de su oración, frases que pudieran prestarse a erradas conjeturas y a interpretaciones torcidas.

No se deduce del expediente, sinembargo, que el cortejo fúnebre se hubiera convertido en desfile político, ni que el orador hubiera hablado en nombre de partido alguno o inculpado a una de estas colectividades por la muerte del Dr. Jordán Mazuera, lo que obligaría a la Corte a considerar el caso como de extrema gravedad.

El derecho:

El Decreto 3665 de 12 de diciembre de 1950 dispone en su art. 1º: "Los Magistrados... son responsables de las faltas, omisiones e irregularidades en que incurran, y, en consecuencia, estarán sujetos a las sanciones disciplinarias correspondientes, que se impondrán por el respectivo superior de acuerdo con las normas contenidas en este Decreto".

Y en su artículo 2º prevé que: "...son causales para la imposición de sanciones disciplinarias las siguientes:

1ª.—Mala conducta social motivada por hábito de embriaguez, práctica de juegos prohibidos, mora habitual e injustificada en el pago de deudas, abandono de los deberes primordiales de hogar y otros hechos análogos que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia..." (Se subraya).

Sentado está por la doctrina y la jurisprudencia que en materia estrictamente penal se hace imposible al juzgador aplicar por analogía la ley de carácter sustantivo, por tener completa vigencia en esa materia el principio universal de "nullum crimen sine lege"; pero aceptado también en cambio por la ciencia del Derecho que este principio y aquella regla no inciden en el llamado Derecho Penal Disciplinario. "...El Derecho Penal ...tiene por fín el mantenimiento del orden jurídico y la protección social contra el delito... Pero junto a éste existe el llamado Derecho Penal Disciplinario proveniente del ejercicio de la potestad disciplinaria que pertenece al Estado, cuyo fín es corregir a sus funcionarios en el caso de que infrinjan los deberes y obligaciones que su reglamentación profesional les impone. El derecho penal disciplinario es de naturaleza penal, pues conmina con males (correcciones disciplinarias) en el caso de ejcución de actos ilícitos (faltas profesionales), pero no obstante tal semejanza le separan hondas diferencias del derecho Penal verdadero y propio, especialmente su diverso fín, pues mientras éste aspira a la conservación del orden jurídico y a su restablecimien-

to cuando ha sido violado por el delito mediante la conminación, imposición y ejecución de la pena, el fin del derecho disciplinario es más limitado, tiende a mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y a sancionar su infracción por medio de la imposición de medidas correctivas y disciplinarias. Otra diferencia esencial entre el derecho Penal propio y el disciplinario consiste en que éste se caracteriza por la ausencia de figuras legales de infracción, conteniendo en lugar de éstas preceptos de carácter general que dejan amplio espacio para la resolución del asunto, mientras que en el Derecho Penal propio la legalidad de la infracción (nullum crimen sine lege) es uno de sus conceptos fundamentales. Además como M. E. Mayer observa la práctica del poder disciplinario es administración, la del poder penal es justicia, el superior que castiga disciplinariamente al subordinado cuida de un asunto administrativo, el que castiga como Magistrado de un Tribunal Penal representa la Justicia del Estado" (Eugenio Cuello Calón, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, "Derecho Penal", Tomo I, páginas 9 y 10).

Lo anterior no sólo explica el que constitucionalmente haya podido prever el artículo transcrito del citado Decreto Extraordinario Nº 3665 de 1950 la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias a "hechos análogos", no contemplados expresamente en el mismo estatuto legal, sino que permite fijar la recta interpretación de la frase en él contenida: "y otros hechos análogos que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia", que en concepto de la Corte comprende, no solamente las faltas estrictamente análogas a las determinadas en la regla 1ª del artículo 2º, sino también todas aquellas contrarias a la rectitud del comportamiento de Magistrados y Jueces. Refuerza esta interpretación la parte considerativa del Decreto en estudio, que claramente fija su finalidad: de no dejar impunes "las faltas, omisiones e irregularidades en que incurran o que cometan los funcionarios con jurisdicción".

Establecido que el Dr. Gilberto Gómez Trujillo, Magistrado del Tribunal Superior de Cali y hasta entonces Presidente de dicha corporación, cometió una imprudencia que en opinión de la Sala es incompatible con la dignidad de la función de administrar justicia y constituye una falta que se halla sancionada por la citada regla 1ª del artículo 2º del estatuto legal de que se viene hablando, se hace necesario valorar su gravedad para el efecto de aplicarle una de las tres sanciones previstas en el artículo 3º del mismo estatuto: "a) Multa hasta de quinientos ($ 500.00) pesos", para los casos leves; "b) Suspensión del cargo o empleo hasta por treinta (30) días", para los casos graves, y "c) Destitución, para los casos gravísimos".

Del concepto ya adelantado en esta sentencia, se desprende sin duda que el error de conducta comprobado en el Dr. Gómez Trujillo, de que tratan las presentes diligencias, debe sin vacilación considerarse de cierta gravedad, para imponerle la medida disciplinaria de que trata la letra b) del precitado artículo 2º, esto es la de suspensión temporal en el ejercicio de su cargo de Magistrado del Tribunal de Cali, suspensión que, dentro del arbitrio judicial que le concede la Ley, atendido el hecho y las circunstancias, fijará la Corte en cinco días que han de contarse desde la fecha que se determine en la parte resolutiva de este fallo.

Resolución:

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley suspende al doctor Gilberto Gómez Trujillo en el ejercicio del cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por el término de cinco (5) días, contados a partir del día subsiguiente (inclusive) al en que le sea notificada al propio Dr. Gómez Trujillo la presente decisión.

Para la notificación de esta providencia al Dr. Gilberto Gómez Trujillo, comisiónase al señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cali. Se comisiona igualmente al mismo funcionario para comunicar la notificación de este fallo, inmediatamente se surta, al señor Presidente del Tribunal Superior de Cali. El comisionado dará a la Corte noticia telegráfica inmediata sobre el cumplimiento de la misión a él confiada.

Trancríbase por la Presidencia de la Corte esta Resolución al Ministerio de Justicia (Departamento de Vigilancia Judicial), para los efectos del artículo 8º del Decreto 3665 de 1950, lo mismo

que al Sr. Presidente del Tribunal Superior de Cali, para lo de su cargo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel José Vargas — Gerardo Arias Mejía— Alfonso Bonilla Gutiérrez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda — Luis A. Flórez (con salvamento de voto) Alberto Holguín Lloreda — Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez (con salvamento de voto)—Rafael Leiva Charry (con salvamento de voto)—Pablo Emilio Manotas—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña (con salvamento de voto)—Arturo Silva Rebolledo—Angel Martín Vásquez (con salvamento de voto—Hernando Lizarralde, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DRES. RODRIGUEZ PEÑA, GUTIERREZ JIMENEZ, LEIVA CHARRY, VASQUEZ Y FLOREZ

Muy brevemente exponemos las razones que en la discusión del proyecto nos llevaron a disentir del concepto que a la mayoría de la Corte le merece la naturaleza de la falta en que incurrió el señor Magistrado del Tribunal de Cali, Dr. Gilberto Gómez Trujillo, con motivo del discurso que pronunció en los funerales del Dr. Humberto Jordán Mazuera, y del criterio con que ha sido fijada la sanción disciplinaria que dicha falta comporta.

Desde luego la conducta de quien —por razones de familia, amistad, admiración o de simple caridad cristiana— se hace presente en los funerales de otro que le precedió en la muerte, y que aún más, participa luego desde la tribuna en las expresiones de pesar por su desaparición, no sólo no comete una falta, sino que muy por el contrario, cumple con uno de los más elementales deberes del cristiano. Por ello al Dr. Gómez Trujillo no cabe hacérsele imputación desdorosa alguna, por el hecho de haber participado en los honores póstumos que se le rendían al amigo desaparecido.

Pero resulta que, ni los funerales del doctor Jordán Mazuera se desarrollaban dentro del ambiente de normalidad pública en que suelen sucederse esta clase de actos, ni las calidades personales de su panegirista eran simplemente las del particular que se decide a proclamar las excelencias de su amigo muerto. Entonces como ahora, el país ha vivido una época de anormalidad determinada en el hecho por el estado de violencia que azota algunas regiones, como las del Valle del Cauca, y que en el orden jurídico corresponde al régimen de legalidad marcial decretado por el Gobierno. De otro lado, el Dr. Gómez Trujillo frente a esa situación, no era solamente el particular amigo del extinto, sino que reunía al propio tiempo en su persona la doble calidad de Magistrado del Tribunal Superior de Cali, y de Presidente de dicha Corporación. Estaba por consiguiente más estrictamente obligado que ninguno, a conocer las limitaciones que en el orden legal se hallaban vigentes, no ya para acompasar los términos de su discurso a la naturaleza propia del acto, sino aún para someterse al requisito de la previa autorización que las circunstancias imponen. Al obrar sin sujeción a estas prevenciones, el ciudadano cometía una falta, que en el Magistrado no se compadece con los deberes de la función que desempeña.

Fuera de esto, y como lo establecen claramente las probanzas del informativo, aquel estado general de exacerbación en que se agitaba el Departamento, se particularizó con singular vehemencia en la ciudad de Cali, a propósito del trágico fallecimiento del doctor Jordán Mazuera, cuyas causas refirieron sus amigos a la acción directa del adversario político. Por ello el viva o vivas que se oyeron cuando salía el cortejo de la Catedral, y que prudentemente determinaron a algunos de los concurrentes, como el Dr. Vernaza Gómez, a separarse de él; y esa la explicación del mitín que con gritos de vivas y de abajos se formó por los ferroviarios cuando el desfile llegaba a la Estación del Ferrocarril, y que luego continuó hasta las puertas mismas del cementerio en donde se pronunciaron los discursos.

Sobre el contenido mismo de la oración que en tales circunstancias pronunciara el Dr. Gómez Trujillo, la mayoría de la Sala apenas pudo descubrir que se refería a la **violencia**, y que "se comportó en dicha ocasión de manera por demás imprudente al tratar un tema que ha sido materia de mutuas recriminaciones partidistas, frente a un cortejo al que habíanse sumado agitadores políticos vociferantes, y al lanzar al público frases que bien pudieran prestarse a torcidas interpretaciones". Y como tal imprudencia constituye un error de conducta que "debe sin vacilaciones considerarse como grave", concluye por imponerle una sanción disciplinaria de cinco días de suspensión en el ejercicio de las funciones de su cargo.

De suerte que, para la mayoría de la Sala que suscribe la sentencia, la falta del doctor Gómez Trujillo que "debe sin vacilaciones calificarse de grave" está, en haber tratado el tema de la violencia "de manera por demás imprudente"; y

este concepto —a nuestro juicio— es inexacto, ya que nunca el elemento subjetivo de la responsabilidad, llámese intención o simple culpa, ha podido identificarse con la realidad objetiva del hecho por el cual se incurre en una pena. Fuera de que, como lo reconoce el propio fallo, "en tratándose de medidas disciplinarias interesa ante todo a la Justicia el hecho en sí mismo considerado más que la personalidad del agente, según doctrina que los tratadistas exponen".

Ahora bien. ¿Cuál el hecho o hechos imputados al Dr. Gómez Trujillo como contrarios a la dignidad de la investidura de Magistrado que él tenía en los momentos en que se producían? No simplemente, como lo declara la mayoría de la Corte en su decisión, el haber hablado de la violencia en las circunstancias desaconsejables en que lo hizo; aquello significaría, que por no gozar el Dr. Gómez Trujillo del "don de la oportunidad" en la ejecución de actos buenos o al menos indiferentes, la Corte le sanciona como responsable de una falta contra el decoro de la justicia... Y no es esto. Destacamos a continuación las palabras del discurso, que los más distinguidos declarantes de una y otra filiación política, ponen en los labios de aquél:

El doctor Germán H. Maya, Presidente del Tribunal del Trabajo de Cali: "En su oración lamentó, con frases que denotaban profunda emoción, la desaparición del doctor Humberto Jordán Mazuera. También condenó el derramamiento de sangre y llamó a la reconciliación a los colombianos. "Sin poder precisar el suscrito, pues no recuerda, en qué momento del discurso expresó una y otra, debo declarar que en él el doctor Gilberto Gómez Trujillo pronunció éstas o parecidas frases: a) Cristo vino al mundo para redimir a los hombres, no para matarlos; b) Hay que salir a la calle a defender la vida con la vida".

El Dr. César Calero Mercado, Magistrado del Tribunal Superior, dice: "Aunque es imposible retener en la memoria períodos completos y repetir las palabras textuales usadas en esa improvisación, creo poder destacar dos frases empleadas: "Hay que luchar contra la violencia en defensa de la vida aunque nos cueste la vida"; "Ante el cadáver de Humberto Jordán Mazuera no es suficiente la oración sino que precisa la acción".

Según el Dr. Francisco Magaña, ex-Magistrado del mismo Tribunal, el Dr. Gómez habló de "hacer más vivible la vida colombiana, que terminara este tronchamiento de vidas", y que luego lanzó al público éstas o parecidas palabras: "ya debemos dejarnos de pedir justicia silenciosamente, es necesario actuar con mayor actividad, con mayor energía lanzarse a la calle".

El Dr. Héctor Villegas, dice haber escuchado del orador, que "era necesario defender la vida con la vida para conservar la libertad".

Estos testimonios que la sentencia acoge por la altísima respetabilidad de su origen, pueden no probar el contenido literal de las frases que pronunciara el Dr. Gómez Trujillo; pero convencen hasta más allá de la evidencia de la exactitud de estos dos conceptos fundamentales: a) El Dr. Gómez Trujillo al hablar de la violencia, sumó su juicio al de "los agitadores políticos vociferantes" que a los gritos de abajos y de mueras para el Gobierno y para el partido político a que sus hombres pertenecen, veían en los miembros de uno u otro, a los autores directos de la muerte del Dr. Jordán Mazuera; que de no, cuál la explicación para que un hombre de las disciplinas intelectuales suyas tratara ese tema en circunstancias tan dolorosas como aquélla? y b) Al excitar a aquella turba de "agitadores políticos vociferantes" a 'salir a la calle a defender la vida con la vida', o a no conformarse 'con la oración sino con la acción', o a 'dejarnos ya de pedir justicia silenciosamente, actuar con mayor actividad, con mayor energía lanzarse a la calle', el Magistrado suplantaba la acción pública de la Justicia que la ley le ha encomendado administrar, por la acción violenta de la vindicta privada que aún los pueblos bárbaros hubieron de expulsar de sus costumbres.

Y entonces preguntamos: es o no una falta grave contra la dignidad de la Justicia, que uno de sus más altos funcionarios sume sus sentimientos políticos personales a los de un público exacerbado por la pasión, y que anticipándose al fallo de la Justicia que él mismo representa, acoja como crimen político, lo que aún no estaba definido, y que por añadidura resulta luego haber sido temerario? Y puede seguir algo más grave contra el decoro y la respetabilidad de esa misma Justicia, que el Magistrado tome la tribuna para clamar abiertamente contra la función misma que le honra y demandar que se le cambie por la acción privada no ya del individuo sino de

la parcialidad política a que se pertenece, puesto que al hecho se le daba una característica de crimen político?

Respetamos el parecer de nuestros distinguidos colegas, pero consideramos que, como falta contra la Justicia, no puede darse nada más grave en un Magistrado, ni como sanción podía aplicarse otra distinta de la destitución que sostuvimos a la luz de las normas disciplinarias en vigencia.

Estas las razones de nuestro desacuerdo con el fallo.

Bogotá, noviembre 30 de 1951.

Gualberto Rodríguez Peña — Luis A. Flórez— Luis Gutiérrez Jiménez—Rafael Leiva Charry— Angel Martín Vásquez.

EXEQUIBILIDAD DEL DECRETO 1895 DE 1948, SOBRE COMPETENCIA DE LOS CONSEJOS DE GUERRA VERBALES PARA CONOCER DE CIERTOS DELITOS COMETIDOS EN LOS DIAS 9 DE ABRIL Y SIGUIENTES DE AQUEL AÑO — LA CORTE PUEDE CONOCER Y DECIDIR DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UN DECRETO LEGISLATIVO EXPEDIDO EN USO DE LAS FACULTADES DE QUE ESTA INVESTIDO EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CUANDO SE HALLA TURBADO EL ORDEN PUBLICO, AUN DESPUES DE QUE ESTA SITUACION HAYA CESADO Y NO RIJA EL DECRETO ACUSADO, SIEMPRE QUE LA DEMANDA HAYA SIDO PRESENTADA DURANTE SU VIGENCIA — COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR PARA CONOCER DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR LOS SIMPLES PARTICULARES DESPUES DE DECLARADO EL ESTADO DE SITIO — FACULTADES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DURANTE LA TURBACION DEL ORDEN PUBLICO — LA CORTE NO PUEDE DECIDIR SOBRE LA CONVENIENCIA O INCONVENIENCIA DE UN DECRETO EXPEDIDO EN DICHAS CIRCUNSTANCIAS, PERO SI PUEDE CONOCER DE SU EXEQUIBILIDAD, SOLO QUE AL HACERLO, DEBERA TENER EN CUENTA QUE EL IMPERIO COMUN DE LA CARTA SE HALLA CONDICIONADO POR LA EMERGENCIA DE LA TURBACION DEL ORDEN PUBLICO, AL REGIMEN DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS

1—La Corte ha sostenido que, de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo 214 de la Carta, tiene jurisdicción para conocer de las demandas de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, cuando han sido propuestas durante el estado de sitio, pero no han sido consideradas o no se pudieron considerar durante esa época, sino más tarde, cuando el orden público se ha restablecido y las normas acusadas han dejado de regir.

2—Es regla general, dentro de un estado de normalidad, que los particulares no pueden violar la ley penal militar, o mejor, no pueden cometer delitos de los llamados estrictamente militares, porque en tiempo de paz todo hecho constitutivo de delito, realizado por personas civiles que no están al servicio de las fuerzas militares, es de conocimiento de la Justicia Penal ordinaria y se sanciona de acuerdo con las reglas del Código Penal común. Pero esta regla tiene su excepción en tiempos de anormalidad, y en este evento los particulares que no están al servicio de las fuerzas militares sí pueden violar los preceptos contenidos en el Código Penal Militar, surgiendo en tales circunstancias, la llamada legalidad marcial, que se configura por una de estas situaciones: que la nación se encuentre en guerra exterior, conflicto armado o turbación del orden público, siempre que alguna de estas situaciones haya sido reconocida o declarada por el Gobierno, por medio de un Decreto Extraordinario de turbación del orden público.

En estos casos, a partir de ese Decreto de turbación del orden público, los particulares pueden violar las disposiciones del Código Penal Militar, y los hechos que configuran tales violaciones son de la jurisdicción y competencia de los Tribunales Militares, por virtud de lo dispuesto en dicho Código, sin que se pueda hacer la afirmación fundada de que es una ley posterior a la realización de esos hechos, pues el estatuto que tal cosa disponía era anterior a la violación de sus preceptos, y para que tuviera aplicación respecto de los particulares que los infringieran, sólo se requería que se presentara alguna de las situaciones de anormalidad a que alude la misma obra.

Y esto es lo que ocurre en el caso del Decreto 1895, que somete el conocimiento de todos los delitos cometidos en el país en los días nueve de abril y siguientes, con las excepciones que en él se mencionan, al conocimiento de los Consejos de Guerra Verbales, es decir, a lo preceptuado en la Ley 3ª de 1945 (Código de Justicia Penal Militar), lo cual no implicaba la creación de nuevos delitos ni de penas ni de jurisdicciones especiales que no existieran ya en dicha ley. Por ello, la tacha de inconstitucionalidad que por este aspecto se hace contra el mentado Decreto, carece de fundamento, y éste no puede tenerse como violatorio de las normas constitucionales invocadas en la demanda, ni es contrario a ningún otro precepto de la Ley Fundamental.

3—Como lo dijo la Corte en sentencia de 12 de junio de 1945: "Establece el artículo 120 de la Constitución de 1886, hoy 115 (en la nueva codificación 120) que "corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:... 7º Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado", y el artículo 33 del Acto Legislativo n. 3 de 1910, hoy 117 del Estatuto (en la Constitución actual 121), otorga al Presidente la facultad de declarar que se ha turbado el orden público y de adoptar las medidas ordenadas a su restablecimiento. Los dos preceptos se hallan íntimamente vinculados, porque el deber que la Constitución le impone al Presidente de conservar el orden público y de restablecerlo, debía corresponder a la potestad de aplicar los medios conducentes al cumplimiento de aquella obligación. La paz pública descansa conforme al Estatuto Fundamental, en la actitud vigilante del Jefe del Estado para evitar que se altere o en su acción enérgica y fuerte, si preciso fuere, para que vuelva a la normalidad. Tan ponderoso encargo corre parejas con el ejercicio prudente de los medios excepcionales que la Carta le da al Presidente para que llene la más delicada de las funciones como suprema autoridad administrativa. La declaración sobre turbación del orden público envuelve máximos atributos de poder, paralelos con una responsabilidad eminente. Obrando el Presidente en el marco amplísimo de sus prerrogativas cuando confronta la República estados de zozobra por la turbación del orden público, sin tomar determinaciones persecutorias contra una o más categorías de ciudadanos, sino en un plano elevado, que por la generalidad de aplicación a todos, excluya el carácter que los reformadores de 1910 quisieron evitarles a las providencias del Gobierno durante el estado de sitio, los decretos que éste expida en aquellas circunstancias difíciles, sin quebrantar las normas estatutarias de obligatorio imperio en todo tiempo, con el requisito de su generalidad y si se acomodan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden, llevan por esas condiciones básicas, esenciales y únicas contempladas por la Carta, el sello de su legitimidad constitucional...". (G. J., Tomo LVIII, números 2019 a 2021, pág. 24).

4—También ha dicho la Corte: "Pero hay una modalidad especial e importante, que condiciona la legitimidad constitucional de los decretos extraordinarios a que se hace mención, y es la que mira al juicio, que parece reservado al Congreso, respecto a la conveniencia y necesidad de las medidas adoptadas por los decretos de que se trata. Para juzgar sobre este último punto es natural que el Gobierno, una vez terminado el estado de sitio, presente al Congreso la explicación de sus actos, lo que permitirá a éste conocerlos en sus causas y por sus finalidades. El juez natural del Presidente y de sus Ministros, ante quien ellos explican su conducta está capacitado especialmente para apreciar la relación en que se hallan las disposiciones de los decretos con el deber del Presidente de velar por la conservación o el restablecimiento del orden.

"Lo que no es óbice al deber general que tiene la Corte Suprema de Justicia, por razón de sus funciones, de velar por la guarda de la integridad de la Constitución y decidir respecto de la exequibilidad de los decretos legislativos. Sólo que al hacerlo habrá de tener en cuenta que el imperio común de la Carta se halla entonces condicionado, por la emergencia de la turbación del orden, al régimen de las facultades extraordinarias de que durante él queda in-

vestido el Presidente de la República...". (Sentencia de junio 12 de 1945, G. J., ns. 2019 a 2021, pág. 24).

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá diciembre primero de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

El doctor Carlos H. Pareja en escrito de fecha cinco de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, demanda ante la Corte la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo Nº 1895 de junio cuatro del mismo año, dictado por el Gobierno en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Carta, dentro del estado de sitio en que por entonces se encontraba la República.

El Decreto acusado, es del tenor siguiente:

"El Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional,

DECRETA:

"Art. 1º—Los Consejos Verbales de Guerra a que se refiere el Decreto número 1285 de 21 de abril de 1948 conocerán de todos los delitos cometidos en el país en los días nueve de abril y siguientes, a excepción de los simples delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, y del homicidio, a que se refiere el parágrafo 3º del artículo 1º del citado Decreto 1285, de los cuales conocerá la justicia ordinaria.

"Parágrafo.—De los delitos a que se refiere el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1406 de 1948, como en él se dispuso, conocerá la Justicia Penal Militar.

"Art. 2º—El procedimiento para el juzgamiento de los delitos atribuídos a la Justicia Militar será el establecido en el Libro II, título 9º del Código de Justicia Penal Militar, y en cuanto se refiere a la definición de los delitos y a las penas aplicables, se estará a lo dispuesto, según el caso, en los Códigos Penal Ordinario y de Justicia Penal Militar.

"Art. 3º—Quedan adicionados en estos términos los Decretos números 1285 y 1406 de 1948.

"Artículo 4º—Este Decreto rige desde su fecha.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Bogotá, a 4 de junio de 1948".

El demandante manifiesta que el Decreto trascrito, es tan inconstitucional como los que dice "adicionar" y por eso, solicita que se considere incluído en su demanda primitiva (la que se presentó contra los Decretos 1285 y 1406 de 1948), pues respecto del decreto 1895 obran los mismos motivos que ya expuso.

La Corte resolvió que el incidente de acumulación no era procedente en esta clase de demandas y como se trataba de la acusación de un nuevo Decreto, ordenó someterlo al repartimiento ordinario de los negocios de su especie.

Las razones aducidas por el actor para solicitar que se declare la inexequibilidad del Decreto 1895 de fecha cuatro de junio de 1948, pueden resumirse así:

a).—Que con este Decreto y con los anteriores, se pretende arrebatar a los Jueces comunes la jurisdicción que tienen conforme a los artículos 58 y 147 a 164 de la Constitución, para conocer de los asuntos que define y sanciona el Código Penal en vigencia y como el Gobierno no puede por medio de Decretos, ni aún hallándose el país en estado de sitio, modificar en forma alguna la Carta Fundamental, esos decretos son violatorios de ésta;

b).—Que el Gobierno cuando el país se halla en estado de sitio en virtud del artículo 121 de la Constitución, puede suspender las leyes que "sean", no que aquél crea que son, incompatibles con ese estado, pero como el Código Penal ordinario no es incompatible con el estado de sitio ni el Gobierno lo ha suspendido en ninguno de los Decretos acusados, al asignar a los Jueces Militares la Jurisdicción y competencia que tienen los jueces comunes, "ha desconocido el Código Penal", excedió sus facultades y violó el artículo 121 de la Carta; y

c).—Que por los tres Decretos acusados el Gobierno dispone, sin suspender el Código Penal y el de Procedimiento Penal vigente, que los delitos cometidos por los particulares el nueve de abril y siguientes sean juzgados y sancionados conforme a la ley penal militar, violando así las garantías que dan los artículos 26 y 28 de la Constitución.

El señor Procurador General de la Nación, al contestar la demanda, dice:

"Al dar mi concepto sobre la constitucionalidad de los decretos 1285 y 1406 fuí bastante extenso en la expresión de los razonamientos que me llevaron a la conclusión de que el Gobierno

puede en estado de sitio modificar o mejor dicho, suspender toda disposición legal, inclusive las contenidas en la Constitución Nacional, que estime incompatibles con el estado de sitio, salvo las excepciones expresamente previstas por la Constitución misma, como la de que trata el artículo 28 según el cual ni aún en tiempo de guerra podrá nadie ser penado ex-post-facto, sino con arreglo a leyes preexistentes al acto delictuoso.

"Transcribí entonces el oficio que había dirigido al señor Ministro de Justicia en que le insinuaba la necesidad de aclarar los decretos acusados porque ellos dejaban entender que el Código Penal Militar —no aplicable en mi concepto a los particulares— se aplicaría a éstos por los Consejos de Guerra que habría de convocarse.

"Y como el decreto que ahora acusa el doctor Pareja dice claramente que en cuanto se refiere a los delitos y a las penas aplicables se estará a lo dispuesto, según el caso, en los Códigos Penal ordinario y de Justicia Penal Militar, considero que la tacha de inconstitucionalidad que tenían los decretos anteriores fué eliminada por el que ahora se acusa".

"Debo repetir aquí mi convicción de que a la H. Corte y a su colaborador, les corresponde únicamente estudiar si los decretos legislativos se hallan o no conformes con las facultades extraordinarias que al Presidente de la República confiere el artículo 121 de la Constitución, cuando se halla vigente el estado de sitio legalmente declarado, pero no es a la Corte ni al Procurador General a quienes toca considerar si una determinada disposición legal es o no incompatible con el estado de sitio, si debe o no ser suspendida...".

Concluye manifestando, que considera constitucional el Decreto legislativo número 1895 del año de 1948.

Se considera:

La primera observación que cabe hacer en el caso presente, es la de que el Decreto número 1895 que es materia de la demanda de inconstitucionalidad, ha desaparecido en su vigencia, por haberse levantado el estado de sitio dentro del cual se dictó, por medio del Decreto número 04144 de 16 de diciembre de 1948.

Los decretos que dicte el Gobierno durante el estado de sitio, con base en el artículo 121 de la Constitución Nacional, dejan de regir tan pronto como se declare restablecida la normalidad constitucional. En estas circunstancias, surge como cuestión que previamente debe decidirse, si es el caso de entrar en el estudio de fondo de las demandas de inexequibilidad referentes a decretos de la clase del que es objeto de la demanda, cuando el fallo viene a proferirse después de restablecida la normalidad. La Corte al resolver sobre varias demandas que acerca de este punto guardan completa analogía con la que es objeto del presente fallo, ha sostenido que de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo 214 de la Carta, tiene jurisdicción para conocer de las demandas de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, cuando han sido propuestas durante el estado de sitio, pero no han sido consideradas o no se pudieron considerar durante esa época, sino más tarde, cuando el orden público se ha restablecido y las normas acusadas han dejado de regir. La doctrina de la Corte en tal sentido, está concebida en los siguientes apartes:

"Se observa que este género de disposiciones del Gobierno queda evidentemente sin vigor al levantarse el estado de sitio, por lo cual es también claro que después de producido ese hecho, no podría prosperar el conocimiento por la Corte de las demandas referentes a esa clase de Decretos, por haber dejado de regir. Mas no se ve por qué, no haya de conocer y de fallar la Corte una demanda sobre un decreto extraordinario, de los que se contemplan, presentada cuando la norma se hallaba en vigencia, el orden público se hallaba alterado y en estado de sitio la República.

"El Constituyente quiere que la Corte decida acerca de la constitucionalidad de esos actos, y para que la finalidad buscada por él se realice, hay que entender y admitir que la decisión de la Corte pueda venir posteriormente a la fecha en que se levanta el estado de sitio, pues el decreto bien puede expedirse con una antelación tan corta respecto a ese hecho de la terminación de la anormalidad, que el conocimiento, trámite y sentencia serían físicamente imposibles en el corto espacio anterior a tal hecho, lo que indica que está en el espíritu de la Constitución el que pueda la Corte pronunciarse aún después de que se ha declarado restablecido el orden público, para que pueda cumplir con el propósito de la tutela constitucional que consagra el precepto a que se ha hecho mención. Solamente, se repite, que la

demanda debe proponerse cuando está en vigencia el estado de sitio". (G. J. Nos. 2019, 2020, 2021 y 2040 y 2041).

Este último requisito concurre en el caso presente, porque el libelo se presentó cuando se hallaba turbado el orden público y en estado de sitio la República.

Por consiguiente, la Corte tiene jurisdicción para entrar a resolver sobre el fondo del problema suscitado en este asunto, lo que hace mediante las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se anota, que la acción de inconstitucionalidad debe concretarse exclusivamente al Decreto Número 1895, pues aunque la finalidad del demandante fué la de adicionar la demanda que había presentado contra los Decretos 1285 y 1406 de 1948, no le fué aceptada su solicitud como una adición, sino como una demanda nueva e independiente de aquélla.

De otro lado, la demanda de inexequibilidad contra los decretos últimamente citados, fué ya resuelta por la Corte en sentencia de fecha diez de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, en cuya parte resolutiva se lee:

"Son exequibles los Decretos legislativos acusados, números 1285 y 1406 del mes de abril de 1948 en la parte que ha sido objeto de la presente acusación".

Y en estas circunstancias, no es el caso de que este estudio comprenda lo que concierne a dichos Decretos, porque sobre ellos existe ya una sentencia que tiene fuerza definitiva.

Tratándose de la acusación contra el decreto 1895, el demandante dice que el Gobierno al dictar ese Estatuto, quebrantó los artículos 58 y 147 a 164 de la Constitución, porque arrebató a los Jueces comunes la jurisdicción para conocer de asuntos que define y sanciona el Código Penal ordinario, y que por medio de Decretos, ni aún hallándose el país en estado de sitio, se puede modificar la Carta Fundamental.

Los artículos de la Carta que el demandante dice que fueron violados con el Decreto acusado, establecen: el 58, que la administración de justicia se ejerce por la Corte Suprema de Justicia, por los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley; y del 147 al 164, se trata de "la administración de justicia" en lo relacionado con la composición de la Corte Suprema, de las calidades para ser miembro de esta Corporación, de la duración del período de los Magistrados, de las atribuciones de la Corte, de los Tribunales Superiores de Distrito, calidades y duración de sus miembros y sus atribuciones, de los Juzgados Superiores, calidades para ser Juez, etc.

En conformidad con las normas de la Carta que se mencionan en el aparte anterior, es infundado el primer cargo de inconstitucionabilidad que se hace contra el decreto demandado, porque del texto y alcance de esas normas se deduce, que la administración de justicia se ejerce no sólo por los Tribunales ordinarios de justicia, sino también por los "demás tribunales y juzgados que establezca la ley". Y fué la ley 3ª de 1945 (Código de Justicia Penal Militar), la que estableció que la jurisdicción militar puede conocer de los delitos contra los particulares en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público y, como esa ley se dictó con base en el artículo 58 de la Constitución, ley que durante su vigencia no se declaró inexequible, no se observa oposición alguna entre el Decreto acusado y aquellas disposiciones del Estatuto Fundamental.

Para mayor claridad del problema, es conveniente transcribir las disposiciones respectivas de la ley 3ª de 1945 (Código de Justicia Penal Militar):

"Art. 7º—Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento de los siguientes asuntos:

c).—Contra los particulares que en tiempo de guerra, conflicto armado o de turbación del orden público, cometan alguno de los delitos señalados en este Código.

"Art. 122.—En caso de guerra exterior o interior, conflicto armado o de turbación del orden público, se pueden convocar, a juicio del Gobierno, Consejos Verbales de Guerra encargados de juzgar a los militares o particulares sindicados de delitos previstos en este Código y según las reglas que a continuación se expresan".

Cuando el Decreto acusado se dictó, el país se encontraba en estado de sitio por haberse declarado turbado el orden público y el Gobierno tenía facultades legales para convocar Consejos Verbales de Guerra, encargados de juzgar a los militares y a los particulares sindicados de delitos previstos en el Código de Justicia Penal Militar. Es decir, que en tales emergencias el conocimiento de las infracciones cometidas por los particulares, cuando estaban previstas en el Código de Justicia Penal Militar, se sustraía a la jurisdicción de la justicia penal ordinaria y pasaba a la jurisdicción militar.

Es regla general, dentro de un estado de normalidad, que los particulares no pueden violar la ley penal militar o mejor, no pueden cometer delitos de los llamados estrictamente militares, porque en tiempo de paz todo hecho constitutivo de delito, realizado por personas civiles que no están al servicio de las fuerzas militares, es de conocimiento de la justicia penal ordinaria y se sanciona de acuerdo con las reglas del Código Penal común. Pero esta regla tiene su excepción en tiempos de anormalidad y en este evento, los particulares que no están al servicio de las fuerzas militares, sí pueden violar los preceptos contenidos en el Código Penal Militar, surgiendo en tales circunstancias, la llamada legalidad marcial que se configura por una de estas situaciones: que la Nación se encuentre en guerra exterior, conflicto armado o turbación del orden público, siempre que alguna de estas situaciones haya sido reconocida o declarada por el Gobierno, por medio de un Decreto Extraordinario de turbación del orden público.

En estos casos, a partir de ese Decreto de turbación del orden público, los particulares pueden violar las disposiciones del Código Penal Militar y los hechos que configuran tales violaciones, son de la jurisdicción y competencia de los Tribunales Militares, por virtud de lo dispuesto en dicho Código, sin que se pueda hacer la afirmación fundada, de que es una ley posterior a la realización de esos hechos, pues el estatuto que tal cosa disponía era anterior a la violación de sus preceptos y para que tuviera aplicación respecto de los particulares que los infringieran sólo se requería que se presentara alguna de las situaciones de anormalidad a que alude la misma obra. Y esto es lo que ocurre en el caso del Decreto 1895, que somete el conocimiento de todos los delitos cometidos en el país en los días nueve de abril y siguientes, con las excepciones que en él se mencionan, al conocimiento de los Consejos de Guerra Verbales, es decir, a lo preceptuado en la ley 3ª de 1945 (Código de Justicia Penal Militar), lo cual ni implicaba la creación de nuevos delitos ni de penas ni de jurisdicciones especiales que no existieran ya en dicha ley. Por ello, la tacha de inconstitucionalidad que por este aspecto se hace contra el mentado Decreto, carece de fundamento y éste no puede tenerse como violatorio de las normas constitucionales invocadas en la demanda, ni es contrario a ningún otro precepto de la Ley Fundamental.

Acerca de las facultades del Gobierno para dictar el Decreto demandado, existen varios fallos de la Corte. En ellos, esta Corporación ha sentado tesis y doctrinas en desarrollo de las normas de la Constitución sobre la turbación del orden público interno y sobre la amplitud de las facultades del Ejecutivo, mientras subsista esa situación de anormalidad. En sentencia de fecha 12 de junio de 1945 (G .J. Tomo LVIII, números 2019-20-21, pág. 24), dijo la Corte:

"Establece el artículo 120 de la Constitución de 1886, hoy 115 (en la nueva codificación 120) que 'corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: .....7º Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado', y el artículo 33 del Acto Legislativo número 3 de 1910, hoy 117 del Estatuto (en la Constitución actual 121), otorga al Presidente la facultad de declarar que se ha turbado el orden público y de adoptar las medidas ordenadas a su restablecimiento. Los dos preceptos se hallan íntimamente vinculados, porque el deber que la Constitución le impone al Presidente de conservar el orden público y de restablecerlo, debía corresponder a la potestad de aplicar los medios conducentes al cumplimiento de aquella obligación. La paz pública descansa, conforme al Estatuto Fundamental, en la actitud vigilante del Jefe del Estado para evitar que se altere, o en su acción enérgica y fuerte, si preciso fuere, para que vuelva a la normalidad. Tan ponderoso encargo corre parejas con el ejercicio prudente de los medios excepcionales que la Carta le da al Presidente para que llene la más delicada y alta de las funciones como suprema autoridad administrativa. La declaración sobre turbación del orden público envuelve máximos atributos de poder, paralelos con una responsabilidad eminente. Obrando el Presidente en el marco amplísimo de sus prerrogativas cuando confronta la República estados de zozobra por la turbación del orden público, sin tomar determinaciones persecutorias contra una o más categorías de ciudadanos, sino en un plano elevado, que por la generalidad de aplicación a todos, excluya el carácter que los reformadores de 1910 quisieron evitarles a las providencias del Gobierno durante el estado de sitio, los decretos que éste expida en aquellas circunstancias difíciles, sin quebrantar las normas estatutarias de obligatorio imperio en todo tiempo, con el requisito de su generalidad y si se acomodan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden llevan por esas condiciones básicas, esenciales y únicas

contempladas por la Carta, el sello de su legitimidad constitucional...".

Esta doctrina y otras que tienen el mismo contenido jurídico, adoptadas por la Corte en varios fallos, dan fundamento para sostener que las acusaciones que se hacen contra el Decreto 1895 de fecha cuatro de junio de 1948, que fue dictado en uso de las facultades que el artículo 121 de la Constitución confiere al Presidente de la República durante el estado de turbación del orden público, que en el caso de la demanda se declaró por medio de los Decretos números 1239 y 1259 de fechas 10 y 16 del citado mes de abril, son completamente infundadas, pues el Gobierno al dictar el Decreto demandado, obró haciendo uso de las autorizaciones que le confiere la Carta en épocas de turbación del orden público interno, adoptando una de las medidas conducentes a su restablecimiento. El cargo de inconstitucionalidad, por haber atribuído a los Consejos Verbales de Guerra la jurisdicción para conocer de todos los delitos cometidos el día 9 de abril y siguientes, excepción hecha de las infracciones que se mencionan en el mismo Decreto, carece de consistencia, porque el Ejecutivo por virtud de tales facultades podía dictar Decretos Legislativos con fuerza obligatoria, estatuír sobre lo no reglamentado, suspender disposiciones legales como las del Código de Procedimiento Penal ordinario en lo concerniente a la competencia de los jueces comunes para conocer de los delitos cometidos por los particulares que estuvieran contemplados en el Código de Justicia Penal Militar, etc., lo cual estaba dentro de las facultades que la Constitución otorga al Presidente en tales situaciones de anormalidad.

Al puntualizar el demandante el segundo cargo contra el Decreto 1895, afirma que cuando el país se halla en estado de sitio, el Gobierno en virtud de lo que dispone el artículo 121 de la Constitución puede suspender las leyes que "sean", no que el Gobierno crea que son incompatibles con el estado de sitio y al asignar a los Jueces Militares la jurisdicción y competencia que tienen los jueces comunes, excedió sus facultades y violó el artículo 121 de la Carta.

Lo primero que se observa con relación a este cargo, es que el demandante confundió el Código de Procedimiento Penal con el Código Penal, porque lo relativo a la jurisdicción y al procedimiento atañe directamente a las reglamentaciones contenidas en aquél y no en el segundo, que define los delitos y establece las sanciones.

En cuanto a que el Gobierno puede suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio, no las que no lo son, es un argumento que en el caso que se estudia carece de operancia en orden a demostrar la inconstitucionalidad del Decreto acusado, porque éste no hace cosa distinta que dar aplicación a lo previsto y estatuído por el legislador de 1945 que en forma expresa dispuso que en tiempo de anormalidad los particulares pueden ser juzgados por Consejos Verbales de Guerra, cuando cometan delitos previstos en el Código de Justicia Penal Militar.

En cuanto al juicio sobre la conveniencia o inconveniencia de la suspensión de las normas del Código de Procedimiento Penal, ha dicho la Corte en el fallo ya citado:

"Pero hay una modalidad especial e importante, que condiciona la legitimidad constitucional de los decretos extraordinarios a que se hace mención, y es la que mira al juicio, que parece reservado al Congreso, respecto a la conveniencia y necesidad de las medidas adoptadas por los decretos de que se trata. Para juzgar sobre este último punto es natural que el Gobierno, una vez terminado el estado de sitio, presente al Congreso la explicación de sus actos, lo que permitirá a éste conocerlos en sus causas y por sus finalidades. El Juez natural del Presidente y de sus Ministros, ante quien ellos explican su conducta, está capacitado especialmente para apreciar la relación en que se hallan las disposiciones de los decretos con el deber del Presidente de velar por la conservación o el restablecimiento del orden.

"Lo que no es óbice al deber general que tiene la Corte Suprema de Justicia, por razón de sus funciones, de velar por la guarda de la integridad de la Constitución y decidir respecto de la exequibilidad de los decretos legislativos. Sólo que al hacerlo habrá de tener en cuenta que el imperio común de la Carta se halla entonces condicionado, por la emergencia de la turbación del orden, al régimen de las facultades extraordinarias de que durante él queda investido el Presidente de la República...".

Finalmente, el cargo consistente en que por el Decreto acusado se suspende el Código Penal para los delitos cometidos por los particulares el día nueve de abril y siguientes, y en esta forma se violan las garantías consagradas por los

artículos 26 y 28 de la Constitución, carece de base en tal Decreto.

Conforme al artículo 2º de este Decreto, en lo relacionado con "la definición de los delitos y a las penas aplicables, se estará a lo dispuesto, según el caso, en los Códigos Penal ordinario y de Justicia Penal Militar".

Esta trascripción, demuestra la inexistencia del cargo que se examina. Por ello, no es el caso de entrar á estudiar si esa reglamentación infringe o no, los artículos 26 y 28 de la Constitución, pues la falta de realidad del hecho que se invoca como base de esa acusación de inconstitucionalidad, inhibe a la Corte del examen de los preceptos citados con aplicación al caso de la presente demanda.

Por lo tanto, como el Decreto demandado en ninguna de sus disposiciones es violatorio de las normas constitucionales invocadas en la demanda ni pugna con ninguna otra disposición de la Carta, debe ser declarado exequible.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, y en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, DECLARA EXEQUIBLE el Decreto número 1895 de cuatro de junio de 1948.

Cópiese, notifíquese y publíquese. Dése cuenta al señor Ministro de Justicia y al Estado Mayor del Ejército.

Manuel José Vargas—Gerardo Arias Mejía—Francisco Bruno — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez—Alberto Holguín Lloreda—Rafael Leiva Charry — Pablo Emilio Manotas—Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña—Arturo Silva Rebolledo — Angel Martín Vásquez—Hernando Lizarralde, Secretario.

SE IMPONE UNA SANCION DISCIPLINARIA A UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL POR HABER USADO EN UNA PROVIDENCIA EXPRESIONES DESCOMEDIDAS EN RELACION CON U NO DE LOS LITIGANTES

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

El doctor Leopoldo Uprimny, abogado inscrito, en memorial fechado el 23 de octubre del año en curso formula queja ante la Corte contra el señor Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctor Rafael Ignacio García, por "trato indebido" dado por éste tanto al querellante como a un subalterno del Magistrado, el Juez Quinto Civil del Circuito de Bogotá.

El doctor Uprimny adjunta al memorial de queja copia informal del auto fechado el 18 de octubre del presente año, por medio del cual el Magistrado Dr. García decidió del recurso de apelación interpuesto por la parta ejecutada en el juicio ejecutivo seguido ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá por Francisco A. Prieto contra Inocencio Vargas.

En el referido memorial de acusación, quien lo suscribe extracta del auto ya citado los siguientes apartes: "Probablemente el error fundamental del apoderado del ejecutante estriba en que no conoce nuestra legislación procedimental, ni tampoco conoce a fondo la lengua castellana..." "...Quiere decir lo expresado, que no tiene el menor asomo de razón la reclamación propuesta por el apoderado mencionado y que ello no se justificaría sino como recurso tinterrillezco propio para entorpecer el derecho legítimo del ejecutado a que se revisen las providencias objeto de la apelación". El querellante considera que un juez puede refutar de manera resuelta y hasta enérgica una tesis errónea, pero que no debe atacar a su autor o irrespetarlo, y que los conceptos del Magistrado García constituyen un cargo mortificante y perjudicial para un profesional graduado con calificaciones sobresalientes en Facultad muy ilustre de Colombia, que además ha ejercido la abogacía desde 1942 y desempeña desde 1940 varias cátedras universitarias. En consecuencia solicita a esta Corporación que imponga al Magistrado Dr. García la sanción disciplinaria que juzgue conveniente, de conformidad con lo dispuesto en la causal cuarta del artículo 2º del Decreto Legislativo número 3665 de 1950.

Según se deduce de la lectura del auto en que aparecen las expresiones transcritas, se trataba de resolver la solicitud hecha por el Dr. Uprimny en representación del ejecutante, en el sentido de que el Tribunal se abstuviera de conocer la apelación interpuesta por el ejecutado contra el mandamiento ejecutivo y contra el auto que fijó una caución de desembargo, debido a no hallarse ejecutoriado, a juicio de aquél, el auto del juez que concedió el recurso. En el memorial de queja contra el funcionario, el alcance de tal petición se presenta así: "En mi calidad de apoderado del ejecutante solicité, en mi alegato de 13 de octubre del H. Tribunal se abstuviera de conocer de las apelaciones por no encontrarse ejecutoriado el auto que concedió tales recursos. En efecto, como este auto fechado el 24 de agosto resolvió puntos nuevos, interpuse contra él mismo los recursos de reposición y el subsidiario de apelación; esta última estaba todavía pendiente cuando alegué ante el H. Tribunal (observo que, con posterioridad a la presentación de mi alegato, o sea el 16 de octubre, se notificó el auto del señor Juez a quo por medio del cual me concedió en efecto suspensivo, la apelación contra su auto de 24 de agosto último). Sostenía en mi alegato, y sigo creyendo que no existe la ejecutoria parcial de autos, sino que éstos, o están ejecutoriados o no están. Esta tesis no es mía, sino que fue sostenida en varias oportunidades por funcionarios judiciales y abogados distinguidos. Si ella es acertada (como lo creo), el H. Tribunal no es competente, por no haber adquirido jurisdicción. Luego era mi deber solicitar del H. Tribunal se abstuviera de conocer de las apelaciones, para evitar una eventual nulidad de lo actuado".

La Corte corrió traslado al Magistrado Dr. García de la queja presentada por el Dr. Uprimny a la cual dio respuesta el funcionario reconociendo la autenticidad de la copia del fallo pronunciado por él como Juez ad-quem. Como explicación de las razones que tuvo para estampar en su providencia las expresiones que son motivo de la acusación contra él formulada por tratamiento indebido, expone lo siguiente: "El Dr. Uprimny al fijar el negocio en lista presentó un escrito rechazando la jurisdicción del Tribunal para revisar el mandamiento ejecutivo y la providencia por la cual se fijaba la caución para desembargar bienes que fue fijada por el Juzgado del conocimiento en la suma de $ 150.000.00. Se fundó el Dr. Uprimny en que la providencia en la cual se concedía el recurso de apelación había sido reclamada no en cuanto a la concesión del recurso, sino en otras partes resolutivas de la misma como eran las referentes a la aceptación del señor Alfonso Vargas Montoya como fiador de saneamiento, etc. Como Juez **ad-quem** estimé que la reposición que el doctor Uprimny había formulado contra la providencia de 24 de agosto de este año en la parte mencionada, no era obstáculo para que se considerara el Tribunal con jurisdicción para revisar el mandamiento ejecutivo y la fianza de saneamiento, por cuanto en esta parte la providencia estaba en firme, todo en aplicación del artículo 494 del C. J. que dice: "La apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y por tanto, el Superior no puede enmendar la providencia en la parte en que no es objeto del recurso, salvo que a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra". Estimé que no había relación entre la apelación del mandamiento ejecutivo concedida al ejecutado, y la cuantía de la fianza o caución para el desembargo de lo embargado preventivamente, y lo relativo al fiador de saneamiento, porque eran cuestiones totalmente distintas. Para sustentar la resolución alegué como fundamento que en la providencia había tantas resoluciones como proposiciones y que no había indivisibilidad en la providencia. Para poder darme cuenta sobre la exactitud o inexactitud del alegato del doctor Uprimny me formé mentalmente una explicación de la petición de dicho apoderado y no encontré otra que una hipótesis, es a saber: que el doctor Uprimny probablemente no conocía a cabalidad el idioma castellano y no comprendía la divisibilidad de la providencia donde se había concedido el recurso de apelación. No es esto irrogar una ofensa, pues que el mismo señor Cuervo autor del diccionario, se considera ignorante en muchas cosas del idioma, y más aún ha sufrido serias críticas a determinados conceptos". Nada dice respecto a la segunda frase transcrita en el tercer párrafo de esta relación de la Corte.

Para decidir se considera:

Se explican, pero en modo alguno se justifican los términos ásperos que para llamar la atención al litigante empleó el Magistrado García. Es evidente que la frecuencia con que los abogados dilatan los trámites judiciales y complican deliberadamente los pleitos, está exigiendo correctivos enérgicos, pero para cumplir el fin moralizador consiguiente, un juez de tan alta jerarquía como lo es el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ha debido censurar la gestión del litigante acudiendo a vocablos de tenor literal más discreto.

Teniendo, pues, en cuenta la Corte el significado deprimente de las expresiones empleadas por el funcionario acusado al apreciar el mérito de las peticiones hechas en juicio por un profesional de buen crédito, y a la vez la intención con que obró el Magistrado Dr. García, encaminada a disminuir los obstáculos que el uso exagerado de los recursos judiciales opone a la pronta y eficaz administración de justicia,

RESUELVE:

Imponer al Magistrado doctor Rafael Ignacio García, de conformidad con lo dispuesto en la causal 4ª del artículo 2º del Decreto Legislativo número 3665 de 1950, como sanción disciplinaria, una multa de diez pesos ($ 10.00).

Comuníquese a la Sección de Vigilancia del Ministerio de Justicia para los efectos consiguientes.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel José Vargas — Gerardo Arias Mejía— Francisco Bruno — Alfonso Bonilla Gutiérrez— Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda—Luis A. Flórez—Alberto Holguín Lloreda— Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez— Rafael Leiva Charry — Pablo Emilio Manotas—Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña — Arturo Silva Rebolledo — Angel Martín Vásquez—Hernando Lizarralde, Secretario.

EXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 29 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, SOBRE INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL DE INDEMNIZACION, E INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 226 DEL MISMO CODIGO, SOBRE DECLARACIONES DE PARIENTES EN EL PROCESO PENAL. — LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA PENAL DENTRO DEL JUICIO CIVIL DESCANSA EN EL PRINCIPIO DE ORDEN PUBLICO QUE LLEVA AL JUEZ A ACTUAR EN FUNCION DE LA TUTELA DEL DERECHO PENAL Y QUE EN PRINCIPIO NO PUEDE ABANDONARSE A LA ACTUACION DE LOS PARTICULARES. ESTA FUERA DEL AMBITO DEL ARTICULO 28 DEL C. DE P. P. TODO LO QUE NO SEA INFRACCION PENAL. — ESTA DISPOSICION SOLO COMPRENDE LA ACCION CIVIL QUE SE FUNDE EN DICHA INFRACCION.—AUNQUE NO HAYA IDENTIDAD ENTRE LA CULPA CIVIL Y LA CULPA PENAL Y, POR LO TANTO, DONDE NO HAY INFRACCION PENAL CULPOSA PUEDE SIN EMBARGO EXISTIR CULPA CIVIL; CON TODO, DECLARADA POR EL JUEZ PENAL LA INEXISTENCIA DEL ACTO MATERIAL O EXTERNO, ESA DECISION DEBE SER RESPETADA POR LAS DEMAS JURISDICCIONES.—CUANDO LA CONDENA POR PERJUICIOS HA SIDO HECHA EN ABSTRACTO EN SENTENCIA PENAL, EL JUEZ COMPETENTE PARA HACER LA POSTERIOR REGULACION ES EL JUEZ PENAL.—EL LEGISLADOR NO PUEDE AMPLIAR VALIDAMENTE EL SENTIDO DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, SINO CUANDO EL PRINCIPIO QUE LA CARTA CONSAGRA LO HA SIDO EN EXCLUSIVO INTERES DE LA PERSONA O ENTIDAD A QUIEN LA LEY PRETENDE FAVORECER.—EL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION, NO ESTABLECE UNA GARANTIA EN INTERES EXCLUSIVO DEL PARIENTE QUE DECLARA O DE SU FAMILIA; RECONOCE APENAS UNA FACULTAD DE QUE EL TESTIGO PUEDE LIBREMENTE USAR, FRENTE A DOS INTERESES OPUESTOS: EL DE LA FAMILIA, DE UN LADO, Y LOS DE LA SOCIEDAD Y LA VICTIMA DEL DAÑO, DE OTRO.—POR ELLO, LA LEY NO PUEDE CONVERTIR EN DERECHO LO QUE CONSTITUCIONALMENTE ES UNA SIMPLE FACULTAD

1. — Desde luego la identidad de objeto, causa y partes que conforman la cosa juzgada dentro del campo civil, no es la base con que en estos juicios cabe apreciar el influjo de la cosa juzgada en lo penal, ya que por su naturaleza, no es posible la concurrencia de aquella triple identidad en uno y otro. La autoridad de la cosa juzgada en lo penal dentro del proceso civil descansa en el principio de orden público que lleva al Juez a actuar en función de la tutela del derecho penal, y que en principio no puede abandonarse a la actuación de los particulares. Por este motivo, las situaciones de la vida humana que son materia del proceso penal tienen por objeto el delito, como causa pública cuyo castigo interesa a toda la comunidad, distintamente a lo que sucede con el juicio civil, donde el Juez actúa en guarda de un simple interés particular; y es por ello también, por lo que el fallo penal hace tránsito a cosa juzgada, ERGA OMNES, no sólo en cuanto al hecho en que la acción penal se funda, su calificación y la participación y responsabilidad del sindicado, sino también respecto de todas aquellas acciones que, como la del resarcimiento del daño, tienen su fundamento en hechos enjuiciados por el Juez penal.

2. — Las dificultades que se suscitan con motivo de la preeminencia de la justicia penal sobre la civil, que nuestro legislador creó en las proposiciones jurídicas que forman los artículos 28 y 29 del C. de P. P., pueden solucionarse metódicamente de acuerdo con estas dos fórmulas, que son re-

ralelas y recíprocamente se limitan: a) Los Jueces penales tienen la función privativa de decidir sobre la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal; si ese hecho le es física y legalmente imputable al sindicado; y, en fin, si se produjo con las características exigidas para motivar la aplicación de una determinada norma del Código Penal. b) En general, los jueces penales no están llamados a estatuir sobre hechos determinantes de simple responsabilidad civil; excepcionalmente lo están sobre las consecuencias civiles provenientes del ilícito penal que ellos califican.

La doctrina y jurisprudencia francesas se han desenvuelto con motivo de la interpretación del artículo 1351 del Código Civil, el cual reza: "La autoridad de la cosa juzgada sólo tiene lugar respecto de lo que fue objeto de la sentencia. Se requiere que la cosa demandada sea la misma; que la demanda se haya fundado sobre la misma causa; que la demanda se formule entre las mismas partes y que éstas tengan idénticas calidades". El artículo 3º del Código de Instrucción Cirminal francés suspende el juicio civil mientras se decide el penal.

La Corte de Casación Francesa, a partir de 1912 (sentencia de 18 de diciembre) consagró el principio de la unidad de la culpa civil y de la culpa penal, el rigor del cual, sin embargo, ella misma ha venido atenuando en sucesivas sentencias posteriores, especialmente desde 1924.

El legislador colombiano ha deslindado la culpa penal de la culpa civil. Nuestros artículos 8º y 27 del Código de Procedimiento Penal contribuyen a demostrar este concepto. Los artículos 11, 25, inciso 2º, 28 y 29 ibidem configuran la interdependencia de las acciones civil y penal. El artículo 12 del Código Penal, delimita la culpa penal. No cabe duda por lo tanto de que, conceptualmente, la apreciación de la conducta humana que contradice el ordenamiento jurídico, es distinta cuando viola un mandato o una prohibición del Derecho Penal que cuando la violación se refiere a un mandato o una prohibición del Derecho Civil.

Florián observa que son tres las características que distinguen la acción penal de la civil: a) La acción civil es PRIVADA, porque corresponde a la persona lesionada u ofendida y para un interés particular de la misma: las relaciones jurídicas que forman su contenido son privadas... b) La acción civil tiene carácter PATRIMONIAL, lo que quiere decir que representa un derecho patrimonial aún en los casos en que el daño sea puramente moral, o el resarcimiento tenga lugar de modo que no consista en el pago de una suma de dinero; pues la acción civil, en verdad, se refleja siempre sobre el patrimonio, al cual debe poner en su prístino estado o aún mejorarlo.... c) La acción civil es CONTINGENTE, lo que quiere decir que puede nacer del delito, o no nacer, sea porque se trate de delito que no causa daño patrimonial resarcible...., sea porque el titular no quiera ejercitarla".

En la práctica la jurisprudencia considera que la culpabilidad civil proviene de la infracción de un deber jurídico preexistente, ya sea legal contractual o profesional, y el contenido de la obligación violada se determina como de resultado, o como de simple diligencia y previsión.

Desarrollando este principio la jurisprudencia civil ha sido en verdad fuente del derecho; ha forjado la norma jurídica, creado la obligación. Tal sucede con la interpretación dada al artículo 2356 del C. C., y con las que contrariando el contenido de determinados contratos, les asignan determinadas obligaciones de seguridad. A la inversa, en la jurisprudencia penal sigue vigente el conocido aforismo: "No hay delito ni pena sin una ley previa".

En cambio la infracción penal se funda en los tres conocidos principios de notoriedad, predeterminación legal e ilicitud; de ahí que la exigencia de la predeterminación por una ley penal del comportamiento exterior, sea esencial para la existencia del ilícito penal. De esta suerte la responsabilidad consiguiente a la infracción tiene también su fundamento en la culpabilidad del actor, por la razón política del carácter retributivo de la pena. Este fundamento político de la culpabilidad exige que ella se

conciba normativamente. "La retribución penal presupone, por su esencia, que el destinatario de la pena sea un ser conciente que actúe como tal en la comisión del delito cuyo mal la pena retribuye". En el ilícito civil el criterio esencial para el resarcimiento se encuentra en el daño causado al patrimonio. Desde este punto de vista, indemnizar quiere decir: "poner a uno, en tanto sea posible, en la misma situación patrimonial en que se encontraría si no se hubiera producido el acontecimiento que obliga a la indemnización. Lo cual no excluye la reparación del daño moral siempre que éste pueda traducirse en un valor pecuniario, pues de otra suerte, sólo quedaría vigente la reparación material.

El delito es, pues, condición necesaria, pero no suficiente, para la indemnización.

Desde el ángulo de la exégesis del artículo 28 del C. de Procedimiento Penal, se ve que está fuéra de su ámbito de aplicación todo lo que no sea la infracción penal, pues sólo comprende la acción civil que se funde en la infracción penal.

Las diversas hipótesis contempladas por esa norma pueden reducirse, para los efectos que se estudian, a un solo caso: el de no encontrarse probada la infracción imputada al sindicado. Esto es así porque cuando se establece que la infracción no se ha realizado, queda al mismo tiempo establecido que el sindicado no la ha cometido; y si se establece que el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, lo que se establece es algo más que la ausencia de la culpa: la exoneración de responsabilidad.

Nuestro Derecho, inspirado en el francés y en la doctrina tradicional de los expositores, no deduce responsabilidad alguna contra el autor del daño por los simples hechos u omisiones, porque el derecho no actúa en función de las relaciones entre las cosas sino de las que se producen entre los hombres. Dicha responsabilidad se configura a través del delito o de la culpa (artículo 2341 del C. C.); o de la sola negligencia, imprevisión o descuido en que consiste la culpa, en todos los casos de responsabilidad indirecta, como acontece con la de los padres, maestros, preceptores, etc., por el hecho de las personas que están bajo su cuidado (artículos 2346 a 2349 ibidem), y la del dueño, por el hecho de sus animales (artículo 2353), o por el daño de las cosas arrojadas de la parte superior de su edificio (artículo 2355). La llamada responsabilidad objetiva, defendida por algunos expositores como Demogue y Josserand, por los daños causados en ejercicio de actividades naturalmente peligrosas, no tiene fundamento alguno dentro de nuestra legislación; la responsabilidad que la Jurisprudencia ha estado deduciendo del principio contenido en el artículo 2356 por los daños ocasionados en virtud de dichas actividades, sigue el mismo concepto subjetivo que se deja expuesto, modificado apenas en cuanto a la prueba de culpabilidad que, por obra de la presunción que ampara a la víctima, queda pesando sobre quien se ocupa de esas actividades para establecer que el evento se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, o en razón de un hecho extraño.

Así las cosas, precisa ahora establecer si el elemento psicológico determinante de la culpabilidad civil es o no distinto del que configura la infracción penal.

En tratándose de infracciones intencionales, no puede darse tal identidad, puesto que la culpa excluye, por definición, el acto intencional de hacer el daño, que es esencial en la infracción penal intencional. Pero si se trata de una infracción culposa, el elemento psicológico viene a ser el mismo, como se deduce de lo establecido por el inciso segundo del artículo 12 del Código Penal. Lo cual no quiere sinembargo significar que haya identidad entre la culpa civil y la infracción penal culposa, porque en tanto que la última no puede producirse sin una norma legal previa que la haya establecido, la culpa civil existe por la sola violación de una norma de conducta diligente, extraña desde luego a toda previsión legal, y aún a las de simple policía o a las que configuran las contravenciones.

Resulta de lo dicho que donde no hay infracción penal culposa puede con todo existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual la decisión favorable que

en el campo penal se pronuncie respecto de la primera, no conlleva la absolución de la segunda, ya que, aún sin una norma legal preestablecida, puede haber un hecho u omisión dañinos —en el sentido puramente patrimonial— determinados por negligencia, descuido o falta de previsión de un objeto previsible y que debió preverse, que es exactamente lo que configura la culpa.

En consecuencia, es conforme en un todo con los principios que externa y psicológicamente configuran del mismo modo la culpa civil y la infracción culposa penal, sostener que cuando el Juez penal ha declarado la inexistencia del acto material o externo, esa decisión deba ser respetada por las demás jurisdicciones; de otra suerte el Estado quedaría en la posibilidad de proferir sentencias contradictorias, porque es contradictorio el fallo de la inexistencia del hecho, pronunciado por el Juez penal, con la declaratoria de existencia que respecto de ese mismo hecho pudiera hacer otra jurisdicción.

Como es desacertada, por contraria a los principios expuestos y a los que rigen el procedimiento para casos que no han sido expresamente previstos, la práctica generalizada —cuando la condena por perjuicios ha sido hecha en abstracto— de declararse el Juez penal incompetente para hacer posteriormente la respectiva regulación, con el pretexto de estar finalizada su función por virtud del fallo que hizo dicha condena. Pues el artículo 7º del C. de P. P. enseña que "Son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código y en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el código de procedimiento civil". Y el artículo 550 de esta última obra establece que "El juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponde el conocimiento, conforme a las reglas generales. "En el caso de que para cumplir el fallo no se requiere otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o segunda instancia". Pero, como en el caso de condena en abstracto, la regulación del quantum no requiere un nuevo juicio, sino la simple tramitación de un incidente (art. 553 del C. de P. C.), síguese entonces que es el propio Juez penal que pronunció la condena, el llamado a hacer la correspondiente regulación, y el Juez civil es competente para conocer del juicio ejecutivo que haya de seguirse posteriormente para el cobro de la suma correspondiente.

Por lo dicho hasta aquí se comprende que es justificada la norma contenida en el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, lo mismo cuando la controversia civil se suscita entre quienes fueron partes en el juicio penal, que cuando ocurre con personas extrañas a dicho procedimiento; pues que así como los motivos de una disposición sirven para medir su alcance, de igual manera la necesidad de impedir sentencias contradictorias sirve para determinar el del artículo 29 citado; por ello, cuando quiera que el Juez no se aboque al peligro de dos sentencias contradictorias, goza de completa autonomía para calificar el fondo de la contienda que se le propone por las consecuencias de una culpa civil, que por no haber alcanzado la categoría de infracción penal culposa, determinó para su autor la absolución del Juez penal.

Otro tanto ocurre con los que, indirectamente, son responsables de los daños ocasionados por personas que están bajo su custodia o por los hechos de los animales o de las cosas inanimadas. No pueden ellos discutir si existió o no el hecho o la omisión que el Juez penal declaró haber o no existido, sin alcanzar la categoría de infracción culposa; eso está juzgado; pero sí pueden discutir todos los otros aspectos determinantes de la culpa civil no comprendidos por el fallo penal dentro de la órbita de las atribuciones del Juez que lo pronunció.

Quejarse de que no se le permita a algunos de esos responsables indirectos revivir la discusión sobre la existencia del hecho que encontró y declaró probado el juez penal, es quejarse de que el legislador no haya consentido la posibilidad de sentencias contradictorias; y esa queja no es de recibo ni conducen a demostrar la inexe-

quibilidad del artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, que sabiamente impide el absurdo, y que, por lo tanto, debe ser declarado acorde con la constitución.

3—El propósito del constituyente no fue, ni mucho menos, el de rechazar imperativa y absolutamente la declaración de los parientes más próximos del sindicado, en consideración a la natural repugnancia que ofrece el hijo declarando contra su padre, el consorte contra su cónyuge, etc., sino la de asegurar a dichas personas el derecho de que carecen los particulares para elegir libremente entre los dos extremos de declarar o abstenerse a hacerlo, según la superioridad de los motivos que en los lindes infranqueables de su conciencia le compelan a obrar en un sentido o en otro.

Por esto, considera la Corte, que dentro del principio constitucional, que el artículo 227 del Código de P. P. reproduce, le está prohibido al investigador que conoce alguno de tales parentescos, hasta el simple acto de obtener la comparecencia del pariente para que diga si declara o no en la causa contra su pariente, porque, en el hecho, tal procedimiento implica una especie de coacción moral incompatible con la libertad que aquel principio garantiza, como base de la estructura y convivencia familiares que la sociedad es o debe ser la primera interesada en mantener. No sucede lo propio con relación al mismo sindicado en cuyo favor sólo milita la consideración de su personalísimo interés, asegurado de hecho con la sola facultad que se le reconoce para contestar, libre de toda prisión o apremio, a las preguntas que se le formulen. Las declaraciones que en las circunstancias anotadas rindan aquéllos o éste, presentan mérito probatorio en conformidad con las reglas generales sobre crítica del testimonio.

La conducta del hijo declarando contra su padre, por ejemplo, es naturalmente repugnante a los más íntimos sentimientos de toda familia bien organizada. Por ello se comprende que se le reciba con desfavor en la comprobación de crímenes e infracciones que deban ser penalmente sancionados. Pero de la exactitud de este concepto no puede seguirse que por efecto de dicha repugnancia, aquella declaración exceda los límites morales que enmarcan la admisibilidad del testimonio humano, y, por lo tanto, que no pueda constitucionalmente ser apreciada por el Juzgador. Porque —para seguir el ejemplo propuesto— no siempre el testimonio del hijo contra el padre está libre de móviles que en su conciencia son superiores a los deberes de solidaridad que la sangre le ha impuesto para con éste; como cuando se encuentra precisado a elegir entre el silenció con que el uxoricida justifica su delito, y el honor de la madre a quien aquél sacrificó. Entonces lo antinatural no sería por cierto la declaración con que el hijo se apresurara a salvar la memoria de su madre, sino el rechazo que la sociedad le diera a su testimonio, en guarda de una convivencia familiar que el delicuente destruyó.

Antes de toda ley, el individuo y la sociedad en que por naturaleza debe desarrollar sus actividades, actúan libremente, sin otras limitaciones que las que impone el Derecho Natural.

Al organizarse en estado, crea ya un órden jurídico positivo, que en su funcionamiento se rige por las normas y principios que configuran la ley fundamental, y que, desde luego, establecen un nuevo límite a la acción de quienes dentro de él deben moverse: individuo, familia, sociedad civil y autoridad, comprendidos en este último concepto no sólo el funcionario propiamente dicho sino en general todos los organismos del Estado.

Dentro de esa organización constitucional, los sujetos que la componen no pueden actuar ya sino dentro de la norma positiva fundamental, y apenas son libres para hacerlo sobre materia ajena a la previsión de sus textos o de los principios en que éstos se inspiran. Pero, como dentro del estado de relación en que se mueve el organismo jurídico, el derecho siempre es correlativo, resulta entonces que el sentido de la norma no puede ser rectamente interpretado y aplicado sino en función y sobre la base del respeto por los derechos que, correlativamente, se originan en aquélla.

Por esta razón, para que el legislador pueda válidamente ampliar el sentido de un precepto constitucional, es condición indispensable que la facultad o derecho que éste reconoce lo haya sido en interés exclusi-

vo de una persona; porque si correlativamente a él funcionan intereses opuestos, entonces la ampliación con que se pretendiera favorecer al primero, automáticamente habría de traducirse en desconocimiento o violación del derecho de los otros, asimismo garantizado por el sentido exacto de la norma constitucional.

Esto supuesto, véase ahora cuál es el sentido de las normas que rigen dentro de la Carta la presentación del testimonio humano como elemento de prueba.

Desde luego el principio fundamental del orden jurídico en que se traduce la organización constitucional del Estado, determina para el individuo el deber ineludible de presentarse a declarar dentro de las causas en que se halla comprometido el interés social y, como consecuencia, el particular de la persona que recibe un daño; sin el concurso forzoso de su actividad, el mayor número de infracciones quedarían ocultas a los ojos de la justicia, y el orden jurídico seriamente comprometido por obra de la impunidad; por ello, quien se abstiene de cumplir dicha obligación, puede ser compelido por la autoridad, y hasta ser tenido como encubridor.

Súcede sin embargo, en gran número de casos, que el descubrimiento del delito y consiguiente responsabilidad de quien lo ejecutó se encuentra subordinado por modo principal o exclusivo al conocimiento de personas íntimamente ligadas por los vínculos de la sangre y del afecto familiar, para quienes el deber legal de declarar, pugna abiertamente con los derechos de solidaridad y convivencia armónica en que descansa la familia, y que el Estado es o debe ser el primer interesado en mantener. Para desatar esa pugna, la Constitución podía escoger uno de los dos caminos: el de prohibir total y absolutamente la posibilidad de que alguna vez el pariente declarara contra su pariente; o el de convertir en facultad lo que para los particulares, se ha visto, constituye un deber, a fín de remitir a los fueros de la conciencia del propio interesado el derecho de escoger en cada caso la norma de su propia conducta. Y al efecto optó por el segundo, en los términos prescritos por el artículo 26 que el demandante considera violado: "NADIE PUEDE SER OBLIGADO, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consaguinidad o segundo de afinidad".

Para el constituyente, pues, la familia no es el simple hacinamiento de seres humanos, a quienes la naturaleza unió con los lazos de la sangre, y la necesidad obliga a convivir bajo la sombra de un mismo techo; ello apenas representa la materia de la institución. La familia, en el concepto jurídico-social, es el núcleo organizado a través de los afectos en que se traduce toda una gama de obligaciones y deberes, de sacrificios y, de privaciones, dirigidas al mejorestar y perfeccionamiento de todos y de cada uno de los miembros que le integran.

Pero acontece que no siempre ese conjunto de factores espirituales y morales que forman el alma de la familia logra supervivir a la acción delictuosa de quien estaba en el deber de cultivarlos, como cuando es el propio padre o hermano quien a través del incesto con la hija o con la hermana han acabado con la solidaridad espiritual en que naturalmente debieran convivir. Entonces no hay ni podía existir en la voluntad del constituyente propósito alguno de obligado silencio en el pariente, para que aquella familia pueda moralmente reconstruirse a través de un estado de corrupción garantizado por la sociedad, antes que con el correspondiente castigo que es también un medio de regeneración, y porque es el mismo presunto declarante la única autoridad que en su conciencia pueda balancear las repercusiones del ilícito dentro de la organización de su familia, la constitución le entrega la facultad de proceder en cada caso, en conformidad con los dictados a que ella misma le determine.

Se comprende así como, dentro del espíritu que inspiró al constituyente, en el precepto que se analiza, la facultad excepcional en que se traduce la prohibición prescrita al funcionario, ha de ejercitarse precisamente dentro de un estado de relación forzosa de intereses opuestos: los de la familia del responsable para que su pariento no declare contra él, con menoscabo de la armónica convivencia de sus miembros; y los de la sociedad y de la víctima, para que

lo haga, y por este medio obtengan la sanción del delicuente.

Así las cosas, se ve muy claramente cómo la ley no puede, sin violar el mandato de la Carta, ni ampliar dicha facultad hasta los extremos de la prohibición, ni limitar su imperio a casos o circunstancias específicos; precisamente porque ejercitada la facultad en función de intereses opuestos, por el mismo hecho, cualquiera modificación que en su alcance natural pudiera hacerse, conduciría al desconocimiento de un estado de derecho que la Carta le garantiza al favorecido con la libre determinación del presunto declarante.

Supuestas estas consideraciones, no puede entonces aceptarse, como lo estima el señor Procurador, que al prohibir la ley ordinaria el recibo del testimonio del pariente que de manera libre y espontánea se presenta a declarar en causa contra su pariente, apenas se limitó a ampliar la garantía establecida por la Constitución en obsequio de la unidad y convivencia familiares. Porque si la verdad no es, como se supone, que el fin constitucional sea simplemente el de proteger los derechos de la familia, sino que también ha tenido en cuenta los de la sociedad para castigar y del perjudicado para obtener la reparación civil correspondiente, entonces ya no puede mirarse la prohibición que el artículo 226 establece, como una simple ampliación de la garantía constitucional, sino más exactamente como la privación absoluta de los derechos que a estos últimos asiste, cuando quiera que el testigo encuentre en su conciencia, que son superiores éstos y otros intereses a los de la particular convivencia de la familia, y prefiera, en consecuencia, deponer contra su pariente. Por la sencillísima razón de que prohibida al Juez la facultad de recibir el testimonio, como lo hace el texto legal que se acusa, queda de hecho cerrada la posibilidad de sanción para gran número de delitos que, por su índole misma, no pueden comprobarse generalmente sino a través del dicho del pariente que quiere revelarlo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

En ejercicio de la facultad reconocida por el artículo 214 de la Constitución Nacional, demandó el doctor Alfonso Segura S. la inexequibilidad de los artículos 29 y 226 de la ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal). La demanda ha recibido el trámite legal que le es propio, y por ello se procede ahora a resolver lo que corresponde, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Artículo 29.—Dice así esta disposición: "Cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado".

Considera el demandante que este precepto es inconstitucional, porque aplicado a los casos de responsabilidad indirecta de que tratan los artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil, viola claramente el artículo 26 de la Constitución conforme al cual: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute ante el Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Y esto por dos razones fundamentales: Porque al aplicarse en la forma expresada el mandato del artículo 29, se llegaría en último término a la condenación de un tercero que no ha sido oído ni vencido en juicio, y por lo tanto sin el lleno de aquella formalidad que es esencial y común a todos los procedimientos, cual es la de dar a todo litigante la oportunidad de proveer a su defensa y de presentar sus descargos. Y porque el juzgamiento hecho en tales circunstancias, viene a serlo por un Tribunal que no es el competente para ello.

"Sentado esto, agrega luego la demanda, no queda tampoco difícil concluir que si él (se refiere al tercero civilmente responsable, a quien menciona en el aparte inmediatamente anterior) no puede tomar parte en el proceso penal, lo decidido en éste es para él una **res inter alios acta**, que en nada puede obligarlo. Lo contrario equivaldría a condenarlo sin haber sido oído ni vencido en juicio, sin haberle dado siquiera oportunidad de defenderse.

"Igualmente no es difícil concluir—añade—que no es competente el Tribunal del crimen para decidir de la responsabilidad civil de este tercero, por cuanto la competencia de aquél está limitada a lo que constituye el objeto del proce-

so penal y esa responsabilidad no es objeto del mismo.

"Y no cabe también duda que con ello se violaría el precepto constitucional que prohibe condenar sin el lleno de las formalidades legales propias de cada juicio —sigue diciendo el doctor Segura—, porque, como ya lo dije, es formalidad propia y común a todos los juicios la de que aquel a quien se vá a juzgar, y eventualmente, a condenar en un juicio tiene siempre oportunidad de presentar sus descargos y de proveer a su defensa".

Afirma, en seguida, que para comprobar la verdad de este aserto, "Basta repasar las disposiciones legales, que señalan el trámite de cada uno de los juicios, para ver cómo en todos se da oportunidad al demandado, si de cuestión civil, laboral o administrativa se trata; o al procesado de presentar sus alegatos, de pedir y obtener la práctica de las pruebas que estime conducentes para comprobar sus descargos y excepciones, e igualmente, que tan grande ha sido el cuidado del legislador para que nadie sea sometido al cumplimiento de un fallo proferido sin previa audiencia de su parte, que ha erigido en causal de nulidad la ilegitimidad de la personería, y que permite que, aún después de concluído el juicio, por medio de una demanda ordinaria, como lo dispone el artículo 457 del C. J., se pida la declaración de nulidad de aquél, por la persona o personas que no fueron legalmente notificadas o emplazadas o no estuvieron debidamente representadas en el mismo".

Y en el aparte inmediatamente siguiente el impugnador argumenta en lo relativo a ese asunto, del modo que a continuación se expresa: "Pues bien, esta oportunidad de defensa no se concedería al tercero civilmente responsable, si a él se aplicara lo preceptuado por el artículo 29 del C. de P. P. En este evento, a él no se le permitiría discutir en el juicio que contra él mismo se adelantara para que sea condenado a pagar la indemnización debida por los perjuicios ocasionados por el acto de otro, ni discutir acerca de aquello que constituye la base o fuente misma de su obligación indemnizatoria, como son la existencia del hecho delictuoso y la responsabilidad de aquel a quien se imputa el acto perjudicial, responsabilidad de la cual se sigue la del tercero, de una manera, por decir así fatal, sin que por otra, parte tampoco antes se le hubiese dado oportunidad de tomar parte en dicho debate. Dicho aún más claro: se le aplicaría una sentencia proferida en un juicio en el cual no había sido parte; en el cual no ha estado debidamente representado, o en otros términos, se le condenaría sin el lleno de una formalidad que es propia de todo juicio, precisamente en contra de lo preceptuado por la Constitución Nacional (Art. 26)".

Sobre el particular, dice el señor Procurador:

"Si se quisiera contestar superficialmente la demanda contra el artículo 29, bastaría decir que al tercero se le juzga en el juicio civil de conformidad con leyes preexistentes al acto dañoso, con su audiencia, y con las formalidades propias del juicio civil ordinario; que por otra parte, en el juicio penal al tercero no se le juzga, y por eso mismo no se le oye, de modo que no aparece violación posible del precepto constitucional oportunamente transcrito. Podría inclusive agregarse que el tercero tiene medios a su alcance, para procurar que el Juez penal cumpla con el deber de investigar y juzgar legalmente ya que la acción penal se ejerce de oficio y la sociedad toda tiene interés en que el fallo con que culmine corresponda a la verdad y al cumplimiento de las normas legales protectoras no sólo de la sociedad frente al criminal, sino del inocente ante los jueces.

"Pero considerando a fondo la cuestión, hay que aceptar que en muchas ocasiones puede ocurrir que la defensa del tercero, responsable civil, que no pudo ser parte en el proceso penal, haya de consistir precisamente en la discusión del hecho y de la responsabilidad del sindicado. En tal evento, si se le presentara por los jueces como verdad indiscutible, al modo de la cosa juzgada, el hecho con sus circunstancias y la responsabilidad, con las suyas, del sindicado, vendría a producirse ciertamente una violación del precepto universal de que nadie puede ser juzgado sin haber sido oído y vencido en juicio.

Lo que ocurre, en concepto del Procurador General, es que la disposición del artículo 29, al hablar de 'El juicio civil', se está refiriendo al que puede intentar la víctima contra el responsable penal, cuando no se hizo parte en el proceso criminal. No hay fundamento alguno ni en la redacción del artículo, ni en sus antecedentes, ni en buena lógica jurídica, para entender que él se refiera al juicio civil contra el tercero.

"Desde luego no puede ponerse en duda la conveniencia de orden público de evitar que se produzcan fallos contradictorios, que es la finalidad buscada por el artículo 29 y los que le preceden.

"Por consiguiente, lo natural será que en el

juicio civil contra un tercero tenga una fuerza de presunción legal la sentencia condenatoria dictada en el proceso penal, y que en casos excepcionales habrá de allegarse prueba suficiente para demostrar que el hecho no ocurrió como lo dijo la jurisdicción penal o que no hubo la responsabilidad penal en la forma allí atribuída.

"Hay ciertas culpas, o como dicen los tratadistas, delitos culposos, que pueden no dar lugar a la aplicación de una pena corporal, y sí a un grave perjuicio patrimonial. No sería imposible que el mismo sindicado —en connivencia con la víctima del hecho culposo— procurara hábilmente un fallo condenatorio, para asegurar el éxito de la acción indemnizatoria contra un tercero de manifiesta solvencia. En tales circunstancias aparecería de manifiesto la imposibilidad jurídica de presentar ante el tercero como cosa para él juzgada, la sentencia penal.

"Por las razones que anteceden, estimo que el artículo 29 no dice relación con el responsable indirecto del hecho dañoso y que, por lo mismo, no es constitucional".

Consideraciones de la Corte:

La cuestión que se ventila en este juicio, apenas enfoca uno de los aspectos del problema que suscita el influjo de la cosa juzgada en lo penal sobre la acción civil, o sea, el del alcance que en ésta debe darse al fallo condenatorio que se pronuncia en el primero, y de que trata el artículo 29 del Código de Procedimiento, sobre que versa la demanda. El otro aspecto se refiere a las consecuencias que en lo civil tiene la sentencia penal absolutoria o el sobreseimiento definitivo ejecutoriados, de que trata el artículo 28 del propio estatuto. La importancia de tan complicado problema, y la disparidad del criterio con que en la práctica suele analizársele, demandan de la Corte algunas consideraciones de orden general, encaminadas a uniformar la doctrina sobre el particular.

Desde luego la identidad de objeto, causa y partes que conforman la cosa juzgada dentro del campo civil, no es la base con que en estos juicios cabe apreciar el influjo de la cosa juzgada en lo penal, ya que por su naturaleza no es posible la concurrencia de aquella triple identidad en uno y otro. La autoridad de la cosa juzgada en lo penal dentro del proceso civil descansa en el principio de orden público, que lleva al Juez a actuar en función de la tutela del derecho penal, y que en principio no puede abandonarse a la actuación de los particulares. Por este motivo, las situaciones de la vida humana que son materia del proceso penal tienen por objeto el delito, como causa pública cuyo castigo interesa a toda la comunidad, distintamente a lo que sucede con el juicio civil, donde el Juez actúa en guarda de un simple interés particular; y es por ello también, por lo que el fallo penal hace tránsito a cosa juzgada, **erga omnes**, no sólo en cuanto al hecho en que la acción penal se funda, su calificación y la participación y responsabilidad del sindicado, sino también respecto de todas aquellas acciones que, como la del resarcimiento del daño, tienen su fundamento en hechos enjuiciados por el Juez penal.

Las dificultades que se suscitan con motivo de la preeminencia de la justicia penal sobre la civil, que nuestro legislador creó en las proposiciones jurídicas que forman los artículos citados, pueden solucionarse metódicamente de acuerdo con estas dos fórmulas, que son paralelas y recíprocamente se limitan: a) Los Jueces penales tienen la función privativa de decidir sobre la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal; si ese hecho le es física y legalmente imputable al sindicado; y, en fin, si se produjo con las características exigidas para motivar la aplicación de una determinada norma del Código Penal. b) En general, los jueces penales no están llamados a estatuir sobre hechos determinantes de simple responsabilidad civil; excepcionalmente lo están para decidir sobre las consecuencias civiles provenientes del ilícito penal que ellos califican.

La doctrina y jurisprudencia francesas se han desenvuelto con motivo de la interpretación del artículo 1351 del Código Civil, el cual reza: "La autoridad de la cosa juzgada sólo tiene lugar respecto de lo que fué objeto de la sentencia. Se requiere que la cosa demandada sea la misma; que la demanda se haya fundado sobre la misma causa; que la demanda se formule entre las mismas partes y que éstas tengan idénticas calidades". El artículo 3º del Código de Instrucción Criminal francés suspende el juicio civil mientras se decide el penal.

La Corte de Casación Francesa, a partir de 1912 (sentencia de 18 de diciembre) consagró el principio de la unidad de la culpa civil y de la culpa penal, el rigor del cual sinembargo, ella misma ha venido atenuando en sucesivas sentencias posteriores, especialmente desde 1924.

El legislador colombiano ha deslindado la culpa penal de la culpa civil. Nuestros artículos

89 y 27 del Código de Procedimiento Penal, contribuyen a demostrar este concepto. Los artículos 11, 25 inciso 2º, 28 y 29 ibidem configuran la interdependencia de las acciones civil y penal. El art. 12 del Código Penal, delimita la culpa penal. No cabe duda por lo tanto de que, conceptualmente, la apreciación de la conducta humana que contradice el ordenamiento jurídico, es distinta cuando viola un mandato o una prohibición del Derecho Penal que cuando la violación se refiere a un mandato o una prohibición del Derecho Civil.

Florián observa que son tres las características que distinguen la acción penal de la civil: a) La acción civil es **privada,** porque corresponde a la persona lesionada u ofendida y para un interés particular de la misma: las relaciones jurídicas que forman su contenido son privadas... b) La acción civil tiene carácter **patrimonial,** lo que quiere decir que representa un derecho patrimonial aún en los casos en que el daño sea puramente moral, o el resarcimiento tenga lugar de modo que no consista en el pago de una suma de dinero; pues la acción civil, en verdad, se refleja siempre sobre el patrimonio, al cual debe poner en su prístino estado o aún mejorarlo.... o) La acción civil es **contingente,** lo que quiere decir que puede nacer del delito, o no nacer, sea porque se trate de delito que no cause daño patrimonial resarcible... sea porque el titular no quiera ejercitarla".

En la práctica la jurisprudencia considera, que la culpabilidad civil proviene de la infracción de un deber jurídico preexistente ya sea legal, contractual o profesional, y el contenido de la obligación violada se determina como de resultado, o como de simple diligencia y previsión.

Desarrollando este principio la jurisprudencia civil ha sido en verdad, fuente del derecho; ha forjado la norma jurídica, creado la obligación. Tal sucede con la interpretación dada al artículo 2356 del C. C., y con las que contrariando el contenido de determinados contratos, les asigna determinadas obligaciones de seguridad. A la inversa, en la jurisprudencia penal sigue vigente el conocido aforismo: "No hay delito ni pena sin una ley previa".

En cambio la infracción penal se funda en los tres conocidos principios de notoriedad, predeterminación legal e ilicitud; de ahí que la exigencia de la predeterminación por una ley penal del comportamiento exterior, sea esencial para la existencia del ilícito penal. De esta suerte la responsabilidad consiguiente a la infracción tiene también su fundamento en la culpabilidad del actor, por la razón política del carácter retributivo de la pena. Este fundamento político de la culpabilidad exige que ella se conciba normativamente. "La retribución penal presupone, por su esencia, que el destinatario de la pena sea un ser conciente que actúe como tal en la comisión del delito cuyo mal la pena retribuye". En el ilícito civil el criterio esencial para el resarcimiento se encuentra en el daño causado al patrimonio. Desde este punto de vista, indemnizar quiere decir: "Poner a uno, en tanto sea posible en la misma situación patrimonial en que se encontraría, si no se hubiera producido el acontecimiento que obliga a la indemnización. Lo cual no excluye la reparación del daño moral siempre que éste pueda traducirse en un valor pecuniario, pues de otra suerte sólo quedaría vigente la reparación material.

El delito es, pues, condición necesaria, pero no suficiente, para la indemnización.

Desde el ángulo de la exégesis del artículo 28 del C. de Procedimiento Penal, se ve que está fuera de su ámbito de aplicación todo lo que no sea infracción penal, pues sólo comprende la acción civil que se funde en la infracción penal.

Las diversas hipótesis contempladas por esa norma pueden reducirse, para los efectos que se estudian, a un solo caso: el de no encontrarse probada la infracción imputada al sindicado. Esto es así porque cuando se establece que la infracción no se ha realizado queda al mismo tiempo establecido que el sindicado no la ha cometido; y si se establece que el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, lo que se establece es algo más que la ausencia de la culpa: la exoneración de responsabilidad.

Nuestro Derecho, inspirado en el francés y en la doctrina tradicional de los expositores, no deduce responsabilidad alguna contra el autor del daño por los simples hechos u omisiones, porque el derecho no actúa en función de las relaciones entre las cosas sino de las que se producen entre los hombres. Dicha responsabilidad se configura a través del delito o de la culpa (artículo número 2.341 del C. C.), o de la sola negligencia, imprevisión o descuido en que consiste la culpa, en todos los casos de responsabilidad indirecta, como acontece con la de los padres, maestros, preceptores, etc., por el hecho de las personas que están bajo su cuidado (artículos 2346 a 2349 ibi-

dem), y la del dueño, por el hecho de sus animales (artículo 2353), o por el daño de las cosas arrojadas de la parte superior de su edificio (art. 2355). La llamada responsabilidad objetiva, definida por algunos expositores como Demogue y Josserand, por los daños causados en ejercicio de actividades naturalmente peligrosas, no tiene fundamento alguno dentro de nuestra legislación; la responsabilidad que la Jurisprudencia ha estado deduciendo del principio contenido en el artículo 2356 por los daños ocasionados en virtud de dichas actividades, sigue el mismo concepto subjetivo que se deja expuesto, modificado apenas en cuanto a la prueba de culpabilidad que, por obra de la presunción que ampara a la víctima, queda pesando sobre quien se ocupa de esas actividades para establecer que el evento se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, o en razón de un hecho extraño.

Así las cosas, precisa ahora establecer si el elemento psicológico determinante de la culpabilidad civil es o no distinto del que configura la infracción penal.

En tratándose de infracciones intencionales no puede darse tal identidad, puesto que la culpa excluye, por definición, el acto intencional de hacer el daño que es esencial en la infracción penal intencional. Pero si se trata de una infracción culposa, el elemento psicológico viene a ser el mismo como se deduce de lo establecido por el inciso segundo del artículo 12 del Código Penal. Lo cual no quiere sin embargo significar que haya identidad entre la culpa civil y la infracción culposa penal, porque en tanto que la última no puede producirse sin una norma legal previa que la haya establecido, la culpa civil existe por la sola violación de una norma de conducta diligente, extraña desde luego a toda previsión legal, y aún a las de simple policía o a las que configuran las contravenciones.

Resulta de lo dicho, que donde no hay infracción penal culposa puede con todo existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual la decisión favorable que en el campo penal se pronuncie respecto de la primera no conlleva la absolución de la segunda, ya que aún sin una norma legal preestablecida puede haber un hecho u omisión dañinos —en el sentido puramente patrimonial— determinados por negligencia, descuido o falta de previsión de un objeto previsible y que debió preverse, que es exactamente lo que configura la culpa.

En consecuencia, es conforme en un todo con los principios que externa y psicológicamente configuran del mismo modo la culpa civil y la infracción culposa penal, sostener que cuando el Juez penal ha declarado la inexistencia del acto material o externo esa decisión deba ser respetada por las demás jurisdicciones; de otra suerte el Estado quedaría en la posibilidad de proferir sentencias contradictorias, porque es contradictorio el fallo de la inexistencia del hecho, pronunciado por el Juez penal, con la declaratoria de existencia que respecto de ese mismo hecho pudiera hacer otra jurisdicción.

Como es desacertada por contraria a los principios expuestos y a los que rigen el procedimiento para casos que no han sido expresamente previstos, la práctica generalizada —cuando la condena por perjuicios ha sido hecha en abstracto— de declararse el Juez penal incompetente para hacer posteriormente la respectiva regulación, con el pretexto de estar finalizada su función por virtud del fallo que hizo dicha condena. Pues el artículo 7º del C. de P. P. enseña, que "Son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código y en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el Código de Procedimiento Civil". Y el artículo 550 de esta última obra establece que "El juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponde el conocimiento, conforme a las reglas generales. "En el caso de que para cumplir el fallo no se requiere otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o segunda instancia" Pero como en el caso de condena en abstracto, la regulación del **quantum** no requiere un nuevo juicio, sino la simple tramitación de un incidente (artículo 553 del C. de P. C.), síguese entonces que es el propio Juez penal que pronunció la condena, el llamado a hacer la correspondiente regulación, y el Juez Civil es competente para conocer del juicio ejecutivo que haya de seguirse posteriormente para el cobro de la suma correspondiente.

Por lo dicho hasta aquí se comprende que es justificada la norma contenida en el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, lo mismo cuando la controversia civil se suscita entre quienes fueron partes en el juicio penal, que cuando ocurre con personas extrañas a dicho procedimiento; pues que así como los motivos de una

disposición sirven para medir su alcance de igual manera la necesidad de impedir sentencias contradictorias sirve para determinar el del artículo 29 citado; por ello, cuando quiera que el Juez no se aboque al peligro de dos sentencias contradictorias, goza de completa autonomía para calificar el fondo de la contienda que se le propone por las consecuencias de una culpa civil, que por no haber alcanzado la categoría de infracción penal culposa, determinó para su autor la absolución del Juez penal.

Otro tanto ocurre con los que, indirectamente, son responsables de los daños ocasionados por personas que están bajo su custodia o por los hechos de los animales o de las cosas inanimadas. No pueden ellos discutir si existió o no el hecho o la omisión que el Juez penal declaró haber o no existido, sin alcanzar la categoría de infracción culposa; eso está juzgado; pero sí pueden discutir todos los otros aspectos determinantes de la culpa civil no comprendidos por el fallo penal dentro de la órbita de las atribuciones del Juez que lo pronunció.

Quejarse de que no se le permita a algunos de esos responsables indirectos revivir la discusión sobre la existencia del hecho que encontró y declaró probado el Juez penal, es quejarse de que el legislador no haya consentido la posibilidad de sentencias contradictorias; y esa queja no es de recibo ni conduce a demostrar la inexequibilidad del artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, que sabiamente impide el absurdo, y que, por lo tanto, debe ser declarado acorde con la Constitución.

Artículo 226.—Este segundo artículo objeto de la demanda, está concebido así: "No se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos".

Sostiene el demandante, que al establecer dicho precepto una prohibición para "recibir a nadie declaración contra su consorte, sus ascendientes, descendientes o hermanos", el legislador ordinario desconoció de hecho la facultad que la Constitución le otorgara al individuo para declarar o no en idénticas circunstancias, cuando por medio del artículo 25 dispuso: "Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal correccional o de policía, a declarar contra sí o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad". De esta suerte, aquella disposición no sólo invade una materia regulada ya por el constituyente, sino que lo hace con violación manifiesta del criterio en que se inspira la Carta Fundamental. Y agrega luégo la demanda:

"Cuando el constituyente en el art. 25 transcrito dice: 'Nadie podrá ser obligado', prohibe que los funcionarios encargados de recibir las declaraciones en las materias allí mismo previstas, obliguen a quienes deben rendir esas declaraciones a que las den, siempre que el contenido de las mismas declaraciones sea contra el propio declarante o contra alguno de los parientes de éste dentro del grado señalado en la misma disposición constitucional, pero con ello, lejos de prohibir que esas mismas declaraciones sean recibidas, implícitamente faculta, por el contrario, a quien deba ser el declarante, a que la rinda, si a bien lo tiene, y consecuencialmente obliga en este evento al funcionario a recibirla.

"Mal puede, pues, el legislador ordinario prohibir al funcionario que reciba dicha declaración, porque de este modo se hace, por una parte, imposible el ejercicio de la facultad otorgada por la Carta de manera implícita al declarante, y por otra parte, el cumplimiento por parte de aquél de la obligación que, como he dicho, le impone, también de manera implícita el mismo precepto constitucional, o lo que es igual, no puede el legislador en un caso que fue expresamente regulado por el constituyente dar otra reglamentación que no sea aquella que dio la Constitución. Si así lo hace, como ocurre en el caso del artículo acusado, la disposición es inconstitucional y por consiguiente inexequible".

Contestando estas consideraciones de la demanda, dice el señor Procurador:

"En cuanto a la demanda contra el artículo 226 considero que ella carece de fundamento. Es cierto que la Constitución solamente prohibe obligar a nadie a declarar contra sí mismo o contra determinados parientes. El Código, lejos de violar esta prohibición da un paso más adelante, con el objeto de asegurar mejor la garantía constitucional: impide a los funcionarios recibir declaración penal contra ciertos parientes. Ambos, constituyente y legislador ponen en práctica esta verdad de derecho natural de que es repugnante al sentimiento humano desear contribuir a la condena de quienes están estrechamente unidos por íntimos vínculos de sangre o de familia.

"En consecuencia, os pido atentamente que declaréis exequible también el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal".

La Corte considera:

Según se ve por los apartes que se dejan transcritos, demandante y Ministerio Público están de

acuerdo en que, mediante el texto constitucional que se sostiene violado por el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, se estableció la prohibición de obligar a nadie a declarar contra determinados parientes; pero mientras el primero sostiene que con dicha prohibición va implícitamente envuelto el reconocimiento de una facultad para el testigo, de declarar o de abstenerse a hacerlo, con la correlativa obligación para el funcionario de recibírsela cuando aquél opte por rendirla, considera el señor Procurador que por medio de ella sólo se ha propuesto el constituyente, impedir que se viole la natural repugnancia del sentimiento humano a contribuir de alguna manera a la condena de quienes se hallan más estrechamente unidos por íntimos lazos de sangre o de familia; y que, por lo tanto, al pronunciarse el legislador ordinario por la rotunda prohibición contenida en el artículo acusado de inconstitucional, no otra cosa hizo que ampliar los términos de aquella garantía consignada en la Constitución.

Este mismo problema ha sido ya planteado ante la Sala de Casación Penal, siendo las opiniones que entonces emitieron, el fundamento de la inhibición que expusieron algunos Magistrados para conocer de esta demanda.

Se acusaba una sentencia con fundamento en la causal 1ª de casación establecida por el artículo 567 del Código de Procedimiento, por "ser violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma", consistente esta última en el hecho de haber aceptado el juzgador de instancia una circunstancia de mayor peligrosidad que, en opinión del recurrente no estaba acreditada. La Sala encontró que la prueba del hecho estimado en las instancias consistía en declaraciones de parientes cercanos del procesado, y en tal virtud tuvo que entrar a considerar la validez de tales testimonios a la luz de los principios consagrados en los artículos 25 de la Carta y 226 y 227 del Código de Procedimiento Penal, ofreciendo con ello un antecedente de grandísima importancia y que la Corte debe tener ahora en cuenta. Dijo la Sala en aquella ocasión:

"¿Cuál es el contenido de los artículos 226 y 227 del Código de P. P. que se refieren a la inidoneidad moral por parentesco? Los lazos de la familia imponen una serie de deberes y afectos que imprimen sobre el ánimo del pariente un estímulo moral dirigido a disculpar las actitudes erróneas de los suyos, máxime cuando éstas pueden acarrear la sanción de la justicia. Estos deberes de vinculación familiar, son los mejores sustentos de esta institución, base de la sociedad, por lo cual el Estado directamente se halla interesado en protegerlo. A la sociedad, le parece natural, lógico y humano que un pariente trate por afecto y deber moral de disculpar y ocultar los defectos, hechos erróneos y acciones delictuosas de sus propios allegados. En tal forma, cuandoquiera que la verdad le sea desfavorable, el sujeto se verá impulsado a no expresarla y si se le llegare a obligar, es fácil que la relate engañosamente. Por el contrario, si alguien se pusiere en contra de un pariente, esa declaración repugna a los sentimientos de nobleza y deber familiar, y antes bien, puede ser sospechosa, porque es posible que la pasión de odio o de animosidad sofoquen los instintos naturales de protección a quienes están ligados por lazos estrechos de afinidad o de sangre...".

"Para no vulnerar aquellos principios (sigue diciendo un poco más adelante) el Código estableció el artículo 227, contentivo del canon 25 de la Constitución Nacional, que dice: "Nadie podrá ser obligado en asunto criminal, correccional o de policía a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consaguinidad o segundo de afinidad".

"Esta disposición ampara, en primer término, la moral y la condición inherente a la naturaleza humana del instinto defensivo, y, en segundo término, los vínculos respetables que ella comprende prohibiendo que se obligue en materia criminal, correccional o de policía a declarar contra sí mismo, porque en esta forma se coacciona al declarante colocándolo en una alternativa inmoral: o vulnera los fueros de la verdad para evitar la sanción, o expresa esa misma verdad aun cuando vaya en contra del instinto de defensa personal. He ahí la causa por la cual la ley prohibe recibir a todo indagatoriado el juramento que se exige a los demás declarantes.

"El contenido del artículo 227 puede explicarse en la siguiente forma: "Primero.—No se puede obligar a nadie a declarar en contra de sus ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges, tíos, sobrinos, yernos, suegros, nueras, cuñados o primos hermanos. Segundo.—Pueden declarar en favor de ellos, con el valor entendido que la ley les atribuye conforme a las reglas de la crítica testimonial por reputarse interesados en favorecer al pariente. Tercero.—Si voluntariamente y por propia iniciativa las personas indicadas rin-

den declaración en contra de alguna o algunas de ellas, tal testimonio también debe analizarse a la luz de la crítica testimonial.

"¿Cuál es el sentido del artículo 226 que dice: "No se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos?"

"Esta norma imperativa de prohibición establecida por la ley procesal se fundamenta en las siguientes consideraciones: A nadie se puede obligar a declarar en contra de sus ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos, por inidoneidad moral (artículo 227). Si se obligare, puede declarar una mentira..., o puede declarar la verdad y se comete por el Estado un acto inmoral al constreñir al pariente a romper los lazos de solidaridad y protección familiar. Si declara en contra voluntariamente, su testimonio se hace sospechoso de parcialidad, animosidad u odio, porque sólo una pasión de esta índole puede allanar los imperativos de afecto y deber familiar para perjudicar con su declaración al íntimo miembro de su propia sangre. Igualmente la ley atiende a una razón de orden político o social. La aplicación de la pena por medio del juicio, tiene también como fin, volver a su antiguo estado la tranquilidad social perturbada por el hecho delictuoso. Por tanto, el gesto de un hombre que en contradicción con todos los deberes morales empujase ante el rigor de la justicia al propio pariente cercano, repugnaría a la conciencia moral de la sociedad y causaría un escándalo o perturbación, incompatible con el ideal de pacificación y equilibrio social que persigue la administración de la justicia. De consiguiente, estas razones de lógica, humanidad y política, impulsan al Estado a excluir imperativamente la recepción de unos testimonios sobre los cuales están en pugna tan tremendas fuerzas morales, y de los cuales la crítica testimonial no podría por las mismas dificultades sacar alguna conclusión de veracidad.

"Por otra parte, teniendo en cuenta el legislador que con el hecho de aceptar el Estado la declaración de una persona en contra de su pariente se produciría, en primer término, la conmoción social y política del baldón para la tutela de la familia, y en segundo lugar, la tremenda duda para el Juez respecto de la crítica de ese testimonio —por las fuerzas morales en pugna sobre él ejercitadas— resolvió de una vez zanjar el problema decidiendo no aceptar en ningún caso la declaración de la persona en contra de su ascendiente, descendiente, cónyuges o hermanos. En esta situación aunque voluntariamente y en forma espontánea se presente alguno de ellos a rendir testimonio, el funcionario —por mandato imperativo de la ley— está autorizado para rechazarlo, y si, por alguna circunstancia obra en el expediente deberá carecer de toda eficacia y valor probatorio".

De la anterior exposición doctrinaria interesa relievar, para los fines de este fallo, la profunda diferencia que aquí se reconoce entre el precepto constitucional y el artículo 226 del Código de Procedimiento que es objeto de la demanda, y cuyo contenido rebasa —para el cónyuge y los parientes más próximos de los que el primero menciona— la facultad de elección consagrada por la Carta:

Porque, debe repetirse, el principio constitucional apenas limita la restricción de la prueba testimonial por parentesco, a la prohibición de que en asunto criminal, correccional o de policía, **se obligue** a nadie a declarar contra sí mismo o contra sus parientes, y no a la de que no pueda recibírseles declaración cuando espontáneamente quieran hacerlo. Por ello, don José María Samper, comentador muy ilustre de la Constitución de 1886, en cuya redacción intervino, dice lo siguiente sobre la materia: "En otras constituciones había figurado esta disposición, y era necesario mantenerla o restablecerla, dado que es abiertamente inmoral que la ley **obligue** a ninguna persona, contra natura, a declarar en asunto de que pueda resultar pena (criminal, correccional o de policía), contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos, que son los clasificados dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Innecesario nos parece demostrar, ni aún prevemente, la justicia de esta prohibición, exigida por los más elementales principios de moral y de humanidad, y adoptada en la legislación criminal de todos los pueblos civilizados, y ante las garantías civiles consagradas por gran número de constituciones".

De donde se deduce, siguiendo las ideas de tan distinguido comentador de nuestra Carta, que el propósito del constituyente no fue, ni mucho menos, el de rechazar imperativa y absolutamente la declaración de los parientes más próximos del sindicado, en consideración a la natural repugnancia que ofrece el hijo declarando contra su padre, el consorte contra su cónyuge, etc., sino la de asegurar a dichas personas el derecho de que carecen los particulares para elegir libre-

mente entre los dos extremos de declarar o abstenerse a hacerlo, según la superioridad de los motivos que en los lindes infranqueables de su conciencia le compelan a obrar en un sentido o en otro.

Por esto, considera la Corte, que dentro del principio constitucional que el artículo 227 del Código reproduce, le está prohibido al investigador que conoce alguno de tales parentescos, hasta el simple acto de obtener la comparecencia del pariente para que diga si declara o no en la causa contra su pariente, porque en el hecho, tal procedimiento implica ya una especie de coacción moral incompatible con la libertad que aquel principio garantiza, como base de la estructura y convivencia familiares que la sociedad es o debe ser la primera interesada en mantener. No sucede lo propio con relación al mismo sindicado, en cuyo favor sólo milita la consideración de su personalísimo interés, asegurado de hecho con la sola facultad que se le reconoce para contestar, libre de toda prisión o apremio, a las preguntas que se le formulen. Las declaraciones que en las circunstancias anotadas rindan aquéllos o éste, prestan mérito probatorio en conformidad con las reglas generales sobre crítica del testimonio.

La conducta del hijo declarando contra su padre, por ejemplo, es naturalmente repugnante a los más íntimos sentimientos de toda familia bien organizada; por ello se comprende que se le reciba con desfavor en la comprobación de crímenes e infracciones que deban ser penalmente sancionados. Pero de la exactitud de este concepto no puede seguirse que, por efecto de dicha repugnancia, aquella declaración exceda los límites morales que enmarcan la admisibilidad del testimonio humano, y por lo tanto, que no pueda constitucionalmente ser apreciada por el juzgador. Porque —para seguir el ejemplo, propuesto—, no siempre el testimonio del hijo contra el padre está libre de móviles que en su conciencia son superiores a los deberes de solidaridad que la sangre le ha impuesto para con éste; como cuando se encuentra precisado a elegir entre el silencio con que el uxoricida justifica su delito, y el honor de la madre a quien aquél sacrificó. Entonces lo antinatural no sería por cierto la declaración con que el hijo se apresurara a salvar la memoria de su madre, sino el rechazo que la sociedad le diera a su testimonio, en guarda de una convivencia familiar que el delincuente destruyó.

Antes de toda ley, el individuo y la sociedad en que por naturaleza debe desarrollar sus actividades, actúan libremente, sin otras limitaciones que las que impone el Derecho Natural.

Al organizarse en Estado, se crea ya un orden jurídico positivo, que en su funcionamiento se rige por las normas y principios que configuran la ley fundamental, y que desde luego, establecen un nuevo límite a la acción de quienes dentro de él deben moverse: individuo, familia, sociedad civil y autoridad, comprendidos en este último concepto no sólo el funcionario propiamente dicho, sino en general todos los organismos del Estado.

Dentro de esa organización constitucional, los sujetos que la componen, no pueden actuar ya sino dentro de la norma positiva fundamental, y apenas son libres para hacerlo, sobre materia apena a la previsión de sus textos o de los principios en que éstos se inspiran. Pero como dentro del estado de relación en que se mueve el organismo jurídico el derecho es siempre correlativo, resulta entonces que el sentido de la norma no puede ser rectamente interpretado y aplicado, sino en función y sobre la base del respeto por los derechos que, correlativamente, se originan en aquélla.

Por esta razón para que el legislador pueda válidamente ampliar el sentido de un precepto constitucional, es condición indispensable que la facultad o derecho que éste reconoce, lo haya sido en interés exclusivo de una persona; porque si correlativamente a él funcionan intereses opuestos, entonces la ampliación con que pretendiera favorecer al primero, automáticamente habría de traducirse en desconocimiento o violación del derecho de los otros, asimismo garantizado por el sentido exacto de la norma constitucional.

Esto supuesto, véase ahora cuál es el sentido de las normas que rigen dentro de la Carta la presentación del testimonio humano como elemento de prueba.

Desde luego el principio fundamental del orden jurídico en que se traduce la organización constitucional del Estado, determina para el individuo el deber ineludible de presentarse a declarar dentro de las causas en que se halla comprometido el interés social y, como consecuencia el particular de la persona que recibe un daño; sin el concurso forzoso de su actividad, el mayor número de infracciones quedarían ocultas a los ojos de la Justicia, y el orden jurídico seriamente

comprometido por obra de la impunidad; por ello, quien se abstiene de cumplir dicha obligación, puede ser compelido por la autoridad, y hasta ser tenido como encubridor.

Sucede sin embargo en gran número de casos, que el descubrimiento del delito y consiguiente responsabilidad de quien lo ejecutó, se encuentra subordinado por modo principal o exclusivo al conocimiento de personas íntimamente ligadas por los vínculos de la sangre y del afecto familiar, y para quienes el deber legal de declarar, pugna abiertamente con los derechos de solidaridad y convivencia armónica en que descansa la institución de la familia, y que el Estado es o debe ser el primer interesado en mantener. Para desatar esa pugna, la Constitución podía escoger uno de dos caminos: el de prohibir total y absolutamente la posibilidad de que alguna vez el pariente declarara contra su pariente; o el de convertir en facultad, lo que para los particulares se ha visto, constituye un deber, a fin de remitir a los fueros de la conciencia del propio interesado el derecho de escoger en cada caso, la norma de su propia conducta. Y al efecto optó por el segundo, en los términos prescritos por el artículo 26 que el demandante considera violado: "Nadie **podrá ser obligado**, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad".

Para el constituyente, pues, la familia no es el simple hacinamiento de seres humanos, a quienes la naturaleza unió con los lazos de la sangre, y la necesidad obliga a convivir bajo la sombra de un mismo techo; ello apenas representa la materia de la institución. La familia en el concepto jurídico social, es el núcleo organizado a través de los afectos en que se traduce toda una gama de obligaciones y deberes, de sacrificios y de privaciones, dirigidas al mejor estar y perfeccionamiento de todos y de cada uno de los miembros que la integran.

Pero acontece, que no siempre ese conjunto de factores espirituales y morales que forman el alma de la familia logra supervivir a la acción delictuosa de quien estaba en el deber de cultivarlos: como cuando es el propio padre o hermano quien a través del incesto con la hija o con la hermana han acabado con la solidaridad espiritual en que naturalmente debieran convivir. Entonces no hay ni podía existir en la voluntad del constituyente propósito alguno de obligado silencio en el pariente, para que aquella familia pueda moralmente reconstruírse a través de un estado de corrupción garantizado por la sociedad, antes que con el correspondiente castigo que es también un medio de regeneración y porque es el mismo presunto declarante la única autoridad que en su conciencia pueda balancear las repercusiones del ilícito dentro de la organización de su familia, la Constitución le entrega la facultad de proceder en cada caso, en conformidad con los dictados a que ella misma le determine.

Se comprende así cómo, dentro del espíritu que inspiró al constituyente, en el precepto que se analiza, la facultad excepcional en que se traduce la prohibición prescrita al funcionario, ha de ejercitarse precisamente dentro de un estado de relación forzosa de intereses opuestos: los de la familia del responsable para que su pariente no declare contra él, con menoscabo de la armónica convivencia de sus miembros; y los de la sociedad y de la víctima para que lo haga, y por este medio obtengan la sanción del delincuente.

Así las cosas se ve muy claramente cómo la ley no puede sin violar el mandato de la Carta, ni ampliar dicha facultad hasta los extremos de la prohibición, ni limitar su imperio a casos o circunstancias específicos; precisamente porque ejercitada la facultad en función de intereses opuestos, por el mismo hecho, cualquiera modificación que en su alcance natural pudiera hacerse, conduciría al desconocimiento de un estado de derecho que la Carta le garantiza al favorecido con la libre determinación del presunto declarante.

Supuestas estas consideraciones, no puede entonces aceptarse, como lo estima el señor Procurador, que al prohibir la ley ordinaria el recibo del testimonio del pariente que de manera libre y espontánea se presenta a declarar en causa contra su pariente, apenas se limitó a ampliar la garantía establecida por la Constitución en obsequio de la unidad y convivencia familiares. Porque si la verdad no es, como se supone, que el fin constitucional sea simplemente el de proteger los derechos de la familia, sino que también ha tenido en cuenta los de la sociedad para castigar y del perjudicado para obtener la reparación civil correspondiente, entonces ya no puede mirarse la prohibición que el artículo 226 establece, como una simple ampliación de la garantía constitucional, sino más exactamente como la privación absoluta de los derechos que a estos últimos asiste, cuando quiera que el testigo en-

cuentre en su conciencia, que son superiores éstos y otros intereses a los de la particular convivencia de la familia, y prefiera en consecuencia, deponer contra su pariente. Por la sencillísima razón de que prohibida al Juez la facultad de recibir el testimonio, como lo hace el texto legal que se acusa, queda de hecho cerrada la posibilidad de sanción para gran número de delitos que, por su índole misma no pueden comprobarse generalmente sino a través del dicho del pariente que quiere revelarlo.

Luego siendo tal norma violatoria del derecho que la Constitución le reconoce al testigo para declarar o no, y del que en consecuencia derivan la sociedad y el particular para castigar y ser indemnizados, respectivamente, debe ser declarada inexequible.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la función que le adscribe el artículo 214 de la Carta Fundamental, oído 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,

FALLA:

Primero. — Declárase exequible el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938).

Segundo.—Declárase inexequible, como contrario a la Constitución, el artículo 226 del mismo Código de Procedimiento Penal.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Gobierno para los efectos de su publicación en el **Diario Oficial,** insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel José Vargas — Gerardo Arias Mejía. Alfonso Bonilla Gutiérrez — Alejandro Camacho Latorre—Luis A. Flórez — Luis Gutiérrez Jiménez — Alberto Holguín Lloreda — Rafael Leiva Charry—Con salvamento de voto, **Pablo Emilio Manotas** — Con salvamento de voto, **Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Arturo Silva Rebolledo—Angel Martín Vásquez**—Con salvamento de voto, **Luis Eduardo Gacharná,** Conjuez.—Con salvamento de voto, **Juan Francisco Mújica,** Conjuez. — **Gabriel Rodríguez Ramírez,** Conjuez.—**Hernando Lizarralde,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. PABLO EMILIO MANOTAS

El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal —Ley 94 de 1938— acusado como inconstitucional, dispone:

"No se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos".

El principio constitucional, que se afirma violado por aquella disposición, prevé:

"Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad".

En el Derecho Público interno, se distinguen las constituciones de tipo rígido y las de tipo flexible, en cuanto hace a la forma más o menos accesible, como ellas pueden ser objeto de reformas o modificaciones, a la posibilidad de alteraciones. Según sólo un sistema o método prefijado, o por ruptura revolucionaria. Asimismo, se distinguen las normas constitucionales, aisladamente consideradas, como completas en su redacción, firmes, categóricas en sus términos y que en su aplicación, o en su desarrollo por la ley ordinaria, no dan lugar a interpretación distinta de la que se desprende de esos términos claros y precisos; y normas incompletas o inacabadas, que permiten al legislador completarlas con disposiciones legales comunes, o al Juzgador llenar los vacíos que en ellas dejó el constituyente.

A aquellos modos de estar formada la norma constitucional se les ha denominado de "fórmula cerrada", en el primer caso, y de "fórmula abierta", en el segundo. En este último aspecto, la norma fundamental, en la mayoría de los casos, aparece complementada por la ley ordinaria; tal acontece, por ejemplo: con las leyes llamadas adjetivas, que señalan el "modus operandi" del principio constitucional, cuando éste no consagra un derecho estricto, propiamente hablando, sino uno de seguridad, en el sentido de normas destinadas a garantizar la vigencia de un derecho fundamental, frente a las posibles extralimitaciones de uno de los órganos del Poder Público.

Aquellas leyes, frecuentemente, a pesar de su forma adjetiva, tienen el carácter de sustantivas, tal como sucede por ejemplo: con las electorales que reglamentan el derecho del sufragio universal y que prácticamente hacen inoperante la norma constitucional que lo establece, al exigirse por ellas determinadas condiciones aparentemente abstractas, pero que de hecho restringen el principio que desarrollan; con las llamadas "Leyes de defensa del Estado", que comúnmente obstaculizan el ejercicio de los derechos individuales instituídos por la Constitución; con las leyes de policía, y como acontece, con la disposición del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, objeto de la demanda de inconstitucionabilidad, que fija el modo como debe operar la norma constitucional, complementándola, en forma tal, que a "prima facie" da la impresión de contrariarla, pero que en su fondo no es más que el medio o sistema de hacer eficaz la garantía constitucional allí establecida.

La norma del artículo 25 de la Constitución Nacional, es de aquellas que no establecen, propiamente, en sentido estricto, un derecho a favor de las personas allí indicadas, sino un principio de seguridad en la aplicación del derecho fundamental de la libertad individual, con miras simplemente, a la protección de ese derecho. En efecto, la persona que se halla en la situación de parentesco civil con el sindicado o reo, puede tener el derecho o garantía constitucional de su libertad individual o cualquiera otro de los que integran el de "habeas corpus", pero, constitucionalmente, no tiene el de poder declarar libremente en proceso criminal contra las personas señaladas en la disposición que se cita como violada por la del Código de Procedimiento Penal demandada, antes bien, aquella norma restringe ese derecho.

Los derechos consagrados por la Constitución, a favor de las personas, son tan fundamentales, como el del Estado para regularlos. Estos derechos correlativos, el de los ciudadanos para ejercerlos libremente y el del Estado para reglamentar su uso, están siempre en colisión. No es concebible el ejercicio de un derecho que no afecte en algún aspecto al público, por leve que sea; ni un ejercicio de la potestad legislativa del Estado, que no menoscabe su libertad o afecte en

alguna medida ese derecho. La colisión de estos intereses requiere una debida previsión por parte del legislador, para armonizarlos y discernir hasta dónde es válido el ejercicio del derecho del ciudadano y dónde se torna perjudicial para el público, como también para determinar el legítimo campo de regulación de ese derecho y evitar todo intento que so pretexto de este motivo procure destruírlo.

De allí el uso de la "fórmula abierta", en la redacción de algunas normas constitucionales, con el fin de darle margen al legislador ordinario para complementarlas, armonizándolas con el orden jurídico general imperante, con la expedición de las medidas que en su sabiduría estime procedentes y oportunas. Y de ahí también, las limitaciones a la potestad de legislación del Estado, derivadas del respeto a los derechos individuales consagrados por la Constitución, que imponen ya sean prohibiciones absolutas, ya sean modos condicionales de acción, y ya sean otras prohibiciones o condiciones que con diversos propósitos la misma Constitución establece para el legislador ordinario.

Así, la norma del artículo 25 de la Constitución Nacional, no estatuye, sino un modo condicionado de accionar para el legislador en su regulación, consistente en que de ninguna manera puede expedir con este pretexto, declaración de voluntad legislativa alguna, que permita a las personas comprendidas dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, declarar contra sus parientes. Esto es, el legislador ordinario no puede actuar sino bajo la base de la limitación establecida en el texto constitucional, la de la restricción absoluta de expedir leyes que en alguna forma constituyan ya una coacción moral, o ya física que obligue a alguien a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro de los grados de parentesco civil allí indicados. La disposición del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, está redactada dentro del margen de la limitación o condición del texto constitucional, la de no permitir que so pretexto de interpretación de éste, y para valorarla, posteriormente, se reciba declaración a las personas que se hallen en la situación antes indicada. Esta disposición legal no tiene otro objetivo que, el de fijar el alcance de la restricción contenida en la norma constitucional, sin contradecirla, en más o en menos, en su verdadero sentido, para conciliar así, estos derechos en colisión y discernir hasta dónde llega el derecho del ciudadano, o mejor dicho su ejercicio, y dónde se torna perjudicial para el colectivo, determinando a la vez, el legítimo campo de su regulación.

Estos son los motivos que me han separado del concepto de la mayoría de la Corte en lo concerniente a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal —Ley 94 de 1938— que se pronuncia en el fallo anterior y que fundamentan este salvamento parcial de voto.

Pablo Emilio Manotas

Bogotá, diciembre seis de 1951.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LUIS RAFAEL ROBLES

Al expresar los motivos que me separan del fallo anterior de la Corte, en la parte que se relaciona con el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, comienzo por reconocer que este precepto legal dice algo más que el artículo 25 de la Constitución Nacional, porque esta disposición de la Carta establece que en asunto criminal, correccional o de policía, **nadie podrá ser obligado a declarar** contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consaguinidad o segundo de afinidad, mientras que el precepto de la ley determina que **no se recibirá a nadie declaración** contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos. Empero, lo que no veo es que haya ninguna oposición o antagonismo entre el precepto legal y la norma de la Constitución.

Para demostrar que sí existe esa incompatibilidad, la Corte discurre ampliamente sobre el espíritu de la prohibición constitucional, encontrando al fin que ahí va implícita para los parientes la facultad o autorización de declarar o de abstenerse de hacerlo, según que predominen en su conciencia sus deberes para con la sociedad, interesada en que se castiguen los delitos, o que prevalezcan sus sentimientos familiares, que determinan cierta natural repugnancia a deponer contra los propios deudos. Y así, partiendo de que en la prohibición constitucional también va envuelta aquella facultad de elección, es como la Corte llega a concluir que el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal es francamente inexequible, por cuanto al declarar que **no se recibirá la declaración de los parientes,** contraría o desconoce el espíritu cierto de la Carta.

A mi modo de ver, sin embargo, todas estas lucubraciones de la Corte pecan de un errado criterio para interpretar el artículo 25 del Estatuto Fundamental, porque si ahí lo que se establece es una garantía constitucional para los parientes, a fin de que por razones morales no puedan ser coaccionados a declarar en ninguna forma, estando de por medio los lazos o vínculos de familia, no se ve por qué haya de trocarse esa garantía en una verdadera autorización implícita para tales parientes, como si la Constitución lo que pretendiera o buscara tutelar fuera la declaración espontánea de éstos.

Pero si el artículo 25 de la Constitución ha de tomarse en su estricto sentido, y sin buscarle adehalas que en realidad no tiene, es claro entonces que el precepto del Código de Procedimiento Penal, más bien que oponerse a aquella norma superior, lo que hace es ampliar o extender la garantía consagrada en ella, y aún pudiera decirse, sin exagerar en lo mínimo, que no hace más que desarrollarla o precisarla.

Y ahora, quizá no sobren aquí estos interrogantes, que tuve oportunidad de expresar cuando se discutía el asunto en Sala Plena, a propósito del criterio que ya se veía prevalecer:

1º—¿Si la disposición legal que prohibe **recibir declaración** a los parientes cercanos es inconstitucional, también lo será ese otro artículo del Código de Procedimiento Penal —el 247—, que establece que los Eclesiásticos **no serán llamados a declarar** en causas de sangre sino en determinados casos?.

2º—¿Existiendo en la Constitución Nacional el artículo 13, conforme al cual "los extranjeros naturalizados y los domiciliados en Colombia **no serán obligados** a tomar armas contra el país de su origen"; existiendo en la Constitución ese precepto —se repite—, que en su propia redacción o términos es similar al que ha sido interpretado por la Corte, sería acaso inconstitucional una ley que estableciera, por obvias razones de conveniencia o defensa necional, que **no podrían ser admitidos en filas** los extranjeros naturalizados, estando Colombia en guerra con su país de origen?. También habría entonces en aquella norma de la Carta autorizaciones o facultades implícitas?.

Luis Rafael Robles.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ DOCTOR LUIS EDUARDO GACHARNA

Disiento del respetable fallo que precede en cuanto declara inexequible el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal por los motivos que a continuación expongo, no sin antes reconocer el meritorio esfuerzo que la Honorable Corte ha hecho para llegar a lo que ella considera la verdad.

La Sala de Casación Penal, en los pasajes que cita el fallo de que parcialmente me separo, y la Corte en pleno, en este fallo, abundan en razones para justificar la prohibición constitucional en cuya virtud nadie puede ser obligado a declarar en asunto criminal, correccional o de policía contra sí o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; pero cuando aquella Sala estima que repugna tanto a la moral y a la naturaleza misma obligar a alguien a declarar contra sí o contra sus parientes como recibirle la declaración espontánea, la Corte en pleno no comparte el mismo sentimiento, porque entiende que lo inmoral consiste en permitirle a un pariente que rompa los vínculos de solaridad que ligan a los miembros de una misma familia y que, por lo tanto, cuando no ha sido el declarante quien ha roto esos vínculos sino el delicuente, ha quedado sin razón el aspaviento que naturalmente se produce en la sociedad al acoger el testimonio que alguien rinda contra sus parientes.

De ser cierto el reparo que la Corte le hace a la Sala de Casación en lo Penal habría necesidad de entender la prohibición constitucional así: nadie puede ser obligado a declarar contra sus parientes sino cuando éstos hayan cometido un delito. Si es plausible que el constituyente no permita que nadie sea obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes, por cuanto los vínculos de solidaridad familiar repudian semejante testimonio, es obvio que, rota la solidaridad por el delicuente, desaparezca el fundamento filosófico de la prohibición constitucional.

Nadie empero aceptaría semejante conclusión, que no sólo introduciría una distinción inaceptable en el canon constitucional, sino que implicaría un estrabismo ideológico sobre los motivos que indujeron al constituyente a establecer su prohibición.

Los considerandos fundados en la existencia del delito y la consiguiente ruptura de los lazos familiares son ejemplo de petición de principio, puesto que sólo a través de la dañada y repugnante declaración de un pariente ve o entrevé la justicia la comisión del delito; de suerte que si, a pesar de haberse recibido la repulsiva declaración, no aparece la comisión del delito, se habrán violado las leyes de la moral y de la naturaleza sin causa ni finalidad justificativas algunas.

La Carta Fundamental de una nación establece, como su nombre lo indica, los sillares de una construcción que han de completar en lo futuro la ley, la jurisprudencia, las costumbres, la moral y el signo de los tiempos; y así, para referirme al caso en que se ocupa la sentencia que acabo de suscribir, lo fundamental para nosotros es que de la pesquisa policiva o judicial quede eliminada la posibilidad de obligar a nadie a declarar contra sí mismo o contra sus parientes; en blanco dejó el constituyente las líneas en que habría podido estructurar lo necesario para resolver constitucionalmente los casos de declaraciones espontáneas de parientes, y por haberlas dejado en blanco resulta extraño que la Corte vea en el artículo 226 acusado un ataque al artículo 25 de la Constitución Nacional.

El Código de Procedimiento Penal ni siquiera llenó las líneas que dejó en blanco el constituyente, puesto que no prohibió recibir las declaraciones de los cuñados y de los primos hermanos del delicuente, no obstante referirse a ellas la prohibición constitucional. En consecuencia, antes de salir el presente fallo de inexequibilidad, hubiera correspondido a la jurisprudencia decidir si era o no jurídico recibir las declaraciones de los primos hermanos y de los cuñados, ya que sobre ellas nada dijo el artículo 226, que va a pasar a mejor vida por virtud de la sentencia que comento.

Los jueces que no hubieran considerado inexe-

quible el artículo legal citado habrían tenido libertad para decidir si debía o no recibirse la declaración espontánea contra un primo o un cuñado del declarante; no se habrían sentido en la necesidad de recibirla argumentando que como el artículo 226 sólo prohibe recibir declaración contra otra clase de parientes, indicaba con ello el legislador, en forma tácita pero inequívoca, que debía recibirse el testimonio contra los primos y los cuñados. Ese mandato tácito no lo contiene el artículo 226 como no lo implica el 26 de la Constitución Nacional.

Al Juez o funcionario de instrucción, en el evento a que acabo de referirme, sí se le presentaría todo el material que tuvo a la vista la Sala de Casación Penal para repudiar aquellos testimonios, así como habría tenido que ponderar los considerandos que expone ahora la Corte, en el deseo de auxiliar a la justicia en las pesquisas de los delitos ocurridos en el seno de la familia.

A ese funcionario se le presentaría el torturante problema de ética jurídica que resuelve ahora la Corte como problema constitucional, sin serlo: a su mente se presentaría el dilema de si será mejor establecer la existencia del delito a través de un declarante repulsivo, rompiendo así el ambiente confidencial de las familias, en obsequio de una clamorosa vindicta, o si sería preferible ignorar la abominación doméstica a cambio de no oir la repugnante declaración de hijos contra padres, de padres contra hijos, de hermanos contra cuñados etc.

Ese mismo Juez se enfrentaría con sus principios morales al problema de si será preferible quebrantar la unidad de acción, de conciencia, de responsabilidad, de esfuerzo, de amor y de tendencia, a través de penas y de goces, hacia un mismo fin, imperante en las familias, poniéndolas bajo el signo de la posible delación o la venganza ruín o si por el contrario, lo preferible será conservar aquel haz de vinculaciones familiares aunque se prive a la justicia o a la sociedad, en la búsqueda de un supuesto delito doméstico, de un elemento de juicio tan sospechoso y deleznable como resultaría el repulsivo testimonio del pariente.

Decir que el constituyente resolvió esos problemas de ética jurídica ordenando que se reciban las declaraciones espontáneas de los parientes contra los parientes, es atribuirle algo que dejó a la sabiduría del legislador o de los jueces o funcionarios de instrucción, quienes habrían de optar por uno u otro camino, según el grado de moralidad de la sociedad, o según la necesidad de la vindicta, o según el grado de la disolución moral en los hogares y consultano siempre aquello de si será más execrable la declaración de un hijo contra su padre cuando es espontánea que cuando es obligada.

Extrañando, pues, que la honorable Corte haya resuelto como cuestión constitucional algo que es simplemente circunstancial o de ética jurídica, salvo mi voto declarando que en mi sentir nada hay de inexequible en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Luis Eduardo Gacharná.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ DR. JUAN FRANCISCO MUJICA

Desde 1862 Lassalle definió la Constitución, o sea la ley fundamental de un país, como la expresión de los factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada. "Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son".

Ese mismo concepto lo desarrolla Mao Tse-Toung en el sentido de que la Constitución del Estado tiene un único objetivo: determinar la posición de las diferentes clases sociales en el Estado. "La burguesía siempre ha disminuído esta situación de las clases bajo el vocablo 'nación', para disfrazar la realidad de la dictadura de una sola clase".

Nuestra reforma constitucional de 1945 en realidad no contiene ninguna modificación sustancial a los derechos fundamentales declarados por el Constituyente de 1886, sin embargo de que para ese entonces ya la configuración de nuestras clases sociales antagónicas jurídicamente requería una declaración del derecho fundamental de la familia, aun cuando fuera tan breve como el texto de la Constitución francesa de 1946: "La Nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo". Esta omisión en vez de modificar acentúa la característica de nuestra ley fundamental de ser la Constitución de un Estado burgués de Derecho, la cual, por consiguiente, estructura en forma peculiar y conocida los llamados derechos fundamentales del individuo.

Nuestro legislador, con base en el artículo 25 de la Constitución, prohibió, en la norma que la Corte declara inexequible, al funcionario recibir declaración contra alguno de los miembros que integran la familia propiamente dicha, en las materias allí mismo previstas.

En mi concepto, la Corte se excedió en el ejercicio de su facultad constitucional, porque jurídicamente cumplir la misión de guardar la integridad de la Constitución no es declarar inexequible una norma legal susceptible de interpretación racional y científica.

El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, aún para los Magistrados que equivocadamente confunden la obligación de declarar con el inexistente derecho a declarar y la prohibición al funcionario de recibir determinadas declaraciones con la supuesta libertad para declarar, deberían interpretarse en el sentido de que lo que el legislador impidió con esa norma fue la aplicación del principio de oficialidad por parte del juez penal en relación con los miembros integrantes de la familia.

La Corte no tuvo en cuenta esa interpretación, no obstante que con ella se eliminaría la contradicción que por parte del legislador, encuentran los exégetas de nuestro procedimiento penal entre los artículos 226 y 227.

Pero hay más. En mi concepto, el texto que la Corte ha declarado inexequible no lo es, aún interpretándolo en su más obvio sentido literal de rotunda prohibición de deponer, con el cual estoy de acuerdo.

El artículo 25 de la Constitución lo que consagra no es un derecho fundamental, concebido esencialmente desde el punto de vista burgués como derecho del hombre individual libre, derecho que él tiene frente al Estado. Es simplemente una exoneración del poder de coacción que tiene el Estado sobre el individuo para hacerlo deponer.

Los derechos fundamentales son para un Estado burgués de Derecho la base del principio fundamental de distribución de los poderes: "una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de ingerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable".

La significación jurídica del citado artículo 25 es completamente contraria: la posibilidad de in-

gerencia del Estado, ilimitada en principio, para obligar a los individuos a deponer, se la limita, mide y controla en relación con determinados individuos. Este concepto lo explica Kant con mucha claridad: "La oposición al obstáculo de un efecto es requerida por este efecto y está conforme con él. Ahora bien, todo lo que es injusto contraría a la libertad según leyes generales. La resistencia es un obstáculo puesto a la libertad. Luego si algún uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad, según las leyes generales (es decir, injusto), en este caso la resistencia que se le opone, como que va destinada a hacer ceder el obstáculo a la libertad, está conforme con la libertad según leyes generales; es decir, que es justa: por consiguiente el derecho es inseparable, según el principio de contradicción, de la facultad de obligar al que se opone a su libre ejercicio".

Así, pues, se revela con mucha claridad que el derecho creado por la referida norma constitucional es el que tienen ciertos individuos para no atestiguar.

El lirismo de que la sentencia hace gala en defensa de la familia, no es sino el decorado convencional, porque con ello no se evitan los efectos reales de la inexequibilidad de ese artículo, los cuales se reducen a la facultad del Estado para que sus funcionarios pongan a saco la familia, y destruyan su unidad al convertir a sus miembros en delatores recíprocos. Sin emplear las fórmulas incisivas y brillantes que se prestarían para ello, invito a pensar en las consecuencias que para un ser humano tiene la circunstancia de que de niño se le haya hecho deponer sobre hechos delictuosos de sus padres o hermanos, hechos acerca de los cuales él no tenía experiencia.

Sobre la base, implícitamente negada por la Corte, de que nuestro legislador es constitucionalmente soberano para decidir acerca de la idoneidad de los testigos en los procesos penales, con la única limitación de no contravenir el citado artículo 25, cabe observar que en derecho comparado se encuentran muchas normas idénticas en su esencia a la de nuestro artículo 226. Cito al respecto los artículos 322 del Código de Instrucción Criminal francés; 118 del ordenamiento Judicial y Código de Procedimiento del Estado de la Ciudad del Vaticano; 290 del Código de Procedimiento Penal de la República y Cantón de Ginebra, que son los que he podido consultar dentro del angustioso tiempo de que dispongo.

Para evitar románticas interpretaciones, es oportuno recordar que el artículo 227 de nuestro Código de Procedimiento Penal se aplica únicamente a las personas que conocen el derecho, como lo demuestra la práctica constante y lo confirma la reiterada jurisprudencia: la exposición de un testigo facultado para rehusar su testimonio se la estima sin consideración a la ignorancia de éste al respecto. Esto se debe a que carecemos de una norma semejante a la del artículo 76 del Código Penal suizo.

Puedo exclamar con mis maestros Marx y Engels, fundadores del socialismo científico: "Vosotros nos acusáis de querer destruir la familia. Mas mirad a vuestro alrededor! Es vuestro régimen el que la ha destruído...".

Es lógico y rotundo el contraste entre el concepto capitalista de la familia, de que es autorizado vocero la Corte en su sentencia, y el que de ella se tiene en los países socialistas. En la exposición de motivos del Ministro de Justicia de Checoeslovaquia a la Ley 265 del 7 de diciembre de 1949 concerniente al Código de la Familia, leo: "Al lado de estos principios que formulan los derechos y los deberes del individuo, el nuevo código está dominado por el principio de que la familia, en tanto como parte de la sociedad y sólido eslabón del régimen de democracia popular, no es un negocio privado sino que tiene por llenar una función y una misión social de las más importantes".

Por las razones más o menos sucintamente expuestas disiento de la sentencia de la Corte, cuyo criterio político respeto, y en consecuencia, salvo mi voto en lo referente a la inexequibilidad del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Juan Francisco Mújica

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION REIVINDICATORIA — PARA QUE PROSPERE LA PRESCRIPCION DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 200 DE 1936, AL POSEEDOR LE BASTA PROBAR LA INEXISTENCIA DE SEÑALES EXTERNAS DE DOMINIO PRIVADO

1—La prescripción del artículo 12 de la Ley 200 de 1936 recae sobre terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación por otro, ni comprendidos dentro de las reservas de la misma explotación. Pero ¿cómo opera esa excepcional prescripción de cinco años? Opera sobre el recto convencimiento de que se trata de tierras baldías. La buena fe se presume. Es la regla general (artículo 769 C. C.). Pero en este caso la buena fe no se presume, si hay en el terreno signos exteriores de propiedad particular. ¿Significa esto que la presunción se invierte? ¿Presúmese entonces la mala fe? No necesariamente. Es cuestión probatoria. Al poseedor le basta, para que prospere su prescripción, probar la inexistencia de señales externas de dominio privado (explotación económica, cerramientos artificiales, edificios). De lo contrario deberá probar su buena fe (artículo 47 del Decreto 59 de 1938).

2—El artículo 4º de la Ley 200 de 1936 sólo se aplica a quienes, con dos años de anterioridad a su vigencia, se hubieran establecido en terreno inculto, sin reconocer dominio distinto al del Estado, y no a título precario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Por la escritura 379 de 3 de mayo de 1943, de la Notaría de Tuluá, Manuel Antonio Londoño vendió al doctor Juan Pablo Henao unas mejoras agrícolas en el corregimiento de Salónica, Municipio de Ríofrío, y por la 22 de 18 de enero de 1944, de la Notaría de Trujillo, el mismo Henao compró a Antonio Joaquín Gómez el terreno en que tales mejoras existen por los linderos expresados en dicho instrumento.

Fundado en tales títulos y en el hecho de que Gonzalo Gil y su mujer, Cruz Ana de Gil, se han apoderado sin derecho alguno, del referido predio, el doctor Henao los demandó en reivindicación, en febrero de 1944.

Seguido el juicio con absoluta oposición de los demandados, el Juzgado Civil del Circuito de Tuluá lo falló el 26 de noviembre de 1946, condenando a la restitución del terreno, pero reconociendo en favor de los demandados el valor de las mejoras plantadas antes de la contestación de la demanda, exceptuadas las que existían cuando entraron a ocupar el predio, y de las necesarias posteriores, con derecho de retención hasta que se verifique el pago o se asegure a su satisfacción. Negó las demás peticiones del actor.

Sentencia recurrida.—Por apelación de los demandados subió el negocio al Tribunal Superior de Buga, quien, en sentencia de 6 de septiembre de 1947, confirmó la de primer grado.

La casación.—Concedióse este recurso a la parte demandada, y la Corte va a resolverlo, agotada como está la sustanciación.

El recurrente acusa por los dos primeros motivos de casación. Sus alegaciones pueden resumirse así: El artículo 12 de la ley 200 de 1936 establece prescripción adquisitiva del dominio en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posee en los términos del artículo 1º de la misma ley, durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación. Para tales efectos no se presume la buena fe si el globo general del cual forma

parte el terreno poseído está o ha estado demarcado con cerramientos artificiales, o si existen en él señales inequívocas de que es propiedad particular. Es decir, que la buena fe de la posesión es elemento esencial de la prescripción. Por eso el artículo 47 del decreto 59 de 1938, reglamentario de aquella ley, exige, a quien invoca la prescripción, no sólo la prueba de su posesión económica por el término indicado sino también la de no existir los elementos objetivos que eliminan la presunción de buena fe, la cual deberá acreditar si esa prueba no se presenta o si en el curso del juicio se demuestra la existencia de cerramientos o de señales inequívocas de propiedad privada.

Agrega el recurrente: "Por consiguiente, aunque en el presente juicio no existen las pruebas indicadas en los ordinales transcritos del citado artículo 47 y aun apareciendo que en el terreno ocupado por los demandados, señor Gil y señora Zapata de Gil, existían pequeños cultivos de café —unos 1500 árboles— es lo cierto que tal terreno ha sido considerado siempre como baldío por los moradores de la región en donde está ubicado, como lo afirman los testigos Antonio María Garcés (F. 22 v. a 28 del C. 4) y Carlos Enrique García (f. 25 v. a 26 del mismo cuaderno). En tal virtud, no hay razón para pensar que los demandados tuvieran una convicción distinta de la de los habitantes de aquellos parajes, acerca de la propiedad del terreno ocupado y cultivado por ellos. Y sería injusto entonces calificarlos como poseedores de mala fe. Tanto más cuanto que, si los demandados ocuparon el terreno en cuestión, fue porque el señor Antonio Gómez —quien lo vendió años después por escritura 22 otorgada en Trujillo el 18 de enero de 1944, al demandante doctor Juan Pablo Henao— le había cedido la posesión material que ejercía sobre el terreno aludido al actual poseedor y demandado señor Gonzalo Gil, desde 1937. Este, pues, lo posee desde entonces, de buena fe; aunque no aparezca demostrado que sea al propio tiempo poseedor regular; circunstancia que no se opone a la buena fe, como lo enseña el artículo 764 del C. C. y aún el 2531 del mismo Código, aplicable a este caso especial de posesión, que no es la ordinaria de que trata el artículo 2528 y siguientes del C .C....".

Y termina con estas palabras, que condensan los dos cargos: "Y siendo esto así, esa alta corporación tiene que aceptar que los demandados son poseedores de buena fe. Y como la posesión reúne los demás requisitos exigidos en el art. 12 de la ley 200 de 1936, es el caso de declarar probada la excepción de prescripción adquisitiva del dominio alegada oportunamente, en nombre de mis mandantes, por el apoderado de éstos en el alegato de segunda instancia (f. 31 del C. 1º). Excepción que no tuvo en cuenta el Tribunal y por eso el fallo no resulta en concordancia con una de las peticiones oportunamente deducidas por mis poderdantes, los demandados. De lo cual surge la violación directa del artículo 12 de la ley 200 de 1936, y también de los artículos 2512, 2513, 2518 y 2522 y sus concordantes del C. C. y aún del parágrafo del art. 47 del D. 59 de 1938 reglamentario de la citada ley 200".

Considera la Sala: En relación con el cargo de inconsonancia, porque el Tribunal no falló la excepción de prescripción adquisitiva propuesta por el apoderado de los demandados en su alegato de la segunda instancia, se observa que efectivamente allí se propuso tal excepción, en los siguientes términos: "Para el caso improbable de que el Tribunal considere lo contrario, invoco a favor de mis representados, la prescripción adquisitiva de dominio que establece el artículo 12 de la ley 200 de 1936, puesto que aquéllos creyendo de buena fe que es baldío el terreno donde radica la finca, se establecieron allí en el año de 1937, es decir, por los menos 6 años antes de que se les notificara la demanda, que lo fue el 14 de septiembre de 1944 (cuaderno 1º fs. 12). Aunque es cierto que todavía no han venido las declaraciones pedidas en segunda instancia, también lo es que el aludido certificado del Registrador de Roldanillo expresa que en la escritura otorgada por Cayetana Valencia a favor de Manuel Antonio Londoño, sobre compraventa de la finca **La Aurora**, objeto del pleito, la vendedora afirmó que radica **en terrenos reputados como baldíos.** Solicito por último y como recurso extremo se haga efectivo a mis representados, el derecho de hacer suyo el terreno que poseen donde radica la finca reclamada, mediante el pago respectivo, conforme lo dispuesto en el penúltimo inciso del art. 4º de dicha ley 200".

En la parte motiva de la sentencia recurrida no se menciona siquiera la excepción expresada. Por eso la resolutiva limitóse a la confirmación del fallo de primer grado, sin pronunciarse en ningún sentido respecto de la prescripción propuesta y alegada oportunamente. Ha debido

el Tribunal fallar acerca de dicha excepción, para dar cumplimiento a lo que disponen los artículos 343 y 471 del C. J. No habiéndolo hecho así, es evidente que su sentencia no está en consonancia con esa pretensión oportunamente deducida por la parte demandada, y, por tanto, aquélla deberá casarse parcialmente, en el sentido de resolver acerca de tal excepción, la cual procede la Sala a estudiar con jurisdicción de instancia. Servirá este estudio, al mismo tiempo, para decidir acerca del cargo de violación directa de la ley sustantiva, formulado sin indicación del concepto en que la infracción se haya realizado.

En el hecho cuarto de la demanda se imputó a los demandados el haberse apoderado, sin ningún título, de la finca. Esa imputación fue contestada por ellos así: "Es falso absolutamente. Mis representados no se han apoderado del inmueble que se les reclama, pues una pequeña parte de las mejoras que constituyen hoy la valiosa finca que poseen las compró el demandado Gil al citado señor Antonio J. Gómez, desde el mes de junio de 1937; y las demás, las ha plantado el mismo Gil con su trabajo personal y sus propios recursos. Las mejoras que el señor Gómez vendió al señor Gil consistían en unos 1400 cafetos arrastrojados y en una casa ruinosa; y todo lo demás que constituye hoy la referida finca es obra exclusiva del señor Gil; hechos que se acreditarán oportunamente".

En el proceso no existe la prueba de la venta de Gómez a Gil, que éste señala como origen de su posesión. Esta sola circunstancia es suficiente para concluir que la prescripción alegada está en el aire. La ocupación de los demandados proviene indudablemente de Gómez, ¿pero a qué título? Lo único que se sabe es que este último tenía mejoras en el terreno cuando aquéllos entraron a ocuparlo. Y esas mejoras eran señal inequívoca de dominio privado.

La prescripción del artículo 12 de la ley 200 recae sobre terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación por otro, ni comprendidos dentro de las reservas de la misma explotación. ¿Pero cómo opera esa excepcional prescripción de cinco años? Opera sobre el recto convencimiento de que se trata de tierras baldías. La buena fe se presume. Es la regla general (artículo 769 C. C.). Pero en este caso la buena fe no se presume, si hay en el terreno signos exteriores de propiedad particular. ¿Significa esto que la presunción se invierte? ¿Presúmese entonces la mala fe? No necesariamente. Es cuestión probatoria. Al poseedor le basta, para que prospere su prescripción, probar la inexistencia de señales externas de dominio privado (explotación económica, cerramientos artificiales, edificios). De lo contrario deberá probar su buena fe (artículo 47 Decreto 59 de 1938).

La existencia de signos exteriores de propiedad particular cuando los demandados entraron a ocupar el predio en 1937, aparece reconocida por ellos. Pero el recurrente alega que la sentencia reconoce también su buena fe. Esto requiere una distinción: el Tribunal acepta la buena fe de los demandados, sobre la base de que medió una promesa de compraventa con el señor Gómez, la cual originó la ocupación de aquéllos. ¿Pero es ésta la buena fe necesaria para adquirir por prescripción? Es claro que no. Los demandados han alegado compra de las mejoras a Gómez. De ello no hay prueba en el proceso. Gómez dijo, en la escritura por la cual vendió la finca al demandante, que ésta había sido prometida en venta al señor Gil por mil doscientos pesos, de los cuales había recibido trescientos, y que el comprador Henao podía dar por terminado ese negocio, "por incumplimiento del promitente comprador", a quien devolvería los trescientos pesos. Luego es forzosa la conclusión de que la ocupación de los demandados tuvo un origen precario. Entraron a ocupar sin título de dominio.

De este modo el segundo cargo, que versa sobre violación directa del artículo 12 de la ley 200 de 1936 y de otras disposiciones del Código Civil, relativas también a la prescripción, no puede prosperar. No habiendo probado los demandados la buena fe indispensable para la prescripción excepcional de dicho artículo 12, no han podido violarse las disposiciones sustantivas citadas por el recurrente.

En cuanto a la pretensión de los demandados de hacer suyo el terreno de conformidad con lo previsto en el artículo 4º de la misma ley 200, se observa que tal disposición sólo se aplica a quienes, con dos años de anterioridad a su vigencia, se hubieran establecido en terreno inculto, sin reconocer dominio distinto al del Estado, y no a título precario. Ninguno de esos requisitos se cumple en el caso **sub judice.** La disposición no es pues aplicable.

Solicita también el recurrente, para el caso de que la casación no prospere, que la Corte expre-

se, "en relación con las mejoras, cuál es la cantidad que debe pagar el demandante a los demandados Gil y Zapata de Gil", aplicando el artículo 480 del C. J. en vez del 553, por estimar que en el proceso hay base suficiente para fijar en cantidad líquida el valor de tales mejoras.

La Sala no puede acceder a esta solicitud, que no está formulada como cargo de casación contra la sentencia, por cuanto si bien es cierto que los peritos señores Pedro Pablo Holguín y Juan María Herrera avaluaron detalladamente las mejoras (fs. 32/33 C. 4º), no lo es menos que la existencia de éstas no fue constatada en la diligencia de inspección ocular respectiva (fs. 28/29 mismo C.), como ha debido hacerse y como estaba pedido por el apoderado de los demandados (f. 1 ibídem). El mérito probatorio del experticio no puede apreciarse sino en relación con aquello que requiera conocimientos o prácticas especiales (artículos 705 y 721 C. J.). No los requiere la constatación de que en un terreno existen determinadas mejoras, hecho que debe acreditarse por otros medios probatorios, siendo el más conducente el examen y reconocimiento que hace el juez, el cual tiene valor de plena prueba respecto de lo que él mismo haya observado (artículo 730 C. J.).

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 recurrida, para el solo efecto de adicionarla en el sentido de declarar no probada la excepción de prescripción adquisitiva propuesta por los demandados. Con esa adición, queda en firme dicha sentencia.

Sin costas.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario en propiedad.

ACCION REIVINDICATORIA — PARA LA PROSPERIDAD DE ESTA ACCION, ES NECESARIO QUE SE CONCRETEN E INDIVIDUALICEN LOS INMUEBLES OBJETO DE ELLA Y QUE SE PRUEBE SU POSESION POR EL DEMANDADO—CUANDO SE TRATA DE DIVERSOS DEMANDADOS QUE SON POSEEDORES EN COMUN E INDIVISO, ES SUFICIENTE LA PRUEBA DE LA POSESION COLECTIVA—CUANDO, POR EL CONTRARIO, SON VARIOS LOS DEMANDADOS Y OCUPAN EN FORMA INDEPENDIENTE ENTRE SI PARCELAS DE UN MISMO INMUEBLE, DEBE INDIVIDUALIZARSE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR LA POSESION DE CADA DEMANDADO EN SU RESPECTIVA PARCELA Y QUE ESTA FORMA PARTE DEL GLOBO GENERAL REIVINDICADO — INSPECCION OCULAR Y DICTAMEN PERICIAL

1—Cuando se trata de la simple verificación de hechos, es al Juez o Magistrado que practica la diligencia, a quien corresponde investigarlos o reconocerlos, y si lo hace y de ello se deja constancia en el acta, la prueba es plena. Solamente cuando existen hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales, deben intervenir los peritos, según el claro tenor del artículo 705 del Código de Procedimiento Civil. Su dictamen constituye entonces una prueba separada pero conexa con la de inspección ocular, cuyo valor no es el mismo que el del acta, y que se estima conforme a las reglas propias de esta clase de pruebas.

2—Jurisprudencia muy repetida de la Corte ha dicho que en la acción reinvindicatoria es absolutamente necesario que se concreten e individualicen los inmuebles objeto de ella y se pruebe su posesión por el demandado. La circunstancia de existir un número plural de demandados no exonera en forma alguna de tal requisito, que se deduce de la letra y el sentido de los artículos 946 y 952 del Código Civil.

Al respecto es necesario distinguir dos casos completamente distintos: cuando se demanda a diversas personas como poseedoras en común e indiviso de un terreno, y cuando se trata de diversos demandados que ocupan porciones separadas de un mismo inmueble en forma independiente entre sí y con sus respectivas alinderaciones singulares. En el primer caso sí es suficiente la prueba de la posesión colectiva o de que el globo ocupado en común se halla dentro del inmueble cuyo dominio se establece en el juicio. Pero en el caso segundo, por el contrario, es indispensable que dicha prueba se individualice con el objeto de demostrar la posesión de cada uno de los demandados en su respectiva parcela y que ésta forma parte del globo general cuyo dominio pertenece al reivindicante. Y es porque en este último caso se está en presencia simplemente de una acumulación de acciones, iguales pero separadas, contra diversos demandados, cada uno de los cuales debe responder por la que contra él se dirige y a cada uno de los cuales se debe vencer en el juicio, mediante la comprobación de los elementos constitutivos de la acción incoada, en lo que a él se refiere. El actor podría en tal situación formular demandas distintas para cada uno de esos poseedores, y éstas podrían tramitarse en juicios separados, lo que no sería posible en la primera hipótesis.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Don Joseph Sanz de Oviedo y su esposa doña María de Carvajal, vecinos de Cartago, por escritura de 3 de junio de 1773 fundaron un patronato de legos con la carga de mandar celebrar misas a perpetuidad en servicio de Dios y en sufragio de las almas del Purgatorio. Como bienes

de la institución señalaron los derechos de tierras que dichos fundadores tenían en los sitios de "Santa Ana" y de "Piedras de Amolar", dentro de la jurisdicción de Cartago, y "Guanábano", en jurisdicción de la ciudad de Anserma, más cien cabezas de ganado vacuno y 20 caballar. Según las disposiciones del citado instrumento y de algunas que posteriormente lo modificaron en parte, ninguno de tales bienes podría ser vendido jamás. En las tierras tendrían derecho a vivir sin pensión alguna los parientes legítimos de los fundadores, doña Rosa Viterbo de Oviedo, doña Margarita y don Santiago de Oviedo y don Joseph de Mendoza y sus hijas y descendientes, fueran legítimos o no los últimos, como también los pobres que en lo presente y en lo futuro quisieran residir en el sitio de "Santa Ana"; y los productos de los semovientes los invertirían los patronos en "sufragio de misas por los fundadores, sus padres, parientes y demás almas del purgatorio".

Con fundamento en la escritura de constitución del patronato, los señores Enrique, Salvador, Sara, Benilda y Joba Aponte, Santos, Manuel Santos y Ventura Barrera, Florentino Candela, Aquilino Capera, Evangelista Cobo, Gregorio Gutiérrez, Marco Efrén Hernández, Mercedes Lema, Emiliano, Benicio, Fernando, Policarpo, Agustín y Carmen Marlés, Juan de la Cruz Moreno, Angel María Motoa, Rosalino y Rosalbina Palomino, Ernesto Perea, Célimo Primera, Santos, Rosalino, Felicia, José y Justino Rodríguez, Lucindo Rada, Mercedes Rivas, Efraín y Jesús Rengifo, Roberto y Manuel A. Suárez, Célimo Salamando, Delfín, Carlos, Jesús María, Rosa y Pedro Tasamá, Pedro Tasamá Barona, Emiliano, Luis Carlos, Gonzalo, Susana Glicerio, Concepción y Paz Vicuña, José Vargas, Toribio Rodríguez, Elvira Zamora, Ambrosio Benítez, Joaquín Perea y Alfredo Suárez, vecinos de "Santa Ana", descendientes de los primitivos ocupantes del terreno, el 31 de marzo de 1930 demandaron en acción petitoria ante el señor Juez Primero del Circuito de Cartago al Presbítero Luis Vélez Mendoza y a las señoritas Susana y Concepción Vélez Mendoza para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan en sentencia definitiva las siguientes declaraciones: Primera.—Que en virtud de la escritura del 3 de junio de 1773, otorgada por don José Sanz de Oviedo y doña María Carvajal, se formó una comunidad entre los pobres avecindados en el sitio de "Santa Ana" y los colaterales consanguíneos de los otorgantes determinados en el codicilo testamentario del mismo don José Sanz de Oviedo, de fecha 3 de julio de 1773, para vivir libremente y disfrutar de los terrenos que, en esta jurisdicción, tenían los otorgantes.

Segunda.—Que el bien de la comunidad establecida en la escritura del 3 de junio de 1773, integrada por los lotes de terreno que poseían don José Sanz de Oviedo y doña María Carvajal en esta jurisdicción, es el globo de tierra alinderado generalmente así: Al norte, el zanjón de Flor Colorada y ciénagas y cercas que lo separan de la hacienda de "El Rincón", de propiedad del señor Luis Botero; al sur, el "Zanjón Grande" de por medio con la hacienda de "Las Cabuyas", de propiedad del señor Andrés Escobar, en parte y en parte, con terrenos denominados "Coqué", al oriente hacia el lado derecho de la carretera —yendo para Ansermanuevo— el camino denominado de los "Sopingueños" de por medio con la hacienda de "El Badial" de propiedad del señor Carlos Durán y el terreno denominado "El Arado", y al lado izquierdo de la misma, con propiedad del señor Emanuel Pinedo, y al occidente, con el río Cauca en parte, y en parte, con el terreno que fue de los herederos de don Francisco Fresneda.

Tercera.—Que por disposición expresa de don José Sanz de Oviedo y de doña María Carvajal, tanto sus colaterales determinados en el codicilo testamentario del 3 de julio de 1773, como los pobres avecindados en el sitio de "Santa Ana", entraron a poseer y a disfrutar de las tierras de que eran dueños los otorgantes en esta jurisdicción.

Cuarta.—Que por ministerio de la ley, la comunidad formada entre los pobres de "Santa Ana" y los colaterales de don José Sanz de Oviedo y doña María Carvajal, se hizo propietaria del globo de tierra de que habla el numeral segundo de estas peticiones.

Quinta.—Que el lote de tierra denominado "La Palomera" o "El Oasis", está comprendido dentro de los linderos que demarcan el globo especificado en el numeral segundo, y por consiguiente forma parte del terreno de la comunidad.

Sexta.—Que el dominio y posesión o goce se ha conservado, por parte de los pobres avecindados en el sitio de "Santa Ana", especialmente sobre el lote denominado "La Palomera" o "El Oasis", alinderado así: Al Norte, la hacienda de

"El Rincón", hasta la desembocadura del zanjón de Flor Colorada en el Río Cauca; al poniente, el río Cauca, hasta encontrar los terrenos que fueron de Bernardo Chaves y Santiago Palomino, quedando en este intermedio los terrenos de Francisco Jaramillo Ochoa, siguiendo por el norte los terrenos expresados hasta el río Cauca; éste, aguas arriba, hasta el zanjón de Aguaprieta; por el sur, siguiendo este zanjón, hasta la hacienda de "Cabuyas", por la línea divisoria de esta hacienda, y por el oriente, con terrenos de "El Cerro" y "Gavilanes", hasta salir al camino público que va para "Santa Ana", y el camino que conduce a la hacienda de "El Rincón".

Séptima.—Que los demandados deben pagar las costas de este juicio.

En subsidio, pido a Ud., se digne declarar lo siguiente:

Primera.—Que a los pobres avecindados o residentes en el sitio de "Santa Ana", entre los cuales se encuentran mis poderdantes, les corresponde el derecho de disfrutar por iguales partes o en la proporción legal que resulte demostrada, con los demandados, el área que ocupa el lote denominado "La Palomera" o "El Oasis", alinderado en el numeral sexto de estas peticiones, y

Segunda. — Que los demandados deben pagar las costas de este juicio".

Como hechos fundamentales para acreditar la posesión o goce en común del globo de terreno determinado en la segunda petición, afirmaron que la mayor parte del área total "ha permanecido siempre sin cercas" y que han cortado madera de los bosques que existen dentro de los linderos del terreno, han mantenido contínuamente dehesas, construído casas de habitación, plantado sementeras y cuidado de la conservación del bien comunal. El globo general del terreno ha sido considerado siempre bien de la comunidad formada por los pobres de Santa Ana y los colaterales de don Joseph Sanz y Oviedo y doña María Carvajal, pero sobre el lote denominado "La Palomera" o "El Oasis" ha recaído especialmente la posesión de los pobres avecindados en el sitio de "Santa Ana".

Los demandados contestaron oponiendo la excepción de inepta demanda que el juzgado declaró no probada. Luégo presentaron demanda de reconvención contra "los actores Nicolás Hernández, Enrique, Salvador, Sara, Benilda y Jova Aponte; Manuel Santos, Santos y Ventura Barrera; Florentino Candela, Aquilino Capera, Evangelista Cobo, Gregorio Gutiérrez, Marcos Efrén Hernández, Mercedes Lerma, Emiliano Marlés, Benicio, Fernando, Policarpo, Agustín y Carmen Marlés; Juan de la Cruz Moreno, Angel María Motea, Rosalino Palomino, Ernesto Perea, Célimo Primera, Santos Rodríguez, Rosalino, Felicia, José, Justino Rodríguez; Luciano Rada, Mercedes Rivas, Efraín Rengifo, Jesús Rengifo; Roberto, Manuel A. Suárez; Célimo Salamando; Delfín, Carlos, Jesús María, Rosa y Pedro Tasamá; Pedro Tasamá Varona, Emiliano Vicuña, Luis Carlos, Gonzalo, Susana, Glicerio, Concepción y Paz Vicuña; José Vargas, Toribio Rodríguez, Elvira Zamora, Ambrosio Benítez, Joaquín Perea y Alfredo Suárez, para que por los trámites del juicio principal y bajo una misma cuerda, en sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

Primera.—Que el terreno llamado "La Palomera" o "El Oasis", delimitado en el numeral 64 de los hechos fundamentales de la presente contrademanda, excluyendo las cinco cuadras que se justifiquen por los títulos que se presenten, es propiedad exclusiva de mis mandantes.

Subsidiariamente solicito del señor Juez, para el caso de que no se estimen suficientes los títulos presentados para acreditar la tradición regular del derecho de propiedad de mis mandantes, desde el año de 1773 hasta el presente, declare que éstos han adquirido la propiedad de él por prescripción ordinaria y extraordinaria.

Segunda.—Que los señores Célimo Salamando, Rosa Tasamá, Delfín Tasamá, Aquilino Capera, Ernesto Perea, Joaquín Perea, Policarpo Marlés, Mercedes Rivas, Fernando Marlés, Ambrosio Benítez, Manuel Santos Barrera, Ventura Barrera, Carlos Tasamá, Jova Aponte, Concepción Vicuña, Pedro Tasamá, Efraín Rengifo, Enrique Aponte, Mercedes Lerma, Felicia Aponte Rodríguez, Sara Aponte, Juan de la Cruz Moreno, Santos Barrera, Benicio Marlés, Benilda Aponte, Manuel A. Suárez, Rosalino Palomino, Carmen Marlés, Agustín Marlés, Evangelista Cobo, Policarpo Marlés, Célimo Primera, demandantes en el juicio ordinario, deben restituir a los señores Vélez M. el lote de terreno que dentro de la finca "La Palomera" poseen, y alinderados de la manera que se expresa en los respectivos hechos fundamentales de la presente contrademanda, restitución que debe hacerse dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Tercera.—Que declare que los ocupantes de los lotes, nombrados en la anterior petición, son poseedores de mala fe.

Cuarta.—Que los demandantes en la demanda principal deben pagar a mis defendidos los perjuicios consistentes en "mantener continuamente en las dehesas de ambos lados de la carretera sus animales, en el corte de leña y maderas de los bosques que existen dentro de los límites de terreno, en la construcción de casas de habitación".

Quinta.—Que los demandados por la presente deben pagar las costas de este juicio, caso de contradicción". (El texto del numeral 64 a que se refiere la primera petición, dice así): "Los terrenos cuya declaratoria de propiedad solicito para mis mandantes y dentro de los cuales están los lotes cuya restitución se pide, tienen los siguientes linderos: 'La Palomera', o globo de terreno que queda al sur de la carretera que de esta ciudad llega a Ansermanuevo; al oriente, con terrenos denominados 'El Cerrito', de propiedad del señor Alejandro Ochoa; por el norte, con la carretera ya nombrada en parte, y en parte con terrenos de los señores Robledos, llamados 'Guacarí', hasta el río Cauca; por el occidente el río Cauca, aguas arriba, hasta la desembocadura del zanjón de Agua Prieta; por el sur, con el zanjón de Agua Prieta y el de 'Parra', de por medio con las haciendas nombradas Coqué y Cabuyas, a dar al primer lindero, terrenos de 'El Cerrito'. El otro globo de terreno, denominado 'Flor Colorada' o 'Avilez' que está situado al norte de la misma carretera, lleva los siguientes linderos: al oriente, el camino que de la carretera lleva a la hacienda de 'El Rincón', llamado de los 'Sepingueños'; al norte las cercas que separan esta propiedad de la hacienda de 'El Rincón', perteneciente al señor Luis Botero; al occidente, desde la desembocadura de la ciénaga de 'Avilez' en la de 'Flor Colorada', lindando con tierras del señor Luis Botero; zanjón de 'Flor Colorada' aguas arriba, de por medio con terrenos del señor Alejandro Ochoa hasta llegar a la Carretera Cartago-Ansermanuevo y por el sur, la misma hasta el punto de partida".

En los apartes 65 a 97 de los hechos fundamentales de la demanda de reconvención, se determinan, enumerándolos con sus respectivos linderos, los lotes de terreno que cada uno de los actores ocupa dentro del fundo denominado "La Palomera" o "El Oasis".

Basados en la misma escritura 1773 que los pobres de Santa Ana invocaron como fuente de sus títulos y derechos, y en los documentos que la modificaron en parte, los demandantes en reconvención arguyen que el régimen hereditario del mayorazgo a que primitivamente estuvieron sujetos los bienes del patronato pasó a la sucesión gentilicia de las cuatro familias señaladas por don Joseph de Oviedo en codicilo fechado el 3 de julio de 1773; que a virtud de lo dispuesto en la Ley 7ª de julio de 1824 por medio de la cual se ordenó la división entre los poseedores de los bienes vinculados, correspondía a los descendientes de los cuatro troncos familiares mencionados por don Joseph Sanz de Oviedo distribuírse entre sí los terrenos del patronato, como en efecto lo hicieron en 1827 según consta en certificado del escribano público correspondiente; que desde entonces, como es público y notorio, cada una de esas cuatro familias se posesionó de las porciones que le fueron adjudicadas; que el abuelo y padre de los contrademandantes hicieron compras sucesivas a los otros adjudicatarios y a los sucesores de éstos, formando una cadena de títulos claros y ordenados; que los Vélez Mendoza han estado en posesión de los terrenos materia del litigio desde hace más de treinta años como dueños absolutos y únicos, sin limitación de ninguna naturaleza y agregan a su posesión la de sus antecesores; que varios de los demandados en reconvención han sido vencidos por los Vélez Mendoza en juicios posesorios y han sido conminados por las autoridades de policía para que se abstengan de usufructuar las maderas de la hacienda; que parte de ésta ha permanecido sin cerrar porque "algunas personas, amparadas por la noche, han cortado los cercos de las fincas en innumerables ocasiones"; que los citados bienes han pasado de una generación a otra de manera pública, regular y clara, sin limitación alguna.

A virtud de repartimiento posterior, correspondió al Juzgado segundo del circuito de Cartago proferir la sentencia de primer grado.

Las inspecciones oculares practicadas, los testimonios recibidos y los dictámenes periciales que se produjeron en la primera instancia suministran la prueba de que los lotes determinados en los hechos 65 a 97, inclusive, de la contrademanda, están situados precisamente dentro de los globos de terreno denominados "La Palomera" y "Flor Colorada" o "Avilez", de que trata el hecho 64 de la misma contrademanda. Por los mismos medios quedó establecido que los linderos citados

en el hecho 64 de la referida contrademanda corresponden a la finca de "La Palomera", delimitada en la demanda principal al punto 6º de la parte petitoria y 21 de los hechos fundamentales. Pero nada dijeron y ninguna prueba suministraron acerca de si los demandados en reconvención ocupan los lotes en la forma que se designa en los hechos 65 a 97 de la contrademanda. El Juzgado reconoció, pues, el dominio de los contrademandantes sobre los globos de terreno designados en el hecho 64, pero por no haberse identificado los lotes descritos en los hechos 65 a 97, consideró que no se hallaba en capacidad de ordenar a sus ocupantes la restitución pedida en la demanda de reconvención.

El Juzgado estimó también que los "Pobres de Santa Ana" actores en este juicio, tienen la calidad de simples usufructuarios y no puede reconocérseles como poseedores con ánimo de dueños. Basado en el principio jurídico de que el mero transcurso del tiempo no muda la tenencia en posesión, concluyó que por carecer de título suficiente para acreditar el condominio en las tierras delimitadas en la demanda principal, no podían hacerse las declaraciones fundamentales solicitadas por ellos, tanto en lo relativo a la petición principal como a la subsidiaria.

El Juzgado hizo el resumen de la parte motiva de la sentencia así: "1º Que la escritura de 3 de junio de 1773 no estableció comunidad alguna de bienes entre los pobres avecindados en el sitio de Santa Ana y los colaterales consanguíneos de los otorgantes don Joseph Sanz de Oviedo y doña María de Carvajal; 2º Que en la escritura y en los otros documentos que después la ratificaron y modificaron en parte, sólo se otorgó a los pobres avecindados en Santa Ana un derecho de usufructo sobre la porción de esos bienes ubicados en dicho sitio; 3º Que tal usufructo estaba extinguido a la fecha de la demanda por el transcurso del tiempo; 4º Que el dominio de los bienes indicados en el punto vigésimo primero de los hechos fundamentales de la demanda principal y en el hecho 64 de la demanda de reconvención, corresponde de manera exclusiva a los demandados Concepción, Susana y Luis Eduardo Vélez, con exclusión del derecho de Enriqueta Vélez Mendoza y de las seis cuadras correspondientes, una a la iglesia de Santa Ana, y las otras cinco a las personas designadas en los hechos 28 a 47 de la demanda de reconvención; 5º Que tal derecho no ha sido extinguido por la prescripción; y 6º Que los opositores en la demanda de reconvención son poseedores de buena fe de los terrenos disputados".

Respecto al reconocimiento del dominio a favor de los contrademandantes, en la parte motiva de la sentencia se encuentra este párrafo: "A título de condueños no podían intervenir en la división hecha en el año de 1827 los 'Pobres de Santa Ana', pues en su calidad de usufructuarios de parte de esos bienes quedaban excluídos en cuanto a la disposición del dominio, porque la ley 19 de julio de 1824, sólo se refería a los sucesores consanguíneos de los fundadores, que eran estimados como poseedores **animo domini**".

El fallo dice: "Primero.—Declárase no probada la excepción perentoria de nulidad del título propuesta por los demandados Vélez Mendoza; Segundo.—No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en la demanda propuesta por el doctor Miguel Monsalve, en representación de varios vecinos del Corregimiento de Santa Ana, tanto en lo que respecta a los puntos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º de la petición principal, como en lo que se refiere a los puntos 1º y 2º de la petición subsidiaria. Implícitamente se da por probada la excepción perentoria de carencia de acción. 3º Absuvélvese a los demandados Luis Eduardo, Pbro. Concepción y Susana Vélez Mendoza de todos los cargos formulados en la demanda principal; Cuarto.—Declárase no probada la excepción perentoria de prescripción extraordinaria adquisitiva del domonio propuesta por los contrademandados; Quinto. — Con exclusión del derecho de ocho mil quinientos pesos ($ 8.500.00) correspondiente a Enriqueta Vélez Mendoza y de las seis cuadras a que se refiere la parte motiva de esta sentencia, declárase que los contrademandantes Luis Eduardo, Pbro., Concepción y Susana Vélez Mendoza, son dueños de los siguientes globos de terreno: Un globo de terreno denominado "La Palomera", que queda al sur de la carretera que de esta ciudad conduce a Ansermanuevo; alindado así: al oriente, con terrenos denominados "El Cerrito", de propiedad del señor Alejandro Ochoa; al norte, con la carretera ya nombrada en parte, y en parte con terrenos llamados "Guacarí", hasta el río Cauca; al occidente, el río Cauca, aguas arriba, hasta la desembocadura del zanjón de "Agua Prieta"; y al sur, con el zanjón de "Agua Prieta" y el de "Parra", de por medio con las haciendas de "Coqué" y "Cabuyas" hasta el primer lindero con terrenos de "El Cerrito".

Otro globo de terreno denominado "Flor Colorado" o "Avilez", situado al norte de la misma carretera y alinderado así: al Oriente, el camino que de la carretera lleva a la hacienda de "El Rincón", llamado de "Los Sopingueños"; al Norte, las cercas que separan esta propiedad de la hacienda de "El Rincón", perteneciente al señor Luis Botero S.; al Occidente, desde la desembocadura de la ciénaga de "Avilez" en la de "Flor Colorado", lindando con tierras del señor Luis Botero, zanjón de "Flor Colorado", aguas arriba, con terrenos del señor Alejandro Ochoa, de por medio, hasta llegar a la carretera Cartago-Ansermanuevo; y por el Sur, la misma hasta el punto de partida; Sexto.—No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en los puntos 2º, 3º, 4º y 5º, de la demanda de reconvención; Séptimo.—Absuélvese a Enrique, Sara y Jova Aponte; Santos, Manuel Santos y Ventura Barrera, Florentino Candela, Aquilino Capera, Evangelista Cobo, Gregorio Gutiérrez, Marco Efrén Hernández, Mercedes Lerma, Bonifacio, Fernando, Policarpo, Agustín y Carmen Marlés, Juan de la Cruz Moreno, Angel María Motoa, Rosalino Palomino, Ernesto Perea, Célimo Primera, Santos, Felicia, José y Justino Rodríguez, Lucindo Rada, Mercedes Rivas, Jesús Rengifo, Roberto y Manuel A. Suárez, Célimo Salamando, Delfín, Carlos Jesús María, Rosa y Pedro Tasamá, Pedro Tasamá Varona, Emiliano, Luis Carlos, Gonzalo, Susana, Glicerio, Concepción y Paz Vicuña, José Vargas, Toribio Rodríguez, Elvira Zamora, Ambrosio Benítez, Joaquín Perea y Alfredo Suárez, de los cargos formulados en los puntos 2º, 3º, 4º y 5º, de la contrademanda; Octavo.—No es el caso de hacer declaración alguna respecto de las siguientes personas: Salvador y Benilda Aponte, Emiliano Marlés, Rosalino Rodríguez, Efraín Rengifo, Nicolás Hernández, Polo Marlés y Rosalbina Palomino, por lo dicho en la parte motiva de esta sentencia, advirtiéndose que Rosalbina Palomino sólo queda excluída de la demanda de reconvención".

No conforme con la providencia del Juez a quo, ambas partes apelaron ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

En auto para mejor proveer el Tribunal decretó la práctica de una inspección ocular en asocio de peritos, con el fin de aclarar: "Primero.—Si los lotes que ocupan los contrademandados (pobres de Santa Ana) se encuentran ubicados todos dentro de los linderos de la Hacienda conocida con el nombre de "La Palomera" o "El Oasis" y, Segundo.—Si los terrenos denominados "La Palomera" y "Flor de Colorados" o "Avilez" materia de la demanda de reconvención forman un solo fundo y sus linderos coinciden con los de "La Palomera" o "El Oasis" a que se refiere el punto 6 de la demanda principal".

El Tribunal consideró que los demandantes principales no demostraron la posesión material que efectiva y particularmente hubiera ejercido cada uno de ellos en su respectivo lote o parcela, para fundamentar la acción de dominio instaurada por ellos y frustrar la acción reivindicatoria de los demandantes en reconvención.

La siguiente, es la síntesis de la parte motiva del fallo de segunda instancia:

"Primera.—En la fundación del patronato de legos sobre las tierras de 'Santa Ana', no se otorgó a 'los pobres' allí residentes derecho territorial de dominio; Segunda.—El beneficio concedido a 'los pobres' constituyó un simple derecho de uso, o cuando más y ampliamente considerado, un derecho de cousufructo en paridad con los parientes pobres de los fundadores; Tercera.—Ese derecho de uso o cousufructo, conferido, innominada o indeterminadamente, a la colectividad de pobres allí residente, sin individualizarlos, se entendía concedido por un término máximo de cien años, asimilándolo al derecho que contemplaba la Ley 26 de partidas a favor del común de algún lugar (Tit. 31 partida 3ª); Cuarta.—Desamortizadas las tierras de Santa Ana, por virtud de la ley desvinculadora de 1824, y dividido el fundo entre los herederos consanguíneos de los fundadores, y ocupada materialmente cada parcela por el respectivo adjudicatario que entró a poseer a título de dominio exclusivo, se rompió de hecho el beneficio de que venían gozando los pobres de Santa Ana; Quinta.—Continuada luego la posesión material exclusiva por los respectivos adjudicatarios, a partir de 1827, especialmente en lo que se refiere a la pertenencia de José de Mendoza, los pobres perdieron definitivamente, por el no uso durante diez años, el beneficio que hubieran podido tener en 1827 sobre las dichas tierras de Santa Ana, y se consolidó así la propiedad a favor del nudo propietario, según lo previsto en la Ley 24 de Partidas (Tit. 31 partida 3ª); Sexta.—Todavía, suponiendo que el beneficio de los pobres no hubiera desaparecido por la desvinculación de Santa Ana, ni por el desuso o no ejercicio durante más de diez años, entonces habría caducado en 1873 por vencimiento

del término máximo señalado por las leyes de Partidas; Séptima.—Los contrademandantes Vélez Mendoza han acreditado el dominio sobre la hacienda de "La Palomera" o "El Oasis", a partir de su desvinculación en 1827, y en serie continua y no interrumpida de tradición familiar e inscrita de tal propiedad hasta la época en que se trabó el presente juicio; a excepción de las seis cuadras de terreno que excluyen los primitivos títulos, o sean, una de la iglesia o capilla de Santa Ana, dos de Francisco Martínez o sus actuales herederos, y tres de Tomás Hernández o sus herederos; Octava.—Dentro de dicho predio de "La Palomera" o "El Oasis" los contrademandados ocupan distintos lotes de terreno, lotes que individualmente se señalan y singularizan en la demanda de reconvención; Novena.—Los contrademandados no acreditaron que a su favor se hubiera consumado la prescripción adquisitiva del dominio, respecto a cada uno de los lotes que individualmente poseen dentro de "La Palomera" o "El Oasis".

De la anterior síntesis dedujo estas conclusiones:

"A)—Son infundadas las pretensiones de condominio y de cousufructo que presentaron los demandantes en su libelo sobre las tierras de "La Palomera" o "El Oasis", y por tanto debe confirmarse la decisión absolutoria del Juzgado; B).—Los contrademandantes son dueños en proindiviso del citado predio de "La Palomera" o "El Oasis", y consecuencialmente los contrademandados deben restituir los distintos lotes de terreno que individualmente ocupan dentro de dicho predio. Por tanto, habrá de confirmarse el ordinal 5º de la sentencia que reconoce tal derecho de dominio, y revocarse los ordinales 6º y 7º, en cuanto niegan la reivindicación de parcelas poseídas por los contrademandados, para en su lugar decretar tal restitución; C).—No se ha acreditado que los contrademandados hayan ocupado de mala fe los terrenos de "La Palomera", ya que su radicación en dicho sitio, con casa de habitación y encerramiento de solares, pudo originarse en la creencia de subsistir los derechos de la vinculación o patronato de dichas tierras, por lo cual no será el caso de hacer las condenaciones pedidas en los ordinales 3º, 4º y 5º, de la demanda de reconvención; D).—No se ha pedido indemnización de frutos en cuanto a los lotes que individualmente ocupan los contrademandados, por lo cual no es el caso de hacer consideración alguna al respecto".

Fundado en tales antecedentes falló así:

"**Confírmase** la sentencia apelada, en cuanto a sus ordinales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º; **Revócase el ordinal 7º** y en su lugar se **condena** a Enrique, Sara y Joba Aponte; Santos, Manuel Santos y Ventura Barrera, Aquilino Capera; Evangelista Cobo; Gregorio Gutiérrez; Mercedes Lerma; Benicio, Fernando, Policarpo o Apolinar, Agustín y Carmen Marlés; Juan de la Cruz Moreno; Rosalino Palomino; Ernesto Perea; Célimo Primera; Santos, Felicia o Felisa Aponte o Rodríguez; Mercedes Rivas; Manuel A. Suárez; Célimo Salamando; Delfín, Carlos, Rosa y Pedro Tasamá, Concepción Vicuña; Ambrosio Benítez y Joaquín Perea, a restituir a la comunidad representada por los contrademandantes Luis E., Susana y Concepción Vélez Mendoza, la parcela o lote de terreno que cada uno posee dentro del fundo de 'La Palomera', conforme a la singularización contenida en la demanda de reconvención. Dichos demandados tienen derecho al reconocimiento de sus respectivas mejoras; y mientras éstas no les sean pagadas o aseguradas, a cada uno se les autoriza para ejercitar la retención del lote correspondiente. **Confírmanse** los ordinales 6º y 8º en lo que no quede revocado ni modificado por la anterior condenación. Sin costas".

Contra esta sentencia acudió a la Corte el apoderado de los pobres de Santa Ana en demanda de casación.

De los dos cargos que el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal, la Sala encuentra fundado el primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial, puede prescindir de considerar el 2º. No obstante, por estar éste encaminado a obtener la nulidad del juicio, hará una rápida referencia a él con el objeto de exponer en breve las razones que tiene para no admitirlo.

Cargo Segundo.—El recurrente dice que los opositores de la parte que representa no otorgaron a su apoderado facultad expresa para contrademandar, que la demanda de reconvención es una verdadera acción principal con la cual la relación procesal adquiere un contenido nuevo, y que por tanto el representante de los Vélez Mendoza actúa en el juicio sin poder suficiente, generando así la nulidad de lo actuado.

La Sala estima que del motivo alegado no puede deducirse ilegitimidad de la personería adje-

tiva, y que no concurre, en consecuencia, causal de nulidad. Para llegar a esta conclusión basta atenerse al texto terminante del numeral 4º, artículo 450 del Código de Procedimiento Civil que dice: "No hay nulidad por ilegitimidad de la personería en los casos siguientes... 4º—Cuando resulta claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio cómo apoderado represente sus derechos, **aunque carezca de poder, o éste no se halle arreglado a la ley**" (Subrayado de la Sala). Por otra parte, jurisprudencia constante de la Corte ha sostenido que no puede invocar y obtener la declaración de nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva, en este caso, sino la parte mal representada o que ha carecido de representación, lo que está de acuerdo con la doctrina de los principales autores de Derecho Procesal (Carnelutti, Sistema, T. III Nº 565).

Lo dicho es suficiente para desestimar el segundo cargo.

Primer cargo.—Acusa el recurrente la sentencia por error de derecho en la apreciación de las pruebas, el cual hace consistir en que el Tribunal consideró que las inspecciones oculares practicadas en la primera instancia, y principalmente la llevada a cabo en la segunda por auto para mejor proveer, (cuaderno 1º folio 119), eran suficientes como prueba de la posesión material de los contrademandados, para los efectos de la acción reivindicatoria incoada en la demanda de reconvención. Tal apreciación del Tribunal la considera el recurrente como errada en derecho, por cuanto se ha dado por probado, no estándolo, uno de los elementos esenciales constitutivos de la acción reivindicatoria, como es la posesión material por los demandados de la cosa singular reivindicada. Según él este error condujo al Tribunal a violar los artículos 946 y 952 del Código Civil. Igualmente, por la misma razón estima el recurrente que el Tribunal violó el artículo 593 del Código Judicial, pues "al admitir como única prueba de la identificación de los lotes reivindicados, las afirmaciones de la demanda, se dejó de aplicar el principio que regula toda la litis contestatio, o sea la de que toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa". También critica, por último la forma como se practicó la diligencia de inspección ocular en cuanto se dejó a los peritos la determinación de los linderos del predio general y la comprobación de si la parte ocupada por los demandados en reconvención está comprendida dentro de dicho predio, en vez de haberse establecido tales circunstancias, que eran el objeto de la diligencia, por los mismos Magistrados encargados de practicarla, evitando así que la prueba de inspección ocular se confundiera con la de dictamen pericial.

Se considera:

Durante la primera instancia del juicio, como única prueba para establecer la posesión material de los demandados en reconvención, se practicaron dos inspecciones oculares sobre los terrenos objeto de la litis pero en ninguna de ellas se estableció la dicha posesión en forma singularizada de cada uno de los ocupantes de parcelas, señaladas en la demanda de reconvención, y ni siquiera se comprobó suficientemente la identidad del globo general reclamado por los reivindicantes. En razón de esta deficiencia en la prueba, que no fue eliminada a solicitud de parte en el término de la segunda instancia, el Tribunal consideró oportuno dictar un auto para mejor proveer, en el cual ordenó la práctica de una inspección ocular con el fín de aclarar: "Primero. Si los lotes que ocupan los contrademandados (Pobres de Santa Ana) se encuentran ubicados todos dentro de los linderos de la Hacienda conocida con el nombre de "La Palomera" o "El Oasis", y, Segundo.—Si los terrenos denominados "La Palomera" y "Flor de Colorados" o "Avilez", materia de la demanda de reconvención forman un solo fundo y sus linderos coinciden con los de "La Palomera" o "El Oasis", a que se refiere el punto 6 de la demanda principal".

Al practicarse la diligencia anterior el Tribunal procedió a hacer el recorrido de los terrenos denominados "Avilez" y "Flor Colorado" para dar evasión al segundo punto del auto que decretó la diligencia, y en ese recorrido se comprobó que dichos terrenos forman un solo globo que va desde el callejón de Gineo hasta el río Cauca y la Carretera Cartago-Ansermanuevo. Y a simple vista —según el acta— se acreditó que los mencionados terrenos formaban antes de hacerse la Carretera Cartago-Ansermanuevo, un solo globo sin solución de continuidad con la Hacienda conocida con el nombre de "La Palomera" o "El Oasis", que actualmente está separada de aquéllos por la dicha carretera. Se dejó a continuación en el acta constancia de la alinderación del

globo denominado "Flor Colorado" o "Avilez", ubicado al norte de la carretera. Para la verificación del punto 2º el personal de la diligencia llegó hasta la carretera en el sitio donde existe el Corregimiento de Santa Ana; y para determinar los linderos de la Hacienda de "La Palomera" o "El Oasis", se dice en el acta que fueron leídos por el Magistrado sustanciador los señalados en el hecho 64 de la demanda de reconvención, pero como los peritos y abogados de las partes estuvieron de acuerdo en que eran correctos esos linderos, no se hizo la verificación de ellos sobre el terreno. Acto seguido, para comprobar si los lotes que ocupan los demandados reconvenidos se encuentran todos dentro de los linderos de esta hacienda de "La Palomera" o "El Oasis", en vez de procederse a su verificación por los Magistrados que practicaban la diligencia, se dispuso por el sustanciador que los peritos hicieran las averiguaciones del caso. Hechas éstas, los peritos expusieron: "Que todos los contrademandados que figuran como tales en la demanda de reconvención ocupan con casas, huertas y mangoncitos lotes de terreno dentro de los linderos de la hacienda conocida con el nombre de "La Palomera" o "El Oasis", es decir, al borde Sur de la Carretera Cartago-Ansermanuevo y forman hoy día el caserío o corregimiento de "Santana", en el Municipio de Cartago. Es de advertir, sí, que algunos de esos contrademandados han muerto, encontrándose sus familiares en los predios respectivos, en tanto que otros enajenaron sus propiedades, encontrándose en su lugar los compradores. El doctor Ramón Suárez Candela, apoderado de los pobres de "Santana", deja la siguiente constancia: que el Corregimiento o caserío de "Santana", es tan antiguo como la ciudad de Cartago, y tiene su iglesia y su cementerio antiguos que también están comprendidos dentro de "La Palomera". Por último se hace constar que en la actualidad el aeródromo de "Santana" está ubicado dentro de antiguo predio de la hacienda de "La Palomera".

En su sentencia, el Tribunal consideró que la inspección ocular anterior había dejado suficientemente establecida la identificación de la hacienda "La Palomera" o "El Oasis" como parte de los terrenos generales que formaron el antiguo patronato de los pobres de Santa Ana, y que por tanto este requisito había quedado satisfecho para la prueba de dominio reclamado por los contrademandantes. Igualmente estimó el Tribunal que con la exposición de peritos ya transcrita, se había probado plenamente que los contrademandados ocupan distintos lotes de terreno dentro del mencionado predio de "La Palomera" o "El Oasis", y de allí dedujo que se encontraba establecido el segundo elemento esencial de la acción reivindicatoria ejercitada en la reconvención, o sea, la posesión de cosa singular, por los contrademandados.

Como se ve en forma muy clara de lo expuesto, no existe en el juicio la prueba de que cada uno de los demandados en reconvención sea el poseedor del correspondiente lote de terreno que en la misma contrademanda se señala en forma precisa y por linderos especiales, como ocupado por los respectivos contrademandados. Unicamente existe el concepto de los peritos dentro de la diligencia de inspección ocular de la segunda instancia, de que en conjunto esos lotes están ubicados dentro de la hacienda de "La Palomera" o "El Oasis", pero sin determinar en forma alguna la posesión individual de cada uno de ellos, ni identificar sus correspondientes parcelas.

Observa la Sala, en primer término, que tratándose de una prueba de inspección ocular decretada en auto para mejor proveer, con el fín de comprobar si los lotes que ocupan los contrademandados se encuentran dentro de los linderos de la hacienda, lo pertinente era que dicha verificación se hiciera por los funcionarios encargados de practicar la diligencia, —a quienes correspondía el examen y reconocimiento de los hechos— como claramente lo dicen los artículos 724 y 727 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 730 de esta misma obra dice que "el acta de la inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez. En cuanto a los puntos materia del dictamen pericial, la fuerza probatoria de éste se aprecia conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre peritos". De manera que cuando se trata de la simple verificación de hechos, como sucede en el caso examinado, es al Juez o Magistrado que practica la diligencia, a quien corresponde investigarlos o reconocerlos, y si lo hace y de ello se deja constancia en el acta, la prueba es plena. Solamente cuando existen hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales deben intervenir los peritos, según el claro tenor del artículo 705 del Código de Procedimiento Civil. Su dictamen constituye entonces una prueba separada pero conexa con la de inspección ocular, cuyo va-

lor no es el mismo que el del acta, y que se estima conforme a las reglas propias de esta clase de pruebas.

Hay, según queda expuesto, una grave falta de técnica en la forma como se realizó la comprobación del punto 1º o sea la ubicación de los lotes ocupados por los reconvenidos, dentro de la hacienda de "La Palomera" o "El Oasis". Para dejar ésto al dictamen de los peritos sin que mediara siquiera el examen de los hechos por los funcionarios, lo pertinente hubiera sido ordenar la práctica de un dictamen pericial y no de una inspección ocular. En realidad, se practicó una prueba distinta de la decretada en el auto para mejor proveer, y por consiguiente de muy escaso valor procesal.

Pero aún dejando de lado la anterior observación, es incuestionable que ni en el supuesto de que ese dictamen pericial no adoleciera de tan notorio defecto, con él no se demostró en forma alguna que los contrademandados fueran efectivamente los poseedores o al menos los ocupantes de las respectivas porciones de terreno cuya reivindicación se solicita en la reconvención, determinándolas en forma separada y con sus respectivos alinderamientos.

Ahora bien, como jurisprudencia muy repetida de la Corte lo ha dicho, en la acción reivindicatoria es absolutamente necesario que se concreten e individualicen los inmuebles objeto de ella, y se pruebe su posesión por el demandado. La circunstancia de existir un número plural de demandados no exonera en forma alguna de tal requisito, que se deduce de la letra y el sentido de los artículos 946 y 952 del Código Civil.

Al respecto, es necesario distinguir dos casos completamente distintos: cuando se demanda a diversas personas como poseedoras en común e indiviso de un terreno, y cuando se trata de diversos demandados que ocupan porciones separadas de un mismo inmueble en forma independiente entre sí y con sus respectivas alinderaciones singulares. En el primer caso sí es suficiente la prueba de la posesión colectiva o de que el globo ocupado en común se halla dentro del inmueble cuyo dominio se establece en el juicio. Pero en el caso segundo, por el contrario, es indispensable que dicha prueba se individualice con el objeto de mostrar la posesión de cada uno de los demandados en su respectiva parcela y que ésta forma parte del globo general cuyo dominio pertenece al reivindicante. Y es porque en este último caso se está en presencia simplemente de una acumulación de acciones iguales pero separadas contra diversos demandados, cada uno de los cuales debe responder por la que contra él se dirige y a cada uno de los cuales se debe vencer en el juicio mediante la comprobación de los elementos constitutivos de la acción incoada, en lo que a él se refiere. El actor podría en tal situación formular demandas distintas para cada uno de esos poseedores y éstas podrían tramitarse en juicios separados, lo que no sería posible en la primera hipótesis.

En el caso de autos los contrademandados no son comuneros. En la misma demanda de reconvención se afirma que, por el contrario, ocupan porciones independientes de terreno cuyos respectivos linderos, se repite, están determinados en ella. No era, por lo tanto, suficiente establecer que el conjunto de lotes ocupados por los reconvenidos se encuentra dentro de la hacienda "La Palomera" y que ésta pertenece a los reconvinientes. Ha debido demostrarse que cada uno de ellos era poseedor de una parte de terreno de dicha hacienda y precisarse e individualizarse en forma plenamente comprobada, cuál era esa porción. No se trajo al juicio tal prueba y muy distinta es la que se deduce de la inspección ocular atrás comentada, que el Tribunal consideró suficiente para estos efectos.

La Corte en casación de 30 de agosto de 1940, dijo lo siguiente: "A esto se observa que cuando la cosa que se intenta reivindicar no se ha podido señalar de una manera precisa, no se ha podido determinar, no se puede decretar la reivindicación, la cual recae sobre cosa singular; y que no se singulariza, no se determina una cosa diciendo que está comprendida dentro de otra de mayor extensión". Y en casación de 2 de marzo de 1931 la misma corporación expuso: "El hecho de que el Código Judicial llame parte al grupo de individuos que sostienen una misma pretensión no implica que los individuos que figuren como demandados posean en común la cosa reivindicada; cada uno de ellos puede poseer porciones determinadas de la cosa demandada y a diversos títulos, y hay que demandar en cada uno para que responda por lo que posee a este título. Además, en el caso presente, los demandados no son comuneros, puesto que la partición de esos bienes fue aprobada, y si ella no fue registrada en el libro en que debía serlo, eso no es óbice para que los actuales demandados se consideren

dueños exclusivos de la porción que poseen; pero aún suponiendo que los demandados no tuvieran título ninguno de propiedad, basta que ellos se consideren meros tenedores de la porción de terreno, para que contra ellos se dirija la acción reivindicatoria. En el presente caso los demandados no se consideran comuneros, sino dueños de lo que cada uno ocupa, y siendo esto así, cada uno de ellos no puede responder sino de lo que posee y no de lo que poseen otros, y como el demandante no especificó los lotes que cada un posee, no se puede ordenar la restitución por acción reivindicatoria, ya que la cosa que cada uno posee no está individualizada. Esta es jurisprudencia constante de la Corte".

Existe, consiguientemente, error de derecho en la apreciación del alcance probatorio de la aludida inspección ocular. Al considerar el Tribunal que estaban cumplidos los requisitos de la acción reivindicatoria incoada, violó, sin duda alguna, los artículos 946 y 952 del Código Civil, conforme a los cuales la reivindicación debe versar sobre cosa singular y dirigirse contra el actual poseedor de esa cosa singular. Si el Tribunal hubiera aplicado correctamente estos textos legales, habría negado la solicitud de restitución de los lotes ocupados por los reconvenidos en razón de no haberse comprobado, como no lo fue, cuáles eran los respectivos lotes singulares cuyo dominio se pretendía y de cuya indebida posesión se acusaba a los contrademandados. Hubo, pues, violación de los citados artículos del Código Civil, por aplicación indebida, desde luego que se dio como probado el hecho de la posesión material de los demandados en la forma que exigen estos textos para que se surtan sus efectos, cuando en realidad dicha prueba no ha existido.

A ninguno de los otros aspectos del litigio se refiere la Corte por no ser motivo del recurso.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga de fecha 13 de diciembre de 1947 y confirma la de primera instancia, proferida por el Juzgado Segundo del Circuito de Cartago el 16 de diciembre de 1936.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

LOS HIJOS LEGITIMOS DE UN HERMANO PREMUERTO DEL CAUSANTE TIENEN LA REPRESENTACION DE SU PADRE EN LA SUCESION DE AQUEL Y NO QUEDAN EXCLUIDOS POR EL CONYUGE SOBREVIVIENTE — REPRESENTACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA E ILIQUIDA — EL CONYUGE SUPERSTITE NO PUEDE DISPONER DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL NO LIQUIDADA AUN, SIN EL CONSENTIMIENTO DE LOS HEREDEROS Y REPRESENTANTES DEL DIFUNTO

1—El artículo 1043 del Código Civil es absolutamente claro en cuanto determina que siempre hay derecho a la representación en la descendencia legítima de los hijos o hermanos naturales. No es, pues, cierto, como lo consideró el Tribunal que el demandante, por ser hijo de un hermano natural del causante estuviéra excluído de su herencia por la cónyuge supérstite. Casualmente, en virtud del artículo citado, debido a su calidad de hijo legítimo, el demandante ocupa, en el orden sucesoral el lugar que le hubiera correspondido a su padre como hermano natural del causante.

2—En varias ocasiones ha dicho la Corte que una vez disuelta la sociedad conyugal, se forma una comunidad a la cual representan, en caso de muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente y los herederos del fallecido.

3—Jurisprudencia inveterada ha establecido que una vez disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los contrayentes, no puede el supérstite disponer de los bienes que pertenecían a la sociedad conyugal, sin el consentimiento de los herederos y representantes legítimos del cónyuge fallecido. Para la validez del acto dispositivo, es indispensable la aceptación de estos últimos, cualquiera que sea el cónyuge por cuyo conducto los bienes hubieren ingresado a tal sociedad. Sin el cumplimiento de este requisito, se trataría de una venta de cosa ajena, que si bien es válida al tenor del artículo 1871 del Código Civil, lo es sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por prescripción, como el mismo texto lo advierte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

El 15 de julio de 1931, por medio de la escritura número 240 de la Notaría de Trujillo (Departamento del Valle), Pablo y Epaminondas Triana B. compraron a Bárbara Arana v. de Viveros una finca agrícola denominada "La Selva" y ubicada en la Cordillera Occidental de dicho Municipio, compuesta de café, plátano, yuca, caña, pastos, rastrojos y montes, con una cabida superficiaria de 30 plazas aproximadamente y demarcada por los siguientes linderos: "Por un costado con propiedades de Florentino Sierra y José Ignacio Maldonado; por otro costado, con predio de Julio Jaramillo por una cuchilla; por otro costado, con predios de Epifanio Victoria y Paulino N; (sic) y por el otro costado, con predios de los mismos Sierra y Maldonado".

Parte del inmueble mencionado lo había adquirido Bárbara Arana de Viveros a título de colono cultivador y el resto por compras sucesivas hechas en los años de 1916 y 1928, según reza en los instrumentos notariales respectivos.

La mencionada Bárbara Arana contrajo matrimonio católico con Hermógenes Viveros en la viceparroquia de Huasanó (Valle), el 18 de junio de 1910. Dicho señor Viveros falleció en el año de 1937 sin deajr ascendientes ni descendientes naturales o legítimos.

Disuelta la sociedad conyugal Viveros-Arana por la muerte del marido, la viuda hizo a los demandados en este pleito la venta ya referida, sin haberse liquidado la sociedad conyugal ni estar abierto el juicio sucesorio correspondiente .

Así las cosas, el señor Antonio María Viveros

Espinosa por medio de apoderado demandó ante el señor Juez Civil del Circuito de Tuluá, el 29 de septiembre de 1945, a los señores Pablo y Epaminondas Triana B. para que en sentencia definitiva y mediante juicio ordinario, se hagan las siguientes declaraciones: "Primero.—Que la sucesión del causante Hermógenes Viveros, representada para este pleito por su heredero Antonio María Viveros Espinosa, es dueña, del inmueble a que se refiere el punto a) del hecho segundo de esta demanda. Segundo.—Que a consecuencia de la anterior declaración, los demandados señores Triana están en la obligación de restituir a la mencionada sucesión, representada en la forma que se deja dicha, el inmueble denominado "Cuancua", con los linderos y por las especificaciones que ya se establecieron. Tercero.—Que se condene y sancione con las costas la temeraria oposición de los demandados, con la advertencia de que mis poderdantes están listos a tratar con los demandados la mejor manera de satisfacer los derechos en discusión, con el objeto de evitar la presente causa". En la parte final de la demanda adiciona las primeras súplicas, pidiendo también para la sociedad conyugal ilíquida **la declaración de dominio y la restitución del inmueble correspondiente.**

El predio a que se refiere el punto a) del hecho segundo de la demanda, se describe en el libelo así: "Una finca en 'Cuanca', corregimiento de Huasanó, Municipio de Trujillo, con 3) (sic) plazas de extensión, poco más o menos, con cultivos de pasto, café, plátano, arracacha y monte, con casa de habitación en buen estado, alinderada así: Norte, con Ignacio Maldonado y el camino público que de la población conduce al punto denominado "Guaimaral"; Sur, con propiedad de Epifanio Victoria; oriente, con el camino que de Huasanó conduce a Bohemia y Trujillo; y occidente, con predio del señor Paulino Martínez".

Un error de máquina que en la segunda instancia fue suficientemente explicado y aclarado, determinó que el demandante le fijara al predio en referencia una cabida de tres plazas y no de treinta que le corresponden arproximadamente, como se demostró con diversas pruebas en el curso del juicio.

Para acreditar su personería sustantiva, el demandante trajo a los autos los siguientes documentos:

La partida de bautismo de Isaías Viveros, hijo de Basilisa Viveros;

Certificado del cura párroco de Roldanillo haciendo constar que no aparece en los archivos de la parroquia la partida de bautismo de Hermógenes Viveros, hijo de Basilisa Viveros;

La partida eclesiástica de matrimonio de Isaías Viveros con Catalina Espinosa;

Las partidas de bautismo de Fermina y Antonio María Viveros Espinosa, hijos legítimos de Isaías Viveros y Catalina Espinosa;

La partida de matrimonio católico de Hermógenes Viveros y Bárbara Arana;

Las partidas de defunción de Isaías y Hermógenes Viveros, según las cuales la muerte de estos hermanos tuvo lugar en los años de 1921 y 1937, respectivamente;

Copia del auto con que el juzgado civil del circuito de Tuluá declaró abierta la sucesión de Hermógenes Viveros y reconoció como herederos suyos a Antonio María y Fermina Viveros Espinosa, por derecho de representación.

Los demandados se opusieron a la acción y propusieron como excepciones perentorias las de petición de modo indebido o antes de tiempo, improcedencia de la acción, falta de causa, falta de personería en el actor e inepta demanda. Además, denunciaron el pleito a la señora Bárbara Arana y formularon otra excepción, consistente en que la firma de Epaminondas Triana, uno de los demandados, no aparece en la escritura de compraventa.

La sentencia de primer grado, fechada el 26 de mayo de 1948 declaró no probadas las excepciones propuestas y absolvió a los demandados, considerando que el inmueble no fue identificado.

En la inspección ocular practicada a solicitud de ambas partes se identificó el predio, estableciendo que sus linderos eran los mismos determinados en la demanda (Fls. 17 a 19 v. del cuaderno Nº 2). Sinembargo, la cabida de tres plazas señalada en la demanda no correspondía a las treinta de que aproximadamente consta la finca, según el dictamen pericial y la escritura de venta de Bárbara Arana de Viveros a los demandados. En la disparidad que resultó de esta confrontación se basó el juzgado para estimar que el inmueble no estaba identificado.

El actor apeló de dicho fallo y el Tribunal encontró que "el demandante ha demostrado la equivocación en que incurrió en la demanda al

darle a la finca materia del juicio la extensión de tres plazas, en lugar de treinta, con que aparece en la inspección ocular". No obstante, confirmó la providencia del inferior estimando que en su calidad de sobrino natural del causante Hermógenes Viveros, el demandante carece de derecho que le permita concurrir con el cónyuge sobreviviente como heredero de aquél. Consecuencialmente, desconoció el derecho de Antonio María Viveros para pedir la restitución a la sociedad conyugal o a la sucesión, de la finca vendida por Bárbara Arana v. de Viveros. Contra esta sentencia, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 3 de marzo de 1949, interpuso casación el demandante. Legalmente sustanciado el recurso, va la Corte a decidir.

La demanda de casación contiene un solo cargo que hace consistir en infracción directa de la ley sustantiva, por interpretación errónea de la misma y falta de aplicación, y en error de hecho fundado en no haber estimado el Tribunal las pruebas relativas al parentesco de los demandantes con el de cujus.

El recurrente acusa la sentencia de haber violado, por falta de aplicación, el artículo 946 del Código Civil que define lo que es la reivindicación o acción de dominio; la acusa también de haber violado el artículo 673 de la misma obra, desde luego que el Tribunal pretendió adicionar "con el de buena fe, los modos de adquirir el dominio".

Agrega el recurrente que al dejar de aplicar el artículo 1043 del Código Civil, en el cual se establece el derecho de representación para la descendencia legítima de los hermanos naturales del causante, el Tribunal lo interpretó erróneamente e incurrió así en directa infracción de los artículos 21 y 22 de la Ley 45 de 1936, que regulan los órdenes sucesorales correspondientes y ordenan regir la sucesión del hijo natural por las mismas reglas establecidas para la sucesión del causante legítimo.

Al refutar las apreciaciones del Tribunal respecto a la buena fe de los compradores demandados, dice el recurrente que la buena fe no podría producir más efectos, en el caso sub judice, que el de obligar al reivindicador a pagar las mejoras útiles hechas en la cosa objeto de la reivindicación. Para complementar sus puntos de vista sobre el particular, afirma que al pretender el Tribunal que la acción reivindicatoria no puede prosperar ante poseedores de buena fe, le dio al artículo 966 del Código Civil un alcance que no tiene, aplicándolo indebidamente, en consecuencia, por errónea interpretación.

El error de derecho lo explica el recurrente así: "A causa de haber estimado el Tribunal que no había lugar a la restitución por los dos motivos indicados en el fallo, éste contiene, virtualmente al menos, un error de hecho a consecuencia del cual el fallador omitió estimar las pruebas y violó por omisión, esto es, por no haberlos aplicado siendo del caso aplicarlos, los artículos 946, 950 y 952 del Código Civil, así como los artículos 593 y 598 del Código Judicial".

Se considera:

En líneas generales, las apreciaciones del recurrente, que se dejan expuestas, las acoge la Corte.

Consta de autos que la señora Bárbara Arana, cónyuge supérstite de Hermógenes Viveros, después del fallecimiento de éste y sin mediar liquidación de la sociedad conyugal, ni siquiera apertura del juicio de sucesión, enajenó a los demandados Pablo y Epaminondas Triana B. el inmueble objeto del presente juicio, mediante escritura pública número 240 otorgada el 15 de julio de 1939 en la Notaría del circuito de Trujillo. Dicha finca había sido adquirida a título oneroso por la mencionada señora durante su matrimonio con Hermógenes Viveros, por medio de las escrituras números 35 y 73 de las Notarías de Huasanó y Bugalagrande, fechadas el 21 de agosto de 1916 y el 29 de diciembre de 1928. Así, el bien en referencia ingresó desde entonces a la sociedad conyugal.

Estimó el Tribunal que no obstante el parentesco consistente en ser el demandante hijo legítimo de un hermano natural del de cujus Hermógenes Viveros, y de no haber dejado éste ascendencia ni descendencia legítima o natural, sino únicamente cónyuge sobreviviente, el demandante no tiene la calidad de heredero por tratarse de un sobrino natural. Sobre esta base se negó el derecho que alega para concurrir a la sucesión con la cónyuge y para representar, por lo tanto, a la sucesión y a la sociedad conyugal, al efecto de ejercitar las acciones incoadas en la demanda.

Planteada la cuestión en los anteriores términos, aparece como evidente que el Tribunal desconoció el derecho de representación reconocido

en forma expresa por el artículo 1043 del Código Civil a favor de la descendencia legítima de los hermanos naturales; y por haber incurrido en tal error, se negó a aplicar el artículo 22 de la ley 45 de 1936 que le da al hermano natural el derecho a concurrir en la mitad de la herencia con la cónyuge sobreviviente de su hermano natural que no ha dejado ascendientes ni descendientes legítimos o naturales.

En efecto. El artículo 1043 del Código Civil es absolutamente claro en cuanto determina que siempre hay derecho a la representación en la descendencia legítima de los hijos o hermanos naturales. No es cierto, pues, como lo consideró el Tribunal, que el demandante por ser hijo de un hermano natural del causante estuviera excluído de su herencia por la cónyuge supérstite. Casualmente, en virtud del artículo citado, debido a su calidad de hijo legítimo el demandante ocupa en el orden sucesoral el lugar que le hubiera correspondido a su padre Isaías Viveros como hermano natural del causante. Porque el carácter de heredero en representación del padre legítimo no puede ser desconocido, el Tribunal incurrió en manifiesto error de derecho al interpretar como lo hizo el artículo 1043 del Código Civil; y este error lo condujo a no aplicar el artículo 22 de la Ley 45 de 1936, conforme a cuyo texto el hermano natural concurre con el cónyuge sobreviviente en la mitad de la herencia.

Por cuanto a carencia de representación se refiere, no existe como se ve, la pretendida ilegitimidad sustantiva de personería o falta de legitimación del demandante para pedir a nombre de la sucesión y de la sociedad conyugal la declaración de pertenecerles el bien objeto de la compraventa realizada entre la señora Bárbara Arana de Viveros y los demandados, y para que se restituya a aquélla o a éste. En varias ocasiones ha dicho la Corte que una vez disuelta la sociedad conyugal se forma una comunidad a la cual representan, en caso de muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente y los herederos del fallecido. (Casación de 23 de septiembre de 1921 y del 12 de julio de 1928, Tomos XXIX página 57, y XXXV, página 324).

Jurisprudencia inveterada ha establecido que una vez disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los contrayentes, no puede el supérstite disponer de los bienes que pertenecían a la sociedad conyugal sin el consentimiento de los herederos y representantes legítimos del cónyuge fallecido. Para la validez del acto dispositivo es indispensable la aceptación de estos últimos, cualquiera que sea el cónyuge por cuyo conducto los bienes hubieren ingresado a tal sociedad. Sin el cumplimiento de este requisito se trataría de una venta de cosa ajena, que si bien es válida al tenor del artículo 1871 del Código Civil, lo es sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida mientras no se extingan por prescripción, como el mismo texto lo advierte.

Por lo tanto, si la calidad de hermanos naturales de su padre y el causante estuviera debidamente comprobada, el demandante como heredero del cónyuge muerto tendría perfecto interés jurídico para demandar a nombre de la sucesión y con mayor razón al tratarse precisamente, de desconocerle efectos legales a un acto celebrado por el cónyuge sobreviviente que perjudicaría a los herederos en forma notoria.

Sinembargo, no existe en el juicio la plena prueba de la colateralidad del demandante con el de cujus, señor Hermógenes Viveros, cónyuge de la señora Bárbara Arana, vendedora del predio objeto del presente litigio. En efecto, en el cuaderno número 1, a folios 1 a 4 se hallaban las partidas eclesiásticas del matrimonio de Hermógenes Viveros con Bárbara Arana, de la defunción de aquél, del nacimiento de su hermano natural Isaías Viveros, del matrimonio de éste con Catalina Espinosa y del nacimiento de dos hijos legítimos de tal matrimonio, Antonio María Viveros Espinosa (demandante en este juicio) y Fermina Viveros Espinosa.

Igualmente al folio 2 figura el certificado del Cura Párroco de Roldanillo, según el cual buscada la partida de bautismo de Hermógenes Viveros, hijo de Basilisa Viveros, y nacido poco más o menos en 1870, no fue encontrada. (En esta misma parroquia fue bautizado Isaías, hijo también de Basilisa Viveros). Pero como el actor no trajo al juicio declaraciones supletorias de la partida de nacimiento de Hermógenes para establecer su carácter de hijo natural de Basilisa Viveros y por consiguiente, de hermano natural de Isaías Viveros, padre legítimo del demandante, no se halla acreditado en la forma exigida por el artículo 19 de la Ley 92 de 1938 (395 del Código Civil) el parentesco entre el causante y el actor en este juicio. El Tribunal da por sentado el hecho de la existencia del vínculo de consaguinidad entre Hermógenes e Isaías Vive-

ros como hijos naturales de la misma madre señora Basilisa Viveros, en vista de que para acreditarlo aparecen en el expediente varios documentos; por una parte, copia auténtica del auto dictado por el Juzgado civil del circuito de Tuluá, con fecha 7 de julio de 1945, en el juicio de sucesión del señor Hermógenes Viveros, en el cual se reconoce a éste la calidad de hijo natural de María Basilisa Viveros, y se admite la condición de sobrinos naturales del causante que tienen Antonio María y Fermina Viveros, por ser hijos legítimos de Isaías Viveros, hermano natural de Hermógenes Viveros; por otra, partidas de matrimonio y defunción de Hermógenes Viveros en las cuales figura como hijo natural de María Basilisa o Basilisa Viveros.

No acertó el Tribunal al admitir piezas de un juicio sucesorio y partidas de matrimonio y defunción como pruebas suplentorias del estado civil de hijo natural de María Basilisa o Basilisa Viveros, correspondiente a Hermógenes Viveros. En primer término, el reconocimiento hecho a favor de Antonio María y Fermina Viveros como herederos del causante Hermógenes Viveros en el juicio de sucesión de éste, no constituye cosa juzgada porque no ha tenido lugar a virtud de pronunciamiento de sentencia; y en segundo término, porque auncuando pudiera llamarse así el fallo que decretó el reconocimiento, él habría sido proferido en acción distinta a la incoada en el caso de autos y entre partes diferentes, ya que la decisión en el juicio sucesorio se tomó sin concurrencia de los demandados en esta causa. Por consiguiente, el demandante estaba en el deber de probar su parentesco colateral con el causante, es decir, la calidad de hermano natural de éste respecto a su padre Isaías, para poder invocar entonces el derecho de representación y dejar establecida la vocación herencial que le daría personería sustantiva legítima para los efectos de la demanda instaurada en el presente juicio.

Tampoco se puede aceptar como prueba supletoria las partidas de matrimonio y defunción, por el hecho de que en ellas se diga que Hermógenes Viveros es hijo natural de María Basilia o Basilisa Viveros, porque no existe disposición legal ninguna que le dé tal alcance probatorio a dichas partidas. El demandante ha debido traer al juicio declaraciones de testigo sobre los hechos constitutivos del estado civil de Hermógenes Viveros, o que acreditaran su posesión notoria de hermano natural de Isaías. Pruebas supletorias indispensables de conformidad con el artículo 395 del Código Civil y el 19 de la Ley 92 de 1938 que lo subrogó, pues la calidad de hijo que el demandante atribuye a Hermógenes Viveros respecto de Basilisa Viveros, fue negada por los demandados al contestar el hecho primero de la demanda, y de ninguna pieza del expediente se deduce que éstos hayan reconocido la condición de herederos invocada por Antonio María Viveros a favor suyo y de su hermana Fermina.

De lo anteriormente expuesto resulta que si bien no existe ilegitimidad sustantiva de personería del demandante por carencia de derecho de representación del hijo legítimo de un hermano natural, en cambio sí surge esta ilegitimidad de personería sustantiva debido a no haberse comprobado la calidad de hermanos naturales del causante e Isaías Viveros, padre del actor. No habiéndose establecido tal parentesco, no se demostró el derecho de este último para demandar en calidad de heredero. Como, por lo tanto, el demandante carece de legitimación para formular las peticiones hechas en la demanda, las consideraciones que hasta aquí quedan expuestas tienen por único objeto hacer a las erradas tesis del Tribunal las rectificaciones rutinarias de rigor.

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 Buga, el 3 de marzo de 1949.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez.—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA.—EN CASACION SON INADMISIBLES LOS MEDIOS NUEVOS.—LA PRESCRIPCION ORDINARIA REQUIERE QUE QUIEN LA INVOCA SEA POSEEDOR INSCRITO

1.—Es doctrina jurídica que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación y que ha sido establecida en múltiples fallos, la de que no pueden proponerse útilmente, con motivo de tal recurso, cuestiones que no se hayan controvertido en las instancias del juicio, o sea que con ocasión de él no pueden introducirse medios nuevos encaminados a traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate.

2. — Para la prescripción ordinaria se requiere, entre otras circunstancias, que quien la invoque sea poseedor inscrito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez del Circuito Civil de Cartago los señores Serafina y Dévora Gálvez, Miguel Angel, Luis Bernardo, Jorge Jaime y Graciela Copete propusieron juicio ordinario contra Camilo Jaramillo y Eduardo Estrada Domínguez, a fin de que a éstos se les condenase a restituírles a aquéllos una finca rural ubicada en la mencionada ciudad, con una extensión superficiaria de seis plazas más o menos, alinderada como se expresa en el hecho primero de la demanda, y a pagarles los frutos percibidos a partir de la contestación, en caso de que no fueren considerados como poseedores de mala fe, más las costas del juicio.

En la fundamentación de la demanda afirmaron los actores que el inmueble que reivindican lo adquirieron por herencia de Francisco Gálvez G., en cuyo juicio de sucesión les fue adjudicado con la plenitud de las formalidades legales; que el causante lo adquirió de la manera como se expresa en el 4º hecho fundamental, y que los demandados son los actuales poseedores.

El apoderado designado por éstos contestó la demanda negando algunos hechos; admitiendo el cuarto; aceptando que Camilo Jaramillo es el poseedor del inmueble y oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas.

El Juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia en sentencia de cuatro de junio de 1947, por la que condenó a los demandados a restituir el inmueble reivindicado, considerándoles cómo poseedores de buena fe para los efectos del artículo 954, inciso 3º del C. C.

Aquéllos apelaron y el Tribunal Superior de Buga, que conoció del recurso, lo decidió en sentencia de veinte y uno (21) de julio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), que confirmó la apelada, sin costas.

En la motivación de esa providencia el Tribunal encontró debidamente comprobados los elementos o requisitos propios de la acción reivindicatoria, por lo cual se pronunció favorablemente a la incoada.

A los demandados se les concedió recurso de casación, el que sustentado y tramitado se procede a decidir.

Apoyado en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., el recurrente acusa la sentencia como violatoria de la ley sustantiva a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y formula los cargos que en seguida se resumen:

a) Dice el recurrente que el Tribunal quebrantó los artículos 762, 765, 766, 768, 769, 780 y 2529 del Código Civil al no observar que con las pruebas que cita está debidamente comprobado en el proceso que los derechos del poseedor demandado provienen de las tradiciones retrospectivas operadas en virtud del decreto de posesión efectiva que de la herencia de Francisco Gálvez G. se dictó en favor de Camilo Bueno, en calidad de hijo natural, quien por lo tanto adquirió con justo título y buena fe, como heredero putativo; de la venta de derechos herenciales efectuada por éste a Ramón Clavijo por medio de la escritura número 104 de 25 de julio de 1938, de la Notaría de La Victoria, debidamente registrada; de la venta que Clavijo hizo del inmueble que se reivindica a Eduardo Estrada Domínguez y de la

que éste a su turno le hizo al actual poseedor Camilo Jaramillo, quien podía añadir a la suya la posesión de sus antecesores y la del propio causante, hasta completar un lapso bastante para adquirir, por prescripción adquisitiva regular de más de diez años, el dominio que los demandantes le discuten; que por no haber cotejado los derechos y títulos de las partes, el Tribunal no se percató que el demandado adquirió el inmueble litigioso, como poseedor de buena fe y con justo título traslaticio de dominio, y al decretar la reivindicación, "violó el artículo 2529 del C. C., que señala el lapso suficiente para que proceda la prescripción adquisitiva ordinaria del dominio".

Como pruebas no estimadas, cita, además de las antes aludidas, la sentencia, proferida en juicio ordinario, en virtud de la cual se reconoció a Camilo Bueno como hijo natural de Francisco Gálvez y el auto proferido en el juicio sucesorio de éste en que se le aceptó como asignatario universal del causante.

b) Dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al no apreciar la declaración de Camilo Bueno (fs. 18 v. y 13, cuaderno de pruebas de la parte demandada), de cuyos términos resulta que entre dicho señor y los demandantes se produjo un concierto previo, una delictuosa colusión tendiente a vulnerar los derechos del demandado como poseedor de buena fe, con flagrante abuso del derecho, con fraude a la ley, con "animus nocendi" para generar la sentencia dictada por el Juzgado del Circuito de Cartago de 16 de marzo de 1944, en la cual se declaró nula la sentencia de 11 de septiembre de 1937, proferida por el mismo Juzgado, en que se reconoció a Camilo Bueno como hijo natural de Francisco Gálvez; que en esa declaracióón Bueno confiesa que se prestó a la maniobra de desistir del recurso de apelación que había interpuesto contra aquella sentencia a cambio de una contraprestación en dinero; que a esto no puede reconocérsele eficacia para perjudicar los derechos del demandado, haciendo procedente y viable la acción reivindicatoria y que como consecuencia de tales errores el sentenciador quebrantó, por no haberlos aplicado, los artículos 762, 765, 766, 769, 778, 780 y 2529 del C. C.

Se considera:

Los cargos que en lo esencial han quedado resumidos, no prosperan por las siguientes razones:

a) Ni en la contestación de la demanda ni en los alegatos de conclusión, que no se formularon por el demandado, ni en forma alguna en las dos instancias del proceso, el demandado y recurrente alegó la prescripción adquisitiva, ni la colúsión que plantea en los dos cargos precedentes. Sobre estos dos puntos nada se dijo, discutió ni decidió en las instancias. Ha sido ahora ante la Corte y en el recurso de casación cuando invoca en su defensa esos dos extremos, los cuales constituyen, por consiguiente, dos clásicos medios nuevos, que por ello son inadmisibles.

En numerosas decisiones esta Sala ha sostenido que es doctrina jurídica, que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación y que ha sido establecida en múltiples fallos, la de que no pueden proponerse útilmente con motivo de tal recurso cuestiones que no se hayan controvertido en las instancias del juicio, o sea que con ocasión de él no pueden introducirse medios nuevos encaminados a traer la discusión sobre extremos que no hayan sido objeto del debate. (Casación, 6 de junio de 1945, G. J. número 2019; 14 de diciembre de 1934, G. J. número 1895-bis, pág. 208; 23 de octubre de 1939, G. J. número 1950, pág. 727).

b) Pero hay más. Ni el uno ni el otro extremo resultan comprobados en el proceso. No lo está el primero, porque la posesión inscrita en favor del demandado, que debe concurrir con la material y mantenerse ambas por un lapso de diez años, para que se consume la prescripción ordinaria (artículo 2529 del C. C.), no ha tenido existencia, puesto que la escritura pública número 1073, de 6 de septiembre de 1945 (fs. 11 y 12, cuaderno principal), por medio de la cual Eduardo Estrada D. da en venta a Camilo Jaramillo, demandado, el inmueble materia de la reivindicación, no aparece con la constancia de registro ni hay prueba de que haya sido registrada. La escritura número 543 de 22 de septiembre de 1938, otorgada por Clavijo a favor de Jaramillo (fs. 34 y 35, c. p.), que el recurrente ni siquiera cita en su acusación, es de venta de derechos herenciales, y su registro no confiere por tanto la posesión inscrita del inmueble. Y no siendo el demandado poseedor inscrito, no ha podido iniciarse ni menos verificarse la prescripción ordinaria que en su favor invoca. Esta sola consideración hace innecesario el examen de los títulos de los anteriores adquirentes y el esclarecimiento de si está o no probado que éstos hayan tenido la posesión material del inmueble en concurrencia con la inscrita.

No lo está el segundo de los citados extremos, porque la mera declaración de Camilo Bueno no es prueba plena, por sí sola, en contra de los demandantes, de los hechos por él afirmados. No estándolo, no hay para qué detenerse a examinar cuáles podrían ser las repercusiones del hecho en este juicio reivindicatorio.

c) Los derechos que invocan los litigantes tienen un origen común: el juicio sucesorio de Francisco Gálvez. Consta en autos que en esa sucesión los demandantes fueron reconocidos como herederos del causante; después Camilo Bueno obtuvo que se le declarara en juicio ordinario, heredero de aquél en su condición de hijo natural, con exclusión de los demandantes; posteriormente, en sentencia definitiva, ejecutoriada y registrada se declaró nula la sentencia que había reconocido a Bueno como hijo natural del causante Gálvez, y se decidió además que los herederos de éste son los demandantes; creada esa situación se adelantó con intervención de éstos el mencionado juicio sucesorio, en el cual se les adjudicó en la partición y en su condición de herederos el bien que hoy se reivindica. Esa partición y la sentencia que la aprobó fueron debidamente registradas (fs. 1 a 4, cuaderno principal).

En tales condiciones las ventas de derechos herenciales que hubiera podido hacer o haya hecho Camilo Bueno a Ramón Clavijo Perea; la de éste, ya radicándola en cuerpo cierto, a Eduardo Estrada Domínguez, y la de éste a Camilo Jaramillo, no llegaron a transmitir al último el dominio del inmueble discutido (artículo 752 del C. C.), ni son oponibles al verdadero dueño cuyos derechos no han prescrito (artículo 1871 ibidem), y en cambio los demandantes sí adquirieron ese dominio por el modo llamado sucesión por causa de muerte y por la adjudicación que del bien se les hizo en la partición, que está aprobada y debidamente registrada (artículos 637, 1008, 1155, 1401 y concordantes del C. C.).

De otro lado, como el demandado es el poseedor actual del inmueble; como los demandantes son dueños de él; como su identificación está comprobada y aceptada por las partes, hay que deducir, como consecuencia de las razones que se han expuesto, que el sentenciador no quebrantó, al decidir favorablemente la acción reivindicatoria incoada, las disposiciones que citó el recurrente.

Se rechazan los cargos.

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 veinte y uno de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, proferida por el Tribunal Superior de Buga en el presente negocio.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente a la oficina de procedencia.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA—LA INEPTITUD DE FONDO TOCA CON LA PERSONERIA SUSTANTIVA; LA DE FORMA, CON LA PERSONERIA ADJETIVA, ES DECIR, CON LA REPRESENTACION DE LA PARTE EN JUICIO — LA CARENCIA DE PERSONERIA SUSTAN TIVA Y LA PETICION DE MODO INDEBIDO NO CONSTITUYEN EXCEPCIONES DILATORIAS

1—No es cosa fácil y de inmediata percepción mental distinguir en ciertos casos si la excepción es dilatoria o es perentoria; y menos clara se presenta la cuestión tratándose de la excepción dilatoria de inepta demanda, en su segundo caso, o sea cuando la demanda se dirige contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o el hecho demandados, caso éste que no se puede dejar desviar hacia el fondo del asunto litigioso, pues se refiere sólo a la identidad del demandado, como cuando se demanda a un sujeto diciéndose que es gerente de la compañía que debe responder en juicio, y no lo es, o se cita a un individuo considerándosele guardador de quien debe figurar en el juicio como opositor, y no tiene ese carácter de guardador. En estos casos se trata, como dicen con razón los expositores de la materia, de simples presupuestos procesales.

La ineptitud, pues, puede ser de fondo o de forma. Es de fondo cuando falta la personería sustantiva, mientras que la ineptitud de forma toca con la personería adjetiva, es decir, con la representación de la parte en juicio. Existe en aquel caso lo que puede llamarse imposibilidad de fallo, como cuando se demanda la nulidad de un contrato y no se citan al juicio a todos los contratantes, o cuando se impetran unas nulidades y no se ha demandado a quien intervino en los actos o contratos que sirven de materia a esas solicitudes de nulidad. En este caso se trata de una excepción perentoria.

Es preciso, pues, hacer distinción de los dos casos que pueden creerse comprendidos dentro de la generalidad del inciso segundo del artículo 333 del C. J., que se refiere a una demanda dirigida contra diversa persona de la obligada a responder, ya que de ese inciso puede deducirse o una ineptitud sustantiva, o una adjetiva.

2—Como ha dicho la Corte, "Ni la carencia de personería sustantiva, ni la petición de modo indebido constituyen excepciones dilatorias porque no tocan con el procedimiento para suspenderlo o mejorarlo. Son, pues, perentorias. Según Fábrega Cortés son 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 difieren el ejercicio del derecho en el curso del juicio o la contestación de la demanda". (G. J., T. XLVII, pág. 683).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre doce de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Muy poco clara en sus peticiones y en sus hechos es la demanda que ante el Juzgado del Circuito de Buenaventura presentó Luciano Rivera contra José Vásquez, y que después del trámite de rigor fue decidida en el sentido de negar las peticiones de tal demanda, principales y subsidiarias, afirmándose al mismo tiempo que el demandante carece de acción reivindicatoria por no haber demostrado el dominio de la cosa demandada.

De una parte el actor pidió que se declare:

Que es dueño en comunidad con Dolores Garcés, del lote de terreno que la Nación adjudicó en Buenaventura a Ramón Fong, por medio de dos Resoluciones Ministeriales; y

Que el demandado debe entregar a la parte actora ese lote.

De otro lado pidió:

La nulidad del auto de embargo proferido en

el juicio de venta o adjudicación del bien hipotecado (el de la demanda), que Otis Mc. Allister & Cía, de San Francisco de California adelantó contra el citado Fong, juicio que tuvo como causa la hipoteca que Fong otorgó a favor de aquella casa;

La nulidad de la diligencia de remate realizada en el mismo juicio;

La nulidad del auto aprobatorio de ese remate;

La cancelación en la Registraduría de las anotaciones que se hubieran hecho con motivo de ese juicio.

Y como consecuencia de esto:

Que el actor es dueño, con Dolores Garcés, del lote de terreno adjudicado a Fong; y

Que se le debe entregar ese lote.

Como se ve hasta aquí, el actor refundió en una las dos acciones ya enunciadas: la de dominio y la que llama nulidad de remate.

Y manifestando que se trata de solicitudes subsidiarias, enunció éstas:

Que es nula la escritura de hipoteca otorgada por Ramón Fong a favor de Otis Mc. Allister & Cía., "si la hipoteca hace referencia directa o indirectamente al terreno sobre el cual estaba edificada la casa";

Que es nulo el registro de esa hipoteca;

Que no tiene valor la hipoteca sobre el terreno; y

Por último, "todas las peticiones y declaraciones que encierran o quedan encerradas en las ya pedidas como principales en la parte anterior".

Como se ve en este aspecto de la demanda que el actor tiene como subsidiario, la primera petición es condicional para el caso de que la hipoteca verse sobre el terreno y no sobre la casa; y se acumulan en esas peticiones llamadas subsidiarias, las tres acciones: la de dominio, pues está encerrada en la de nulidad del remate; esta de nulidad del remate que englobó la de dominio, y la de nulidad de la hipoteca, que el actor llama subsidiaria, y que sinembargo, comprende una de las acciones principales: la de nulidad del remate.

Como hechos principales de la acción de dominio se señalan: a) Que por dos Resoluciones Ministeriales se adjudicó a Fong un lote de baldíos; b) Que Fong vendió al demandante y a la Garcés ese lote; c) Que la administración del Puerto amojonó el lote y lo entregó a Fong; d) Que el demandado privó de la posesión del lote al demandante, por medio de una querella de policía; e) Que ese lote es un bien distinto del que Fong hipotecó a la casa de San Francisco de California y que remató el demandado; f) Que el demandante y la Garcés son dueños en comunidad del lote de terreno que la Nación adjudicó a Fong; y g) Que Vásquez, demandado, tiene el lote como poseedor de mala fe.

Como hechos de la acción de revisión se señalan: 1.—Que Fong, para garantizar una suma de dinero, constituyó hipoteca a favor de Otis Mc. Allister & Cía. sobre una casa de habitación situada en Buenaventura; 2.—La hipoteca era sólo sobre la casa, pues el terreno era de la Nación en esa época; 3.—Que para mayor seguridad, la firma acreedora aseguró la casa, la cual fue consumida por un incendio; 4.—La firma acreedora recibió el valor del seguro y ha manifestado que el terreno no hacía parte de la hipoteca; 5.—Después del incendio se inició contra Fong un juicio de venta o adjudicación del bien hipotecado, y al rematarse este bien le fue adjudicado al demandado Vásquez, con la especificación de que se trataba de una casa; 6.—Por providencias del Juzgado se aprobó el remate y se ordenó el cumplimiento de las demás disposiciones relacionadas con éste; 7.—A Vásquez se le hizo entrega del bien rematado; 8.—Antes de la adjudicación que por Resoluciones Ministeriales se le hizo a Fong, éste no tenía sobre el terreno sino un derecho de adjudicación, por ser ocupante de él; 9.—Se reproduce el hecho a) de atrás; 10.—Se reproduce el hecho b) de atrás; 11.—Se reproduce el hecho c); 12.—Se reproduce el hecho d); 13.—Se reproduce el hecho c); 14.—Se reproduce el hecho d); 15.—Se reproduce el hecho e); 16.—Se reproduce el hecho e); 17.—Se reproduce el hecho f); y 18.—Se reproduce el hecho g) de atrás.

Por último, se asignan a la acción llamada subsidiaria todos los hechos correspondientes a la acción de revisión, pues se dice: Peticiones subsidiarias "de acuerdo con la segunda relación de hechos". Segunda relación de hechos en que, como se ha visto, hay muchos tomados de la primera relación.

Por donde se puede ver:

Que hay confusión de hechos para las tres acciones;

Que hay confusión de acciones; y

Que compenetrados los hechos y también las acciones, no es posible asignar a una de éstas

el carácter de subsidiaria de las otras, ni es posible considerar una de esas acciones independientemente de las otras.

Se ha hecho esta discriminación y este análisis porque ello es necesario como fundamento de las consideraciones que adelante hará la Sala.

El asunto fue decidido en segunda instancia por el Tribunal Superior de Cali, según sentencia de once de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual se revoca la de primera instancia y se "declara probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido por no haberse demandado a todas las personas que debían intervenir en el juicio".

De la sentencia se concedió el recurso de casación al demandante Rivera, y ésta la razón para que los autos se encuentren al estudio de la Sala, estudio que se adelantará tenidas en cuenta estas razones del Tribunal:

"Como se dijo al principio de este fallo, se han instaurado varias acciones entre ellas la de nulidad (sic) de varias providencias judiciales y la de la hipoteca constituída por Ramón Fong a favor de la casa Otis Mc. Allister & Cía, de San Francisco de California. De tal manera que el actor debió haber dirigido su demanda contra todas las personas que intervinieron tanto en el juicio especial sobre venta o adjudicación de la cosa hipotecada de que se habló anteriormente, como de las que intervinieron en la escritura hipotecaria, y como no lo hizo así, es evidente que se halla establecida la excepción perentoria de petición de un modo indebido, excepción que debe reconocerla el Tribunal conforme a lo dispuesto en el art. 343 del C. J.

No se diga que el actor formuló la acción de nulidad del contrato hipotecario como subsidiaria y que por lo mismo habría de estudiarse en forma preferencial la reivindicación, pero es lo cierto que en el caso a estudio tendría que estudiarse primero la validez o invalidez de la hipoteca y luego la acción reivindicatoria ya que la escritura hipotecaria parece indicar que el señor Ramón Fong hipotecó junto con la casa de habitación a que alude el auto de embargo traído en copia y la diligencia de remate, el lote de terreno en donde está o estaba plantada dicha casa. A lo anterior da asidero la redacción de la cláusula tercera de la escritura citada que es del tenor siguiente: "Que para seguridad del cumplimiento de las obligaciones que el exponente contrae por medio de este instrumento hipoteca a favor del señor Valentín Borrowes una casa de su propiedad ubicada en la carrera segunda (2ª) de esta población y alinderada así: por el norte, con casa del señor Carlos Pagnamenta; por el oriente, con terrenos pantanosos y casa del señor Juan Salcedo Ch.; y por el occidente, con calle pública. Dicha casa y **su terreno,** que el Municipio avaluó en el catastro en la suma de diez mil pesos, la hubo el otorgante por compra que de ella hizo al señor Emiliano Brito, según instrumento público treinta y seis (36) de fecha dos (2) de marzo de mil novecientos trece (1913), otorgada en esta misma Notaría".

Critica el actor estos conceptos del Tribunal y rechaza la conclusión de la sentencia, según demanda de casación en la cual se ponen en juego las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J. de la manera siguiente:

Primera: "Interpretación errónea y aplicación indebida de la ley". Después de hacer el recurrente un largo estudio sobre las excepciones en Derecho Procedimental, sobre la diferencia entre las dilatorias y las perentorias, y sobre el alcance del artículo 343 del C. J., que autoriza al Juzgador para reconocer oficiosamente las excepciones perentorias que halle justificadas, expresa lo siguiente que sintetiza su argumentación:

"De acuerdo con esas observaciones no hay duda de que el Tribunal de segunda instancia confundió una excepción que suspende transitoriamente el juicio con una que hace impropia la acción escogida. Cuando la acción escogida es impropia para que la pretensión del demandante surta efectos, sobrevendría una excepción perentoria de petición de modo indebido, pero cuando la acción se dirige contra persona no obligada a responder entonces hay lugar para una excepción dilatoria llamada inepta demanda... Y como el Tribunal de segunda instancia atribuyó a los hechos constitutivos de una excepción dilatoria el valor suficiente para establecer una excepción perentoria, se ha incurrido en una interpretación errada de los artículos 328 y 329 del C. Judicial. ...Esta interpretación errada de los artículos 328 y 329 del C. J. dio lugar a una aplicación indebida del artículo 343 del C. J. en la sentencia recurrida.

Estimó el Tribunal que la hipoteca a favor de la firma de San Francisco de California, se refería no sólo a la casa sino al terreno, y consideró entonces que era preciso estudiar primeramente la validez o invalidez de la hipoteca, antes que la

acción reivindicatoria; y como en esta hipoteca figura aquella firma, y no fue demandada, concluye el Tribunal que se pidió de modo indebido, conclusión que es jurídica, en concepto de la Sala. a lo cual puede agregarse que si como se vio atrás, la demanda dá razón de una confusión de hecho y de peticiones, y Otis Mc. Allister & Cía. actuaron no sólo en el contrato hipotecario, sino en el juicio que dio ocasión al remate, esta sociedad ha debido figurar como demandada en el presente caso.

Pero el recurrente sostiene contra esto que fueron violados por interpretación errónea los artículos 328 y 329 del Código Judicial y por aplicación indebida el 343 del mismo Código; a lo cual debe observar la Sala que no puede prosperar el cargo en lo que se refiere a aquellos dos artículos, porque ellos no tienen un carácter sustantivo, y es condición que lo tengan, según el número 1º del art. 520 del mencionado Código. El primero de esos textos legales no hace otra cosa que señalar dos grupos de excepciones, y el 329 se concreta a definir lo que son las excepciones perentorias; y ya la Corte, como puede verse en la GACETA JUDICIAL Tomo LVI pág. 236, tiene estimado que los textos legales en cuestión no son sustantivos.

Por lo que hace al artículo 343, que autoriza al fallador para reconocer una excepción perentoria cuando la encuentre justificada y aunque no haya sido alegada, a excepción de la prescripción, artículo que en concepto del recurrente fue aplicado indebidamente, se expresa lo siguiente:

Consideró el Tribunal que lo hipotecado a Otis Mc. Allister & Cía. se refiere no sólo a la casa sino al lote que reclama el actor en acción reivindicatoria, y que para poder decidir alguna cosa sobre esta acción, era necesario estudiar previamente lo relacionado con aquella hipoteca, constituída por escritura 304 de 9 de agosto de 1930 en la cual se dice que para seguridad del cumplimiento de la obligación se hipoteca "una casa", pero a renglón seguido se lee: "Dicha casa y su terreno la hubo el otorgante (Fong) por compra que de ella hizo..." etc. De manera que si casa y lote habían sido hipotecados, y si la acción reivindicatoria se hace versar sobre el lote, concluyó el Tribunal que no se podía desatar la litis sin la presencia de aquella firma, ya que a su favor se extendió la hipoteca y ya que la acción reivindicatoria versa sobre el lote hipotecado. Y como la firma cuestionada no fue demandada, el Tribunal, dando aplicación correcta al artículo 343 declaró establecida la excepción de petición de un modo indebido, a virtud de la autorización de ese artículo. Lo que quiere decir que no se aplicó indebidamente el texto legal que el recurrente invoca en su demanda de casación.

Mas conviene decir algunas palabras sobre la excepción perentoria declarada por el Tribunal, y que el recurrente considera que es dilatoria de inepta demanda, al tenor del número 1º del artículo 333 del C. Judicial.

No es cosa fácil y de inmediata percepción mental distinguir en ciertos casos si la excepción es dilatoria o es perentoria; y menos clara se presenta la cuestión tratándose de la excepción dilatoria de inepta demanda, que es la señalada por el recurrente, en su segundo caso, o sea cuando la demanda se dirige contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o el hecho demandado, caso éste que no se puede dejar desviar hacia el fondo del asunto litigioso, pues se refiere sólo a la identidad del demandado como cuando se demanda a un sujeto diciéndose que es Gerente de la Compañía que debe responder en juicio, y no lo es, o se cita a un individuo considerándosele guardador de quien debe figurar en el juicio como opositor, y no tiene ese carácter de guardador. En estos casos se trata, como dicen con razón los expositores de la materia, de simples presupuestos procesales.

La ineptitud, pues, puede ser de fondo o de forma. Es de fondo cuando falta la personería sustantiva, mientras que la ineptitud de forma toca con la personería adjetiva, es decir, con la representación de la parte en juicio. Existe en aquel caso lo que puede llamarse imposibilidad de fallo, como cuando se demanda la nulidad de un contrato y no se citan al juicio a todos los contratantes, o cuando, como aquí, se impetran unas nulidades y no se ha demandado a la firma de San Francisco de California que intervino en los actos o contratos que sirven de materia a esas solicitudes de nulidad. En este caso se trata de una excepción perentoria.

Es preciso hacer distinción, pues, de los dos casos que pueden creerse comprendidos dentro de la generalidad del inciso segundo del artículo 333 ya citado, que se refiere a una demanda dirigida contra diversa persona de la obligada a responder, ya que, como se anotó, de ese inciso puede deducirse o una ineptitud sustantiva, o una adjetiva. El recurrente usa esta frase en su

demanda de casación: "...Es claro que en este caso, en nuestra legislación, se configura un hecho que da lugar **a una típica excepción perentoria de inepta demanda** contemplada en el numeral 2º del artículo 333 del C. de Procedimiento Civil". (La Sala subraya). Lo que está diciendo que el recurrente acepta que dentro de este componente 2º de la excepción de inepta demanda, cabe una excepción perentoria como cabe una dilatoria. Sobre este orden de ideas la Corte ha dicho: "Ni la carencia de personería sustantiva, ni la petición de modo indebido constituyen excepciones dilatorias porque no tocan con el procedimiento para suspenderlo o mejorarlo. Son, pues, perentorias. Según Fábrega Cortés son 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 difieren el ejercicio del derecho en el curso del juicio o la contestación de la demanda". (GACETA JUDICIAL XLVII pág. 683).

No puede prosperar, por tanto, el primer motivo de casación.

Segunda: "La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes", dice el apoderado del recurrente, y expresa:

"La demanda propuesta por el doctor Luciano Rivera B. y por la señora Garcés de Fong comprende dos acciones: reivindicatoria y la de revisión de unas providencias judiciales. La subsidiaria pretende el decreto de nulidad de la garantía hipotecaria constituída sobre la casa.

"..... .....

"La acción reivindicatoria y la de revisión de la sentencia de pregón y remate (artículo 1030 C. J.) constituyen la esencia del juicio, sobre ella versó el debate y debía constituir el tema de la sentencia. Pero no ocurrió así. La acción subsidiaria o sea la que pretende la nulidad de la garantía real en el contrato de mutuo entre el señor Fong y la casa Otis Mc. Allister, es una acción condicional para el caso de que no prosperen las dos principales. Los actores habían perdido la posesión sobre el lote que les fue vendido por Fong y entonces la acción procedente es la reivindicatoria.

"..... .....

"La defensa del demandado se funda en la impugnación de la acción reivindicatoria, en la oposición a la acción de revisión. El debate se surte en torno a estos temas y no es razonable que se deseche la parte fundamental de la discusión, para acoger, en la sentencia, la parte adjetiva o condicional".

No es claro el razonamiento sobre este motivo de casación, pero parece ser que el recurrente no encuentra aceptable que tratándose de dos acciones principales y de una subsidiaria, el Tribunal hubiera considerado de una vez una de las acciones principales, la de dominio, y la subsidiaria que versa sobre nulidad de la hipoteca, para declarar probada la excepción de petición de modo indebido, cuando se han debido estudiar las principales, y sólo encontrando infundadas éstas, se ha debido entrar en el estudio y decisión de la subsidiaria.

Considera la Sala sobre esta causal:

Como se vio, el recurrente estima que el Tribunal incurrió en la segunda causal de casación, porque consideró la acción sobre nulidad de la hipoteca, sin tener en cuenta que ésta era subsidiaria, de manera que aplicó también la excepción de modo indebido a esta acción subsidiaria, englobándola en la otra de nulidad.

Ya se dijo que el Tribunal, con clara razón, consideró que no se podía decidir cosa alguna sobre la acción principal de dominio, mientras previamente no se estudiara la acción subsidiaria sobre nulidad de la hipoteca, de manera que jurídicamente no era posible dejar en reserva esta acción subsidiaria para considerarla después de las principales. No se pierda de vista que fue Fong quien otorgó hipoteca sobre el inmueble a favor de Otis Mc. Allister & Cía., según escritura 304 de 9 de agosto de 1930, Notaría de Buenaventura; y que fue también Fong quien vendió el mismo lote a los actores en este juicio, según escritura número 233 de 22 de noviembre de 1940, de la Notaría de Buenaventura.

De otro lado, como se expresó atrás, hay tal compenetración entre las tres acciones entabladas por el actor, que no sería posible hacer a un lado la llamada subsidiaria, para considerar las otras con prescindencia de ésta. La demanda no deja duda sobre el particular, pues dice, al hablar de las súplicas subsidiarias, cubriéndolas con los mismos hechos de la acción de revisión, llamada de nulidad del remate: "Subsidiaria primera: Es nula la escritura de hipoteca a favor de la casa Otis Mc. Allister & Cía., si ella hace referencia al terreno sobre el cual estaba edificada la

casa...". Subsidiaria segunda... Subsidiaria tercera... Subsidiaria cuarta: "Todas las peticiones y declaraciones que encierran o quedan encerradas en las ya pedidas como principales de acuerdo con la segunda parte de la relación de hechos. Peticiones por todas nueve". Y ciertamente, son nueve las peticiones en relación con la acción de nulidad del remate.

Se ve entonces una completa involucración de una acción principal en la llamada subsidiaria. ¿Y cómo quería entonces el recurrente que no se tratara ésta sino después de haber tratado las otras, y que con la excepción no se comprendiera la acción subsidiaria? El asunto es demasiado claro para insistir en él, pues desde el examen que se hizo historialmente de acciones y de hechos, quedó patentizada la sinrazón de este motivo de ataque a la sentencia del Tribunal.

Tampoco puede prosperar, por tanto, este motivo de casación.

Por lo anotado, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR CULPA CONTRACTUAL. CARACTERISTICAS DE LA FUERZA MAYOR LIBERATORIA

Según lo tiene consagrado invariablemente la jurisprudencia, dos son las características que, por definición, conforman la fuerza mayor: la imprevisibilidad del hecho y su irresistibilidad por parte del obligado. Que dada la naturaleza de las cosas y el modo como de ordinario se suceden, no fuera razonable en el momento de formalizarse el contrato ninguna probabilidad contra la cual tuviere el deudor que precaverse; y que al producirse contra toda previsión, no haya estado en sus posibilidades impedir la consumación de sus efectos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Mediante documento suscrito el día primero de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, protocolizado luégo por escritura pública número 112 de los mismos mes y año, los señores **Juan de la Rosa, Patricia** y **Ramona Ramírez** y **Verónica Naranjo de Ramírez,** formalizaron con el señor Luis Martínez Delgado un contrato a virtud del cual los primeros "se comprometen a vender a Martínez Delgado todo el yeso que éste necesite y que las minas de "El Yesal" estén en condiciones de producir", y la cual se halla ubicada en jurisdicción del Municipio de Rovira, y comprendida dentro de los linderos que se determinan en documento anterior al cual aluden.

Como precio de este contrato se acordó la suma de cuatro pesos ($ 4.00) por cada tonelada de mineral, tal como sale de la mina, y sin que la cantidad explotada pueda en ningún caso ser inferior a veinte toneladas, "salvo el caso de agotamiento de la mina". Se pactó asimismo, que "el personal y todos los gastos de extracción serán de cargo de Martínez Delgado, quien correrá igualmente las responsabilidades consiguientes a la mala escogencia de dicho personal o a la falta de pago de salarios o de expensas de explotación. Las prestaciones que de acuerdo con las leyes sociales se hagan exigibles a favor del referido personal, serán también de cargo de Martínez Delgado"; que "los árboles de café que Martínez Delgado o sus trabajadores destruyan o que dañen, los pagará..., a razón de $ 0.30 por cada uno. La indemnización por la destrucción de toda otra mejora o por perjuicios de diversa índole será arreglada separadamente; que en representación de los dueños del inmueble "tendrá Juan de R. Ramírez N., la posesión material y el control de la mina"; que "el término por el cual se pacta este contrato es el de tres años contados desde el día 1º de este mes de febrero"; y finalmente, se consignaron algunas otras estipulaciones sobre control, forma y lugar del pago, etc., sin influencia para el caso de la controversia que se ha planteado.

Con fecha 9 de agosto de 1943 los contratantes prorrogaron el anterior acuerdo por el término de un año y medio más, con algunas modificaciones sobre aumento a $ 5.00 del precio de cada tonelada que se obtuviera del 1º de enero de 1944 en adelante, cantidad mínima de explotación, forma de control, etc.

Entre tanto el doctor Miguel Santamaría Caro le había propuesto al Gobierno un contrato para la exploración y explotación de los yacimientos de yeso existentes sobre un terreno de 1.000 hectáreas, y en el cual resultó luégo comprendida la mina que había sido materia del contrato Ramírez-Martínez Delgado.

Como consecuencia, y una vez agotado el correspondiente trámite administrativo sin que se hubiera hecho oposición alguna, el Gobierno dispuso por Resolución de 5 de septiembre de 1941 la celebración del contrato propuesto, que al efecto se formalizó el día 15 de mayo de 1942 y por un término de veinte años, y se ejecutó, mediante la entrega material que el Ministerio le hizo al concesionario el día 21 de diciembre de 1943.

Privado así el señor Martínez Delgado de la explotación de la mina decidió, con fecha 23 de septiembre de 1944, demandar ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Ibagué a los Ramírez,

para que previos los trámites correspondientes al juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones:

Primera.—Que queda resuelto en su totalidad el contrato sobre explotación de la mina o yacimientos de yeso y venta de ese mineral de fecha primero de febrero de 1941, por falta de cumplimiento de los demandados respecto de las obligaciones que allí contrajeron;

Segunda.—Que consecuencialmente, queda resuelto asimismo el acuerdo que sobre prórroga de aquel contrato se formalizó, mediante documento privado de fecha 19 de agosto de 1943;

Tercera.—Que los demandados están obligados solidariamente a pagarle al actor la suma de doscientos cuarenta mil pesos moneda legal ($ 240.000.00), o la que pericialmente se determine, por concepto de los perjuicios que le ocasionaron con el incumplimiento; y

Cuarta.—Que si se oponen, se les condene al pago de las costas del juicio.

Surtida la primera instancia del negocio, éste fue decidido por sentencia de siete de octubre de mil novecientos cuarenta y seis en el sentido de declarar terminado el contrato, y de negar la condena al pago de perjuicios y de costas.

El fallo del Tribunal

De la anterior providencia apeló la parte demandante para ante el Tribunal Superior de Ibagué, el cual desató el recurso en sentencia de quince de diciembre de 1947, adicionando la de primera instancia para declarar probada la excepción perentoria de fuerza mayor o caso fortuito, y confirmándola en lo demás.

Como razones fundamentales de esta conclusión trae el fallo las que sintéticamente pueden resumirse así:

Para que sea procedente la acción resolutoria de que trata el artículo 1546 del código civil es necesario, que el demandante haya cumplido o esté dispuesto a cumplir debidamente con sus obligaciones, y que el demandado —por un acto de su voluntad— haya dejado de cumplir a su vez con las que le corresponden. Y en el caso de que aquí se trata, los demandados Ramírez cumplieron con el deber inicial de entregar a Martínez Delgado la mina que debía ser objeto de su explotación, sin que luégo hubieran tenido participación alguna en las diligencias de orden administrativo que el señor Santamaría Caro adelantó ante el Gobierno, para que le fueran adjudicadas. Omisión que se justiifca ampliamente y les releva de toda culpabilidad si se tiene en cuenta, que los linderos con que en las publicaciones del Ministerio se anunció la propuesta, eran completamente distintos de los que identificaron los terrenos entregados a Martínez para su explotación, por cuyo motivo no estaban obligados a saber que se tratara de un mismo objeto, máxime cuando no eran aquéllos sino éste, quien los poseía en el momento de la entrega.

De donde se sigue que, tratándose de una convención de naturaleza o tracto sucesivo, que por razón de una fuerza mayor o hecho extraño a la voluntad de los demandados, no puede ya cumplirse, lo que procede no es propiamente su resolución para que las cosas vuelvan a un estado anterior imposible, sino la simple declaratoria de estar extinguido, sin lugar a indemnización de perjuicios.

La demanda de casación

Contra el fallo anterior propuso el demandante recurso de casación, e invocó al efecto la causal primera del artículo 520 del C. J., por ser violatoria de las siguientes disposiciones: del artículo 1º de la ley 95 de 1890, "por haber decidido que constituye caso fortuito o fuerza mayor un hecho que, conforme a tal disposición no tiene ese carácter; del artículo 1604 del C. C., por haberla aplicado indebidamente al caso del pleito; y del 1546 de la misma obra, por haberla dejado de aplicar, "y por no haber decidido, con fundamento en ella, que los demandados debían indemnizarle al demandante los perjuicios sufridos por el incumplimiento del contrato".

"Según la sentencia a que me refiero —dice el recurrente— la celebración de un contrato con el Gobierno Nacional sobre exploración y explotación de minas y la entrega que de las mismas le hizo el Gobierno al concesionario constituyeron hechos imprevisibles e irresistibles que colocaron a los señores Juan de la Rosa Ramírez, Verónica Naranjo de Ramírez, Patricia y Ramona Ramírez, en absoluta imposibilidad de dar cumplimiento al contrato de 1º de febrero de 1941 protocolizado por medio de la escritura número 112.

"El Tribunal, al decir que los referidos hechos constituyen fuerza mayor o caso fortuito, incurrió en grave error. En efecto: Según el artículo

1º de la ley 95 de 1890 "se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir". En relación con esta disposición, la Corte Suprema de Justicia expresó, en el propio fallo citado por el Tribunal, lo siguiente: "1º Ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual. La cuestión de la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho sino indagar también si ésta reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable el error; b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin el cual no se hubiera producido el perjuicio inherente al incumplimiento contractual; c) Ser irresistible en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor —dominado por el acontecimiento— en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación; d) Haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trata, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización...". Y los hechos a que la sentencia refiere la fuerza mayor no reúnen los caracteres de imprevisibilidad y de irresistibilidad a que antes se ha hecho referencia.

La Corte considera:

En la ejecución del contrato que ha dado lugar a esta controversia, las obligaciones fundamentales de los demandados, como ocurre con las de los arrendadores en general, eran las siguientes: entregar al arrendatario o contratista la cosa objeto del contrato; mantenerla en estado de servir para el fin a que la destina el acuerdo; y librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de aquélla (artículo 1982 del C. C.). La sentencia acepta como cumplida la primera de tales obligaciones y reconoce el incumplimiento de las otras dos; pero niega la consecuencia indemnizatoria a que la inejecución de los contratos conduce, porque la entrega de la mina por el Gobierno a un tercero que la solicitó en concesión, que fue el hecho determinante del incumplimiento, constituye un caso de fuerza mayor suficiente para librar a los demandados de toda responsabilidad. Y esta apreciación es, a juicio de la Sala, absolutamente inaceptable. En efecto: Según lo tiene consagrado invariablemente la Jurisprudencia, dos son las características que, por definición, conforman la fuerza mayor: la imprevisibilidad del hecho y su irresistibilidad por parte del obligado. Que dada la naturaleza de las cosas y el modo como de ordinario se suceden, no fuera razonable en el momento de formalizarse el contrato ninguna probabilidad contra la cual tuviera el deudor que precaverse; y que al producirse contra toda previsión, no haya estado en sus posibilidades impedir la consumación de sus efectos.

Ahora bien. Cuando en febrero de 1941 los señores Ramírez contrataban con Martínez Delgado la explotación de la mina que, más tarde y en mayor extensión fue entregada en concesión a Santamaría Caro, no podían ellos ignorar cuál fuera su exacta situación jurídica frente al inmueble que fue objeto del contrato; y entonces: Si obraban dentro del convencimiento de un indiscutible derecho de dominio, su deber primordial era el de oponerse a la propuesta de concesión que estaban obligados a conocer a través de la publicación de los avisos correspondientes, pues la diferencia de linderos que necesariamente imponía la mayor extensión de la propuesta, y que de hecho se concretaban en gran parte por límites arcifinios, bastaba para informar aún a los simples colindantes de la posibilidad de que todo o parte de sus predios quedaran comprendidos dentro de los límites de la propuesta, máxime cuando se trataba de adjudicar una mina de naturaleza idéntica a la que por su cuenta explotaba el señor Martínez; o debían cuando menos haberse opuesto a la entrega en el acto en que ella se verificaba, ya que concretamente se había estipulado que durante el tiempo del contrato y a su nombre, "tendrá Juan de R. Ramírez N. la posesión material y el control de la mina"; y aún todavía más, despojado Martínez del goce de la misma, era apenas natural la obligación en que se hallaban de proceder a instaurar las acciones conducentes al reconocimiento de sus derechos. Y si los consideraban eventuales, entonces la buena fe que debe presidir los contratos les imponía la obligación de prevenirse contra el riesgo consiguiente, ya fuera subordinando el término del contrato a las contingencias del evento, o ya también trasladando expre-

samente al contratista señor Martínez las consecuencias desfavorables que para el caso puedan sobrevenir.

Luego por no ser por su naturaleza ni por las circunstancias en que se hallaban colocados los demandados, imprevisible el hecho que determinó la desposesión de la mina por el Gobierno, ni jurídicamente irresistibles los efectos que de él se derivaron, no cabe acertadamente reputársele como caso de fuerza mayor, suficiente para librar a los primeros de la obligación de indemnizar que conlleva el incumplimiento. Por el contrario la situación en que de hecho se colocaron frente a los actos del Gobierno que les privaba del goce de la mina, demuestra claramente su culpabilidad.

De donde se sigue, que al estimar el Tribunal como fuerza mayor un hecho previsible, o al que con mediana diligencia hubieran podido resistir los demandados, violó, por aplicación indebida, el artículo 1º de la ley 95 de 1890, que en sentido opuesto al reconocido por el fallador, define lo que debe entenderse por fuerza mayor o caso fortuito; y consecuencialmente, por haberlo dejado de aplicar cuando era el caso de hacerlo, violó asimismo el artículo 1546 del C. C. según el cual "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".

En consecuencia, debe casarse la sentencia en la parte que ha sido materia del recurso, para fallar en instancia de conformidad con las observaciones formuladas, esto es, para hacer la condena al pago de los perjuicios que son consecuencia del incumplimiento.

No se demostró en el curso de la controversia cuál fuera el monto de la indemnización debida por el perjuicio. La condena debe por consiguiente hacerse en abstracto, para que mediante el incidente de que trata el artículo 553 del C. J. se haga la respectiva regulación, teniendo en cuenta lo siguiente:

Sobre la base de la producción mensual en el tiempo anterior de explotación de la mina y del normal desarrollo que, tenida en cuenta su riqueza y el impulso que el contratista estuviera dando a su labor, se determinará el tonelaje probable de producción en el tiemop corrido entre el 21 de diciembre de 1943 en que el Gobierno la ocupó entregándosela al concesionario, y el 1º de agosto de 1945 en que vencía la prórroga del contrato. Dicho producto se multiplicará por el precio de cada tonelada en el lugar o mercado donde el contratista solía negociarlo; y el resultado será el valor en bruto de la explotación.

De esta suma se deducirán luégo, las siguientes partidas: a) Las sumas de $ 4.00 y $ 5.00 por cada una de las probables toneladas por explotar y que, respectivamente, se fijó como precio para las obtenidas en los diez últimos días de diciembre de 1943 y los diez y nueve meses que van del 1º de enero de 1944 al 1º de agosto de 1945; b) El costo de explotación, beneficio, acarreo, etc., del producto, hasta colocarlo en el lugar del mercado; y prestaciones de empleados y obreros durante el lapso a que se refiere el incumplimiento; y c) El valor de los daños que la explotación hubiera podido ocasionar en las plantaciones y mejoras de la finca, de acuerdo con las estipulaciones del contrato.

La diferencia, es el monto líquido de la indemnización.

A 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, CASA parcialmente la sentencia de quince (15) de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947) proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este negocio, reforma la de primera instancia que aquélla revisó, y en su lugar, FALLA:

Primero.—Declárase terminado, por incumplimiento de los demandados, el contrato contenido en el documento de fecha primero (1º) de febrero de mil novecientos cuarenta y uno (1941), así como la prórroga del mismo a que alude el documento de fecha nueve (9) de agosto de mil novecientos cuarenta y tres (1943), acordados entre los señores Juan de la Rosa, Patricia y Ramona Ramírez y Verónica Naranjo de Ramírez, de una parte y el señor Luis Martínez Delgado, de la otra, sobre explotación de las minas de "El Yesal", de que se hizo mención en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.—Condénase a los demandados Juan

de la Rosa Ramírez, Verónica Naranjo de Ramírez, Patricia y Ramona Ramírez, a pagar al señor Luis Martínez Delgado el valor de los perjuicios que le ocasionaron con dicho incumplimiento; el monto de tales perjuicios se regulará en incidente separado y sobre las bases consignadas en la parte motiva de este fallo.

Tercero.—No hay costas en el juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y ejecutoriado devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.

JUICIO DIVISORIO. — FACULTADES DEL PARTIDOR

Al partidor no le es posible legalmente otra cosa que acomodar la partición a los términos en que una resolución judicial en firme dispone que se lleve a cabo. Efectuada de conformidad con lo resuelto, al Juzgado y al Tribunal no les queda otro camino a seguir que impartirle su aprobación, siempre que la situación probatoria que la determinó no sufra modificación posterior.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre diez y seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá Francisco León Cortés promovió por medio de apoderado juicio divisorio contra la sucesión de Juan Bautista León Cortés representada por su hija legítima, María León de Cujar, y por su viuda Waldina León de León, y contra la Pía Sociedad Salesiana, representada por el R. Padre José María Bertola, para que por los trámites especiales se decrete la división material de dos predios ubicados en el Municipio de Tena, cuyos linderos se precisan en la demanda.

Como fundamentos de esa acción se afirmó que por Escritura Pública Nº 1832 de 31 de octubre de 1933, de la Notaría 3ª de Bogotá, se protocolizó el juicio sucesorio de Antonio León y Natalia León de Cortés, en cuya partición se adjudicó al actor la cuarta parte proindiviso en cada una de las aludidas fincas; a Juan B. León la mitad y a Mercedes León de Rivera la otra cuarta parte en los mismos inmuebles, y que por medio de la Escritura Nº 251 de la Notaría Primera de Bogotá de 23 de enero de 1945, Mercedes León de Rivera vendió a la Pía Sociedad Salesiana sus derechos en las fincas referidas.

Surtido el traslado de la demanda, la Pía Sociedad Salesiana se opuso a que la partición se llevase a cabo en la proporción indicada en el libelo, por considerar que ni Juan B. León ni sus herederos son condueños en los inmuebles, ya que ella había adquirido por la Escritura últimamente citada los derechos que a Félix Antonio León y Mercedes León de Rivera pertenecían en los inmuebles en cuestión, incluyendo en tales derechos los que por escritura Nº 541 de 4 de mayo de 1925 de la Notaría 5ª de Bogotá, Juan B. León había vendido a doña Mercedes, y que le fueron, no obstante esa venta, adjudicados a aquél en el sucesorio de Antonio León y Natalia León de Cortés, por no haber podido intervenir en ese juicio la compradora.

En providencia de 10 de agosto de 1946 el Juzgado desechó la oposición; decretó la división material de los inmuebles, en una cuarta para el condueño Francisco León Cortés, en otra cuarta parte para la Pía Sociedad Salesiana y en el resto, o sea la mitad, para la sucesión de Juan B. León, y requirió a las partes para que nombraran el partidor.

La parte opositora apeló de esa providencia, y el Tribunal Superior de Bogotá, la confirmó en todas sus partes en la suya de diez y ocho (18) de abril de mil novecientos cuarenta y siete (1947).

Vuelto el negocio al Juzgado, el partidor que se nombró efectuó la división material en la forma decretada, y surtido el traslado correspondiente, el apoderado de la Sociedad Salesiana la objetó, invocando entre otros fundamentos, el mismo en que había sustentado su oposición.

Tramitado el incidente respectivo, el Juzgado lo decidió en sentencia de dos de abril de 1948, declarando infundadas las objeciones y aprobando el trabajo de partición.

Para rechazar la objeción antes aludida tuvo como consideración la de que en providencia ejecutoriada, que fue confirmada por el Tribunal, se estableció la proporción en que debía partirse la finca entre los condueños y que tal decisión era obligatoria para el partidor.

Apelada esa sentencia por el objetante, el Tribunal la confirmó por la de veinte y seis de noviembre de 1948.

En ella al tratar del punto a que hace referencia el recurso de casación, dijo el sentenciador:

"Según la sentencia, la primera objeción se propuso para que a la Pía Sociedad Salesiana

le fueran adjudicadas tres cuartas partes de los bienes partibles, en vez de la cuarta parte que ordenó la sentencia que decretó la partición. Esa objeción la rechazó el Juzgado, porque está en desacuerdo con lo ordenado ya dentro del juicio, y el Tribunal acoge esa decisión, no solamente porque se opone a lo resuelto al decretar la partición, sino porque no se demostró que exista una realidad jurídica diferente a la ya reconocida y decretada".

Al apoderado de la Pía Sociedad Salesiana se le concedió el recurso de casación que debidamente tramitado se procede a decidir.

Invocando la causal primera del artículo 520 del C. J. dice el recurrente que "al decidir el Tribunal mediante la aprobación del trabajo de partición material presentado por el partidor en este asunto que la Pía Sociedad Salesiana no es dueña de los derechos que se adjudicaron a Juan B. León en la sucesión doble de Antonio León y Natalia Cortés de León, derechos que el mismo Juan B. León vendió con anterioridad a Mercedes León v. de Rivera y ésta a la Comunidad Salesiana luego infringió directamente, violándolo, el artículo 752 del Código Civil, en virtud del cual la transmisión de los derechos que hizo Juan B. León a Mercedes León v. de Rivera se efectuó desde la tradición de esos derechos hereditarios, esto es, desde cuando fue registrada la Escritura Pública Nº 541 de 4 de mayo de 1925, de la Notaría 5ª de Bogotá".

En apoyo de su tesis el recurrente cita algunas sentencias de la Corte en que se sienta la jurisprudencia sobre que cedido un derecho de herencia, al cesionario le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al cedente, y que si por no presentarse aquél al juicio de sucesión se le hace la hijuela al último, "la adjudicación ha de entenderse como hecha al propio cesionario, porque la hijuela, una vez registrada, consolida retroactivamente en éste esos mismos derechos, sencillamente porque la transmisión se efectúa desde la tradición de los derechos hereditarios, con arreglo en lo dispuesto en el artículo 752 del C. C.".

Para resolver se considera:

En el fallo recurrido el Tribunal no ha decidido —como lo afirma el recurrente— que la Pía Sociedad Salesiana no es dueña de los derechos que se adjudicaron a Juan B. León en la doble sucesión de Antonio León y Natalia Cortés de León, por lo cual se comprende que el sentenciador no ha podido incurrir en la infracción directa del artículo 752 del Código Civil. Aquella tesis no es razón o argumento de la sentencia, y siendo ello así la acusación que se formula partiendo de la base de que lo es, se hace en el vacío; es como un disparo al aire que no da en el blanco. La única consideración que al respecto utilizó el Tribunal es la que la objeción en referencia no podía prosperar por cuanto se oponía a lo resuelto en el auto que decretó la partición, y no se demostró que existiera una realidad jurídica diferente de la entonces tenida en cuenta. Y esta consideración la encuentra la Sala debidamente fundada, puesto que tal providencia, dictada por el Juzgado y confirmada por el Tribunal en Sala de Decisión, está debidamente ejecutoriada. Y además porque el partidor no podía legalmente hacer otra cosa que acomodar la partición, como en efecto lo hizo, a los términos en que una resolución judicial en firme había dispuesto se llevara a cabo. Efectuada de conformidad con lo resuelto, al Juzgado y al Tribunal no les queda otro camino a seguir que impartirle su aprobación, ya que, como éste lo sostiene sin reparo eficaz del recurrente, la situación probatoria que la determinó no sufrió modificación posterior.

En casación de 10 de diciembre de 1946, al decidirse sobre un caso que tiene analogías con el presente dijo la Sala:

"En los cargos cuyo resumen acaba de hacerse persigue el recurrente, por uno u otro camino, la finalidad de que se declare que forman parte del patrimonio de la asociación o cuentas en participación tanto los bonos comprados con anterioridad a la firma del contrato como sus respectivos intereses; que de consiguiente han debido incluírse en la partición y que como no lo fueron ésta debe rehacerse para que se incluyan; es decir, que en fin de cuentas, se pretende aprovechar el recurso de casación, cual si fuera tercera instancia en los procesos, para que la Corte revise las providencias del Tribunal, mediante las cuales decidió la oposición del demandado a la acción especial de partición que propuso el recurrente, y esto, como es obvio, es inadmisible, pues sobre esas cuestiones, bien o mal decididas, no puede volverse a resolver con ocasión de este recurso extraordinario concedido contra las sentencias definitivas de segunda instancia, en los casos taxativamente previstos en la ley". (G. J. Tomo LXII, pág. 321).

Finalmente, el cargo ha debido proponerse no por el concepto de violación directa de la ley sustantiva sino en el de quebranto indirecto de la misma, proveniente de error en la apreciación de la prueba en que conste la cesión de derechos herenciales; pero por este aspecto también habría fallado la acusación, puesto que la prueba obligada de ese contrato es la escritura pública debidamente registrada, y ésta se echa de menos en el expediente, porque los interesados no aprovecharon la oportunidad que les brindó el incidente de reconstrucción del proceso para traerla a él. En tales circunstancias la Corte se encuentra hasta en imposibilidad material de indagar, si fuera el caso de hacerlo, sobre el verdadero alcance o entendimiento de tal cesión, y de dilucidar si al recurrente le asisten o no los derechos que reclama en su condición de cesionario.

No sobra observar que —como lo sostuvo el Tribunal al decidir el recurso de apelación que se interpuso contra el auto del Juzgado que resolvió sobre la oposición y decretó la partición— "si el opositor (hoy el recurrente) tiene en realidad un derecho de herencia que pueda conducirlo a la adquisición de la cuota que fue adjudicada a Juan B. León en la sucesión de que se trata, la partición... no afectará en nada tal derecho, y su titular podrá hacerlo valer por los medios que para ello le brinda la ley".

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

En mérito de las precedentes 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 de veinte y seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, proferida en el presente negocio por el Tribunal Superior de Bogotá.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

Gerardo Arias Mejía — **Alfonso Bonilla Gutiérrez** — **Pedro Castillo Pineda** — **Alberto Holguín Lloreda**—**Hernando Lizarralde**, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UN PREDIO POR HABERLO ADQUIRIDO POR MEDIO DE LA PRESCRIPCION. — LOS CERTIFICADOS DE LOS REGISTRADORES NO MODIFICAN NI SUBSANAN LAS IRREGULARIDADES EN QUE SE HAYA INCURRIDO AL REGISTRAR UN TITULO SUJETO A ESTA SOLEMNIDAD.— EL QUE EL OPOSITOR NO ADUZCA PRUEBA ALGUNA NO BASTA PARA QUE SE HAGA LA DECLARACION DE PERTENENCIA POR PRESCRIPCION, EN FAVOR DEL PROMOTOR DEL JUICIO, SINO QUE ESTE DEBE ADUCIR SUS PRUEBAS DE LA POSESION. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.—ES PROCEDENTE ESTA CAUSAL CUANDO POR INTERPRETACION EQUIVOCADA DE UNA DEMANDA, SE DEDUZCA UNA ACCION DISTINTA DE LA EJERCITADA.—CONOCIDA CLARAMENTE LA INTENCION DE LOS LITIGANTES, DEBE ESTARSE MAS A ELLA QUE A LO LITERAL DE LAS PALABRAS EMPLEADAS AL FORMULAR SUS SUPLICAS

1. — Los certificados de los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados no constituyen sino elementos probatorios complementarios de los títulos que están sujetos a la solemnidad del registro, pero en nada modifican ni subsanan las irregularidades que pudieran haberse cometido en el registro de esos títulos.

2.—El Código Civil y los artículos 5º y 8º de la Ley 120 de 1928 exigen de quien aspire a una declaración judicial de pertenencia, por prescripción adquisitiva, la presentación de las pruebas de que ha poseído realmente el inmueble, por el tiempo requerido por la ley para la prescripción y por medio de los hechos positivos que dan derecho al dominio según el Código citado. La misma exigencia rige para el opositor, porque hay una a manera de juicio doble, de tal modo que el deber que tiene cada parte de probar su derecho o los hechos que le incumben no exime a la otra parte de la carga de la prueba en lo que le corresponde, pero si ninguna prueba aduce el opositor, ello no basta para hacer la respectiva declaración de pertenencia por prescripción en favor del promotor del juicio, por la circunstancia anotada de que debe probar la posesión por el tiempo y con las condiciones requeridas por la ley.

3.—La causal segunda de casación del artículo 520 del Código Judicial tiene lugar cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o deja de decidir sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena a más de lo pedido, o se deja de fallar sobre algunas de las excepciones perentorias alegadas, cuando sea el caso de hacerlo. Esto es, que en los eventos de que por una interpretación equivocada de la demanda se deduzca una acción distinta de la ejercitada, condenación en más o en menos de lo pedido, o decisión ultra o extra petita, es pertinente la causal de "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". Es ésta doctrina de la Corte, suficientemente conocida.

4.—En el estudio y análisis y, en su caso, en la interpretación de los libelos de demanda, el sentenciadòr no sólo está autorizado para aplicar los principios de equidad y de verdad que rigen la interpretación de la ley y de los actos y contratos de los particulares, sino que debe obedecer los preceptos de los artículos 471 y 472 del Código Judicial que así lo preceptúan y consagran aquellos principios. De ahí que la Corte, en la interpretación de estas disposiciones, haya dicho:

"Como el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por las leyes sustantivas, según enseñan los artículos 471 y 472 del Código Judicial, y con este criterio no sólo han de interpretarse las normas procesales y probatorias conforme lo prescriben tales artículos, sino también las súplicas del demandante y las

defensas del demandado. Conocida claramente la intención de los litigantes, debe estarse a ella más que a lo literal de sus palabras. Los jueces han de buscar el verdadero sentido de las pretensiones expuestas por las partes, aunque tengan que desatender el tenor literal de aquellas piezas cuando traicionan la intención inequívoca de quienes litigan". (Casación de 18 de noviembre de 1937. G. J. Tomo XLV).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, noviembre diez y seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

La señora Concepción Muñoz de Forero, ante el Juez Civil del Circuito de Tunja, por los trámites del juicio ordinario y seguido de acuerdo con las prescripciones de las leyes 120 de 1928 y 51 de 1943, demandó la declaración judicial de que es: "dueña con pleno dominio y posesión y de modo exclusivo de un predio rural denominado 'Páramo de Gachaneca', situado en la vereda de 'Parroquia Vieja' de la jurisdicción municipal de Ventaquemada, perteneciente a este Circuito Judicial, predio comprendido dentro de la siguiente alinderación: 'Por el norte, por entre la 'Senda Blanca' y el boquerón del 'Portachuelo', partiendo de un hoyo en medio de los cerros ya dichos, línea recta a dar a la cuchilla del Vallado, donde hay otro hoyo y sigue a la cuchilla grande, donde hay otro hoyo; de ahí, a la quebrada de 'El Salto', lindando con este costado con posesión que han tenido los señores Cárdenas López (herederos de Dionisio López); de ahí, vuelve hacia el occidente, línea recta, a dar a 'Piedra de Casa', lindando por este lado con la antigua 'Hacienda del Rabanal'; de ahí sube a la cuchilla del 'abra' y de ésta a la Cordillera de los Andes, lindando por este lado con tierras que fueron de Nicolás A. Moreno, y siguiendo luégo por toda la Cordillera de los Andes hasta dar al hoyo primeramente citado, punto de partida y encierra.

"Demando a todos los comuneros en los predios pro-indivisos denominados 'Páramo de Gachaneca', 'El Portachuelo' o 'Piedra de Casa', del cual forma parte el predio cuya pertenencia pido se declare a mi favor, y a todas las personas que se crean con derecho en dicho predio general, el cual, ubicado también en la misma vereda de Parroquia Vieja, jurisdicción municipal de Ventaquemada, con los linderos que en la demanda se señalan".

Que como los comuneros eran personas inciertas para la demandante, pide además, que se les cite y emplace conforme al artículo 7º de la ley 120 de 1928.

Como hechos fundamentales de la anterior demanda se alegaron: ser la demandante, actual poseedora del predio materia de la controversia, poseerlo y explotarlo económicamente desde hace más de veinte años, "de acuerdo con la siguiente historia y titulación".

El doctor Patrocinio Muñoz, padre de la demandante, adquirió a título de compraventa, según escritura 155 de 25 de abril de 1886, de la Notaría de Turmequé, los derechos y acciones que Clemente López y Francisco Méndez tenían en los terrenos denominados "Páramo de Gachaneca", "El Portachuelo" y "Piedra de Casa", en jurisdicción de Ventaquemada; el doctor Muñoz falleció el 2 de noviembre de 1922, y sus bienes pasaron a la cónyuge supérstite doña Rita Parra de Muñoz y a sus hijos legítimos Pablo Enrique, Ana Rosa y Concepción Muñoz, como herederos universales y únicos del causante.

Por medio de la escritura 176 de 2 de marzo de 1923 de la Notaría de Turmequé, la demandante y su hermana Ana Rosa Muñoz, compraron a su madre Rita Parra vda. de Muñoz y a su hermano Pablo Enrique Muñoz, "todos los derechos y acciones que a los exponentes (los vendedores) corresponden o pueden corresponderles, según la ley y en toda clase de bienes en la sucesión del señor doctor Patrocinio Muñoz; y por escritura 400 de 20 de abril de 1926 de la misma Notaría, Ana Rosa y Concepción Muñoz, Anunciación, María, Marco Tulio y Domingo Avendaño, Wenceslao y Alejo Torres y Dionisio López hicieron constar: que hacen cesar la indivisión de un lote de terreno que han poseído proindiviso ubicado en la vereda de "Parroquia Vieja", jurisdicción de Ventaquemada y se hacen estas adjudicaciones:

"A los señores Ana Rosa y Concepción Muñoz y Dionisio López, en su carácter de comuneros, se les adjudica un lote de terreno, o sea la mitad del lote general cuya indivisión quieren hacer cesar" y demarcado como allí se expresa.

Por medio de la escritura 657 de 23 de octubre de 1926 de la Notaría de Chocontá, Ana Rosa Muñoz y la demandante efectuaron una partición de los bienes que conjuntamente habían adquirido, según las escrituras 717 de 13 de octubre de 1922 y 176 de 2 de marzo de 1923, ambas de la Notaría de Turmequé y en aquélla se hizo constar: **Tercero. — A la compareciente Concepción Muñoz de Forero, según el presente contrato, le corresponde lo siguiente: el terreno denominado "Páramo de Gachaneca" y cuyos linderos están expresados en la escritura de repartos hecha por los señores Dionisio López, Marco Tulio y Domingo Avendaño y otros".**

El predio cuya pertenencia exclusiva se demanda, está incluído dentro de la alinderación del adjudicado por la escritura 400 citada, y lo ha venido poseyendo, según su propia afirmación, la demandante, en propiedad desde hace más de veinte años con explotación económica, pues, "desde el año de 1923 en que junto con mi hermana Ana Rosa compramos a nuestra madre y hermano, según la escritura 176 citada, he tenido la posesión material del terreno al cual ya había entrado a la muerte de mi padre ocurrida en 1922, y éste la tenía a su vez desde 1886 en que compró según la escritura primeramente citada y presentada. Así que he completado el lapso de veinte años exigido por la ley 51 de 1943, pero agrego a mi posesión la de mis antecesores, por estar en las condiciones del artículo 778 del Código Civil".

Muerto el señor Dionisio López el derecho de éste pasó a su hija Florinda López V. de Cárdenas y de ésta "debió pasar a sus hijos, ignorando hoy — fecha de la demanda — la demandante, quién sea en realidad el represenante o representantes de lo que correspondió a Dionisio López, y el motivo de esa indivisión es lo que ha originado esta demanda.

Que no obstante la comunidad de títulos entre la demandante y los representantes actuales de Dionisio López, de hecho ha poseído la porción cuya pertenencia demanda, equivalente a la mitad del terreno dividido según la escritura 400 de 1926.

La señora Florinda López V. de Cárdenas, hija de Dionisio López, ha reconocido a la demandante el derecho a la mitad del terreno adjudicado en 1926, según consta en la escritura 55 de 14 de febrero de 1935, al decidirse allí: "la señora López V. de Cárdenas da en anticresis al señor Antonio Cerón **la mitad de un terreno denominado 'El Coral', ubicado en la vereda de 'Parroquia Vieja', jurisdicción de Ventaquemada, terreno que tiene en común con herederos de Patrocinio Muñoz, siendo la mitad del globo total lo que es de la contratante López V. de Cárdenas".**

En escrito de 28 de junio de 1945, los señores Flaminio Ropero, Rogelio Román, Cornelio Rodríguez y otros, por medio de apoderado formularon oposición a la demanda de Concepción Muñoz de Forero, en cuanto ella podía recaer sobre un lote de terreno poseído por los opositores y dentro de los linderos que en el mismo libelo se expresan.

El señor Carlos Alfonso Cárdenas López, por medio de apoderado y en libelo de 17 de julio de 1945, formuló también oposición a la demanda en tramitación, en cuanto comprenda el terreno denominado "El Portachuelo", o, más especialmente, en cuanto comprenda una zona de este terreno por el último costado, o sea izquierdo, de acuerdo con la escritura pública número 202 de 1º de junio de 1945 de la Notaría Unica de Ventaquemada, terreno que, por los linderos expresados en dicha escritura, es de propiedad del opositor Carlos Alfonso Cárdenas López en pleno dominio y posesión.

Los opositores Ropero, Rodríguez y otros, presentaron demanda de reconvención, por medio de apoderado, para que se declare que a ellos corresponde de pleno dominio y posesión, por prescripción extraordinaria adquisitiva, el lote de terreno cuya ubicación y linderos indican en la misma demanda.

La Sentencia de instancia

El Juez del conocimiento decidió el litigio en sentencia de 24 de abril de 1947, accediendo a la declaración de pertenencia pedida, con exclusión de los lotes de terreno de que tratan las oposiciones de los señores Ropero, Rodríguez, etc., y Cárdenas López y desestimando la demanda de reconvención incoada por los primeros.

Este fallo del Juzgado, fue recurrido en apelación por la demandante y los opositores ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en donde, tramitada la segunda instancia, en fallo definitivo de 31 de mayo de 1948, confirmó el de primera, menos en lo que hace a la exclusión de la parte correspondiente a la oposición de Carlos Alfonso Cárdenas López, que fue negada

por improcedente, acatando las razones expuestas por el inferior en lo que hace a las decisiones confirmadas.

Sintetizándolos, se reproducen los fundamentos primordiales del fallo del Tribunal de Tunja en aquellas partes que serán objeto de estudios especiales en el recurso de casación, tal como se verá al considerar las demandas respectivas en que se sustentan dichos recursos.

Dice el fallo recurrido, que los fundamentos básicos de la demanda principal son las leyes 120 de 1928 y 51 de 1943, invocadas por la parte actora repetidamente. Para definir este primer punto, reproduce el sentenciador los estudios hechos por las Comisiones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, que corren publicados en la Revista de esa Corporación —números 118 a 120— así como la relación de las distintas pruebas allegadas por el demandante al proceso con el fín de justificar sus pretensiones, contenida en la sentencia de primer grado.

Al relacionarse las escrituras 155 de 25 de abril de 1886 y 176 de 2 de marzo de 1926, por las cuales el "doctor Patrocinio Muñoz adquirió ciertos derechos vinculados en los terrenos denominados "Páramo de Gachaneca", "El Portachuelo" y "Piedra de Casa", y Rita Parra V. de Cárdenas y Pablo Enrique Muñoz venden a Concepción y Ana Rosa Muñoz, "todos los derechos y acciones que a éstos corresponden o pudieran corresponderles en los bienes de la sucesión del doctor Patrocinio Muñoz", respectivamente, dice la sentencia, que "aparecen registrados únicamente en el libro número Primero, debiendo haberse inscrito principal y esencialmente en el libro número Segundo, ya que se trata de la venta de derechos aunque vinculados éstos en cuerpo cierto. Tales inscripciones, "de conformidad con el artículo 1641 del C. C. y según uniforme y constante jurisprudencia de la Corte Suprema y de los Tribunales del país, verificadas en el libro número Primero, son inválidas por no haber sido competentemente efectuadas y por tanto tales títulos no prestan fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, como lo ordena el artículo 2673 del mismo Código Civil".

Que con las escrituras 400 y 657, queda demostrado que la comunidad de la mitad del terreno de "Parroquia Vieja", por los linderos expresados en el primero de los instrumentos nombrados, quedó reducida a dos comuneros exclusivamente: a Concepción Muñoz y Dionisio López en una proporción correspondiente a las compras o adquisiciones verificadas, respecto de la primero, por el doctor Patrocinio Muñoz, y por Dionisio López, respecto del segundo, es decir, de este mismo, lo que complementado con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, fija la situación procesal del opositor Carlos Alfonso Cárdenas López como que actúa en el juicio en calidad de comunero respecto del inmueble cuya declaración de pertenencia se persigue con la demanda principal.

Estudia el Tribunal el conjunto de las pruebas producidas por la actora en primera y segunda instancia, para concluir que, "el derecho invocado por ésta para que se le considere como continuadora del doctor Muñoz en los actos de posesión ejercitada en el globo de terreno materia de la acción declaratoria de pertenencia apoyándose para ello en el derecho que le otorga el artículo 778 del C. C., petición que, como se ha visto tiene fundamento en los hechos comprobados y le ampara el derecho invocado".

Entra el sentenciador a considerar la demanda de oposición de los señores Ropero... y otros, y prohija el análisis que el juez del conocimiento hace de la prueba de inspección ocular practicada el 20 de mayo de 1946, en asocio de testigos y peritos, y por otra parte, analiza la testifical producida por estos opositores y concluye: "Más que suficiente es la pluralidad de pruebas acumuladas en este juicio para afirmar el dehecho de los opositores representados por el doctor Ríos, en cuyo favor obra la segunda exclusión contenida en la parte resolutiva de la sentencia recurrida, a lo cual no hay objeción que hacerle por parte de la Sala del conocimiento y en consecuencia merece la aprobación que esta entidad le imparte".

En cuanto a la oposición formulada por Carlos Alfonso Cárdenas López, dice la sentencia que "basta leer el escrito de oposición para adquirir la convicción legal que allí se trata simplemente de una cuestión de linderos y por tanto la cuestión es materia de un juicio de deslinde entre los dos predios pero no de oposición a la acción de pertenencia incoada". Reproduce en seguida la sentencia, con el fín de cimentar aquel concepto, una jurisprudencia de esta Corte, los ordinales 2º y 7º de la demanda, para poner de presente, que "como la acción de pertenencia se dirige precisamente a obtener la constitución de título adquisitivo de dominio, resultaría excesiva

a oposición de quien en documento auténtico y omo antecesor en el dominio del predio limítro-e ha aceptado su condición de comunero con la actora en el presente juicio", y como respaldo a esta afirmación se transcribe el acuerdo firmado entre Ricardo Cárdenas y Concepción Muñoz de 26 de junio de 1940 y la declaración del Ing. Jorge García del Castillo.

Que "aún sin tener en cuenta las probanzas ameritadas, a la Sala le basta observar el imperativo consagrado en la parte final del artículo 471 del C. J., de que las sentencias deben guardar consonancia con las demandas y demás pretensiones de las partes, pero es así que el representante de Carlos Alfonso Cárdenas López en el caso de estudio, en su mal llamada demanda de oposición se concreta únicamente al error de alinderación por el costado norte del globo de terreno reclamado por la acción de pertenencia, limítrofe con el predio de su representado, luego el punto central de la controversia debe decidirse en juicio de deslinde y no en el presente".

"Por lo demás es bien sabido que en el juicio de deslinde pueden los demandantes u opositores hacer valer todo hecho jurídico que tenga la fuerza legal de producir la variación perseguida por los interesados inconformes, hecho o acto jurídico que podrá consistir en posesión, propiedad y prescripción según convenga al interesado en deslindar su predio, como en principio lo habían acordado los comuneros Ricardo Cárdenas López y Concepción Muñoz de Forero en la transacción debidamente autorizada de que atrás se hizo mérito".

El recurso

El fallo del Tribunal de Tunja fue recurrido en casación por el demandante y los opostiores, pero el recurso correspondiente a los opositores Ropero, Rodríguez y otros, representados por el doctor Ríos, fue declarado desierto. En tal virtud, sólo serán motivo de estudio los otros dos, y como la actuación está legalmente agotada, la Sala procede a dictar la decisión correspondiente, comenzando por el estudio de la demanda del actor.

Recurso del demandante

Acusa la sentencia, "dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, con fecha 31 de mayo de 1948, en el juicio de declaración de pertenencia seguido por la señora Concepción Muñoz de Forero, por las siguientes causales, en cuanto decretó la exclusión de los lotes de terreno que dicen poseer los señores Flaminio Ropero y otros, representados por el doctor Luis Felipe Ríos".

"Por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, por violación de la ley sustantiva, por infracción directa y aplicación indebida de los artículos 2º y 5º de la ley 120 de 1928, y los artículos 2512, 2513, 2518, 2522, 2523, 2524, 2526, 2528, 2529, 2531, 2641, 669, 673 y 789 del Código Civil y los artículos 632 y 635 del Código Judicial".

Con base en esta causal primera, deduce dicho apoderado contra la sentencia recurrida, los siguientes cargos:

1º Que su poderdante la señora Muñoz de Forero se ha presentado al juicio amparada y protegida por los títulos de propiedad, constituídos por las escrituras públicas números 155 de 25 de abril de 1886, 176 de 2 de marzo de 1923, 400 de 20 de abril de 1926, todas de la Notaría de Turmequé, la 657 de 23 de octubre de 1926 de la Notaría de Chocontá y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Tunja, expedido el 22 de septiembre de 1944. "El Tribunal se refirió a aquellos instrumentos públicos, no para darles el valor de plena prueba que tienen, sino para desestimarlos por no haberse registrado las escrituras en el libro número 2º, sino únicamente en el libro número 1º; incidiendo así el Tribunal en un error de derecho, porque refiriéndose esas escrituras a trasmisión de un cuerpo cierto, el registro se hizo en la forma como lo indica el numeral 1º del artículo 2641 del Código Civil, violando esta disposición en su numeral citado, por no haberlo aplicado al caso del pleito y, el numeral 2º de dicho artículo, por haberlo aplicado indebidamente al caso del juicio'.

Que el Tribunal al no tener en cuenta el Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Tunja, aunque consideró que él acreditaba la suficiencia de los títulos presentados, violó los artículos 633, 632 y 635 del Código Judicial, violación que lo llevó a la de las normas sustantivas citadas anteriormente.

Que su representada apoya su demanda en los títulos que se dejan citados y de acuerdo con el artículo 2526 del código civil contra un título

inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o derechos reales constituídos en éstos sino en virtud de otro título inscrito. Se enfrentó en el caso presente, la posesión a los títulos, agrega el recurrente, pero es sabido, que para que triunfe una posesión frente a unos títulos registrados e inscritos, es necesario que la posesión abarque un lapso mayor que el de los títulos, así por este aspecto el Tribunal, violó las normas que se han dejado citadas.

Se considera:

La sentencia recurrida, habla incidentalmente del valor probatorio de las escrituras públicas a que el recurrente alude. En efecto, el Tribunal acogió la relación y apreciación de las pruebas hechas por el inferior y aducidas por el demandante para justificar sus pretensiones, y al relacionar las escrituras 155 de 25 de abril de 1886 y 176 de 2 de marzo de 1923, anotó que éllas estaban registradas irregularmente en el Libro Número Primero debiendo estarlo en el Número Segundo, por tratarse en la primera de una compraventa de derechos vinculados en los inmuebles denominados "Páramo de Gachaneca', "El Portachuelo" y "Piedra de Casa", y la segunda, a una cesión de derechos hereditarios. Esta desestimación la hizo el Tribunal con base en tesis legales que la Corte ha considerado como jurídicas, entre otros casos, pueden consultarse las sentencias de casación de octubre 8 de 1935, la muy reciente del mismo mes y de este año y la que sirve de fundamento al sentenciador en su decisión, doctrina que la Sala no halla razones suficientemente eficaces, jurídicamente consideradas, como para rectificarla. Además, la desestimación que hizo el Tribunal de las citadas escrituras, no influyó en la decisión final del litigio. El estudio de las pruebas lo hizo en conjunto, por una parte y los hechos que querían demostrarse con aquellos instrumentos: la división de la comunidad existente y su reducción exclusiva a los partícipes Concepción Muñoz y Dionisio López, los halló probados el sentenciador en el juicio con las escrituras 400 y 657. De donde se sigue, que aún considerando de recibo el cargo, por aquel aspecto, él no tiene incidencia en la parte resolutiva de la sentencia acusada.

En cuanto al ataque que se hace a la apreciación del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Tunja, cabe observar, que esta clase de documentos no constituyen sino elementos probatorios complementarios de los títulos que están sujetos a la solemnidad del registro, pero que en nada modifican, ni subsanan las irregularidades que pudieran haberse cometido en el registro de esos títulos. "Esta norma de pruebas judiciales, que resulta de coordinar el artículo 789 del Código Civil con el 635 del Código de Procedimiento, tiene su aplicación en diversos juicios, como el divisorio, si la prueba del demandante consiste en un título registrado, y la tiene, aún extremando la exigencia sobre longitud del período, cuando se embarguen bienes en ejecuciones o cuando por trámite especial se solicita la venta de finca hipotecada (artículos 1008 y 1189 del Código Judicial). Mas no para los demás juicios, ni siquiera para el reivindicatorio". (Casaciones 26 de febrero de 1936, 25 de junio de 1942 y 25 de febrero de 1945. GACETA JUDICIAL. Tomos XLIII-LIII y LVIII, respectivamente). En consecuencia, no es admisible el cargo.

Cargos 2º y 3º—Los cargos formulados en los Capítulos II y III, bajo la confusa denominación de causales segunda y tercera, pueden por su conexidad resumirse en uno y estudiarse conjuntamente, así:

Se impugna la sentencia, "en cuanto decretó la exclusión de los lotes de terreno que dicen poseer los señores Flaminio Ropero y otros, por ser violatoria de la ley sustantiva, proveniente de errónea y falta de apreciación de las pruebas".

Dice el recurrente en el desarrollo de estos cargos, que el Tribunal dejó de apreciar las escrituras, el certificado del Registrador de Tunja, las diligencias promovidas ante la alcaldía de Ventaquemada y las declaraciones sobre posesión, pruebas todas presentadas por la demandante; y apreció erróneamente las declaraciones aducidas por los opositores, y la diligencia de inspección ocular practicada extrajudicialmente por el Juez de Tierras, incurriendo con ello en errores de hecho y de derecho, que lo indujeron a la violación de las disposiciones citadas en el Capítulo anterior.

Se considera:

La acción instaurada por Concepción Muñoz de Forero persigue una declaración judicial de pertenencia a su favor, por prescripción adquisitiva extraordinaria, del predio rural denominado

"Páramo de Gachaneca", situado en la vereda de "Parroquia Vieja", jurisdicción municipal de Ventaquemada, comprendido dentro de los linderos que en la demanda se señalan sirviéndole de fundamento, el hecho afirmado de haber poseído quieta y pacíficamente dicho terreno por un lapso mayor de veinte años, y que ese tiempo de posesión suya, sumándolo al de su padre doctor Patrocinio Muñoz, comprende un período mayor de cuarenta años.

El Código Civil y los artículos 5º y 8º de la ley 120 de 1928, exigen de quien aspire a una declaración judicial de pertenencia, por prescripción adquisitiva, la presentación de las pruebas de que ha poseído realmente el inmueble, por el tiempo requerido por la ley para la prescripción y por medio de los hechos positivos que dan derecho al dominio según el Código citado. La misma exigencia, rige para el opositor, porque "hay una a manera de juicio doble, de tal modo que el deber que tiene cada parte de probar su derecho o los hechos que le incumben no exime a la otra parte de la carga de la prueba en lo que le corresponde, pero si ninguna prueba aduce el opositor, ello no basta para hacer la respectiva declaración de pertenencia por prescripción en favor del promotor del juicio", por la circunstancia anotada de que debe probar la posesión por el tiempo y con las condiciones requeridas por la ley.

El Tribunal, consecuente con estos principios, examinó detallada y conjuntamente las pruebas presentadas por la demandante y el opositor y de este examen comparativo de los diversos elementos probatorios, enfrentados los que adujo la parte actora a los producidos por los opositores Flaminio Ropero y otros, para justificar su oposición, llegó a la conclusión de que los últimos, "tienen mejor derecho a que se les respete el globo de tierra en que han venido ejerciendo, como sus antecesores, una posesión material traducida en la explotación económica permanente, tranquila y no interrumpida, por más de treinta años".

A esta última conclusión hubo de llegar el Tribunal, después de desestimar las escrituras públicas cuestionadas y apreciar legalmente, el Certificado del Registrador de Tunja, por las razones ya conocidas en el estudio del cargo anterior, y por tanto, ser inútil su repetición aquí; y después de apreciar también en su exacto y legal valor probatorio, las diligencias promovidas ante la Alcaldía de Ventaquemada, así como la prueba testifical, elementos éstos todos aducidos por la demandante. Y mediante un proceso comparativo y excluyente, con los elementos de prueba de los opositores, las diligencias de inspección ocular practicadas por el Juez de Tierras, la una, y por el Juez del conocimiento la otra, los experticios correspondientes, y la abundante prueba testifical, sacó como resultado legal de esta confrontación probatoria, el de estar en el juicio mejor probado el derecho de los opositores, y como consecuencia de la estimación en conjunto de todos aquellos elementos, relacionados entre sí, como manda la ley, y que producen un efecto probatorio contrario al que resulta de tomarlos aisladamente, uno por uno y desconectados, tal como lo pretende el recurrente, atribuyéndole así errores de derecho y de hecho a aquella apreciación global, que en realidad no existen. En tal virtud se rechazan los cargos.

Recurso del opositor Carlos Alfonso Cárdenas López

Este recurrente opositor, por medio de apoderado, acusa la sentencia de 31 de mayo de 1948 del Tribunal de Tunja, "por los motivos primero (1º), segundo (2º) y sexto (6º) del artículo 520 del Código Judicial".

La Sala estima viable el cargo que se deduce contra la sentencia recurrida con invocación de la causal segunda de casación del artículo 520 citado, cuyo desarrollo en sus apartes pertinentes, es como sigue:

Capítulo segundo. Motivo segundo. Incongruencia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por el opositor Cárdenas López.

El opositor recurrente comienza por reproducir la parte petitoria de su demanda de oposición, los hechos que le sirven de base, la parte resolutiva de la sentencia y la motivación de ésta, correspondiente a la decisión tomada en relación con su demanda, para conceptuar que tal transcripción sirve para demostrar hasta la evidencia que la oposición formulada "no se concreta únicamente al error de alinderación por el costado norte del globo de terreno reclamado por la acción de pertenencia como erróneamente lo entendió el Tribunal sentenciador, sino que esa oposición se refiere a la demanda de pertenencia, en cuanto comprenda una zona de terreno de propiedad del opositor, zona que fue determinada en la diligencia de inspección ocular practicada por el Juez de primera instancia el veinte (20)

de marzo de mil novecientos cuarenta y seis (1946)".

Que es inexacta, la afirmación hecha por el sentenciador en relación con el objetivo de la demanda de oposición, y que con la errónea apreciación que de ella hizo el Tribunal "en la parte motiva de la sentencia acusada determinó el que, en la parte resolutiva de la misma, tal demanda fuese considerada no como de oposición sino como de deslinde, error éste que pone de manifiesto la falta de consonancia de la sentencia con la pretensión de mi poderdante oportunamente deducida en el juicio". La falta anotada llevó en síntesis, al sentenciador a decidir sobre una cuestión —deslinde— que no fue propuesta en la demanda del opositor Cárdenas López, omitiendo resolver sobre la que sí fue propuesta, o sea, exclusión de una zona de terreno".

Se considera:

Es suficientemente conocida la doctrina de esta Sala, en la que se asienta, que la causal segunda de casación del artículo 520 del Código Judicial, tiene lugar cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o deja de decidir sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena a más de lo pedido, o se deja de fallar sobre algunas de las excepciones perentorias alegadas, cuando sea el caso de hacerlo. Esto es, que en los eventos de que por una interpretación equivocada de la demanda se deduzca una acción distinta de la ejercitada, condenación en más o en menos de lo pedido, o decisión ultra o extra petita, es pertinente la causal de "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

En el caso sub-judice acontece que en la demanda principal, la actora requirió judicialmente, la declaración de pertenencia del globo de terreno que aparece determinado en este libelo, con fundamento en las leyes 120 de 1928 y 51 de 1943, o sea en la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, y el libelo de la oposición formulada por Carlos Alfonso Cárdenas López, a aquella petición, en su parte petitoria está concebido en estos precisos términos:

"Con fundamento en los hechos expuestos, en los documentos presentados, y con el derecho dispensado por la ley 120 de 1928 y el artículo 233 del Código Judicial, por medio de este libelo, en nombre y representación del señor Carlos Alfonso Cárdenas López, cuyas condiciones civiles han quedado expresadas, me opongo a la demanda de la señora Concepción Muñoz de Forero sobre declaración de pertenencia del predio rural denominado 'Páramo de Gachaneca', situado en la vereda de 'Parroquia Vieja', de la jurisdicción municipal de Ventaquemada, de que trata en su demanda, en cuanto comprenda el terreno llamado 'El Portachuelo' o especialmente, **en cuanto comprende una zona de terreno por el último costado,** o sea izquierda, de acuerdo con la escritura pública número 202 de primero (1º) de junio de 1945 de la Notaría Unica de Ventaquemada, terreno, que, por los linderos expresados en dicha escritura, es de propiedad de mi poderdante Carlos Alfonso Cárdenas López en pleno dominio y posesión".

Sirven de fundamentos, como hechos básicos a la súplica anterior: el 1º que transcribe textualmente la súplica a que se ha hecho referencia antes, el 2º y el 3º que afirman respectivamente:

"2º—La alinderación dada por la señora Muñoz de Forero al terreno antes demarcado, o sea, el de que trata su demanda sobre declaración de pertenencia, incluyó por el lindero norte, una zona de terreno que hace parte del denominado 'El Portachuelo', ubicado en la vereda de Parroquia Vieja, de la jurisdicción del municipio de Ventaquemada, de propiedad, en pleno dominio y posesión, de mi poderdante señor Carlos Alfonso Cárdenas López"; 3º La señora Concepción Muñoz de Forero ha pretendido disputarle a mi mandante, por el lindero norte del terreno de que habla su demanda, correspondiente al último costado, o sea, izquierda, del predio 'El Portachuelo', una zona de terreno y, al efecto, en el juicio ejecutivo, por suma de pesos, que en su juzgado adelantó y concluyó el doctor Baudilio Galán Rodríguez contra el doctor Ricardo Cárdenas López, la mencnonada señora Muñoz de Forero solicitó el levantamiento del embargo y secuestro de parte del terreno perseguido en dicho juicio, o sea, de la zona que, del predio 'El Portachuelo', ha comprendido en su demanda, pero fue rechazada su solicitud porque no probó el dominio y posesión a su favor de la zona por ella reclamada: pues, antes bien, el dominio y posesión de tal zona resultaron, en el incidente respectivo, plenamente acreditados a favor del doctor Ricardo Cárdenas López, como se comprueba

plenamente con las copias que del juicio ejecutivo hoy presento con este memorial".

Y para mayor abundamiento en lo que constituye la intención del opositor, su apoderado en el hecho 4º afirma terminantemente, que su poderdante "es dueño y poseedor inscrito del terreno denominado 'El Portachuelo', ubicado en la vereda de Parroquia Vieja de la jurisdicción territorial del municipio de Ventaquemada, terreno del cual hace parte la zona que, arbitrariamente, la señora Muñoz de Forero ha pretendido apropiarse señalando, como lindero norte del predio de que trata su demanda, puntos de demarcación que están fuéra de su posesión y dentro de los linderos del referido terreno 'El Portachuelo' ".

Como se ve, el fallo del Tribunal en lo relativo a la oposición de Cárdenas López, estriba en la consideración primordial de que esta demanda "se concreta únicamente al error de alinderación por el costado norte del globo de terreno reclamado por la acción de pertenencia, limítrofe con el predio de aquél, luego el punto central de la controversia debe decidirse en el juicio de deslinde y no en el de pertenencia que se ventila". Que en el juicio, "pueden los demandantes u opositodes hacer valer todo hecho jurídico que tenga la fuerza legal de producir la variación perseguida por los interesados, hecho o acto jurídico que podrá consistir en posesión, propiedad y prescripción según convenga al interesado deslindar su predio".

Calificó el Tribunal, como se desprende claramente de los anteriores conceptos, consignados en la motivación de la sentencia recurrida y que le sirve de sostén a la decisión tomada en la parte resolutiva, que niega la oposición de Cárdenas López, por estos únicos motivos, de acción de deslinde la ejecutada y dentro de la cual puede alegar la propiedad, posesión y prescripción invocadas en su demanda de oposición. Si así fuera la realidad procesal, nada habría que objetar a estos conceptos y conclusiones.

Pero, no se justifica aquella afirmación, porque un estudio detenido de la intención del opositor Cárdenas López, nítidamente expresada en su libelo, lleva a la conclusión de que el derecho sustantivo invocado, es el protegido por la acción consagrada en el artículo 10 de la ley 120 de 1928, en relación con el 5º ibidem. Esto es, que tal es la acción ejercitada, pues, se opuso parcialmente a la declaración de pertenencia demandada, en cuanto afectaba la zona de terreno que colinda por el lado norte con el predio objeto de la demanda principal. Además, en ninguna parte del escrito de oposición, se solicita o insinúa siquiera, que se fije la línea de separación de las dos heredades, circunstancia ésta que es a la que esencialmente tiende la acción de deslinde. Allí sólo se alega la posesión real y positiva de la zona de terreno, como hecho determinante de la exclusión de la declaración de pertenencia.

Pues bien, si es cierto, que en los hechos del libelo de oposición se habla del lindero norte, no lo es menos, que al propio tiempo contiene manifestaciones clarísimas en contrario a la limitación dada por la actora en su demanda en cuanto al terreno cuya declaración de pertenencia persigue. Esas manifestaciones cifran la expresión, por decirlo así, de lo que entiende el opositor por exclusión de la zona de terreno singularizada en su demanda dentro de aquellos linderos, y, ellas son ante todo, los términos en que están concebidos los hechos 1º, 2º, 3º y 4º que se han dejado transcritos.

Así las cosas, en el estudio y análisis y, en su caso, en la interpretación de los libelos de demanda, el sentenciador no sólo está autorizado para aplicar los principios de equidad y de verdad que rigen la interpretación de la ley de los actos y contratos de los particulares, sino que debe obedecer los preceptos de los artículos 471 y 472 del Código Judicial que así lo preceptúan y consagran aquellos principios. De ahí que la Corte, en la interpretación de estas disposiciones, haya dicho:

"Como el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por las leyes sustantivas, según enseñan los artículos 471 y 472 del Código Judicial, y con este criterio no sólo han de interpretarse las normas procesales y probatorias conforme lo prescriben tales artículos, sino también las súplicas del demandante y las defensas del demandado. Conocida claramente la intención de los litigantes, debe estarse a ella más que a lo literal de sus palabras. Los jueces han de buscar el verdadero sentido de las pretensiones expuestas por las partes, aunque tengan que desatender el tenor literal de aquellas piezas cuando traicionan la intención inequívoca de quienes litigan". (GACETA JUDICIAL, Tomo XLV. — Casación de 18 de noviembre de 1937).

Si en el presente caso la demandante principal

señora Muñoz de Forero, inequívocamente demanda la declaración de pertenencia de un determinado globo rural, con fundamento en los hechos que dan motivo a la prescripción adquisitivo de dominio, y el opositor Cárdenas López con apoyo en el derecho concedido por el artículo 10 de la ley 120 de 1928 en relación con el 5º ibidem, inequívocamente, se opone parcialmente a esta pretensión, en cuanto no debe extenderse a una determinada zona de terreno, usando en los hechos de su libelo una expresión alusiva al lindero norte del predio que va a ser objeto de la declaración de pertenencia, en relación con otro limítrofe, no por ello puede procederse, como procedió erradamente el Tribunal, no atendiendo del libelo sino únicamente aquella expresión, sino que debió tomar éste en su integridad, sin prescindir de ninguno de sus componentes, menos aún de sus hechos fundamentales, que son o constituyen la demanda propiamente dicha.

El opositor Cárdenas López al valerse de aquella expresión, no lo hizo con el fin de perseguir la fijación de esa línea de separación entre las dos heredades, sino con el de precisar la extensión de su derecho sobre la zona de terreno que suplica excluirse de la declaración de pertenencia, solicitada por la demandante principal señora Muñoz de Forero, por no tener ésta, sino él, real y positivamente, la posesión de dicha zona, tal como se demostró en la diligencia de inspección ocular practicada con los fines principales de singularizar aquella zona y establecer cuál de las partes, en realidad de verdad, tenía esa posesión.

Es el derecho concedido a los terceros por el artículo 10 de la ley 120 de 1928, reglamentado por este mismo estatuto, y la correlativa acción que lo protege, lo que ha hecho valer en este juicio el opositor Cárdenas López. En tal virtud, el Tribunal no tenía por qué considerar una acción distinta, no incoada ni siquiera subsidiariamente, como la de deslinde, "porque los términos de una demanda son los factores señalados por el actor como constitutivos del problema planteado ante el demandado y sometido a la decisión judicial, factores de que no puede salirse ni mucho menos variar el juzgador".

El Tribunal consideró un factor no señalado por el opositor, y él es el resorte principal y único para negar la oposición, como se desprende de las partes motiva y resolutiva de la sentencia recurrida, queda evidenciada la segunda causal de casación alegada por el opositor recurrente. En tal virtud, hallándose fundada esta causal, y, sin considerar las restantes, debe dictarse la decisión que reemplace a la sentencia recurrida, cuya infirmación queda determinada por la acogida de tal causal.

Sentencia de instancia

Las consideraciones formuladas a propósito del estudio de las demandas de casación de la actora recurrente y del opositor Cárdenas López, sirven al propio tiempo, como motivación de la sentencia que debe reemplazar a la del Tribunal de Tunja. Así, el análisis de las pruebas hecho con el fin de establecer si resultaban o no fundados los cargos de violación directa y aplicación indebida de las disposiciones legales allí citadas, de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, muestra que Flaminio Ropero y sus compañeros de oposición a la demanda de declaración judicial de pertenencia, incoada por la señora Concepción Muñoz de Forero, han establecido en legal forma el hecho básico o fundamental de su oposición: que han poseído los lotes a que ella se concreta por el tiempo y con los requisitos que la ley exige, para adquirirlos por prescripción, con mejor derecho que el alegado por la demandante.

En cuanto a las pruebas producidas por el opositor Carlos Alfonso Cárdenas López, la relación que de ellas hizo el Juzgado Civil del Circuito de Tunja, es completa y se ajusta a la realidad procesal, y su apreciación en conjunto, está autorizada por ley, de aquí que una y otra, las acoja la Sala como acertadas, particularmente, el análisis de las pruebas concurrentes de las diligencias de inspección ocular, practicada por el mismo Juez del conocimiento con fecha 20 de mayo de 1948, y el dictamen pericial correspondiente, y el de los varios testimonios aducidos, con los cuales se demuestra fehacientemente el hecho básico de la oposición: la posesión real y positiva de la zona de terreno a que se refiere esta demanda, situación que queda reforzada con los títulos presentados por el mismo opositor, con la obvia consecuencia procesal de quedar demostrado, el mejor derecho del opositor sobre dicha zona, que el alegado por la demandante principal señora Concepción Muñoz de Forero, y en tal virtud, la exclusión solicitada debe concederse.

Debe anotarse que, si no se han hecho consi-

deraciones en esta sentencia, acerca de si la demandante Muñoz de Forero, demostró o no su posesión sobre la integridad del terreno rural objeto de su demanda de declaración judicial de pertenencia, por el tiempo requerido por la ley, para adquirirlo por prescripción extraordinaria, ello obedece a la situación procesal de que esta cuestión no fue planteada, ni debatida en las instancias, ella fue aceptada por los opositores, condicionada a la exclusión de los lotes de terrenos respectivos, objetos de las correspondientes demandas. Y no implica que la Sala prohije los conceptos del Tribunal, relativos a la consideración de la demandante como sucesora en la posesión de su padre doctor Patrocinio Muñoz, y a éste como su antecesor, así como de sus hermanos y de la cónyuge sobreviviente, dándole aplicación al artículo 778 del Código Civil, sobre adición de posesiones, sin haberse traído a los autos los títulos que acreditan legalmente esas calidades. Antes bien, y únicamente en vía de doctrina, rectifica aquellos conceptos por contrarios a la constante y uniforme de la Corte, que exige para que el fenómeno de adición de posesiones se produzca, que el nuevo poseedor sea sucesor del anterior, a título universal o singular, esto es, que derive de él su posesión, pues así lo expresa el artículo 778 citado.

"En la prescripción extraordinaria el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores, según el artículo 2521 del Código Civil —dice la Corte—; 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 esta suerte quede establecida la serie o cadena de posesiones, hasta cumplir los treinta años; así: 'puede afirmarse que el prescribiente que junta a su posesión la de sus 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". Pero, es de advertirse, que como la Corte, no ejerce su función doctrinaria, a través del recurso de casación, sino en cuanto éste, se halle vinculado a la parte resolutiva de las sentencias, y en manera alguna a la motiva, no le era posible estudiar este aspecto del fallo recurrido, que sólo lo fue en la parte que desmejoraba al demandante principal, exclusión de los lotes poseídos por Flaminio Ropero y compañeros de oposición, por un lado, y por otro, el opositor recurrente Cárdenas López, aun cuando hizo ataques a la sentencia en aquel sentido, no tiene interés jurídico legítimo, sino vinculado exclusivamente, a la exclusión de la zona de terreno a que aspira, según los concretos términos de su libelo de oposición, la que fue decretada por el juez de primera instancia y revocada en la sentencia de segundo grado.

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 PARCIALMENTE, la sentencia de treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, originaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, y reformándola, confirma la del Juzgado Primero Civil del mismo lugar, dictada con fecha veinticuatro de abril de mil novecientos cuarenta y siete.

Con costas, en el recurso de casación para el demandante recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y envíese el expediente al Tribunal de origen en la debida oportunidad.

Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña — **Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde,** Secretario.

SE DECLARA DESIERTO UN RECURSO DE CASACION PORQUE LA DEMANDA FUE PRESENTADA POR EL APODERADO QUE HABIA ACTUADO EN REPRESENTACION DE LA PARTE ACTORA DURANTE LA PRIMERA INSTANCIA, PERO AL CUAL SE HABIA REEMPLAZADO EXPRESAMENTE POR OTRO EN LA SEGUNDA, SIN QUE ESTE ULTIMO HUBIESE ACTUADO CON EL CARACTER DE SUSTITUTO DEL PRIMERO — ARTICULOS 266 DEL CODIGO JUDICIAL Y NUMERAL 3º DEL 2189 DEL C. C.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre diez y siete de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

La Sala al considerar el recurso extraordinario de casación, interpuesto por el apoderado de la parte actora en este juicio ordinario, contra la sentencia de doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, encuentra la siguiente situación procesal:

Primero—Que la señora Marcelina Carabalí, confirió poder especial, amplio y suficiente al doctor Simeón Villani Paz, "para que en su nombre y representación instaure y lleve hasta su terminación el juicio ordinario sobre nulidad de la escritura Nº 14 de 15 de enero del presente año —1944— pasada en la notaría de Puerto Tejada, para Francisco Luis Cano. Este poder se extiende a todas las instancias del juicio", y el apoderado quedó con la facultad expresa sólo "para cualquier transacción".

Segundo—Que en ejercicio del anterior poder, el doctor Villani Paz, promovió el correspondiente juicio ordinario contra Francisco Luis Cano y Ramón Elías Pedroza, y llevó normalmente la representación de su poderdante en la secuela de la primera instancia, e interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de 22 de septiembre de 1944, pronunciada por el juzgado Civil del Circuito de Santander, que le puso fin a esta actuación de primer grado, recurso que le fue concedido para ante el Tribunal Superior de Popayán.

Tercero—Que la demandante Marcelina Carabalí, directamente, y en memorial dirigido al señor Presidente de la Sala Civil del Tribunal Superior de Popayán, presentado personalmente ante el juez del Distrito de Santander y su Secretario, confirió poder "amplio y suficiente al Dr. Luis Fernando Paredes A., abogado titulado e inscrito en ese H. Tribunal, para que en mi nombre y representación me atienda y asista, en esa segunda instancia, en el juicio ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa y de los títulos correspondientes que en el juzgado Civil de este Circuito entablé contra los señores Francisco Luis Cano y Ramón Elías Pedroza y que ahora sube a esa Superioridad en grado de apelación. Mi apoderado queda facultado para sustituir este poder, transar, desistir y hacer cualquier arreglo, previas las intrucciones mías y de mi apoderado de primera instancia".

"Queda igualmente facultado para casar la sentencia de la segunda instancia, si fuere necesario, ante la Corte Suprema de Justicia".

Cuarto—Que de acuerdo con el anterior mandato judicial, el Dr. Luis Fernando Paredes A., fue reconocido como apoderado de la señora Carabalí y llevó su representación en la segunda instancia hasta su final; y en desarrollo del encargo, interpuso el recurso extraorinario de casación contra la sentencia definitiva del Tribunal de Popayán, de 12 de septiembre de 1945, por la cual se revoca la del inferior y se "declara probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido", recurso que le fue concedido legalmente, según providencia de 22 de octubre de 1945.

Quinto. — Que llegado el proceso a la Corte, como consecuencia de aquel recurso de casación, interpuesto y concedido al apoderado de la actora, se ordenó fijar en lista, y por la Sala, su admisibilidad y consecuencialmente, los correspondientes traslados al recurrente y al opositor.

Sexto.—Que la demanda de casación está presentada por persona distinta de la legalmente ha-

bilitada para hacerlo, puesto que aparece suscrita por el doctor Villani Paz y no por el doctor Paredes A.

Séptimo.—De todo lo cual hay que decir, que la demanda de casación fue presentada por un apoderado inhábil, porque como tal, debe calificarse al que aparece sustentando el recurso, por haberse extinguido sus facultades de representación en el juicio, por revocación tácita del poder con que actuó en la primera instancia, revocación producida con la constitución de nuevo apoderado, expresamente, para la segunda y para la actuación en el recurso extraordinario de casación, según los términos del artículo 266 del C. J. en relación con el 2189 —numeral 3º— del C. C., por cuanto el doctor Paredes A. no actuaba como sustituto del doctor Villani Paz, evento en el cual podía el último, reasumir el poder en la segunda instancia o en la actuación relativa al recurso extraordinario de casación.

Octavo.—Así las cosas, la Sala estima que en el presente caso, la demanda de casación no ha sido formulada por el apoderado constituído expresamente para tales fines y que no hay demanda sobre la cual pueda entrar a decidir, por haberse presentado el insuceso del vencimiento del término de que trata el artículo 530 del C. J., y ser de oportunidad la aplicación del 532 ibidem.

Con fundamento en los anteriores considerandos, 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 DESIERTO el recurso extraordinario de casación interpuseto por el doctor Luis Fernando Paredes A., en su condición de apoderado de la señora Marcelina Carabalí, contra la sentencia de 12 de septiembre de 1945, dictada en este juicio y originaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Con costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente en la debida oportunidad al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

AL DEMANDANTE INCUMBE DAR LA PRUEBA DEL DERECHO QUE INTENTA REIVINDICAR. — QUE SE ENTIENDE POR NORMA SUSTANTIVA PARA LOS EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION. — LA SERVIDUMBRE NO ES APLICABLE SINO A BIENES RAICES. — LA INCONGRUENCIA COMO CAUSAL DE CASACION

1.—El artículo 879 del Código Civil no es disposición sustantiva, en el estricto sentido de que confiera derechos a las personas. Tal precepto define qué se entiende por servidumbre predial o simple servidumbre, y sabido es que la causal primera de casación requiere, para su procedencia, la violación de un texto de la ley sustantiva que consagra un derecho (artículo 520, numeral 1º del C. J.).

2.—Los artículos 892 y 893 del C. C. determinan los derechos de los riberanos para servirse de las aguas y las limitaciones que su derecho puede sufrir. Entre ellas se tiene la del uso "en cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido por prescripción u otro título, el derecho de servirse de las mismas aguas". En el caso en estudio, el Tribunal interpretó el título del derecho a utilizar simplemente la mitad de su caudal y no el total de la fuente. Como se ve, no puede existir violación directa de los referidos preceptos y si existiera, sería a través de una errada interpretación del título del demandante, cuestión no propuesta.

3. — El demandante es quien debe dar la prueba del derecho que intenta reivindicar, y no el demandado.

4.—La servidumbre, según el artículo 879 del C. C., es una carga impuesta sobre una heredad para el uso y provecho de otra heredad perteneciente a otro propietario. De la definición se deduce que la servidumbre no es aplicable más que a los bienes raíces y que su existencia requiere dos inmuebles distintos, pertenecientes a dos propietarios diferentes.

5.—Cuando la posesión del dueño del predio inferior ha tenido siempre como objeto la totalidad de las aguas, se podrá decir que su derecho es el de dueño del manantial, pero cuando ese derecho se determina, no sólo por el título, sino por los actos posesorios que lo señalan y circunscriben, se dirá con más propiedad que es dueño de un derecho de servidumbre cuya extensión es determinada por los mismos actos que demarcan su extensión.

6.—Es cuestión muy repetida por la Corte, la de que la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado, tan sólo puede consistir en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia, o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio; o porque se condenare a más de lo pedido; o porque no se fallare sobre alguna de las excepciones oportunamente deducidas como medio defensivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Por libelo de fecha diez y ocho de julio de mil novecientos cuarenta y dos, don Luis Restrepo Lotero demandó ante el señor Juez Civil del Circuito de Sopetrán, en el Departamento de Antioquia, al señor Carlos Franco, para que con su audiencia se declare que es dueño del agua, o que tiene derecho al uso y goce del agua de la cual ha sido privado, que viene de la finca de "Quirimará", que pasa luégo por el predio del demandado y entra a su finca denominada "Pavón", cuyos linderos señala. Que, en consecuencia, el nombrado Franco está obligado a dejar discurrir libremente el agua y a ponerla de nuevo en su cauce, a efectos de que descienda a su

predio, libre de estorbo. Que su inmueble goza también de servidumbre de acueducto, impuesta al predio de su demandado, lo cual obliga a Franco a no poner obstáculo al libre ejercicio y goce de tal derecho, ni hacerlo más incómodo, ni alterar en forma alguna su uso y goce. Que el señor Franco le ha causado perjuicios por haberlo privado o estorbado del goce de tal beneficio, los que estima en la cantidad de cinco mil pesos, que le deben ser cubiertos, o la suma que fijen peritos.

En subsidio, pide se declare que ha ganado por prescripción el dominio, uso y goce del agua, debiendo el mismo demandado respetar su derecho y ser obligado a restablecer tal elemento en el cauce de donde lo toma para su utilización.

Pide, además, que se declare que ha ganado por prescripción el derecho de servidumbre sobre la finca del mismo señor, con las consecuencias consiguientes y, por último, exige la condenación en costas.

Funda su demanda en que es dueño de un inmueble denominado "Pavón", situado en Ebéjico, que desde tiempo inmemorial disfruta del agua, que conducida por un acueducto artificial, se toma de la antigua finca de Quirimará, para beneficio de su predio, donde la utiliza para mover la maquinaria de beneficio de café, abrevadero de ganados, usos domésticos y otros menesteres; que su acueducto pasa por una parcela o zona de terreno de propiedad de su demandado, cuyos linderos demarca, que se desmembró de la finca mencionada de "Quirimará" y que está situada en parte superior con respecto a su predio; que aprovechando una querella de policía sobre las fuentes de "Las Quebraditas", que reclama, su demandado lo privó de su utilización, dejándolo en imposibilidad de mover su maquinaria y disfrutarla en sus servicios, y sin tan indispensable elemento para riego de tierras y abrevaderos de ganados, causándole señalados y notorios perjuicios; que las aguas que corren por acueducto artificial, pertenecen exclusivamente a quien con los requisitos legales haya construído su cauce, como acontece en su predio; que los antecesores en el dominio del inmueble de "Pavón" adquirieron por la finca de "Quirimará" y por la tierra que es hoy de Franco, "el derecho al uso y goce de esas aguas", derechos que se entienden transmitidos al actual propietario, según títulos que promete exhibir; que el predio de Franco, que hacía parte del inmueble de "Quirimará" está, por lo mismo, gravado con la servibre, no pudiedo alterarla y que, sin embargo, su demandado quitó las aguas, las desvió y las condujo por otras zonas, no regresando al cauce, ni beneficiando el fundo del actor.

Es de observar que, en su demanda, el señor Restrepo Lotero, unas veces dice que es dueño del agua y otras, que su predio disfruta de la servidumbre para gozar y disponer del agua que desciende de la finca denominada "Quirimará".

Corridos los traslados de ley, el señor Franco contestó, manifestando que no es cierto que la finca de "Pavón" se haya surtido desde tiempo inmemorial del agua en disputa para los usos y servicios que alega su contraparte; que cuando "esa finca fue de don Eusebio Jaramillo llevó a ella el agua para abrevadero de animales y para el servicio doméstico", porque no existían allí ni cafetales, ni motores en el año de 1888; acepta que el agua va a finca del demandante por un acueducto artificial; pero que su predio también ha gozado del beneficio de las mismas vertientes; no niega la existencia de la servidumbre de acueducto por su terreno, pero esto no sería razón —dice— para que su predio, que siempre se ha beneficiado de las mismas fuentes desde hace más de cincuenta años, fuera privado de ellas.

El Juzgado pronunció sentencia con fecha veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, y declara que el actor es dueño y tiene derecho al uso y goce de parte del agua que viene de la finca de "Quirimará". Expresa que no se demostraron perjuicios y, finalmente, que no hay lugar a hacer las declaraciones subsidiarias.

La sentencia recurrida

Apelada tal sentencia por el actor, el Tribunal puso fin a la instancia por providencia de catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, en que se reforma la de primera instancia en el sentido de precisar y aclarar que no se trata de un derecho personal del actor, sino de un derecho real inherente a la finca, de una verdadera servidumbre.

Encuentra el Tribunal que, tanto el predio dominante de "Pavón", como el del demandado, que formó parte del inmueble de "Quirimará", han venido disfrutando en común del arroyo que se disputan. Que los términos de la escritura por la cual el antecesor en el dominio de la finca de "Pavón" adquirió derecho de servidumbre para

pasar el agua por el predio de "Quirimará" y beneficiarse de la que por ella discurra, son un poco ambiguos, requiriendo su interpretación, para lo cual se guía por la forma como los litigantes han venido usando de su derecho, llegando a la conclusión de que se han dividido el caudal de las fuentes para beneficio de sus heredades, en un "pie de igualdad".

Observa el sentenciador, que Restrepo Lotero deriva parte de la corriente de la quebrada en el lugar donde existe una cascada y la conduce por una acequia, que en el predio de Franco ocupa una faja de tierra de un metro de longitud por veinticinco de latitud. Que no se probó que el demandado hubiera quitado el agua, u obstaculizado el ejercicio de tal servidumbre.

El demandante ocurrió en casación. En la Corte, el juicio ha tenido la tramitación legal necesaria y siendo la oportunidad debida, se pasa a fallar.

Las causales de casación propuestas

Se aducen contra la sentencia en estudio, los siguientes cargos, que el recurrente ordena en capítulos, a saber:

Primero.—a) Violación del artículo 879 del C. C., que define lo que se entiende por servidumbre. Lo funda en que el derecho adquirido a favor de la finca de "Pavón" por su antiguo dueño, don Eusebio Jaramillo, según las voces de la escritura número 94 de 15 de enero de 1918, fue el de tomar el agua de "Las Quebraditas" y el derecho de pasarla por la finca del vendedor al predio beneficiado. Que la contratación fue, pues, del derecho de dominio, y no de una servidumbre.

b) Dice que también infringió el Tribunal los artículos 677 del C. C., ordinal 2º, y los marcados con los números 892 y 893 del mismo Código.

Sostiene que cuando se otorgó la escritura número 94, era dueño de la fuente de "Las Quebraditas", cómo lo reconoce el Tribunal, el propietario de la finca de "Quirimará", don Cástor Ochoa, y que, por lo mismo, podía transmitir su derecho, al tenor del memorado artículo 677 y, sin embargo, admite que como riberano de la corriente, el demandado puede gozar de la mitad del caudal de las aguas, con violación de los artículos 892 y 893 del C. C.

Que, como consecuencia del desconocimeinto de su carácter de propietario de la fuente de "Las Quebraditas", se dejaron de aplicar los artículos 961, 1612, 1613 y 1614 del C. C.

Que establecido el dominio del demandante, ha debido la sentencia, en cumplimiento del artículo 961 citado, ordenar la restitución del bien reivindicado y los perjuicios ocasionados con las perturbaciones de que se le ha hecho víctima.

Por último, se querella de que, aún siendo riberano el demandado, ha debido el juzgador por ello mismo, condenarlo a devolver el agua que toma de la fuente de "Las Quebraditas", al cauce común, antes de la salida del predio, con lo cual se violó el artículo 892 del C. C.

Para resolver, se considera:

a) El artículo 879 del Código Civil, que se cita como violado en el primer cargo contra la sentencia recurrida, no es disposición sustantiva, en el estricto sentido de que confiera derechos a las personas. Tal precepto define qué se entiende por servidumbre predial o simple servidumbre, y sabido es que la causal primera de casación requiere para su procedencia, la violación de un texto de ley sustantiva que consagra un derecho (artículo 520, numeral 1º, C. J.). (Casación de 26 de marzo de 1946. G. J. número 2029, página 14, y sentencia de 31 de julio de 1946, G. J. número 2034, página 795).

b) Partiendo del supuesto de que las fuentes de "Las Quebraditas" son de propiedad privada del predio de "Quirimará", concepto en que están de acuerdo ambas partes y el Tribunal, ante la discrepancia sobre la forma y cantidad de agua que de ellas pueden disponer, tanto el predio del demandado señor Franco, riberano de la fuente, como el del demandante señor Restrepo Lotero, el sentenciador entró a estudiar el contrato, o sea el título de éste, que lo faculta para beneficiarse de las aguas y la forma como las partes habían interpretado las obligaciones y derechos originados en él, y encontró que el predio de Franco, que formaba parte del antiguo fundo de "Quirimará", viene desde 1888 beneficiándose de un acueducto sacado de la corriente en disputa y que, a la vez, el señor Restrepo Lotero dispone también desde hace más de cincuenta años, él y sus antecesores en el dominio del predio de "Pavón", del resto de las aguas del mencionado arroyo.

Así lo declaran testigos de una y otra parte, así lo reconoce el demandado, cuando manifiesta

que no se opone a que el predio de "Pavón" goce de la mitad del caudal de la fuente, como hasta el presente lo ha hecho.

El propio juzgador observa que, aun cuando el señor Franco tenía un acueducto y bocatoma que le permitía llevarse toda el agua, en el lugar donde la capta existe un pequeño muro de arena y madera que sirve a modo de compuerta de distribución del caudal. En vista de la forma un poco ambigua como el primitivo dueño del predio de "Quirimará" estipuló a favor del señor Jaramillo, antiguo propietario de la finca de "Pavón", el derecho de servidumbre sobre su inmueble para pasar las aguas de las fuentes de "Las Quebraditas" para la tierra de este último, el juzgador hizo uso de la regla de hermenéutica contractual contenida en el inciso final del artículo 1622 del C. C., que aconseja sabiamente tener en cuenta la aplicación práctica que del contrato hayan hecho las partes, o una de ellas con aprobación de la otra, en busca de la verdadera intención de los contratantes, que es la norma suprema del derecho contractual, lo mismo que las demás contenidas en el Título XIII, Libro IV del C. Civil; es ella simplemente una regla de lógica jurídica, uno de los medios que la ley aconseja usar a los jueces como criterio inquisitivo de la auténtica voluntad en la apreciación de los pactos.

Hay, por lo demás, en la interpretación del contrato, hecha por el Tribunal, y que lo llevó a considerar que de las aguas de la fuente en disputa tenían derecho a beneficiarse los sucesores del primitivo dueño y el propietario del predio de "Pavón", en cuyo beneficio se implantó una servidumbre de acueducto y el derecho de servirse de las aguas de la fuente, una cuestión de hecho, cuestión circunstancial de factores diversos probatoriamente establecidos en el juicio, de tal manera que no sería posible desestimar la efectuada por el Tribunal, sino a través de la alegación demostrada de un evidente error de hecho, que ponga de manifiesto, incuestionablemente, una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes.

El ordinal 2º del artículo 677 del C. C. establece una excepción a la regla general, de que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes de la unión de uso público, considerando de propiedad privada ciertas fuentes, y tanto las partes como el Tribunal, están acordes en que se trata de una vertiente de propiedad privada. La discrepancia resulta de que el Tribunal, interpretando el contrato de 1918, considera que el derecho concedido al predio de "Pavón" no fue de todas las aguas, sino de la mitad de ellas, como lo han cumplido y entendido los litigantes y sus antecesores en el dominio, en un transcurso de más de cincuenta años.

Los artículos 892 y 893 del mismo Código, determinan los derechos de los riberanos para servirse de las aguas y las limitaciones que su derecho puede sufrir. Entre ellas se tiene la del uso "en cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido por prescripción u otro título, el derecho de servirse de las mismas aguas". En el caso en estudio, el Tribunal interpretó el título del demandante para servirse de esas aguas, en el sentido de que se le concedió derecho a utilizar simplemente la mitad de su caudal y no el total de la fuente. Como se ve, no puede existir violación directa de los referidos preceptos, y si existiera, sería a través de una errada interpretación del título del demandante, cuestión no propuesta.

Por lo expuesto, se declara sin eficacia el cargo.

c) Afirma el recurrente que, a pesar de haber demostrado su derecho de dominio, el Tribunal no ordenó la restitución de lo demandado, ni el consecuente pago de perjuicios reclamado.

El juzgador declara que la finca del demandante "goza de la servidumbre de uso del agua del riachuelo de 'Quebraditas', etc.".

Pero no encontró probado que el demandado "haya privado al actor del agua a que tiene derecho, ni que le haya obstaculizado el ejercicio de la servidumbre de acueducto, ni de que le haya causado perjuicios de cualquier índole", por lo cual desecha las súplicas al respecto.

En el fallo se declara que el predio del demandante tiene también derecho a servirse de las aguas y que ambos litigantes las han venido repartiendo desde mucho tiempo atrás por iguales partes.

Planteado así el asunto, tratándose también de una cuestión de hecho, las perturbaciones ocasionadas por el demandado al libre ejercicio de los derechos del demandante, los daños que su conducta le hubiere causado, han debido establecerse probatoriamente, y si ellos no fueron estimados, lo legal era acusarse por error de hecho, por falta de apreciación de la prueba, con la cita y determinación de ésta y la de los preceptos sustantivos legales violados.

En cuanto al reparo de que el demandado, como riberano, distrae las aguas de la fuente común y no las retorna al cauce (artículo 892, inciso 2º), el Tribunal declara que Franco las devuelve a la fuente común a la salida de su fundo, y si esto no es cierto, era preciso atacar por error de hecho en la apreciación de la prueba del caso, en la cual se basó la sentencia.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

d) El artículo 1760 del C. C., que se considera también violado, establece que, la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad. La violación la hace depender el recurrente, de que el Tribunal declara que "el demandante tiene derecho al uso de las aguas de 'Las Quebraditas' en un pie de igualdad con el demandado". Dice que el demandante exige un título de adquisición de una servidumbre de acueducto sobre el predio donde nacen las aguas y el derecho para "tomar el agua", y que el demandado no presenta título alguno y, con todo, la sentencia "declara a éste con igual derecho al demandante".

El Tribunal, al hacer el estudio de las pruebas del proceso, encontró que el demandado, señor Carlos Franco, es dueño de "un lote de terreno enajenado por el señor Cástor Ochoa a Belisario y Mario Lourdes Betancourt, según escritura número 401 de 6 de noviembre de 1928, adquirido por Franco de conformidad con la escritura número 1225 de 6 de mayo de 1941, el cual hace parte del globo general de Qurimará y se halla especificado en la cláusula primera de esta escritura". Además, encontró el Tribunal demostrado que desde 1888, los antecesores en el dominio del predio que ocupa Franco, y este mismo, desde que lo adquirió, han estado disfrutando del uso y goce de las aguas.

De tal modo, que no tiene razón el recurrente cuando sostiene que el demandado carece de títulos para disfrutar de las aguas que corren por cauce natural dentro de su heredad. Los títulos de propiedad de la finca de "Quirimará", donde nacen las aguas, y el de la zona adquirida por Cantor, que formó parte de la antigua hacienda, serían razón suficiente, al tenor del artículo 892 del C. C., para beneficiarse de las aguas. "El dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren naturalmente por ella, aun caundo no sean de su dominio privado, el uso conveniente", etc.

El demandante es quien debe dar la prueba del derecho que intenta reivindicar, y no el demandado. El actor probó sólo derecho a la mitad del caudal de la fuente.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

CAPITULO II

En este capítulo acusa el recurrente la sentencia por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, y señala como violados los artículos 765, 1757, 1758, 1760 y 1857 del C. C., por interpretación errónea del elemento de convicción que se desprende de la escritura pública número 94 de 15 de enero de 1918, de la Notaría de Medellín.

Dice que el antiguo dueño del predio sirviente vendió "el derecho de tomar el agua de Las Quebraditas que forma el arroyo 'El Guineal', lo cual es lo mismo que vender toda el agua, luego el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al interpretar el contrato en el sentido de que el actor tenía derecho exclusivamente a la mitad"

Que cometió el Tribunal error de derecho, al considerar que el objeto de la negociación no fue el agua, ni el derecho de tomarla, sino la constitución de una servidumbre de configuración desconocida.

Se considera:

La cláusula primera de la escritura pública número 94 de 1918, que contiene un contrato por el cual se establece una servidumbre y se concede un derecho para gozar de unas aguas, celebrado entre don Cástor Ochoa, dueño de la finca rural de "Quirimará", y el señor Eusebio A. Jaramillo, propietario del inmueble de "Pavón", dice lo siguiente:

"Primero. Que él es dueño de la hacienda denominada 'Quirimará', situada en el Municipio de Ebéjico, que como tal vende al señor Eusebio A. Jaramillo, mayor de edad y del mismo vecindario, **el derecho de tomar el agua**, en dicha finca, **de las quebraditas que forman la Quebrada de Guineal**, y el derecho de **pasar dicha agua** por terrenos de la 'Hacienda de Quirimará', para llevarla por la loma de Pavón a la casa de la finca 'Pavón', situada en el mismo Municipio de Ebéjico y perteneciente al señor Jaramillo. Estos derechos los concedió Ochoa Jaramillo en calidad de permiso hace treinta años, quien condujo el

agua por cauce o acequia que hizo construir Jaramillo".

Ante la discrepancia sobre los alcances de lo allí estipulado, surgida entre los causahabientes del señor Ochoa y el actual propietario de la finca de "Pavón", el Tribunal hizo uso, como ya se vio, de una de las reglas dadas por el Código Civil para determinar el alcance de los derechos allí concedidos y, en efecto, optó por examinar la forma como los interesados le habían dado cumplimiento en el transcurso de más de treinta años, que tiene de constituído el derecho a favor del predio de "Pavón", y llegó a la conclusión de que las partes habían disfrutado de las aguas del arroyo de "Las Quebraditas" por iguales partes (artículo 1622 del C. C.), y también siguiendo la norma de que, no apareciendo voluntad contraria, "deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato", observó que no era racional que el dueño de un predio se desprendiera del total de sus aguas en beneficio de otro inmueble, máxime cuando no aparece la razón de tal hecho.

Ya se dijo atrás y se repite ahora, que la interpretación de un contrato es, por lo demás, una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probatoriamente establecidos en el juicio, de tal manera que no es posible desestimar la hecha por el Tribunal, sino a través de la alegación demostrada de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto, incuestionablemente, una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes.

Tal error no se observa en el presente negocio, dados los diversos elementos de convicción en que se apoya el juzgador, y que no fueron acusados.

En cuanto al concepto del Tribunal, de que la venta hecha por Ochoa Jaramillo no fue del agua, ni del derecho de tomarla, sino la constitución de una servidumbre, que no coincide con la descrita en el artículo 885 del C. C., se tiene lo siguiente:

La servidumbre, según el artículo 879 del C. C., es una carga impuesta sobre una heredad para el uso y provecho de otra heredad perteneciente a otro propietario. De la definición se deduce que la servidumbre no es aplicable más que a los bienes raíces, y que su existencia requiere dos inmuebles distintos, pertenecientes a dos propietarios diferentes. En el caso presente se reúnen tales condiciones.

En cuanto al objeto de la demanda, los términos de ella justifican la interpretación dada por el Tribunal a la acción propuesta. El actor dice: "Mis antecesores en el dominio adquirieron por la finca de 'Quirimará', y por la tierra que es hoy del señor Franco, demandado, el derecho o servidumbre y el derecho al uso y goce de esas aguas, derechos que se entienden transmitidos a mí, según los títulos que exhibiré oportunamente". Los propios términos de la escritura de compra justifican también la interpretación, cuando allí se dice por el propietario de la finca: "Que vende el derecho de tomar el agua de la corriente de 'Las Quebraditas' ". Habiéndose establecido, como se expresa en el fallo, que el señor Jaramillo no adquirió el total de la fuente, el derecho que ha venido disfrutando el predio de "Pavón", a virtud del contrato de 1918, de disponer del agua del caudal del arroyo de "Las Quebraditas", no es otra cosa que el goce de una servidumbre para usar y disfrutar de una parte del caudal de la nombrada fuente.

Cuando la posesión del dueño del predio inferior ha tenido siempre como objeto la totalidad de las aguas, se podrá decir que su derecho es el de dueño del manantial, pero cuando ese derecho se determina, no sólo por el título, sino por los actos posesorios que lo señalan y circunscriben, se dirá con más propiedad que es dueño de un derecho de servidumbre cuya extensión es determinada por los mismos actos que demarcan su extensión, que en este caso, por lo ya observado, equivale a la mitad del caudal del arroyo disputado.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

CAPITULO III

Por último, se acusa el fallo por incongruencia entre lo pedido y lo resuelto por el juzgador.

Sostiene que se instauró una acción reivindicatoria y se falló una confesoria de servidumbre; que se propuso una acción negatoria de derecho y se hizo una adjudicación, como si se tratara de división de bienes comunes.

Se considera:

Es cuestión muy repetida por esta Sala, la de que la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado, tan sólo puede consistir en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia, o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido

objeto del litigio; o porque se condenare a más de lo pedido; o porque no se fallare sobre alguna de las excepciones oportunamente deducidas como medio defensivo.

Ante la forma verdaderamente ambigua de la demanda, en que los términos empleados bien pudieran dar lugar a que se considerara que se había entablado una acción de dominio sobre determinadas aguas, o la declaratoria de que se tenía derecho a servirse de esas fuentes en beneficio de un predio inferior, el Tribunal interpretó la demanda en el sentido de aceptar que se demanda un derecho de servidumbre. Encontró también el sentenciador, que no se había determinado en forma precisa el alcance de ese derecho y optó, ante la duda, por examinar cuál había sido en el transcurso de más de treinta años el modo como las partes le habían dado cumplimiento, deduciendo que la fuente se había venido distribuyendo por partes iguales. Reclamado "el derecho a servidumbre y el derecho al uso y goce de esas aguas", el Tribunal, en la sentencia, señaló el alcance de tal derecho. Por lo demás, ha debido acusarse por errada interpretación de la demanda.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

SENTENCIA

Por las anteriores razones, 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 providencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas.

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

Arturo Silva Rebolledo — Pablo Emilio Manotas — Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—El Secretario, Hernando Lizarralde.

LA DECLARACION DE NULIDAD POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA ADJETIVA SOLO PUEDE INVOCARLA Y OBTENERLA LA PARTE QUE HA ESTADO MAL REPRESENTADA O QUE HA CARECIDO DE REPRESENTACION — EN LOS JUICIOS DIVISORIOS NO ES PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACION CONTRA LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL QUE DECLARE PROBADA ALGUNA OBJECION A LA PARTICION Y ORDENE REHACER ESTA, SINO SOLO CONTRA LA SENTENCIA QUE APRUEBA LA SEGUNDA PETICION — NO SIGNIFICA ESTO QUE LA PRIMERA DE DICHAS PROVIDENCIAS NO TENGA EL CARACTER DE SENTENCIA NI QUE EL RECURRENTE DEBA LIMITARSE A ACUSAR LA SENTENCIA POR NO HABER DEBIDO APROBAR EL SEGUNDO TRABAJO PORQUE ESTE NO SE AJUSTABA A LO ORDENADO

1—Jurisprudencia constante de la Corte ha sostenido que no puede invocar y obtener la declaración de nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva sino la parte mal representada o que ha carecido de representación, lo que está de acuerdo con la doctrina de los principales autores de derecho procesal.

2—En los juicios divisorios no es procedente el recurso de casación contra la providencia del Tribunal Superior que declare probada alguna objeción al primer trabajo de partición y ordene rehacerlo. Pero esto no sucede porque se trate de un auto interlocutorio. La providencia que resuelve sobre la partición presentada y las objeciones que se le formulen tiene, sin duda, fuerza de sentencia; no hay lógica cuando se dice que es sentencia si el fallo aprueba la partición, y que es simple auto interlocutorio si declara probada una objeción y ordena rehacer el trabajo. Lo que pasa es que en el último evento la providencia no le pone fín al pleito, como sí sucede en la primera. Así, pues, el fallo que ordena rehacer una partición es en el sentido anotado una providencia interlocutoria con fuerza de sentencia, como otras que existen en nuestro procedimiento, v. gr. las que deciden excepciones en juicio ejecutivo y la de expropiación.

Es contra la sentencia que aprueba la segunda partición por estar ésta de acuerdo con lo dispuesto al decretar la realización del segundo trabajo, que hay lugar al recurso de casación, pues es entonces cuando termina definitivamente la segunda instancia ante el Tribunal. Pero esto no significa que el recurrente en casación deba limitarse al examen de la sentencia basado únicamente en que no debió aprobar el segundo trabajo de partición por no ceñirse a las órdenes impartidas en la primera providencia que declaró probadas las objeciones a la primera partición. Si esto fuera así, las conclusiones a que llegó el Tribunal en la primera providencia, que son las que realmente resuelven sobre los derechos de las partes, quedarían sin impugnación ninguna ante la Corte, por fuéra de la casación, haciendo ineficaz este recurso para los juicios divisorios. Por los motivos expuestos, estima la Corte que en la sentencia del Tribunal que aprueba el nuevo trabajo de partición por encontrarlo de acuerdo con las órdenes impartidas en la providencia que ordenó rehacerlo, se deben considerar implícitas las conclusiones o decisiones de ésta. En consecuencia, pueden los recurrentes en casación formular sus cargos sobre la base de que la proporción aceptada por el Tribunal al decretar el nuevo trabajo de partición y en general las instrucciones que le haya dado al partidor para rehacer su trabajo, no se ajustan a la ley ni a sus derechos debidamente probados en juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Bonilla Gutiérrez)

Pastor González Vásquez otorgó testamento en La Mesa el 1º de enero de 1864 y dijo ser dueño de la Hacienda de Doima en ese Municipio, y tener como hijos legítimos del primero de los tres matrimonios que contrajo, a Eusebio, José María, Anastasio, Cesárea, Marcelino, Gregorio y Guillermo.

Los hijos de Pastor González realizaron extrajudicialmente en 1866 la partición material de dicha hacienda. A Gregorio se le adjudicaron los lotes números 8 y 13, este último en la parte más "montuosa". El lote número 1 se destinó a cubrir las deudas, para cuyo pago fue comisionado Marcelino. Por razones de las cuales no existe constancia, el lote no fue vendido y siguió figurando como bien de la sucesión.

Eusebio González (uno de los hijos de Pastor) hizo testamento el 7 de julio de 1896, víspera de su muerte. En él instituyó como legatarios de sumas de dinero en efectivo a sus hijos naturales y a personas extrañas, y declaró que del remanente de sus bienes serían herederos únicos y universales sus hermanos Marcelino y Gregorio. En la partición de tales bienes se adjudicaron a Marcelino y Gregorio, en cuotas exactamente iguales, 163 fanegadas 2847 v2 del lote número 12 de Doima, y las 5 séptimas partes del suelo y las mejoras del lote número 1 de la misma antigua hacienda de Doima, que Eusebio había adquirido así: una séptima parte como heredero de su padre Pastor, y 4 séptimas partes por compra que hizo de sus respectivos derechos a sus hermanos José María, Anastasio, Cesárea y Guillermo. Cada hijuela comprende pues: 81 fanegadas 6423 ½ v2 del lote número 12, y un derecho proindiviso por la mitad, o sea dos y medio derechos de los cinco que poseía Eusebio de los siete en que fue dividido el lote número 1 de la antigua hacienda denominada Doima. En ambas hijuelas se dice: "Comprendiéndose en ese derecho (el relativo al suelo) las cinco séptimas partes del mismo derecho representadas en las mejoras que existen en ese lote número 1º (Folios 30 a 38 del cuaderno número 4). Lo que quiere decir que a cada uno de los herederos correspondieron 2 ½ derechos sobre las mejoras.

Marcelino y Gregorio González, por medio de la escritura número 438 fechada el 3 de noviembre de 1904 y otorgada ante el Notario de La Mesa, celebraron un contrato de permuta de dos fincas raíces. (folios 19 a 23 del cuaderno número 4). La finca del primero de los contratantes, dice el instrumento, es "un derecho proindiviso por la mitad, o sean dos y medio derechos de los cinco que poseía el finado Eusebio González de los siete en que fue dividido el lote número 1º de la antigua hacienda denominada Doima... Comprendiéndose en ese derecho cinco séptimas partes del mismo derecho representadas en las mejoras que existen en ese lote número 1º"; y a continuación se señalan los linderos de dicho lote, adquirido por adjudicación que se les hizo a los contratantes en la sucesión de Eusebio González. Al determinar la finca del segundo de ellos, se dice que es también "un derecho proindiviso por la mitad, o sean dos y medio derechos de los cinco que poseía el finado Eusebio González de los siete en que fue dividido el lote número 1º de la antigua hacienda denominada Doima...., comprendiéndose en ese derecho cinco séptimas partes del mismo derecho representadas en las mejoras que existen en ese lote número 1º". Seguidamente se lee: "Y además permutan 81 fanegadas 6.423 ½ v.2, mitad de las 163 fanegadas 2.847 v.2 de montaña que el finado don Eusebio poseía en dicha hacienda de Doima y en el lote número 12 que a cada uno de los otorgantes le fueron adjudicados en aquella sucesión, y se hallan deslindados de una manera general así". En la alinderación establecida se ve que ese lote número 12 colinda con los lotes 8 y 13 que a Gregorio le fueron adjudicados en la sucesión de su padre Pastor González. Más adelante agregan los contratantes "que teniendo igual valor los derechos mencionados, y siendo los otorgantes dueños de ellos, respectivamente, y estando en posesión legal de esos derechos, han resuelto de su espontánea y libre voluntad permutar los unos por los otros sirviendo de base los precios establecidos, sin diferencia alguna; **que no se entregan recíprocamente los títulos de propiedad por figurar en ellos varios otros derechos y créditos;** que desde esta fecha se hacen **recíproca entrega** de lo permutado".

Gregorio González hizo su testamento en La Mesa el 1º de abril de 1908 (folios 39 a 40, cuaderno 4). A él pertenecen las siguientes cláusulas: "Segunda.—Tengo como de mi propiedad la finca llamada Anatolí, ubicada en jurisdicción de este Municipio, compuesta de varios globos, que son los que me correspondió por herencia de mis padres, lo que compré a mi hermano Anastasio, lo que **permuté** a mi hermano Marcelino, un potrero llamado La Máquina en jurisdicción

de Cipacón y unas tierras que le compré a Carlos González, todo de conformidad con los títulos que tengo en mi poder. Quinta.—Reparto mis bienes así: A mis sobrinas Mercedes, Trinidad, María y Balbina González, hijas de mi hermana Cesárea González T. les lego lo que me **correspondió por herencia de mi padre,** señor Pastor González Vásquez; a mis sobrinas Julia y Evangelina González, hijas de mi hermano Anastasio, les lego el terreno que compré por escritura pública a Carlos González; el terreno que compré a mi hermano Anastasio se lo lego a Dionisio González y el potrero de La Máquina al mismo Dionisio González; a mi hermano José María le lego las cantidades o sumas de dinero que me adeuda. Séptima.—A los hijos de Dolores Briceño, Guillermina, Eduardo, María Inés y demás hijos que tiene o pueda tener de Carlos González, **le lego el lote que me corresponde en Doima por herencia de mis padres.** Del remanente de mis bienes, dejo como herederas universales a mis sobrinas Julia, Evangelina, Mercedes, Trinidad, María y Balbina González".

Se observa que en la relación de sus bienes Gregorio González C. cita en forma indeterminada "lo que permuté a mi hermano Marcelino", y que no hace el testador referencia a ningún bien o derecho proveniente de la sucesión de su hermano Eusebio; también se advierte que en las cláusulas dispositivas no menciona uno solo de los bienes o derechos que permutó con su hermano Marcelino. Al liquidarse la herencia del expresado Gregorio, se adjudicaron a los hijos de Carlos González y Dolores Briceño los dos y medio derechos sobre el suelo y las cinco séptimas partes sobre las mejoras del lote número 1 de Doima que aquél había heredado de Eusebio y luégo había permutado con Marcelino. Por medio de memorial dirigido al juez de la causa, Elodia B. de González en representación de sus hijos menores, y Francisco González en su nombre por ser ya mayor de edad, se opusieron a que las mejoras fueran incluídas en los inventarios de aquella mortuoria, pero no consta que hubieran hecho objeción alguna a la inclusión de parte del mismo lote en la lista de bienes de tal sucesión.

En el juicio sucesoral de Marcelino González, seguido en La Mesa en 1905, se distribuyeron entre la viuda y los hijos las seis séptimas partes del lote número 1 de Doima y no figuró derecho alguno sobre las 81 fanegadas 6.423 ½ v.2 que Marcelino había heredado de Eusebio y que después permutó con Gregorio. Así consta de las piezas de tal juicio que se han traído a los autos. (Folios 4 a 43 del cuaderno 1º y folios 42 a 48 del cuaderno número 2).

El 29 de julio de 1907 Elodia B. de González, en su propio nombre y como guardadora de sus menores hijos Francisco, María del Carmen, José Guillermo y Gregorio González B., demandó la partición material de un lote de terreno denominado "Doima", ubicado en jurisdicción del municipio de La Mesa, y que formó parte, con el nombre de lote número 1, de la antigua hacienda de Doima. El referido lote de terreno se halla comprendido dentro de los siguientes linderos: "Desde el punto en el camino real que viene de La Mesa para Doima, en donde termina en la cerca de piedra el lindero de Florián por una cerca de piedra que va hacia el oriente en un trayecto pequeño, siguiendo la misma dirección una línea que termina en el cerro o alto de San Juan, en donde hay un mojón de piedra; de este alto, por toda la cuchilla que se dirige de oriente a occidente, hasta encontrar el alto de 'Payacal', en donde está el lindero de la hacienda de este mismo nombre, propiedad del señor José María González; de ahí, desviando un poco hacia el Norte, a dar al alto de 'Silva' donde parte límites la hacienda de 'Buenavista' y la de 'Doima'; y de ahí en línea recta al alto de 'Cucharal' en el extremo de un vallado en donde hay un mojón que sirve de lindero al terreno de 'Alto Grande', propiedad del señor Juan Segura; de aquí descendiendo por el camino que viene de 'Anatolí', por todo éste hasta el alto de 'Gualanday', en donde se encuentra el camino real que viene de La Mesa, todo este camino en vía para La Mesa, hasta en donde se encuentra en la cerca de piedra, el lindero de 'Florián', primer punto de partida".

Los hechos fundamentales de la demanda se exponen así: "Todos los peticionarios somos dueños de derechos proindivisos en el terreno indicado. 2º El señor Gregorio González C. es dueño con nosotros en el mismo lote de terreno, en un derecho igual a la **séptima parte.** 3º El terreno en cuestión no ha sido dividido aún. 4º No conviene a nosotros permanecer en la indivisión ni hay pacto que a ello nos obligue. 5º El terreno de cuya división se trata vale más de diez mil pesos ($ 10.000.00). 6º Dicho terreno está situado en jurisdicción de La Mesa, y por esta razón también es usted competente para conocer del juicio".

Por medio de apoderado, Gregorio González contestó la demanda así: "I. Demandamos ante usted, dicen los actores, la división en partes materiales del terreno mencionado o sea del lote número primero de la antigua hacienda de Doima, llamado hoy con el mismo nombre. II. La antigua hacienda de Doima de que hablan los demandantes, perteneció a Pastor González Vásquez y a su muerte fue materialmente dividida en lotes y adjudicadas a sus hijos Eusebio, José María, Guillermo, Marcelino, Anastasio y Gregorio González. De ello da noticia la primera de las escrituras que presento. III. A Eusebio González le tocaron cinco acciones de las siete en que fue dividido el lote número primero de Doima, comprendiéndose en ellas un derecho igual en las mejoras, consistentes en cañas, potreros, cercas de piedra, casa de habitación, trapiche, hornilla y fondos y los demás utensilios propios para el trabajo"; lote que se deslindó en los mismos términos de la demanda. Vea usted la segunda de las escrituras. IV. Muerto el señor Eusebio González, sus derechos y bienes pasaron a sus hermanos, y a Marcelino y Gregorio les tocó un derecho igual en el expresado lote número 1º consistente en 'un derecho proindiviso por la mitad, o sean dos y medio derechos de los cinco que poseía el finado Eusebio González de los siete en que fue dividido el lote número primero de la antigua hacienda de Doima... comprendiéndose en este derecho cinco séptimas partes del mismo derecho, representadas en las mejoras que existen en ese lote número primero..." Véase la tercera escritura cuyas declaraciones **hacen plena fe** contra el señor Marcelino González y sus sucesores, según los artículos 1759 y 1836 del Código Civil. Esta misma escritura es enteramente reciente: es de 1904, el año que precedió a la muerte del señor Marcelino González. Lo expuesto acredita que la comunidad que se quiere dividir está formada, no sólo de la extensión territorial que deslinda la demanda, sino de varias mejoras hechas en ella, que también son comunes y deben ser objeto de división. En tal virtud, contesto la demanda que se me ha notificado **expresando que convengo en ella siempre que se decrete la división comprendiendo las mejoras en referencia.** Si no se decreta en esa forma es entendido que me opongo a fin de que, previo un juicio pleno, se decida que las mejoras son comunes, que deben incluírse en la partición y adjudicarse en ellas a mi cliente la cuota que le corresponda conforme a su derecho". (Folios 44 a 46, cuaderno 1º).

Por haber aceptado Gregorio González la demanda manifestando que no se oponía a ella siempre y cuando que se decretara también la división de las mejoras existentes en el lote común, a lo cual se opusieron los demandantes, el Juez Primero de La Mesa en auto de 16 de septiembre de 1907 ordenó que el juicio se tramitara por la vía ordinaria, a virtud de lo dispuesto en el artículo 1297 del Código Judicial vigente entonces. (Véanse folios 47, 67 y 77 del cuaderno número 1). Los demandantes apelaron de esta providencia y el Tribunal Superior la revocó, ordenando en su lugar la partición material del lote número primero de Doima (folios 90 a 91, cuaderno número 1º). En auto posterior del mismo año de 1907 el Tribunal adicionó su proveído en el sentido de que debían partirse también las mejoras en proporción a los derechos de cada cual (folio 93).

El 19 de marzo de 1914 los demandantes desistieron del juicio pero el Juzgado en providencia de los mismos mes y año se abstuvo de admitir el desistimiento.

En marzo de 1912 Carlos González, obrando en nombre de sus hijos menores José Sandalio, María Inés, Guillermina, Ana Tulia, María Elisa, Carlos, Ana María y María Zoila González, solicitó que con audiencia de Eulodia B. de Gonlez, viuda de Marcelino González, y Francisco, Carmelita, Guillermo, Gerardo y Gregorio González, hijos de Marcelino y Elodia, se decretara la división material de un globo de tierra denominado Doima, ubicado en jurisdicción de La Mesa y con los mismos linderos citados en la demanda de Elodia de González y sus hijos contra Gregorio González G.

Los demandantes afirman ser dueños de dos y medio derechos de los cinco que poseía Eusebio González de los siete en que fue dividido el lote número uno de la antigua hacienda de Doima, y de las cinco séptimas partes de las mejoras que existían en dicho lote a la muerte de Eusebio González. Sostienen que Gregorio González les legó por testamento los derechos sobre el suelo y las mejoras que pretenden, y que tanto los unos como los otros les fueron adjudicados al liquidarse la sucesión de aquél.

Este juicio se acumuló al iniciado en 1907 por los sucesores de Marcelino González contra Gregorio González.

Como los demandados negaron a los actores el derecho de dominio, se dio a la oposición el trámite correspondiente al juicio ordinario. En sentencia de 22 de mayo de 1915, el Juez Primero del Circuito de La Mesa negó la partición demandada y declaró probadas las excepciones perentorias de petición indebida y falta de derecho de los demandantes, hijos de Carlos González. El Tribunal decidió la apelación consiguiente, en fallo fechado el 23 de agosto de 1916, desechando las excepciones propuestas y decretando la división (folios 22 v. y siguientes, cuaderno número 9).

Los demandados Elodia de González y sus hijos interpusieron recurso de casación. La Corte, en fallo del 22 de febrero de 1919, no casó la sentencia del Tribunal (folios 20 a 32 del cuaderno número 12).

En el fallo a que se acaba de hacer mención, dijo el Tribunal: "La cuota que haya de corresponder a cada comunero en el predio referido, será fijada por el partidor que se nombre, teniendo éste en cuenta las reglas señaladas por la ley en relación con las pruebas que se hayan aducido por las partes y con las que antes de practicar este trabajo se presenten en legal forma". En cumplimiento de lo dispuesto en la anterior sentencia, y luégo de hechos la mensura y avalúo del lote número 1 de Doima, el partidor nombrado, doctor Aquilino Gaitán, presentó su trabajo con fecha 12 de febrero de 1942 (véanse dictamen pericial y primer trabajo de partición a los folios 39 a 42 v. y a los folios 51 a 67 del cuaderno número 13. La ampliación del informe de los peritos avaluadores se ve a los folios 46 a 47 v. del mismo cuaderno número 13). El partidor hizo la distribución así: Una séptima parte para "los hijos de Carlos González y Dolores Briceño", y las seis séptimas partes restantes, para "Gregorio González B., hijos de Elodia B. de González y herederos universales de Gregorio González".

Al darse traslado del anterior trabajo a los demandantes, éstos lo objetaron. El juzgado del conocimiento declaró infundadas las objeciones y aprobó el trabajo de partición (folios 14 a 16 del cuaderno número 15). De este fallo apeló la parte objetante, y el Tribunal, en providencia de 6 de noviembre de 1942, ordenó rehacer el trabajo de modo que fueran adjudicados a los "hijos de Carlos González y Dolores Briceño" cinco catorceavos (2½ derechos de los cinco que poseía su causante Eusebio González, en las siete partes en que se dividió primitivamente el lote), y a los demandados herederos de don Marcelino, y "herederos de Gregorio González G.", los nueve catorceavos restantes (folios 35 a 40 del cuaderno número 15).

El partidor presentó la partición rehecha, el 21 de marzo de 1946 (folios 75 a 86 del cuaderno número 15). Este nuevo trabajo también fue objetado por los demandantes alegando no estar ceñido a lo dispuesto por el Tribunal, pero el juez de la causa en fallo fechado el 17 de febrero de 1948 declaró infundadas las objeciones y aprobó la partición (folios 119 y siguientes del cuaderno 15). Apelada por ambas partes la providencia del juez, el Tribunal la confirmó en sentencia de 17 de noviembre de 1948 (folios 137 a 140 del cuaderno número 15).

Contra este fallo se ha interpuesto por las dos partes el recurso de casación que la Corte va a decidir.

El recurso

Para proceder en orden lógico se estudiarán primero las acusaciones del apoderado de Gregorio González Bernal.

Cargo de nulidad

Este recurrente divide en dos capítulos su demanda. El segundo se refiere a supuestos vicios de nulidad que afectan el proceso. Por la índole de este cargo, la Corte lo estudia en primer término.

Se alega que el señor Juez de primera instancia no reconoció al Dr. Fernando Anzola como apoderado de Carlos y Rafael González B., y que por consiguiente es ilegítima la intervención de aquél como representante judicial de éstos, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 448, en relación con los artículos 269, 256 y 258 del Código Judicial. Considera el recurrente que de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones legales citadas y en armonía con lo establecido en el artículo 455, el Tribunal ha debido declarar la nulidad de lo actuado desde que el doctor Anzola presentó el escrito sobre objeciones a la partición.

Se aduce también como causa de nulidad el hecho de no estar probado en el juicio que varios

de quienes aparecen como interesados en él sean hijos de Carlos González y Dolores Briceño, y que por consiguiente su intervención en el divisorio es ilegítima al tenor de lo establecido en el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial. Se agrega que el Tribunal ha debido declarar la nulidad de lo actuado, apoyándose en este otro fundamento.

Un tercer motivo de nulidad invocado por el recurrente consiste en que Carlos González se presentó a conferir el poder que obra al folio 1º del cuaderno 15 en nombre de la menor Leonor González, sin haber demostrado que tenga el carácter de representante legal de esa menor.

Otra causa de nulidad la hace consistir el recurrente en que varios de los hijos de Carlos González hace mucho tiempo llegaron a la mayor edad, sin que por ello su padre hubiera dejado de seguirlos apersonando en el juicio.

La actuación es nula de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial, dice por último el recurrente, porque Carlos González hizo figurar entre sus hijos a José Sandalio y a Ana María, sin que estas personas hayan vuelto a figurar en el juicio, debiendo ser mayores de edad hace largo tiempo.

Se considera:

Para objetar la partición bastaría con obrar a nombre de uno de los comuneros. Desde que el juzgado no reconoció al doctor Anzola como apoderado de Carlos y Rafael González B., aquél no ha podido representar sino a las personas de quienes sí se le reconoció como apoderado.

Aceptando que no se halle probado que varios de quienes actúan como interesados en el juicio, sean hijos de Carlos González y Dolores Briceño, este hecho no implica que el proceso adolezca de vicio. La falta de personería sustantiva de alguna de las partes no es causal de nulidad, pues ésta se refiere únicamente a la personería adjetiva. Y como, la acción de cualquiera de los comuneros beneficia a la comunidad, sería suficiente que la personería de uno de ellos estuviera acreditada.

Por lo demás, jurisprudencia constante de la Corte ha sostenido que no puede invocar y obtener la declaración de nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva sino la parte mal representada o que ha carecido de representación, lo que está de acuerdo con la doctrina de los principales autores de derecho procesal.

Lo dicho basta para declarar infundadas las causales de nulidad invocadas en el capítulo segundo de la demanda.

Cuarto Cargo.—Son apartes del capítulo 1º, cuarto cargo, los siguientes: "El Tribunal quebrantó en la sentencia lo dispuesto en los artículos 2322, 2335 y 2338 del Código Civil. Conforme a lo preceptuado en la última disposición legal citada, la finca en donde se halla radicada la comunidad, se hará avaluar por peritos y su valor total se distribuirá entre todos los interesados en proporción a sus derechos, y hecha esta distribución se debe proceder a adjudicar a cada interesado una porción de la cosa común que cubra el valor de su derecho. Y esto porque siendo la comunidad una copropiedad de varias personas sobre una cosa, el derecho de propiedad en lo que se refiere a cada uno de los comuneros no puede mermarse al proceder a la división material. En el presente caso doña Elodia Bernal y sus hijos tienen en la comunidad de la finca Doima seis séptimas partes de las siete en que quedó dividida la comunidad al liquidarse la sucesión de Pastor González Vásquez, así: una séptima parte que le correspondió a Marcelino en su calidad de hijo de Pastor González; dos y media quintas partes de las siete en que quedó constituída la comunidad que recibió el mismo Marcelino por herencia de su hermano Eusebio, y las otras dos y media quintas partes que adquirió por virtud de la permuta celebrada con Gregorio González G. y de que trata la escritura pública Nº 438 de 13 de noviembre de 1904. De suerte que al liquidarse la comunidad y proceder a dividirse entre los comuneros el valor en que estimó la comunidad de Doima, debía atribuírsele a doña Elodia y sus hijos seis séptimas partes, para de esta suerte pagar el valor total de los derechos que en tal comunidad tienen. Pero no se hizo así, porque el Tribunal le desconoció a la parte a quien represento dos y media quintas partes de las siete en que está dividida la comunidad de Doima, o sean los dos y medio quintos de las siete partes en que se halla dividida la comunidad que Marcelino adquirió por virtud de la permuta celebrada con Gregorio González G., y se dan como razones las que en seguida resumo: Que Gregorio González G. a pesar de habérsele concretado por la parte demandante en el juicio divisorio seguido por Elodia Bernal y sus hijos a una séptima parte, y haberse presentado precisamente como prueba la distribución de bienes que se hi-

zo en la sucesión de Marcelino González, división en la cual se incluyeron los derechos o cuotas que Gregorio González G. heredó de su hermano Eusebio, y haberse aceptado expresamente por éste la división del suelo en la forma pedida, pues la oposición condicional que hizo se refirió a otra cosa, y el juzgador de entonces entendió que esa pretensión no constituía materia de oposición, con todo según el Tribunal esta aceptación clara, expresa y concluyente de Gregorio González G. no es nada, por lo cual al estimarla incurrió en un franco error de derecho. También se afirmó que las providencias judiciales dictadas en el juicio divisorio seguido por Elodia Bernal de González y sus hijos contra Gregorio González G., por cuanto no expresaron en forma concreta y clara en qué proporción debía dividirse la comunidad entre los interesados, por eso le es lícito al juzgador de hoy ordenar la división en la forma que le parezca, lo que contraría francamente lo resuelto en el año de 1907 por el Tribunal, porque allí se decretó la división como se pidió, desde luego que no hubo oposición por parte del demandado, es decir seis séptimas partes para los demandantes y una séptima parte para el demandado. El Tribunal al no estimar en la forma indicada el fallo en el cual se decretó la división, incurrió en error de derecho al estimar los elementos de prueba correspondientes. Ahora, si se tiene en cuenta que al proponer Carlos González en nombre de sus hijos un nuevo juicio divisorio de la finca de Doima, en él se decretó también la división pero con la facultad expresa para el partidor de la determinación de la cuota de cada comunero, por lo mismo el Tribunal no puede encontrar oposición entre los dos fallos en donde se decretó la división, y al contrario el primero complementa el segundo, sobre todo en lo referente a los derechos que cada comunero tiene en la finca de Doima. Por este otro aspecto, el Tribunal viola la presunción de cosa juzgada, tal como lo dije en otro lugar. "Por último el Tribunal estimó que la escritura pública Nº 438 de 13 de noviembre de 1904 en donde se hizo constar una permuta celebrada entre Marcelino González y Gregorio González, no tuvo ningún resultado jurídico, porque en sentir del Tribunal los permutantes entendieron que se transmitían recíprocamente las cuotas que los dos tenían en las fincas a que se refiere la escritura". Pero como ya lo he dicho o explicado atrás la permuta de que trata la escritura pública número 438 de 13 de noviembre de 1904, tuvo por resultado el que Marcelino se quedara con los derechos que Gregorio tenía en la finca de Doima heredados de su hermano Eusebio, por eso no se opuso a la división intentada por Elodia Bernal de González y sus hijos, ni dispuso tampoco de tales derechos en su testamento. La prueba inequívoca de esta afirmación está en la carta que figura al folio 4 del cuaderno Nº 17 y que el Tribunal no ha estimado en ninguna forma. En consecuencia el Tribunal incurrió en error de derecho y en error de hecho en la apreciación de las pruebas citadas, lo que, lo llevó a quebrantar la ley sustantiva, en la forma en que queda demostrado".

Atrás había dicho sobre el particular el recurrente: "La escritura pública Nº 438 de 13 de noviembre de 1904 extendida en la Notaría de La Mesa y firmada o extendida por Marcelino González y Gregorio González G. contiene una permuta celebrada entre estos dos de unas fincas ubicadas en el Municipio de La Mesa. Es verdad que en dicha escritura, en la primera parte, los contratantes se limitan a enunciar los derechos que cada uno de ellos tenía en la finca de Doima, y luego agregan que también permutan unas fanegadas de tierra que describen en la misma escritura. Es decir, tal vez teniendo en cuenta el tenor literal de la escritura pudiera presentarse alguna duda en cuanto a la finalidad buscada por las partes al celebrar el contrato de permuta, aun cuando los contratantes expresan en ella en forma absolutamente concreta y precisa su ánimo de permutar unas fincas, y no es aceptable que un juzgador no le dé algún mérito al contenido de esa escritura, pretendiendo que los contratantes, se limitaron en la referida escritura a permutar una cuota de la misma extensión por otra cuota que tenía en cada una de las fincas a que hace referencia la escritura, porque para entender el contenido de ese instrumento público en tal sentido, sería preciso suponer que los autores del contrato eran absolutamente inconscientes o incapaces por completo para apreciar la finalidad de un acto jurídico determinado, y esto sobre ser inaceptable se halla contradicho con las piezas del expediente, sobre todo si se pasa la vista por las cartas que se hallan en el cuaderno 17 del expediente y que forman los folios 1º y 4º, pues el texto de esas cartas no solamente deja comprender que Gregorio González G. era un hombre precavido, sino que hasta se excedía en

las medidas de previsión en tratándose de negocios. Pero es bueno anotar desde ahora que el contenido de la carta que corre al folio 4 explica el contenido de la escritura en cuestión, en tal forma que no queda duda alguna en cuanto a lo convenido o hecho por las partes en tal contrato. Es más, la conducta observada por Gregorio González mientras vivió, demuestra en forma nítida, que él entendió que por virtud de lo acordado en la citada escritura Nº 438 de 13 de noviembre de 1904, por su parte se desprendió de los derechos que tenía en la finca de Doima por herencia de su hermano Eusebio, y adquirió en cambio los derechos que Marcelino tenía en la otra finca que llegó a ser parte integrante de Anatolí. Así se explica que Gregorio González al tener conocimiento que los hijos de Marcelino se habían dividido entre sí los derechos que él mismo le había vendido a Marcelino en la hacienda de Doima y presentársele como prueba las hijuelas correspondientes en el juicio divisorio intentado contra él por Elodia González y sus hijos, no solamente no protestara por tal distribución, sino que convino expresamente en la división, reclamando sólo unas mejoras. Se explica así también por qué en su testamento Gregorio González dispone de las fanegadas que él había comprado a su hermano Marcelino en la finca que formaba el número 12 al dividir la gran hacienda de Doima y que luego llegó a ser parte integrante de Anatolí, y en cambio en ese testamento tan sólo hace referencia al derecho que tenía en la hacienda de Doima por herencia de sus padres. Se interpreta un acto contractual que sea oscuro o dudoso, pues un contrato o mejor la prueba de él que sea absolutamente nítida en su forma, el juzgador no tiene más misión que aceptarlo como las partes lo han acordado. En el presente caso si el contenido de la escritura pública Nº 438 de 13 de noviembre de 1940 fuera un tanto dudoso o ambiguo en sus expresiones, la conducta observada por las partes demuestra en forma inequívoca cuál fue su finalidad, y si un juzgador una vez que haya conocido claramente la voluntad de las partes contratantes, no le da valor alguno a un contrato, quebranta en forma inequívoca los preceptos sustantivos y que yo he citado en este caso".

Se considera:

En la relación de los antecedentes que se hizo atrás aparece transcrita la parte fundamental de la escritura Nº 438 de 1904, y a ella se refiere la Sala. En síntesis, sucedió que los señores Gregorio y Marcelino González eran comuneros por iguales partes en dos globos de terreno que llevaban los números 1 y 12 de la antigua hacienda de Doima, y procedieron en virtud de la escritura referida a permutar sus respectivos derechos en tales propiedades. El Tribunal estimó que por la redacción sin duda ambigua y deficiente del contrato, ningún efecto jurídico real se había producido con él, porque cada contratante había transferido igual cuota al otro en cada inmueble, quedando por tanto la comunidad en exacta situación que antes.

Pero el anterior concepto del Tribunal está reñido con elementales principios de interpretación de los actos jurídicos, que ordenan estarse más a la intención de las partes que a lo literal de las palabras, y buscarle efectos al acto celebrado. Es absurdo pensar que los contratantes persiguieran esa mutación simbólica e inútil de derechos, puesto que tratándose de indivisión tal cosa a nada conducía, y, más aún, no tenía ningún sentido práctico ni jurídico. Para la Corte no hay duda de que los contratantes quisieron llevar a cabo una permuta real con la cual pusieran fín a la comunidad anterior sobre los dos inmuebles, quedando uno de ellos (Gregorio) como dueño exclusivo del lote número 12 y el otro (Marcelino) con los derechos que al primero le correspondían en el lote número 1. Por tal motivo le determinaron precios a los derechos en los dos inmuebles. Además, sabido es que el mejor camino para entender la intención de las partes de un contrato, es conocer la forma como fue ejecutado por ellas. Y en este caso, de las disposiciones testamentarias de Gregorio y de la partición efectuada en la sucesión de Marcelino, aparece que Gregorio se consideró dueño únicamente de una séptima parte del lote número 1 por haberle venido de la sucesión de su padre; y el lote número 12 fue anexado por ésta a su hacienda colindante llamada Anatolí, anexión que fue sin duda lo perseguido con la comentada permuta. Por otra parte, en la partición de bienes de la sucesión de Marcelino González no se incluyó en forma alguna derechos sobre el lote número 12, lo que corrobora que a virtud de la permuta éste quedó exclusivamente de propiedad de Gregorio. En el juicio no se alegó y menos se probó, que Marcelino hubiera transmitido a ter-

ceros los derechos que habría conservado en el lote Nº 12, de no haber tenido efectos reales la permuta hecha con su hermano Gregorio.

Debe tenerse también en cuenta que Gregorio González G., al dar contestación a la demanda de Elodia B. de González y de sus hijos en 1907, nada dijo respecto a lo sucedido posteriormente a la adjudicación por igual de derechos proindivisos sobre el lote en la sucesión de Eusebio González, salvo la referencia a la escritura de 1904. Pero esta referencia, sin la menor duda, se hizo para sustentar la afirmación de que le correspondían también derechos sobre las mejoras y que por tanto la división material no debía limitarse al terreno sino comprender también las mejoras, las cuales sostuvo que eran comunes. A la afirmación categórica hecha en dos pasajes de la demanda, —tanto en los antecedentes como en los hechos fundamentales—, de que al demandado sólo le correspondía una séptima parte en el terreno, no opuso éste en su contestación negativa alguna, no contrapuso hecho diferente, ni en ninguna otra forma, ya fuese directa o indirecta, trató de desvirtuarla. Claramente aparece que todo el desacuerdo planteado en la contestación se limitó al punto de la comunidad de las mejoras, pero sin determinar la proporción en que pudieran ser distribuídas conforme al derecho del demandado.

En realidad, ninguno de los hechos fundamentales de la demanda fue contradicho por el demandado, ya que en aquélla no se negó el derecho que pudiera corresponderle a éste sobre las mejoras. Por el contrario, ninguna referencia se hizo a ellas, pues se habla en general de que los demandantes son dueños de derechos proindivisos en la hacienda denominada Doima, (formada por el lote número 1 de la antigua propiedad del mismo nombre). Y al aseverar, como lo hicieron, que a virtud de tales derechos les corresponden a ellos las seis séptimas partes y al demandado una séptima parte, estaban indicando con absoluta claridad que cada porción comprendía el suelo y las mejoras consiguientes. Así planteado el asunto, la adición hecha por el demandado con el sentido de que la partición comprendiera también las mejoras comunes, era cosa natural que de la demanda se hubiera deducido a todas luces.

Tan cierto es que no existió contradicción entre la demanda y su contestación, que el Tribunal Superior decretó la división material en providencia de fecha 27 de noviembre de 1907. Por medio de ella revocó el auto del Juzgado por el cual se había dispuesto que el juicio se convirtiera en ordinario, teniendo en cuenta que existía oposición. Como muy bien lo observó entonces el Tribunal, "la oposición se hace no a la división en sí sino a que ésta se verifique sin tener en cuenta las mejoras y demás accesorios del terreno. Y como la prescindencia de éstos, es imposible al hacer la división, débese concluir que no existe la oposición que aparentemente hizo el demandado. Se dice que es imposible prescindir de las mejoras y demás accesorios del suelo al hacer la división, porque éstos o pertenecen a la comunidad o a alguno de los comuneros y en ambos casos como hacen parte del suelo necesariamente tienen que ser adjudicados conforme a las reglas que para el caso determina la ley. De lo expuesto se deduce que no habiéndose hecho en realidad oposición a la división puesto que ésta ha de referirse al suelo con las mejoras en él existentes, no es el caso de dar aplicación a lo que preceptúa el artículo 1297 del C. J., sin que ello implique violación del artículo 835 de la citada obra, toda vez que la división del suelo no puede llevarse a cabo sin la división de las accesorias del mismo".

El contrato de permuta comentado fue, pues, real y efectivo, y por virtud de él en el lote número 1, objeto del presente juicio divisorio, le deben corresponder a los sucesores de Marcelino González las seis séptimas partes de dicho lote.

El artículo 2338 del Código Civil dispone que para los efectos de la partición la finca se debe distribuir entre todos los interesados en proporción a sus derechos y que se debe adjudicar a cada uno una porción de la cosa común que cubra el valor de su cuota. En consecuencia, al desconocer el Tribunal el derecho de los sucesores de Marcelino González en la seis séptimas partes del lote número uno de la antigua hacienda de Doima, debido a error de hecho y de derecho en la estimación de la prueba resultante del contrato de permuta celebrado entre Marcelino y Gregorio González por medio de la escritura Nº 438, fechada el 3 de noviembre de 1904, violó sin duda alguna el citado artículo 2338 del Código Civil, por infracción indirecta.

Es el caso de observar, que en estos juicios divisorios no es procedente el recurso de casación contra la providencia del Tribunal Superior que declare probada alguna objeción al primer trabajo de partición y ordene rehacerlo. Pero esto

no sucede porque se trate de un auto interlocutorio, como equivocadamente lo entendió el Tribunal en el presente juicio al proferir el auto de 11 de diciembre de 1942 (folio 51 cuaderno Nº 15). La providencia que resuelve sobre la partición presentada y las objeciones que se le formulen, tiene sin duda, fuerza de sentencia; no hay lógica cuando se dice que es sentencia si el fallo aprueba la partición, y que es simple auto interlocutorio si declara probada una objeción y ordena rehacer el trabajo. Lo que pasa es que en el último evento la providencia no le pone fín al pleito, como sí sucede en el primero. Así, pues, el fallo que ordena rehacer una partición es en el sentido anotado una providencia interlocutoria con fuerza de sentencia, como otras que existen en nuestro procedimiento, v. gr., las que deciden excepciones en juicio ejecutivo y la de expropiación.

Es contra la sentencia que aprueba la segunda partición por estar ésta de acuerdo con lo dispuesto al decretar la realización del segundo trabajo, que hay lugar al recurso de casación, pues es entonces cuando termina definitivamente la segunda instancia ante el Tribunal. Así ha sucedido en este juicio. Pero esto no significa que el recurrente en casación deba limitarse al examen de la sentencia basado únicamente en que no debió aprobar el segundo trabajo de partición por no ceñirse a las órdenes impartidas en la primera providencia que declaró probadas las objeciones a la primera partición. Si esto fuera así, las conclusiones a que llegó el Tribunal en la primera providencia, que son las que realmente resuelven sobre los derechos de las partes, quedarían sin impugnación ninguna ante la Corte, por fuera de la casación, haciendo ineficaz este recurso para los juicios divisorios. Por los motivos expuestos estima la Corte que en la sentencia del Tribunal que aprueba el nuevo trabajo de partición por encontrarlo de acuerdo con las órdenes impartidas en la providencia que ordenó rehacerlo, se deben considerar implícitas las conclusiones o decisiones de ésta. En consecuencia pueden los recurrentes en casación formular sus cargos sobre la base de que la proporción aceptada por el Tribunal al decretar el nuevo trabajo de partición y en general las instrucciones que le haya dado al partidor para rehacer su trabajo, no se ajustan a la ley ni a sus derechos debidamente probados en juicio.

Lo dicho es lo que ha ocurrido en el caso de autos. La aprobación del segundo trabajo de partición se hizo en la sentencia de 1946; y como está probado que ésta conlleva error de hecho y de derecho en la apreciación del valor probatorio de la escritura número 438 de 1904, lo que a su vez condujo al Tribunal a violar por infracción indirecta el artículo 2338 del Código Civil, procede CASAR la sentencia y en su lugar dictar la que corresponde a derecho.

Por consiguiente, es el caso de aprobar el primer trabajo de partición y ponerle fín a este largo litigio que lleva 44 años de duración.

Innecesario resulta examinar los otros motivos de casación alegados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial. Tampoco considera la Corte los cargos formulados por el otro recurrente, doctor Fernando Anzola, porque ellos se refieren al hecho de no haberse ajustado el segundo trabajo de partición a lo ordenado por el Tribunal; y aprobado como queda el primer trabajo por medio de esta sentencia, las objeciones al segundo resultan fuera de lugar.

Sentencia:

Habiendo quedado determinada la proporción de derechos indivisos respecto a los sucesores del señor Marcelino González y a los representantes de Gregorio, en el sentido de que a los primeros les corresponden seis séptimas y a los últimos una séptima parte, es el caso de definir si el primer trabajo de partición realizado por el doctor Aquilino Gaitán se ciñe a esta proporción y a las normas legales sobre la materia en su forma y contenido, o si por el contrario, ésto no sucede y se debe ordenar que se rehaga el trabajo.

En cuanto a la proporción de derechos encuentra la Corte que el primer trabajo de partición que obra en el cuaderno Nº 13 a los folios 51 a 67, se ajusta a la proporción indicada, ya que precisamente se le adjudicó una séptima parte a los hijos de Carlos González y Dolores Briceño, y las seis séptimas partes restantes a "Gregorio González B., hijos de Elodia B. de González y herederos universales de Gregorio González G.".

En cuanto a la manera como se realizó en general este trabajo, también estima la Corte que se cumplieron las disposiciones legales sobre la materia, y que hubo esmero en su realización, pues se procedió al levantamiento de un plano

bastante detallado y se determinaron por medio de concepto de peritos los distinos valores y cabida de las tierras y mejoras anexas, de tal manera que lo adjudicado a cada parte aparece como equitativo y justo para pagarles sus respectivos derechos.

Por todas las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrio Judicial de Bogotá el 17 de noviembre de 1948, revoca la sentencia del Juzgado que aprobó la partición rehecha, y en su lugar falla el pleito así:

Primero.—Apruébase el primer trabajo de partición sobre el lote número uno (1) de la antigua hacienda de Doima;

Segundo.—Inscríbanse la partición y esta sentencia en el libro de causas mortuorias de la Oficina de Registro del circuito de La Mesa y protocolícese el expediente en la Notaría que escojan los interesados.

Sin costas por haber recurrido ambas partes.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

VENTA DE PREDIOS RUSTICOS CON RELACION A SU CABIDA — QUE SE ENTIENDE POR PREDIO RUSTICO PARA ESTOS EFECTOS — CUANDO PUEDE CONSIDERARSE QUE LA VENTA SE HA HECHO CON RELACION A LA CABIDA, Y NO COMO CUERPO CIERTO — LA MEDIDA APROXIMADA NO PERMITE ENTENDER QUE LA VENTA SE HA HECHO CON RELACION A LA CABIDA— NO ES ACEPTABLE QUE EN TRATANDOSE DE PREDIOS RURALES LA CABIDA ES CONDICION INDISPENSABLE DE TODA VENTA — LA INCONFORMIDAD DE LAS PARTES CON LAS TESIS DEL FALLO NO ES CAUSAL DE CASACION Y NO CONSTITUYE INCONGRUENCIA

El artículo 1887 del C. C. habla de predio rústico, únicos a los cuales son aplicables ésa y la siguiente disposición, según lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia, fundándose, entre otras razones, en que el texto legal emplea el vocablo, como lo hacen otros del Código Civil (496, 1813, 2036 y ss), cuando quiera que el legislador contrapone los predios urbanos a los de aquella naturaleza para establecer distinciones entre ellos para determinados fines. Pero a falta de definición legal de lo que ha de entenderse por rústico, el significado propio de esta palabra, no siempre fácil de precisar, ha de buscarse acudiendo a su sentido natural y obvio, según el uso general, aplicando las reglas del artículo 28 del C. C. y de allí aparece que la rusticidad de los predios se caracteriza por su destinación permanente a explotarlos por sus frutos naturales, a diferencia de los predios urbanos, en que el beneficio resulta de sus frutos civiles. El predio rústico, por ejemplo, no deja de serlo porque se acostumbre darlo en arrendamiento, si los arrendatarios lo toman para una explotación natural, ni influye necesariamente en su calidad el hecho de la ubicación, pues se comprende que dentro de los límites de una ciudad pueden existir fundos rústicos, del mismo modo que en el campo predios urbanos. Y si las dos modalidades se reúnen en un inmueble, éste será rústico o urbano según el elemento predominante, estimándose como tal el que tenga mayor valor económico. Una heredad se mirará como rústica si la buena calidad y el precio de sus tierras prevalece sobre las edificaciones en ella existentes, y al contrario, si éstas son más importantes y valiosas que aquéllas, la heredad deberá considerarse como urbana. Pero no se pierda de vista que estas ideas son simples pautas para ayudar a resolver, en cada caso concreto, en que pueden influir circunstancias diversas, lo que esté más de acuerdo con la realidad y finalidad de las cosas.

Las disposiciones del Código que reglamentan la venta de predios rústicos con relación a su cabida son preceptos de excepción, en cuanto se apartan de las reglas generales. Así se explica que si lo vendido mide más que lo declarado, el comprador hace suyo el exceso con sólo aumentar proporcionalmente el precio, sin que pueda el vendedor evitarlo alegando que no ha vendido el excedente. Del mismo modo, si lo vendido mide menos y no puede el vendedor completar la cabida declarada, el comprador ha de conformarse con una disminución proporcional del precio, sin que le sea posible desistir del contrato cuando la diferencia no alcanza al límite señalado por la ley.

Y son también dichas disposiciones excepciones de las que regulan la venta de predios como cuerpo cierto, en que ni el vendedor ni el comprador tienen derecho de pedir aumento o rebaja del precio, sea cual fuere la cabida y aunque ésta se haya declarado en el contrato (artículo 1889 C. C.). El artículo 1887 establece en qué casos se entiende hecha la venta con relación a la cabida, para terminar diciendo que "en todos los demás se entenderá venderse el predio o predios como cuerpo cierto", lo cual constituye la regla, a que debe inclinarse el juzgador en los casos dudosos, en

virtud del principio de que la disposición excepcional es de interpretación estricta. No es permitido extenderla a casos no comprendidos claramente en ella.

El artículo 1887, aunque impropiamente dice que se vende con relación a la cabida "siempre que ésta se expresa de cualquier modo en el contrato", da la pauta o criterio indispensable para que pueda considerarse que el fundo se vendió en atención a la medida de su extensión. Dicha pauta no es otra que la influencia determinante de la cabida en la estipulación del precio. Por eso, aunque el área se indique exactamente en el contrato, la venta será como de cuerpo cierto si no hay duda de que para los contratantes la cabida mayor o menor fue indiferente, no sirvió de factor decisivo en la fijación del precio. Y, a la inversa y con aplicación del mismo criterio, si en el contrato no hay dato alguno revelador de que los contratantes atribuyeron importancia principal a la medida superficiaria del terreno para convenir el valor de la venta, ni esa intención se demuestra por otros medios, no habría base legal para deducir que el negocio se pactó con relación a la cabida. Y mucho menos la habría si del contrato y de las otras pruebas del proceso puede inferirse rectamente la intención contraria. No habría entonces razón, para aplicar las normas de excepción en vez de la regla general, por más que la cabida exacta se haya expresado en el contrato.

La tarea del juzgador en tales casos es interpretativa de la convención, en busca de la intención de los contratantes, cuando el pacto no sea claro al respecto.

En sentencia de 31 de octubre de 1947 (G. J., Tomo LXIII, pág. 93) dijo la Corte: "se entiende efectuada una compraventa con relación a la cabida cuando es la extensión del predio el móvil determinante que induce a contratar, y tal móvil se expresa en el contrato con entera certeza para que pueda reflejar en las regulaciones legales que dirigen esa modalidad del contrato; si el motivo o estímulo de la declaración de voluntad permanece extraño a la contratación, si se mantiene en el ánimo del comprador sin manifestarse legalmente, no puede comunicar ni imprimir al contrato ningún aspecto en cuya virtud el fín inexpresado obre más tarde para condicionar, para disminuir o para ampliar la eficacia de alguna de sus cláusulas. El artículo 1887 del C. C. destaca la compraventa por cabida como un fenómeno más o menos excepcional, reglamentado por la ley en previsión de su posible ocurrencia, pero que para adquirir virtualidad propia en el dominio contractual ha de manifestarse con inequívocos caracteres; entre estos actos es desde luego el más importante, como que absorbe toda la expresión del consentimietno condicionado, la exactitud en la enunciación de la cabida, sin la cual no es posible determinar el móvil ni darle consecuencias ulteriores en caso de discrepancia de lo pactado con la realidad objetiva, gobernada por el precepto subsiguiente al citado".

2.—La ley no ha definido lo que ha de entenderse por aproximación de una medida ni ha dado al respecto regla alguna. La general que contiene el artículo 1870 del C. C., que da al comprador el derecho opcional de desistir del contrato o de darlo por subsistente abonando el precio a justa tasación, exige que falte una parte CONSIDERABLE de la cosa vendida. Pero en la venta de predios rústicos con relación a su cabida, rige la norma excepcional del artículo 1888, que sólo autoriza al comprador para desistir del contrato cuando el PRECIO de la cabida exceda de una décima parte de la real, o cuando el precio de la cabida que falte alcance a más de una décima parte de la cabida completa.

Cuando la venta se hace como de cuerpo cierto —rústico, se entiende— la cabida no importa. Sea cual fuere, ninguna de las partes tendrá derecho de pedir rebaja o aumento del precio, y el desistimiento del contrato por parte del comprador sólo será posible cuando, habiéndose vendido con señalamiento de linderos, no se entregue todo lo comprendido en ellos, caso en el cual se aplica lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1888.

3.—La medida aproximada no permite entender que la venta se ha hecho con relación a la cabida, pues ésta, según el artículo 1877, debe, lo mismo que el precio total, resultar en todo caso de los datos del

contrato, es decir, aparecer determinada o determinable, y lo aproximado significa indeterminación. Por eso, en sentencia de 31 de octubre de 1947 (G. J. Tomo LXIII, página 93) dijo la Corte: "La expresión de una cabida aproximada no es propiamente una estipulación contractual, porque sobre ella no pueden generarse obligaciones ni derechos, los cuales nacen en relación a la cabida cuando ésta es el motivo o móvil determinante del consentimiento, tomada aisladamente o en conjunto con otros particulares del inmueble; no siendo posible identificar jurídicamente este móvil, la referencia a un tamaño aproximado del predio es apenas una de las circunstancias a que se acude para individualizarlo, como la mención del paraje en donde se encuentre, del material empleado para sus cerramientos, etc.".

No es aceptable, pues, que la cabida aproximada sea factor funcional o determinante del precio, ni mucho menos que en tratándose de inmuebles rurales la cabida sea condición indispensable de toda venta, por costumbre inveterada en la vida económica de nuestro pueblo, afirmación que, sin base alguna en la ley, vendría a agregar un requisito esencial a la compraventa de esa clase de predios.

4.—La Corte ha repetido que en el segundo motivo de casación no cabe la inconformidad de las partes con las tesis y conclusiones de la sentencia, por más disparatadas que parezcan, ni son admisibles alegaciones que se dirijan sólo a pretender demostrar, una vez más, que el interesado sí temía la acción o la excepción propuesta. A no ser así, toda sentencia sería incongruente con la pretensión de la parte a quien perjudica, si no se conforma con haber perdido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre veintiuno de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Por la escritura 676 de 31 de marzo de 1944, de la Notaría 3ª de Cali, el doctor Eduardo Garrido Campo vendió a Santiago M. Hoyos T. "una finca de campo ubicada en el Corregimiento de El Queremal, Municipio de Dagua, de este Departamento (Valle del Cauca), compuesta de dos casas de habitación, ramadas, pesebrera, tanque para bañar ganados, sementera de plátano y caña, potreros de pasto kikuyo y micay, íntegramente cercada con piñuelo, con todo el terreno en que está fundada, que es propio y tiene extensión superficiaria de ciento veintidós (122) hectáreas", comprendido todo dentro de los linderos especiales que allí se expresan.

El precio de la finca referida, llamada San Antonio, fue de treinta mil pesos, así: quince mil que el comprador pagaría por cuenta del vendedor al Banco de Colombia; cinco mil al contado, recibidos por el vendedor, y diez mil pesos con plazo de un año y al interés del seis por ciento anual.

Dijo el vendedor que había adquirido "por adjudicación, a título de cultivador, que le hizo el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Economía Nacional, según resolución número 38 de 21 de junio de 1943, registrada en Cali el 20 de septiembre de 1943, resolución que en copia auténtica presenta para su protocolización con este instrumento".

Agregó que efectuaría "la entrega de la finca vendida inmediatamente después de firmada esta escritura, reservándose sí un plazo de cincuenta días, contados a partir de la fecha, para retirar los animales de propiedad del exponente".

Fundándose en la expresada compraventa y en el hecho de haber resultado la finca con una cabida inferior a la indicada en la escritura respectiva, el comprador Hoyos demandó al vendedor Garrido para que se hicieran las siguientes declaraciones, que se resumen:

A) Que el demandado está obligado a disminuir el precio de la compraventa, por la razón anotada.

B) Que, en consecuencia, el demandado está obligado a pagarle dieciocho mil ciento doce pesos con ochenta y cinco centavos, o en subsidio la suma que se fije pericialmente como valor proporcional de la diferencia de cabida.

C) Que el demandado debe pagarle los intereses legales de la suma a que se refiere la petición anterior.

D) Que el demandado debe pagarle los perjuicios que ha sufrido por la diferencia de cabida.

E) Que son de cargo del demandado las costas del juicio.

Negó el doctor Garrido que la venta se hubiera hecho con relación a la cabida; opúsose a las peticiones del actor, excepcionó de carencia de acción, petición de modo indebido, mala fe del demandante e inexistencia de la obligación, y, por separado, demandó en reconvención, para que se declarara resuelta la compraventa, con indemnización de perjuicios, por no haber cumplido Hoyos la obligación de garantizarle con hipoteca de la misma finca los diez mil pesos que del precio le quedó a deber.

Contestó Hoyos que tal obligación estaba sujeta a la entrega de la finca, con su cabida completa, y se opuso a las peticiones de la contrademanda, aceptando algunos hechos y negando otros.

Sentencia de primer grado.—El Juez 3º Civil del Circuito de Cali, en sentencia de 23 de mayo de 1945, declaró no probadas las excepciones, condenó a Garrido a sufrir una disminución del precio de la compraventa, que fijó en la suma de once mil cuarenta y ocho pesos con quinientos noventa y cinco milésimos, como valor de la diferencia de cabida; lo absolvió de las peticiones C) y D) de la demanda principal y absolvió a Hoyos de la reconvención, con costas a cargo de Garrido.

Sentencia de segunda instancia. — La del Juzgado fue apelada por ambas partes, y el Tribunal Superior de Cali la confirmó el 28 de marzo de 1947, con la sola modificación de reducir a cinco mil setecientos cincuenta y cuatro pesos con setenta y cuatro centavos el valor que Garrido debe pagar a Hoyos por concepto de la diferencia de cabida.

La casación.—Concedióse este recurso a ambas partes, y la Corte procede a resolverlo, agotada como está la sustanciación legal.

Parte el Tribunal de la base de que la acción principal instaurada es la de disminución proporcional del precio de la compraventa, que al comprador reconoce, en forma opcional, el segundo inciso del artículo 1888 del C. C., y admite que, según la escritura respectiva, la venta fue hecha con relación a la cabida del inmueble, "puesto que conforme al artículo 1887 ibidem, un predio rústico puede venderse con relación a su cabida, siempre que ésta se exprese de **cualquier modo en el contrato, salvo que las partes declaren** que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor que la cabida que reza el contrato".

"En el presente caso —agrega el Tribunal— no puede argüirse que el inmueble en referencia no se haya vendido con relación a su cabida sino como un cuerpo cierto, porque en la escritura de compraventa se dijo claramente, 'tiene extensión superficiaria de ciento veintidós (122) hectáreas, comprendido todo dentro de los siguientes especiales linderos' ".

Refuerza el sentenciador su tesis con apartes de otra sentencia suya, fechada el 15 de noviembre de 1946 y a la cual pertenecen estos conceptos: "En la enunciación de una cabida aproximada se entiende la aproximación en la unidad de medida adoptada por la venta". "El estado inculculto o sembrado del fundo; los inmuebles por destinación que entren en la venta, y otras anexidades y accesorios que hagan parte integrante de ésta influirán sin duda en la determinación del precio, pero con subordinación a la cabida, que es factor de "carácter funcional o determinante", como lo llama el Juez del conocimiento, aunque se enuncie en forma aproximada, ya que en tratándose de inmuebles rurales la cabida es condición indispensable de toda venta, por costumbre inveterada en la vida económica de nuestro pueblo".

Recurso del demandado Garrido Campo. — Lo estudia la Sala en primer término, por cuanto con él se ataca la integridad de la sentencia, al paso que el del actor principal refiérese sólo a la parte de la misma que no satisfizo plenamente sus pretensiones.

Acusa el recurrente, en primer lugar, por error de hecho en la interpretación de "la demanda y el contrato que aparece en la escritura 676 de 31 de marzo de 1944, mediante la cual el señor Hoyos T. compró al demandado Garrido la finca de San Antonio; contrato que en la demanda aparece como hecho fundamental de la misma; error de hecho que consiste en haber apreciado dicho contrato y tal hecho como generadores de la acción que consagran los artículos 1887 y 1888 del C. C....".

Y agrega que ese error de hecho engendró el de derecho consistente en haber aplicado al caso las disposiciones de tales artículos, que no eran aplicables, desde luego que no se trata de la venta de un predio rústico con relación a su cabida sino de la venta de una especie o cuerpo cierto por sus linderos. La sentencia viola —en su opi-

nión— los citados artículos, por haberlos aplicado, no siendo el caso de hacerlo, e infringe también el 1889, por no haberlo aplicado, cuando era el pertinente.

Analiza el recurrente el dictamen pericial que figura al folio 17 del cuaderno 5º, para relievar los conceptos de los expertos acerca de que las tierras de la finca "no son aptas para ninguna clase de cultivos agrícolas, en especial los que se llaman cultivos permanentes"; que ellas, "como la generalidad de las regiones situadas dentro de esos límites de altura sobre el nivel del mar, que denominamos tierras templadas, son malas para la ganadería, abundando en ellas el nuche, la garrapata, etc"; que "una gran parte del terreno es muy pendiente"; "que el valor de cada fanegada de tierra es el de $ 50.00, por estar bien cercada y limpia"; "que el aserrío de madera y la quema de carbón han sido suspendidos en esa región, lo que ha afectado notablemente su economía", y que las casas de la finca, con sus dependencias, tienen un valor de $ 22.835.00, notoriamente mayor que el del terreno.

Anota también que el comprador Hoyos aceptó el hecho 4º de la reconvención, en que el vendedor afirma: "días antes de solemnizar este negocio, el señor Hoyos T. y yo fuimos a visitar y recorrer la finca, y como resultado de esa visita y reconocimiento quedó cerrado el negocio, y ambos convinimos que el doctor Luis Mejía Caicedo, con vista de los títulos, redactara la minuta correspondiente".

De todo lo cual concluye que "el Tribunal también incurrió en error de hecho al no apreciar así el dictamen pericial como la confesión aludidos, con violación de los artículos 721, 722, 604 y 607 del Código Judicial; y en error de derecho porque desconoció el valor de plena prueba que estos medios probatorios suministran acerca de la composición de la cosa vendida, de la importancia que en ella tienen las construcciones que como mejoras prevalecen sobre la cabida de la misma; sobre la mala calidad del terreno que hace resaltar esa prevalencia, y sobre el conocimiento previo que de la cosa comprada tuvo Hoyos T., conocimiento que lo inhibe para alegar contra la compraventa que a todas luces aparece como hecha sobre cuerpo cierto y no con relación a la cabida".

Consecuencia de esos errores de hecho y de derecho fue —según el recurrente— la violación de los mismos textos sustantivos ya citados, por haberse aplicado los artículos 1887 y 1888 del C. C., inconducentes al caso, y por no haberse dado aplicación al 1889, que se refiere a la venta de cuerpo cierto contemplada en las pruebas mal apreciadas.

Considera la Sala:

El artículo 1887 habla de predio rústico, únicos a los cuales son aplicables esa y la siguiente disposición, según lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia, fundándose, entre otras razones, en que el texto legal emplea ese vocablo, como lo hacen otros del Código Civil (496, 1813, 2036 y ss.) cuandoquiera que el legislador contrapone los predios urbanos a los de aquella naturaleza para establecer distinciones entre ellos para determinados fines. Pero a falta de definición legal de lo que ha de entenderse por rústico, el significado propio de esta palabra, no siempre fácil de precisar, ha de buscarse acudiendo a su sentido natural y obvio, según el uso general, aplicando la regla del artículo 28 del C. C. Y de allí aparece que la rusticidad de los predios se caracteriza por su destinación permanente a explotarlos por sus frutos naturales, a diferencia de los predios urbanos, en que el beneficio resulta de sus frutos civiles. El predio rústico, por ejemplo, no deja de serlo porque se acostumbre darlo en arrendamiento, si los arrendatarios lo toman para una explotación natural, ni influye necesariamente en su calidad el hecho de la ubicación, pues se comprende que dentro de los límites de una ciudad pueden existir fundos rústicos, del mismo modo que en el campo predios urbanos. Y si las dos modalidades se reúnen en un inmueble, éste será rústico o urbano según el elemento predominante, estimándose como tal el que tenga mayor valor económico. Una heredad se mirará como rústica si la buena calidad y el precio de sus tierras prevalece sobre las edificaciones en ella existentes, y al contrario, si éstas son más importantes y valiosas que aquéllas, la heredad deberá considerarse como urbana. Pero no se pierda de vista que estas ideas son simples pautas para ayudar a resolver, en cada caso concreto, en que pueden influir circunstancias diversas, lo que esté más de acuerdo con la realidad y finalidad de las cosas.

Las disposiciones del Código que reglamentan la venta de predios rústicos con relación a su cabida son preceptos de excepción, en cuanto se apartan de las reglas generales. Así se explica que si lo vendido mide más de lo declarado, el

comprador hace suyo el exceso con sólo aumentar proporcionalmente el precio, sin que pueda el vendedor evitarlo alegando que no ha vendido el excedente. Del mismo modo, si lo vendido mide menos y no puede el vendedor completar la cabida declarada, el comprador ha de conformarse con una disminución proporcional del precio, sin que le sea posible desistir del contrato cuando la diferencia no alcanza al límite señalado por la ley.

Y son también dichas disposiciones excepciones de las que regulan la venta de predios como cuerpo cierto, en que ni el vendedor ni el comprador tienen derecho de pedir aumento o rebaja del precio, sea cual fuere la cabida y aunque ésta se haya declarado en el contrato (artículo 1889 C. C.). El artículo 1887 establece en qué casos se entiende hecha la venta con relación a la cabida, para terminar diciendo que "en todos los demás se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto", lo cual constituye la regla, a que debe inclinarse el juzgador en los casos dudosos, en virtud del principio de que la disposición excepcional es de interpretación estricta. No es permitido extenderla a casos no comprendidos claramente en ella.

El artículo 1887, aunque impropiamente dice que se vende con relación a la cabida "siempre que ésta se expresa de cualquier modo en el contrato" da la pauta o criterio indispensable para que pueda considerarse que el fundo se vendió en atención a la medida de su extensión. Dicha pauta no es otra que la influencia determinante de la cabida en la estipulación del precio. Por eso, aunque el área se indique exactamente en el contrato, la venta será como de cuerpo cierto si no hay duda de que para los contratantes la cabida mayor o menor fue indiferente, no sirvió de factor decisivo en la fijación del precio. Y, a la inversa y con aplicación del mismo criterio, si en el contrato no hay dato alguno revelador de que los contratantes atribuyeron importancia principal a la medida superficiaria del terreno para convenir el valor de la venta, ni esa intención se demuestra por otros medios, no habría base legal para deducir que el negocio se pactó con relación a la cabida. Y mucho menos la habría si del contrato y de las otras pruebas del proceso puede inferirse rectamente la intención contraria. No habría entonces razón para aplicar las normas de excepción en vez de la regla general, por más que la cabida exacta se haya expresado en el contrato.

La tarea del juzgador en tales casos es interpretativa de la convención, en busca de la intención de los contratantes, cuando el pacto no sea claro al respecto.

"'Para que un predio se venda con relación a su cabida es preciso que de la intención de las partes, claramente manifestada en el contrato o deducida de sus antecedentes o de las pruebas acumuladas, se desprenda que el móvil determinante ha sido celebrar la compraventa con relación a la cabida. La expresión que trae el inciso 2º del artículo 1887 es inexacta. Según este precepto "se vende con relación a la cabida siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato". Empero, pueden las partes expresar la cabida por vía meramente ilustrativa, sin que por ello sea la venta con relación a la cabida. En consecuencia, se necesita que la cabida haya sido determinante de la fijación del precio, para que haya lugar a esta modalidad". (Alvaro Pérez Vives: Compraventa y permuta. 1943, número 490, página 350).

Y la Corte, en sentencia de 31 de octubre de 1947 (G. J. T. LXIII, 93), se expresó así: "Se entiende efectuada una compraventa con relación a la cabida cuando es la extensión del predio el móvil determinante que induce a contratar, y tal móvil se expresa en el contrato con entera certeza para que pueda reflejar en las regulaciones legales que dirigen esa modalidad del contrato: si el motivo o estímulo de la declaración de voluntad permanece extraño a la contratación, si se mantiene en el ánimo del comprador sin manifestarse legalmente, no puede comunicar ni imprimir al contrato ningún aspecto en cuya virtud el fin inexpresado obre más tarde para condicionar, para disminuir o para ampliar la eficacia de alguna de sus cláusulas. El artículo 1887 del C. C. destaca la compraventa por cabida como un fenómeno más o menos excepcional, reglamentado por la ley en previsión de su posible ocurrencia, pero que para adquirir virtualidad propia en el dominio contractual ha de manifestarse con inequívocos caracteres; entre estos actos es desde luego el más importante, como que absorbe toda la expresión del consentimiento condicionado, la exactitud en la enunciación de la cabida, sin la cual no es posible determinar el móvil ni darle consecuencias ulteriores en caso de discrepancia de lo pactado con la realidad ob-

jetiva, gobernadas por el precepto subsiguiente al citado".

Viniendo ahora al caso concreto en estudio, tenemos que en la escritura en que consta la compraventa, cuyo precio fue de treinta mil pesos, lo vendido fue una finca de campo compuesta de dos casas de habitación, ramadas, pesebrera, tanque para bañar ganados, sementeras de plátano y caña, potreros de pastos kikuyo y micay, íntegramente cercado con piñuelo, con todo el terreno en que está fundada, que es propio y "tiene extensión superficiaria de ciento veintidós (122) hectáreas", comprendido todo dentro de los linderos especiales que allí se expresan detalladamente, con indicación hasta de los mojones y medidas de las líneas que forman el perímetro.

De esta escritura es parte, pues por ella fue protocolizada en copia auténtica, como título del vendedor, la resolución 38 de 21 de junio de 1943, del Ministerio de la Economía Nacional, por medio de la cual se adjudicó al doctor Garrido Campo, a título de cultivador, el terreno baldío denominado San Antonio, cuya alinderación es exactamente igual a la de la finca vendida por la citada escritura.

Aunque la adjudicación se hizo con cabida de ciento veintidós hectáreas, es lo cierto que en la motivación de dicha resolución se lee: "Venido el negocio a este Despacho para los efectos de la adjudicación, el señor ingeniero de la Sección de Baldíos rindió su informe favorable en cuanto a la parte técnica, manifestando que los linderos concuerdan con el croquis del terreno y que su extensión aproximada es de ciento veintidós (122) hectáreas" (subraya la Sala).

En vista de esto, no puede revocarse a duda que el área del baldío referido se fijó sólo aproximadamente, y como tampoco puede admitirse que el comprador Hoyos desconociera esa resolución, que fue presentada y agregada al protocolo al otorgarse la escritura de compraventa, nada menos que como el título del vendedor, forzoso es admitir que él se impuso de que la cabida de ciento veintitdós hectáreas declarada en el contrato podía no ser exacta, a pesar de lo cual no hizo observación alguna al respecto, ni reveló en ninguna forma su intención de que la exactitud de esa cabida fuera principal elemento determinante de la estipulación del precio.

Ya se ha visto que, además del terreno, la finca vendida tiene otros componentes importantes, cuya existencia pormenorizada quedó establecida en la inspección ocular practicada en la segunda instancia, y los cuales, en el dictamen —no objetado— de los peritos que intervinieron en tal diligencia, fueron avaluados, discriminadamente, en veintidós mil ochocientos treinta y cinco pesos ($ 22.835.00), al paso que la fanegada de tierra fue estimada en cincuenta pesos, es decir, que el valor de las ciento noventa (190) fanegadas con cuatro mil (4.000) metros cuadrados (equivalente de 122 hectáreas) sería sólo de nueve mil quinientos treinta y un pesos veinticinco centavos ($ 9.531.25), lo cual elocuentemente está indicando la prevalencia notoria del elemento urbano sobre el rústico en la composición de la finca materia de la compraventa.

Agréguese a esto que, según el mismo dictamen, las tierras de la finca no son aptas para ninguna clase de cultivos agrícolas, en especial los llamados permanentes, y son malas para la ganadería, por abundar en ellas el nuche y la garrapata, sin contar con que gran parte del terreno es muy pendiente.

Bastóle al Tribunal la circunstancia de haberse expresado en el contrato la extensión del predio, para deducir —de esa sola circunstancia— que la venta había sido hecha con relación a la cabida, sin parar mientes en que lo contrario resulta de todos los factores que quedan analizados y que están probados plenamente con la escritura y con la inspección ocular y el dictamen pericial referidos. En estas pruebas del proceso vio configurada aquella modalidad de la negociación, incurriendo así en un error de hecho manifiesto, pues la dimensión aproximada de que habla la resolución de adjudicación del baldío, título del vendedor; la importancia indiscutible de los componentes urbanos de la finca, estimados en más del doble del valor del terreno, la mala calidad y la topografía abrupta de éste, que lo hacen inadecuado para la agricultura y la ganadería, y el no aparecer en el contrato indicio alguno de que la cabida se hubiera tenido en cuenta como principal factor determinante del precio, circunstancias son que están demostrando, muy a las claras, que el elemento tierra tuvo significación muy limitada en la intención de los contratantes sobre estipulación del precio, al paso que resulta ostensible la trascendencia que el comprador debió darle a la adquisisión de una codiciada residencia campestre, en un clima suave y dotada de apetecible confort como finca de recreo.

Consta en la cláusula sexta de la escritura de

compraventa que el vendedor se obligó a efectuar "la entrega de la finca inmediatamente después de firmada esta escritura...", pero nada se dijo acerca de medición de ella, como habría sido lo natural si la venta se hubiera hecho en relación a la cabida.

¿Y cómo se hizo la entrega? Garrido negó el hecho quinto de la demanda, en que Hoyos afirma que se la entregó materialmente. Este no probó ese hecho, pero es curioso que la afirmación de aquél de que "el comprador está en posesión **material** de la finca desde quince días antes de firmarse la escritura de venta" (hecho 14 de la reconvención) fue negada por Hoyos en una forma que, en buen romance, implica aceptación: "...no es cierto, pues el comprador de una finca raiz sólo entra en posesión de ella una vez registrada la respectiva escritura de venta de tal finca". Se comprende, —como algo que se cae de su peso— que quien compra con relación a la cabida no se apresura a posesionarse de lo comprado sino que espera la entrega, con la medición correspondiente, para dejar a salvo desde entonces la reclamación a que haya lugar si la cabida resulta deficiente. Con mayor razón si el vendedor se ha obligado expresamente a hacer la entrega inmediata.

El apuntado error de hecho del sentenciador lo llevó a aplicar los artículos 1887 y 1888 del C. C., a un hecho que no aparece demostrado en el juicio: que la venta se hiciera con relación a la cabida. Violó, pues, por aplicación indebida, dichas normas sustantivas, e infringió igualmente el 1889, que regula la venta de un predio como cuerpo cierto, que era por tanto el aplicable al caso debatido y que el Tribunal no aplicó por consecuencia de tales errores.

Debe la Sala rectificar algunas otras apreciaciones de la sentencia, cuya legalidad no encuentra aceptable: para el Tribunal "en la enunciación de una cabida aproximada se entiende la aproximación en la unidad de medida adoptada por la venta", es decir, que el exceso o defecto han de caber dentro de la unidad de medida, pues de lo contrario no habrá aproximación en más o en menos.

Esta fórmula carece de respaldo en la ley, la cual no ha definido lo que ha de entenderse por aproximación de una medida ni ha dado al respecto regla alguna. La general que contiene el artículo 1870 del C. C., que da al comprador el derecho opcional de desistir del contrato de darlo por subsistente abonando el precio a justa tasación, exige que falte una parte **considerable** de la cosa vendida. Pero en la venta de predios rústicos con relación a su cabida, rige la norma excepcional del artículo 1888, que sólo autoriza al comprador para desistir del contrato cuando el **precio** de la cabida sobrante exceda de una décima parte de la real, o cuando el precio de la cabida que falte alcance a más de una décima parte de la cabida completa.

Cuando la venta se hace como de cuerpo cierto —rústico, se entiende— la cabida no importa. Sea cual fuere, ninguna de las partes tendrá derecho de pedir rebaja o aumento del precio, y el desistimiento del contrato por parte del comprador sólo será posible cuando, habiéndose vendido con señalamiento de linderos, no se entregue todo lo comprendido en ellos, caso en el cual se aplica lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1888.

Además, la medida aproximada no permite entender que la venta se ha hecho con relación a la cabida, pues ésta, según el artículo 1887, debe, lo mismo que el precio total, resultar en todo caso de los datos del contrato, es decir, aparecer determinada o determinable, y lo aproximado significa indeterminación. Por eso, en la ya citada sentencia de la Corte se lee: "La expresión de una cabida aproximada no es propiamente una estipulación contractual, porque sobre ella no pueden generarse obligaciones ni derechos, los cuales nacen en relación a la cabida cuando ésta es el motivo o móvil determinante del consentimiento, tomada aisladamente o en conjunto con otros particulares del inmueble; no siendo posible identificar jurídicamente este móvil, la referencia a un tamaño aproximado del predio es apenas una de las circunstancias a que se acude para individualizarlo, como la mención del paraje en donde se encuentre, del material empleado para sus cerramientos, etc".

No es aceptable, pues, como lo dice la sentencia, que la cabida aproximada sea factor funcional o determinante de la fijación del precio, ni mucho menos que "en tratándose de inmuebles rurales la cabida es condición indispensable de toda venta, por costumbre inveterada en la vida económica de nuestro pueblo", afirmación que, sin base alguna en la ley, viene a agregar un requisito esencial a la compraventa de esa clase de predios.

Prosperando el primer cargo del recurrente Ga-

rrido, no es el caso de considerar el otro, que se refiere también a lo resuelto con relación a la demanda principal, ni es el caso —rota como queda la sentencia en esa parte— de examinar la acusación del demandante Hoyos, pero sí han de estudiarse los cargos que por parte de Garrido se formulan contra el fallo, en lo concerniente a la demanda de reconvención.

Por este aspecto, el recurrente acusa por errores de hecho en la interpretación de la contrademanda y de ciertas pruebas con ella presentadas, pero lo hace en forma tan falta de precisión y claridad que se hace indispensable recurrir a los antecedentes de la contrademanda para poder concretar la acusación.

Entre vendedor y comprador se convino, pero no se consignó en la escritura de la compraventa, que el segundo garantizaría, con hipoteca de la misma finca objeto del negocio, los diez mil pesos que por cuenta del precio quedó debiendo, deuda que sí consta en dicho instrumento.

En cumplimiento de esa obligación, Hoyos constituyó la hipoteca prometida, que aparece en la escritura 744 de 12 de abril de 1944, de la Notaría 3ª de Cali, (folios 8 a 10 C. 2º). Pero como en el contrato de compraventa asumió el comprador, también a cuenta del precio, la obligación de pagar al Banco de Colombia quince mil pesos que Garrido le adeudaba, aquél hipotecó la finca en favor de dicho Banco por la escritura 733 de 11 de abril del mismo año, de la citada Notaría, gravamen éste que fue registrado después de haberlo sido el otro, con lo cual vino a quedar el Banco como acreedor hipotecario de segundo grado, cuando lo contrario era lo convenido.

Para enmendar el error, se convino entre los tres interesados que Garrido cancelaría —como lo hizo por la escritura 1254 de 14 de junio de 1944, de la misma Notaría (fs. 14 y 15 C. 2º) la hipoteca constituída en su favor por la escritura 744, y que Hoyos constituiría de nuevo la hipoteca que debía reemplazar la cancelada. Garrido cumplió y firmó la cancelación. No así Hoyos, quien negóse a firmar la nueva hipoteca, alegando después que la constitución de garantía hipotecaria dependía de la entrega de la cabida completa de la finca (contestación a los hechos 3º y 11º de la contrademanda).

Fundado en estos hechos, que están acreditados, Garrido contrademandó la resolución de la compraventa, "por causas de incumplimiento (de Hoyos) de su obligación de otorgarme la escritura hipotecaria para garantizarme el pago del saldo de precio...", con la consiguiente indemnización de perjuicios.

El Tribunal desechó estas acciones, estimando que la resolución no prospera porque "se le dio por fundamento **un pacto accesorio** al contrato de compraventa, que no afecta la esencia de éste, y por lo mismo el no cumplimiento de aquél por parte del contrademandado no puede afectar el contrato a que accede".

Ahora bien, el recurrente acusa este extremo de la sentencia por "falta de apreciación o errada apreciación de la demanda y de los hechos probados que la sustentan; defectos que constituyen errores de hecho que fundan error de derecho tanto sobre la interpretación de dichas piezas, como de las disposiciones que las regulan, lo mismo que de la ley sustantiva que rige el caso por falsa aplicación o falta de aplicación de las mismas".

Encuentra errores de hecho en la interpretación de la demanda y de la confesión que resulta de la respuesta que a ella dio el reconvenido, pruebas que, sumadas a otras que especifica, acreditan "que la garantía hipotecaria convenida era un accesorio para la eficacia del pago de parte del precio, mas no un accesorio del contrato de venta, el cual ya estaba perfecto entre las partes por obra del acuerdo del mismo entre ellas acerca de la cosa y el precio, y ante la ley, por obra de la escritura pública registrada".

De modo que, según el recurrente, "el Tribunal sentenciador al resolver acerca de la demanda de reconvención, sobre la base de que se trata de un pacto accesorio al contrato de compraventa, que no afecta la esencia de éste, incurrió en error de hecho, tanto respecto de los hechos fundamentales de la demanda de reconvención y su respuesta, puesto que no los tuvo en cuenta para fallarla, como respecto de la confesión de los mismos hechos verificada por el apoderado de la contraparte, así como también en relación con los documentos auténticos que he mencionado y cuyo estudio y apreciación omitió el Tribunal. Hechos y documentos con los cuales se prueba de modo pleno que el demandado Hoyos T. faltó al compromiso de garantizar el pago del precio mediante la hipoteca de la finca vendida; falta que privó al actor Garrido Campo de un derecho de prenda sobre el inmueble; privación que le ha impedido hacer efectivo el pago de parte del precio, que hasta el presente permanece in-

soluto con menoscabo de sus derechos de acreedor; falta de pago que mantiene en mora al demandado Hoyos T. de cumplir sus obligaciones de comprador".

Y agrega que tales errores trajeron como consecuencia la violación de los artículos 593. 601, 603, 604, 606, 607 y 632 del Código Judicial, y 1759, 1768, 1849, 1857, 1880, 1882, 1884, **1928, 1930, 1932, 2432, 2409, 2410, 1546,** 1602, 1603, 1608, **1609,** y **1618** del Civil, porque el Tribunal "aunque no los cita al absolver a Hoyos T., **obró como si los aplicara, aplicación que es incorrecta,** por no ser del caso; 'y porque la absolución por él decretada **desconoce la aplicación oportuna de otras disposiciones sí aplicables,** tales como las de los artículos 1928, 1930, 1932, 2432, 1546, 1609 y 1618; y **no las aplicó** porque en toda su sentencia el Tribunal partió de la base errada de que Garrido Campo no había cumplido el contrato, por falta de entrega de la cabida declarada en él, no estando Garrido Campo obligado a ello, según está demostrado plenamente" (subraya la Sala).

Considera la Sala: Ante todo, que las siete últimas disposiciones citadas, que se dicen no aplicadas por el Tribunal, figuran entre las diecinueve del C. C. que se dicen aplicadas indebidamente, contradicción palmaria que está revelando la incertidumbre del recurrente en sus apreciaciones.

Bastaría, para rechazar el cargo, anotar que no es exacto que el Tribunal haya desconocido que, con la contestación dada a la contrademanda y con las escrituras públicas que cita el recurrente, no esté probado que Hoyos prometió garantizar con hipoteca el saldo del precio de la compraventa, único modo de haber incurrido el sentenciador en los errores que se le imputan. El Tribunal, lejos de negar el hecho, lo admite como acreditado, pero le niega virtud para determinar la resolución de la compraventa, estimando que la obligación de afianzar hipotecariamente el saldo del precio fue un pacto accesorio de aquel contrato que no afecta su esencia.

La obligación de garantizar la deuda con hipoteca de la misma finca vendida no figura en la escritura en que se hizo constar la compraventa, no es estipulación de ese contrato, de manera que ni siquiera puede considerarse como una de las cosas accidentales en él, ya que éstas, según el artículo 1501 del C. C., son las que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de **cláusulas especiales,** que no pueden subentenderse como las naturales.

Aquella obligación, que Hoyos contrajo con independencia del contrato mismo de compraventa, del cual no hizo parte, fue una simple promesa de constituir una garantía hipotecaria en favor del vendedor, promesa que implicaría una obligación de hacer y que carece de valor legal por no haberse pactado por escrito y por no contener un plazo que fijara la época en que el contrato de hipotecas prometido hubiera de celebrarse, requisitos indispensables, según el artículo 89 de la ley 153 de 1887, para que la promesa produzca obligación.

No asertó, pues, el Tribunal al estimar que la estipulación de constituir hipoteca era un pacto accesorio de la compraventa, no habiéndose consignado en la escritura respectiva, que, de lo contrario, lo habría sido. Demás está decir que el recurrente no ha atacado por este aspecto la apreciación del Tribunal y que, aunque lo hubiera hecho, el resultado sería el mismo, desde luego que —se repite— el incumplimiento de la promesa no acarrea la resolución de la compraventa. No se olvide que la acción resolutoria instaurada en la contrademanda no se funda en no pago del precio.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Inconsonancia.—En relación también con la demanda de reconvención, el recurrente ataca la sentencia por inconsonancia con las pretensiones del contrademandante, por haberse abstenido el sentenciador "de decretar la resolución y sus consecuencias, desconociendo los derechos de Garrido Campo por obra de la absolución decretada en favor de Hoyos T.".

Lo que el recurrente califica de inconsonancia no tiene ese carácter, pues el Tribunal no se abstuvo de fallar sobre la resolución demandada sino que la encontró improcedente, y por eso confirmó el fallo de primer grado en esa parte. En el segundo motivo de casación, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, no cabe la inconformidad de las partes con las tesis y conclusiones de la sentencia, por más disparatadas que parezcan, ni son admisibles alegaciones que se dirijan sólo a pretender demostrar, una vez más, que el interesado sí tenía la acción o la excepción propuesta. A no ser así, toda sentencia sería incongruente con la pretensión de la parte a quien perjudica, si no se conforma con haber perdido.

Las razones que se han dado para acoger el pri-

mer cargo formulado por Garrido, determinan, como lógico corolario, la absolución de dicho señor, pues si la venta cuestionada no se hizo con relación a la cabida de la finca se impone la conclusión de que ésta fue vendida como un cuerpo cierto, y entonces no tiene el actor Hoyos la acción principal instaurada, ni las que ha deducido como consecuenciales de ella. Ya se ha dicho que cuando el predio se vende como cuerpo cierto, no hay derecho por parte de ninguno de los contratantes para pedir rebaja o aumento del precio, sea cual fuere su cabida (artículo 1889 C. C.).

La sentencia recurrida habrá de casarse, pues, sólo parcialmente, en cuanto confirmó la condenación del demandado Garrido a disminuir el precio de la compraventa y fijó la cantidad de esa disminución, y quedará en firme en cuanto confirma las demás declaraciones del fallo de primera instancia, el cual quedará revocado también sólo en esa parte.

No es el caso de hacer condenación en costas en las instancias, ni en el recurso. No en aquéllas, porque ambas partes resultan parcialmente ganadoras. No en éste, porque la casación ha prosperado en parte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre da la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, y revocando, también parcialmente, la de primera instancia, falla así este pleito:

Primero. Absuélvese al demandado, Dr. Eduardo Garrido Campo, de todos los cargos de la demanda principal.

Segundo. Absuélvese al contrademandado, señor Santiago M. Hoyos T., de todos los cargos de la demanda de reconvención.

Sin costas en las instancias, ni en la casación.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario en propiedad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil b).—Bogotá, noviembre veintidos de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Por escritura pública Nº 1336 de 19 de noviembre de 1930 de la Notaría Tercera de esta ciudad, trasmitió don Cenón Ferro por iguales pártes a sus hijas Isabel, María y Oliva Ferro, la nuda propiedad de la finca denominada "Cámbulo o Calibío", formada por dos globos de terreno que hacían parte de la antigua hacienda de "Santo Domingo", en el Municipio de San Lorenzo o Armero del Departamento del Tolima; posteriormente falleció el señor Ferro, y con su muerte se consolidó en favor de las primeras, el dominio pleno del inmueble.

Tiempo después surgieron algunos desacuerdos de administración entre doña Isabel y sus hermanas, por lo cual resolvieron poner fin a la comunidad, como se hizo, mediante escritura pública Nº 1116 de 14 de julio de 1933 otorgada en la misma Notaría. A virtud del acuerdo en ella formalizado, se adjudicó a doña Isabel un globo de tierras de 138 hectáreas. 500 metros cuadrados, compuesto por los potreros de "San Carlos", "La María", "La Josefina o Santa Isabel" y "La Bolsa"; y a sus dos hermanas, en común y proindiviso, por partes iguales, los potreros denominados "Cámbulos", "La Manga de la Casa", "San Juan", "Calibío", "San Rafael", "La Elvira" y "El Retiro", además de las casas de habitación de la hacienda con sus correspondientes solares. Por fuera de dicha partición quedó sin embargo el lote denominado "Las Lomas del Cardón", que hace parte del terreno llamado Cámbulo, respecto del cual convinieron expresamente, en que "continúe en común y proindiviso entre las mismas comuneras Oliva, Isabel y María Ferros, por iguales partes, es decir una tercera parte para cada una de ellas". Estipularon además, y por lo que al caso respecta, lo siguiente: "Quinto:—También, por medio del presente instrumento acuerdan de una manera expresa que en caso de que cualquiera de las comparecientes Oliva Ferro de Abelló Palacio, Isabel Ferro de Buendía y María Ferro de Salazar quisieren vender parte o el total de la finca que por medio de esta escritura se parte, quedan con la perentoria obligación de preferir en la compra a cualquiera de las otras, y solamente en el caso de que no fuere posible la venta a quien o a quienes formaron parte de la comunidad de la hacienda de Cámbulo y Calibío, puede verificarse tal venta a una persona distinta".

Posteriormente, por escritura Nº 1587 de 31 de agosto de 1936 de la ya citada Notaría, las señoras María y Oliva Ferro convinieron en poner fin a la comunidad que había quedado entre ellas, "renunciando desde ahora a cualquiera acción judicial o extrajudicial por razón de cualquier derecho que a esta partición se refiera y que más tarde quiera reclamar". En consecuencia, se hicieron las correspondientes adjudicaciones; pero como la parte asignada a la segunda tuviera un mayor valor que la adjudicada a la primera, se acordó entonces para compensar la diferencia, en que la señora Oliva le transfería a su hermana María, los derechos que tenía en el potrero conocido con el nombre de "Las Lomas de Cardón"; de este lote pues siguieron como únicas dueñas, la señora Isabel en una tercera parte, y la señora María en las dos terceras restantes.

Por último, mediante escritura Nº 289 de 22 de julio de 1942 otorgada en la Notaría de Ambalema, las señoras María é Isabel Ferro vendieron a don Ignacio Esterlin una parte del potrero de "Las Lomas del Cardón", con cabida de 68 Hcts. 2450 mts. 2., y por un precio de $ 2.729.80 moneda corriente.

Así las cosas, consideró doña Oliva incumplida por parte de sus hermanas la cláusula de preferencia consignada en la escritura Nº 1116 de 14 de julio de 1936 antes copiada, y con fecha doce de diciembre de 1945 resolvió instaurar contra ellas la acción ordinaria que se ventila en este juicio, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que las señoras Isabel Ferro de

Buendía y María Ferro de Cleves Vargas al vender al señor Ignacio Esterlin en escritura Nº 298 de 22 de julio de 1942 de la Notaría de Ambalema, una parte del globo de terreno denominado "Lomas del Cardón" de la antigua hacienda de Cámbulo y Calibío, violaron, con perjuicio de la señora Ferro de Palacio Pertuz, el pacto de recíproca preferencia que las tres otorgaron por medio de la cláusula quinta de la escritura número 1116 de 14 de julio de 1933, de la Notaría Tercera de esta ciudad.

"Segunda—Que Isabel Ferro de Buendía y la sucesión de María de Cleves, representada por Jorge Cleves Vargas y la menor María Cristina Cleves Ferro, deben pagar a mi poderdante, señora Oliva Ferro de Palacio Pertuz, todos los perjuicios que a tasación de peritos se ocasionaron a esta última con el incumplimiento o violación del pacto de preferencia a que se refiere la petición anterior.

"Tercera.—Que los demandados deben pagar las costas si son temerarios en el juicio".

Tramitada la demanda por el Juzgado 5º Civil de este Circuito a quien le correspondió conocer, fue decidida en sentencia de veintiseis de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, así:

"Primero. Declárase que Isabel Ferro de Buendía y la Sucesión de María Ferro de Cleves, representada por Jorge Cleves Vargas y la menor María Cristina Cleves Ferro, son civilmente responsables, por culpa contractual, del incumplimiento del contrato recíproco que otorgaron por medio de la cláusula quinta de la escritura 1116 de fecha 14 de julio de 1933, otorgada en la Notaría Tercera de esta ciudad, suscrito con la demandante Oliva Ferro de Palacio Pertuz.

"Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a los mismos demandados Isabel Ferro de Buendía y a la sucesión de María Ferro de Cleves, representada por Jorge Cleves Vargas y la menor María Cristina Cleves Ferro, a pagar a la señora Oliva Ferro de Palacio Pertuz, el valor correspondiente a la indemnización de los perjuicios materiales derivados de tal hecho, y que sean regulados de conformidad con el artículo 553 del C. J., y para lo cual se tendrán en cuenta los factores consignados en la parte motiva de este fallo.

"Tercero. Condénase en las costas del juicio a la parte demandada".

La sentencia de segundo grado

De la anterior providencia apelaron ambas demandadas, por cuyo motivo llegó el negocio al Tribunal de Bogotá, en donde luego de recibir la sustanciación que le es propia, fue resuelto el recurso, en sentencia de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, en el sentido de confirmar la de primera instancia, con costas a cargo del apelante. En respaldo de sus conclusiones dijo el Tribunal lo siguiente:

"En los contratos, la voluntad de las partes forma la obligación, es la fuerza creadora que determina el objeto y su extensión. De acuerdo con la cláusula quinta transcrita, las partes prenombradas estipularon una promesa de venta condicional, "droit preémption". En el caso de que alguna de las contratantes estuviesen dispuestas a vender, se compromete a dar preferencia, en igualdad de precios a una de las contratantes; la condición en este caso no puede considerarse como potestativa, porque el vendedor puede ser obligado por las circunstancias a la venta, pero en este caso está obligado a preferir a cualquiera de las otras dos comuneras, y éstas son titulares de este derecho....

"...Si esto es así, la cláusula cuarta de la escritura Nº 1587,... no modifica en nada la cláusula quinta de la escritura número 1116, en la cual habían convenido las tres hermanas preferirse a un tercero en caso de venta. Pero no sólo porque era ley del contrato, sino porque en el mismo texto de la cláusula cuarta se llega a esta interpretación, pues la renuncia se refirió a cualquier acción judicial o extra judicial 'por razón de cualquier derecho que a esta partición se refiere'. Luego la renuncia dice relación a las acciones que puedan surgir de la partición que se hizo por medio de la escritura Nº 1587, y no modificó en nada lo establecido en la escritura Nº 1116.

"Por esta escritura quedaron dueñas en común, Oliva, María e Isabel, por iguales partes, del potrero denominado 'Las Lomas del Cardón'. Y por la número 1587, Oliva transfirió su derecho sobre dicho potrero a Maruja. De este momento las únicas dueñas, por partes iguales de este bien, fueron Maruja e Isabel".

Agrega la sentencia, que las mismas partes interpretaron que después de la escritura 1587 de 1936, siguió subsistiendo el pacto contenido en la escritura Nº 1116; puesto que en el interrogato-

rio que las demandadas le propusieron durante el juicio al señor Esterlin le preguntaron, si era o no cierto que "antes de llegar a ningún acuerdo con el declarante, las señoras de Buendía y de Salazar, le hicieron saber que para poder negociar con el declarante la venta de sus derechos en 'Lomas del Cardón' necesitaban averiguar primero si su hermana la señora Oliva Ferro de Palacio quería comprarles sus derechos, pues en este último caso ellas la preferían'. Y que aun cuando es cierto que para la fecha de la venta a Esterlin, la señora Oliva ya había dejado de ser dueña en el lote que éste adquirió, su posible interés de adquirirlo en su totalidad no había expirado, puesto que aún seguía siendo dueña de una parte de los terrenos de la hacienda de Cámbulo y Calibío, y podía por consiguiente aprovechar la preferencia que mutuamente se habían conferido.

"El lote de 'Lomas de Cardón', prosigue el fallo, quedó entre las tres hermanas, en comunidad, según la partición hecha por escritura 1116; pero como también formó parte de la hacienda Cámbulo y Calibío, es claro que quedó incluído en la cláusula quinta. Además, este lote fue objeto de la partición puesto que en dicha escritura se convino que seguiría perteneciendo, en común, a las tres hermanas, y se les adscribió en él una tercera parte a cada una".

En estas circunstancias, correspondía a las demandadas comprobar el cumplimiento de su obligación de ofrecer en venta a su hermana Oliva, el inmueble que traspasaron a Esterlin; pero como para conseguirlo sólo produjeron las declaraciones de don Camilo y don Julio Ferro, que por ser hermanos de las partes no podían ser presentados al juicio, y a los otros declarantes nada les consta en relación con la oferta que sostienen haberle hecho a doña Oliva, concluye la sentencia por encontrar no cumplida dicha obligación.

Finalmente, y por lo que respecta a los elementos determinantes del perjuicio mismo, nada dice la sentencia; se limita a sostener, que por no estar debidamente acreditada su cuantía, debe hacerse la condenación en abstracto, "tomando en cuenta que la contravención a lo pactado sucedió el veintidos de julio de mil novecienos cuarenta y dos, fecha en que las demandadas vendieron a Esterlin".

La demanda de casación

De este fallo recurrieron en casación las demandadas, y con base en la causal primera del artículo 520 del C. J. propusieron numerosos cargos, que la Sala sintetiza en su conjunto, así:

Primero.—El Tribunal erró de derecho en la interpretación de la cláusula QUINTA de la escritura Nº 1116 de 14 de julio de 1933, por aplicación indebida de los arts. 23 de la ley 51 de 1918, 89 de la ley 153 de 1887 y 1602 del C. C., violando consecuencialmente y de manera directa estas dos últimas disposiciones, así como los artículos 1526, 1740 y 1741 del C. C., y 37 de la Constitución Nacional. Por cuanto en dicha cláusula no se fijaron las circunstancias, el término ni la condición a que debía subordinarse la efectividad de lo acordado, y sin cuyos requisitos no obliga su cumplimiento.

Segundo.—Incurrió en error evidente de hecho en la interpretación de la expresada clásula QUINTA, porque limitados los términos de esta a "la finca que por medio de esta escritura se parte", los hizo también extensivos al potrero de "Lomas del Cardón" que no fue materia de la partición. Este error de hecho condujo al sentenciador a violar, por aplicación indebida, los artículos 1602, 1603, y 1613 a 1615 del C. C.

Tercero.—Errores de hecho y de derecho en la interpretación de la cláusula CUARTA de la escritura Nº 1587 de 31 de agosto de 1936, a virtud de los cuales se violó el artículo 1625 del C. C. que establece los modos como se extinguen las obligaciones; porque acordada la opción o preferencia sobre la base de la comunidad que se había dejado respecto del lote de Lomas del Cardón, al extinguirse dicha comunidad, automáticamente dejaba de regir el pacto de preferencia, que fue exactamente lo que se propusieron las contratantes mediante la referida cláusula cuarta, cuando renunciaron "a cualquier acción judicial o extrajudicial por razón de cualquier derecho que a esta partición se refiera, y que más tarde quieran reclamar".

Cuarto.—Errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas con las cuales demostraron las demandadas el cumplimiento del pacto de preferencia, y que llevaron al Tribunal a violar, directamente, el artículo 673, inc. 2º del C. J.; por falta de aplicación, los artículos 697 del mismo Código, 1602, 1603, 1609, 1610 y 1612 a 1615

del C. C.; y por aplicación indebida, el artículo 697 del C. J.; y

Quinto.—Por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, particularmente de la diligencia de inspección que establece no haber existido perjuicio alguno, violó el sentenciador por falta de aplicación, los artículos 730 y 722 del C. J., y por falta de aplicación, los artículos 1599, 1602, 1603, 1610 ord. 3º, 1612 a 1615 y 1617 del C. C.

De este conjunto de cargos la Sala procede a examinar el segundo, que considera fundado: ser la sentencia violatoria de los artículos 1602, 1603 y 1612 a 1615 del C. C., por el evidente error de hecho en que incurrió al estimar el contenido de la cláusula QUINTA de la escritura Nº 1116 de 14 de julio de 1933. En efecto:

Según se vio atrás, por medio del precitado instrumento las señoras Isabel, María y Oliva Ferro, copropietarias de la finca denominada "Cámbulo o Calibío", decidieron dividir la comunidad, y con este fín formaron tres partes: una que se adjudicó particularmente a doña Isabel; otra, en común y proindiviso por iguales partes, a las señoras María y Oliva; y la tercera, formada por el potrero denominado "Lomas de Cardón" respecto del cual se estipuló expresamente, que "continúe en común y proindiviso entre las mismas comuneras Oliva, Isabel y María Ferro, por iguales partes, es decir, una tercera parte para cada una de ellas", según lo expresa el aparte b) de la cláusula segunda.

Posteriormente, mediante la clásula QUINTA de la misma escritura, dijeron las contratantes: "También, por medio del presente instrumento acuerdan de una manera expresa que en caso de que cualquiera de las comparecientes Oliva Ferro de Abello Palacio, Isabel Ferro de Buendía y María Ferro de Salazar **quisieren vender una parte o el total de la finca que por medio de esta escritura se parte,** quedan con la perentoria obligación de preferir en la compra a cualquiera de las otras dos, y solamente en el caso de que no fuere posible la venta a quien o quienes formaron parte de la comunidad de la hacienda de Cámbulo o Calibío, puede verificarse tal venta a una persona distinta" .(Subraya la Sala).

De suerte pues, que del contenido de la escritura citada, aparecen ciertos y evidentes estos dos hechos fundamentales: Que la división de la comunidad que las tres hermanas Ferro tenían sobre la finca de "Cámbulo o Calibío", no fue total sino parcial, por cuanto de ella se excluyó el potrero de "Lomas del Cardón", respecto del cual convinieron expresamente que "continúe en común y proindiviso entre las mismas comuneras Oliva, Isabel y María Ferro, por iguales partes"; y que el pacto de preferencia para la venta a que alude la cláusula QUINTA se concretó al caso en que quisieren vender "una parte o el total de la finca que por medio de esta escritura se parte".

Estos dos hechos patentizan de modo indubitable, que el pacto de preferencia a que alude la referida cláusula QUINTA, no comprendió la posibilidad de venta de derechos en el potrero de "Lomas del Cardón", por la cual y a virtud de no habérsele cumplido, se demanda la indemnización de perjuicios a que se refiere esta controversia. Precisamente porque dicho pacto —por voluntad expresa de las partes— se limitó "a la finca **que por medio de esta escritura se parte";** y el mencionado potrero no se partió ni la cuota parte que originalmente adquirió en él cada una de las copartícipes sufrió la menor alteración, sino que antes bien se reafirmó mediante el convenio de que "CONTINUE en común y proindiviso entre las mismas comuneras Oliva, Isabel y María Ferro por iguales partes".

Es posible, desde luego, que la intención de las partes con la cláusula de preferencia hubiera sido la de referirla tanto a la parte de la finca que se dividía como a la que siguió en comunidad, porque su propósito fuera mantener, hasta donde fuera posible, dentro de la familia los bienes que recibieron de su padre. Pero esa intención no parece revelada en forma alguna en el contrato, ni puede por consiguiente sostenerse que sea una **intención clara,** para que "deba estarse a ella más que a lo literal de las palabras", según lo prevenido por el artículo 1618 del C. C. Mucho más probable resulta suponer, porque así lo revela el contenido literal de las palabras, que su propósito fuera solamente prevenir las posibilidades de enajenación a extraños, estimuladas por la división que acababa de hacerse; y que precisamente, por no haberse acordado modificación alguna respecto del estado de comunidad en que venía el potrero de "Lomas del Cardón", limitaran la preferencia para comprar a los terrenos adjudicados en partición, según los términos exactos en que fue concebida la estipulación.

Ni vale argüir contra esta conclusión el hecho invocado por el Tribunal, de que las propias demandadas hubieran interpretado en sentido dis-

tinto el alcance de la preferencia para comprar, cuando a través del juicio quisieron establecer el cumplimiento de esta obligación antes de que se solemnizara el contrato con Esterlin; porque el hecho de la oferta no implica reconocimiento alguno de obligación de hacerla, menos aún, cuando el mejor precio juega en función del mayor número de interesados en comprar.

De esta suerte, al aceptar el Tribunal sentenciador como aplicable al potrero de "Lomas del Cardón" —que no se partió ni particularmente se hizo objeto de adjudicación alguna— la cláusula de preferencia acordada sólo "para la finca que por medio de esta escritura se parte", y deducir una infracción a cargo de las demandadas por la venta que de una parte de dicho potrero le hicieron al señor Esterlin, con la consiguiente obligación de indemnizar perjuicios, incurrió en evidente error de hecho en la apreciación de dicho acuerdo, y como consecuencia violó, por aplicación indebida los artículos 1602, 1603 y 1613 a 1615 del C. C. que consagran la obligación de indemnizar perjuicios originados en el incumplimiento de los contratos, tal como ha sido alegado y demostrado por la parte recurrente en el cargo que se examina.

Debe por lo tanto casarse la sentencia que ha sido objeto del recurso, revocarse la de primera instancia que aquélla confirmó, y con base en los propios fundamentos negar como consecuencia, las declaraciones que fueron objeto de la demanda:

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 atuoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio; REVOCA la de primer grado que aquélla confirmó, y en su lugar, FALLA:

No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda; en consecuencia, se absuelve a las demandadas señora Isabel Ferro de Buendía y sucesión de doña María Ferro de Cleves, de los cargos que les fueron propuestos.

No hay costas en el juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriado devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizararlde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — SIMULACION — SIMULACION ABSOLUTA Y RELATIVA—PRUEBA DE LA SIMULACION.—CUANDO SE TRATA DE PROBAR ENTRE LOS CONTRATANTES Y EL ACTO SIMULADO CONSTA POR ESCRITO, LA PRUEBA DEBE SER EL PACTO LITERAL OCULTO O LA CONFESION DE LA CONTRAPARTE. — LOS TERCEROS GOZAN, EN CAMBIO, DE UNA MAYOR AMPLITUD PROBATORIA AL RESPECTO.—TECNICA DE CASACION. — CUANDO ES POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS, DEBEN SEÑALARSE LAS QUE SE CONSIDERAN LO FUERON EQUIVOCADAMENTE.-CUANDO EN CASACION PUEDE VARIARSE LA APRECIACION QUE DE LOS INDICIOS HIZO EL TRIBUNAL

1.—Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece.

El acto jurídico se estima verdadero y, por tanto, con fuerza material capaz de producir efectos, mientras la ficción o el disfraz no se prueben; y aún más: debido a la presunción de legitimidad que lo acompaña, basta su alegación para que produzca consecuencias jurídicas, correspondiendo a otros demostrar su ilegitimidad, ya que el derecho, como la vida, distingue lo normal de lo que no lo es y parte siempre del principio de la normalidad.

La simulación del negocio jurídico es un fenómeno anómalo, puesto que, normalmente, la voluntad manifestada corresponde a la voluntad verdadera. Incumbe, pues, a quien pretenda restar eficacia, o lograr una distinta de la que dimana normalmente de un contrato, probar el hecho anormal del conflicto entre la voluntad y su manifestación.

La prueba de la simulación incumbe, pues, a quien la alega y pretende sacar de ello consecuencias a su favor: ya al contratante que impugna el contrato contra la otra parte, o a los terceros que dirijan su impugnación contra las partes contratantes.

Es lo mismo que la simulación se alegue por vía de acción o de excepción, pues el que excepciona debe probar, a su vez, el fundamento de su pretensión en contrario.

Si bien corresponde la prueba de la simulación a quien la alega, la jurisprudencia ha establecido diferencia para demostrarla, entre quienes otorgan el acto señalado como ficticio, o mejor, entre quienes lo llevaron a cabo y terceros de buena fe.

"Tratándose de demostrar ENTRE LOS CONTRATANTES la existencia de una simulación —ha dicho la Corte— 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 que entonces puede complementarse con testigos, presunciones e indicios, y con todo medio probatorio". (G. J. Tomo 43, pág. 330).

Cosa muy distinta sucede en tratándose de terceros que ya en su acción, como en caso de excepción por ellos propuesta, tienen amplio margen para utilizar, en defensa de sus derechos, todos los medios legales establecidos para demostrar la verdad de sus afirmaciones.

Son terceros, todos aquellos que no han tomado parte en el contrato simulado y, por tanto, no deben sufrir legalmente sus efectos; es decir, que no son partes contratantes, ni herederos de éstas o sus representantes legítimos.

Son autores de la simulación, los que han realizado el contrato simulado. En igual situación se encuentran sus representantes y

sus herederos. Aquéllos, por efecto de la representación, son considerados como verdaderos autores del contrato simulado; los otros, por título de sucesión universal, se colocan en la misma situación jurídica de sus causantes, continuando su personalidad.

Respecto a terceros, por consiguiente, ajenos a la simulación, la prueba no sufre restricciones: todo medio de establecer la verdad es admitido para descubrir la apariencia o la falsedad del contrato por el cual recibe un daño presente o la amenaza de otro futuro. No sería justo, en efecto, prohibir a los terceros la prueba testifical o de presunciones, puesto que se hallan siempre en la imposibilidad de procurarse una prueba escrita de la ficción llevada a cabo por otros, sin su intervención o consentimiento.

No sería lógico tampoco, dejar la prueba de su derecho sujeta a la eventualidad de que su contraparte confesara la simulación del acto que se le imputa.

2.—Según doctrina 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 de hecho al apreciarlas.

3—Cuando se trata de valorar o estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho, sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial el artículo 662 del C. J., que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar.

Deja de esta manera el derecho positivo a la conciencia del juez la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica, en materia de probanzas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa.

4. — La simulación absoluta o integral o de esencia, ocurre cuando se celebra un acto jurídico sólo en apariencia, sin contenido real alguno; la relativa, llamada también parcial o disimulación, consiste en encubrir los efectos jurídicos de un acto real que las partes han querido, con otro solamente realizado en apariencia.

El negocio absolutamente simulado carece de realidad jurídica. Apartada la apariencia engañosa que lo presenta como serio, nada queda de él; se ha roto el encanto, y la ilusión desaparece. Resultan, por ende, efímeras las transferencias y adquisiciones que tuvieron por base el acto simulado, ya que el enajenante no se despojó de los derechos transmitidos; inútiles los vínculos jurídicos contraídos. Ninguna modificación jurídica se realiza por virtud del acto simulado; la posición de las partes queda como antes, y los cambios ocurridos en las relaciones jurídicas resultan ilusorios, carecen de realidad, de contenido real.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín, Julio Martín Restrepo presentó demanda ordinaria contra Haydée Eastman, para que en sentencia definitiva, se le declare dueño de cierto inmueble y se condene a la demandada a restituírselo.

Como hechos, señala que adquirió por escritura pública número 2951 de 17 de julio de 1945, debidamente registrada, por compra a Horacio López de Meza, el bien que reivindica, del cual entró en posesión, siendo luégo privado de él en alguna diligencia de depósito judicial, que considera realizada por la señorita Eastman con el único propósito de desposeerlo; que el día del depósito fue desocupada la casa por el arrendatario, que por su cuenta vivía en ella; que, aun cuando la demandada alega haber comprado el mismo bien a Arturo López de Meza y éste a su

hermano Horacio, cuando las referidas ventas se realizaron, ya el demandante había adquirido lo mismo por compra a Horacio, quien vendió dos veces, siendo el demandante quien primero inscribió su título y entró en posesión material de lo adquirido; que habiéndosele privado de su finca, se ve en el caso de reivindicarla.

La señorita Eastman, al evacuar el traslado de la demanda, manifiesta que para comprar el inmueble que se reivindica, exigió un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín, lugar de ubicación del predio, y allí aparecía su vendedor como propietario de lo que deseaba adquirir; que mientras se legalizó el instrumento de compra, se inscribió la venta del nombrado Horacio al demandante, pero que tal título le es inoponible, por ser simulado. Entre las excepciones que propone, alega la de simulación de contrato.

La demandada denunció el pleito a su vendedor, Arturo López de Mesa y éste a su hermano Horacio, quien se apersonó en el juicio, contestó la demanda, alegando también la excepción de simulación y, finalmente, propuso demanda de reconvención para que se declare que es nula la escritura de venta número 2951 de 17 de julio de 1945, por la cual aparece traspasando un bien al mencionado Julio Martín Restrepo. Expresa, entre los hechos en que apoya su petición que, debido a ciertas negociaciones y a habérsele extraviado una letra por $ 35.000 a su favor y a cargo de Ramón Restrepo, hermano del demandante, y engañado por los dos hermanos, convino en hacer escritura de venta ficticia al nombrado Julio Martín, de la finca que éste reivindica; que tal venta carece de todo valor, porque no hubo voluntad de enajenar, ni precio, ni entrega de lo vendido; que con motivo de habérsele extraviado una letra por $ 35.000, aceptada por Ramón Restrepo, hermano del demandante, a su favor y ante la posibilidad de que un tercero pudiera hacer uso de ella y perseguir los bienes de aquél, convinieron los hermanos Restrepo y el mismo López de Meza que, tanto él como el citado Ramón Restrepo, habrían de vender sus bienes a Julio Martín con el objeto, el primero de que no se le embargaran sus bienes en una posible ejecución, con apoyo en las letras, y el segundo, como garantía de que no había cedido tal instrumento de cambio a una tercera persona; que de todo ello se prometió dejar constancia en documento privado y que así fue como Ramón Restrepo y el contrademandante comparecieron el mismo día y hora a la Notaría a hacer escritura de sus bienes a Julio Martín Restrepo.

El contrademandado se opuso a la vez, a que se hicieran las declaraciones impetradas y pidió que se rechazara la demanda porque no podía, a su juicio, contrademandar sino el propio demandado.

La sentencia recurrida

El Juez del conocimiento falló favorablemente la acción reivindicatoria propuesta y condenó a la señorita Eastmañ a entregar el bien en litigio, por cuya razón apeló para ante el Tribunal Superior de Medellín.

Allí, el juicio se decidió en contra de las pretensiones del señor Restrepo, por considerar el juzgador que se había demostrado suficientemente la simulación del contrato por el cual el actor Restrepo había adquirido la finca.

En desacuerdo con lo resuelto, el reivindicante ocurrió en casación.

El Tribunal hace un estudio detallado de la prueba indiciaria aducida y llega a la conclusión de que la venta que Horacio López de Meza hizo al señor Julio Martín Restrepo, fue simulada; que no hubo intención de transferir el dominio del inmueble, ni precio, ni entrega de lo vendido y que, por consiguiente, don Horacio pudo trasmitir su propiedad a su hermano Arturo y éste a la demandada señorita Eastman.

Al hacer el examen de la prueba, manifiesta que si se tratara simplemente de un litigio de simulación entre quienes fingieron el contrato, la prueba sería restringida, pero estando de por medio un tercero, extraño al acto simulado, la señorita Eastman, se podía hacer uso de todo medio probatorio para demostrar la simulación del contrato que, por lo mismo, es ineficaz.

Sustanciado el recurso en la Corte, es el momento de fallar.

Las causales de casación

Con fundamento en la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, se aducen contra el fallo en estudio, los cargos siguientes:

a) Violación por interpretación errónea de los artículos 1602, 1759 y 1766 del Código Civil, por

cuanto el fallo no tuvo en cuenta que el contrademandante, Horacio López de Meza, es uno de los contratantes en la venta del bien raíz, que se realizó por medio de la escritura número 2951 de 17 de julio de 1945, de la Notaría Primera de Medellín y, por consiguiente, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, para que dicha acción pudiera prosperar, era necesaria la confesión del demandado, o siquiera un principio de prueba por escrito, que indique la simulación del acto denunciado. Que "no se trata de una acción intentada por terceros", en cuyo caso hay libertad para aducir toda clase de pruebas para demostrar la simulación. Que la convicción del Tribunal "se formó por el estudio probatorio erróneo que se hizo", que llevó al quebrantamiento de las normas sustantivas citadas.

b) Violación de los artículos 1494, 1502, 1602, 1857 del C. C., y los artículos 697, 698, 703 y 704 del C. J., "sobre las condiciones de prueba testimonial", y como consecuencia, los artículos 1759 y 1766 del C. C.

Para fundar su ataque, entra a analizar "los actos materiales que dice el Tribunal pueden demostrar cuál fue la intención de Horacio López de M. al firmar la escritura número 2951....", contentiva del contrato de compraventa y título suficiente para reivindicar. Examina los indicios que juzga demostrados el Tribunal y que lo llevaron a negar la reivindicación demandada, como son la letra de cambio por $ 35.000, suscrita por Ramón Restrepo, los diversos contratos llevados a cabo entre los hermanos Restrepo y don Horacio; la existencia de cierto documento o contraescritura firmada entre las mismas personas, cuya existencia se estableció con prueba testimonial; la circunstancia alegada en el proceso y tomada en cuenta por el juzgador como indicio de que los mencionados Horacio López de Meza y Ramón Restrepo concurrieron en el mismo día y hora a la Notaría a "suscribir sendas escrituras en que transfieren sus bienes a Julio Martín Restrepo", lo que, a juicio del demandante, no demuestra "ni la falta de consentimiento, ni la falta de precio, ni del acto simulado u oculto de que habla el Tribunal"; que, por el contrario, del testimonio de Ramón Restrepo se desprende que la venta fue real y que se cubrió el precio.

c) Violación de los artículos 1502, 1602, 1759 y 1766 del Código Civil, "por no aplicación", por cuanto el sentenciador consideró al fallar la demanda de reconvención propuesta por Horacio López de Meza, que éste "era un tercero respecto del contrato de venta celebrado con Julio Martín Restrepo". Que don Horacio fue parte contratante y al no tenerse en cuenta tal carácter, se quebrantaron las normas legales citadas.

Que en el otorgamiento de la escritura pública que recoge la negociación López le Meza y Restrepo, se llenaron los requisitos legales, que tal instrumento no adolece de ningún vicio, ni en su forma, ni en su fondo. Que conforme a los artículos 663, 756 y 759 del C. C., el dominio del inmueble en disputa lo hubo don Julio Martín, mediante la inscripción de su título en la Oficina de Registro.

Que habiendo salido el cuestionado predio del patrimonio de don Horacio, nada adquirieron quienes posteriormente a la escritura de venta, aparecen comprándolo a quien ya no era su dueño.

Que, en realidad, los subsiguientes compradores de una cosa ya enajenada, sólo tienen un crédito contra su pretendido vendedor, para el solo efecto de exigirle el cumplimiento de sus prestaciones, de carácter personal.

d) Se acusa, por último, la sentencia "por infracción directa del artículo 1502 del C. C. y aplicación indebida de los artículos 1740 y 1741 del mismo".

El Tribunal —dice— aplicó e infringió tales preceptos, por considerar que el contrato entre don Horacio y Julio Martín fue simulado, cuestión no probada.

Que no se demostró carencia de capacidad en el vendedor, ni la falta de pago del precio.

Entra luégo el demandante a relatar cómo se le despojó de la posesión material del inmueble en litigio, por parte de la señorita Eastman, mediante el denuncio del mismo bien, para que fuera embargado y depositado en cierta ejecución que a ésta se le propuso y cómo, con suma rapidez, se actuó en tal asunto, dando por resultado el que se le privara de la posesión de lo comprado al señor López de Meza.

Para resolver, se considera:

1º Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece.

El acto jurídico se estima verdadero y, por tanto, con fuerza material capaz de producir efectos,

mientras la ficción o el disfraz no se prueben; y aún más: debido a la presunción de legitimidad que lo acompaña, basta su alegación para que produzca consecuencias jurídicas, correspondiendo a otros demostrar su ilegitimidad, ya que el derecho, como la vida, distingue lo normal de lo que no lo es y parte siempre del principio de la normalidad.

La simulación del negocio jurídico es un fenómeno anómalo, puesto que, normalmente, la voluntad manifestada corresponde a la voluntad verdadera. Incumbe, pues, a quien pretenda restar eficacia, o lograr una distinta de la que dimana normalmente de un contrato, probar el hecho anormal del conflicto entre la voluntad y su manifestación.

La prueba de la simulación incumbe, pues, a quien la alega y pretende sacar de ello consecuencias a su favor; ya al contratante que impugna el contrato contra la otra parte, o a los terceros que dirijan su impugnación contra las partes contratantes.

Es lo mismo que la simulación se alegue por vía de acción o excepción, pues el que excepciona debe probar, a su vez, el fundamento de su pretensión en contrario.

Si bien corresponde la prueba de la simulación a quien la alega, la jurisprudencia ha establecido diferencia para demostrarla, entre quienes otorgaron el acto señalado como ficticio, o mejor, entre quienes lo llevaron a cabo y terceros de buena fe.

"Tratándose de demostrar **entre los contratantes** la existencia de una simulación —ha dicho la Sala— 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 que entonces puede complementarse con testigos, presunciones e indicios, y con todo medio probatorio". (Casación, Tomo 43, pág. 830).

Cosa muy distinta sucede en tratándose de terceros que ya en su acción, como en caso de excepción por ellos propuesta, tienen amplio margen para utilizar en defensa de sus derechos, todos los medios legales establecidos para demostrar la verdad de sus afirmaciones.

Son terceros, todos aquellos que no han tomado parte en el contrato simulado y, por lo tanto, no deben sufrir legalmente sus efectos; es decir, que no son partes contratantes, ni herederos de éstas o sus representantes legítimos.

Son autores de la simulación, los que han realizado el contrato simulado. En igual situación se encuentran sus representantes y sus herederos. Aquéllos, por efecto de la representación, son considerados como verdaderos autores del contrato simulado; los otros, por título de sucesión universal, se colocan en la misma situación jurídica de sus causantes, continuando su personalidad.

Respecto a terceros, por consiguiente, ajenos a la simulación, la prueba no sufre restricciones: todo medio de establecer la verdad es admitido para descubrir la apariencia o la falsedad del contrato por el cual reciben un daño presente o la amenaza de otro futuro. No sería justo, en efecto, prohibir a los terceros la prueba testifical o de presunciones, puesto que se hallan siempre en la imposibilidad de procurarse una prueba escrita de la ficción llevada a cabo por otros, sin su intervención o consentimiento.

No sería lógico tampoco, dejar la prueba de su derecho sujeta a la eventualidad de que su contraparte confesara la simulación del acto que se le imputa.

No hay que olvidar en el estudio de la cuestión pendiente, que al dar contestación a la demanda, la señorita Eastman, en la acción de reivindicación propuesta por el señor Restrepo, alegó la excepción de simulación, y si esto es así, como efectivamente lo es, la demandada es un tercero en el acto simulado realizado entre Horacio López de Meza y Julio Martín Restrepo, por el cual el primero simuló el traspaso del bien materia del pleito a Restrepo, careciendo de valor la referida contratación, por la misma circunstancia no le puede ser oponible a quien no participó en el acto, ni lo conoció, ni pudo conocerlo antes de adquirir la finca que se le demanda. Máxime, como lo constató el juzgador, la señorita Eastman para comprar, obtuvo un certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos del lugar de ubicacación del bien raíz que iba a comprar, y por él se cercioró de que su vendedor era dueño de la cosa que iba a transferírsele. Resalta así su buena fe. El único me-

dio de cerciorarse de que quien le vendía era dueño de lo que se proponía adquirir, era obtener la certificación del señor Registrador de Instrumentos Públicos del lugar de ubicación del inmueble, y la compradora lo obtuvo y por él se guió.

2º En el aparte segundo de su acusación, hace el recurrente un nuevo estudio de todos y cada uno de los indicios que se adujeron y establecieron en las instancias, como demostrativos de la simulación del contrato de compraventa del inmueble, que se intenta reivindicar.

Adolece el cargo, en general, de haberse limitado el actor a razonar según su criterio y expresar por qué la prueba presentada no puede conducir, a su entender, a la conclusión de la simulación del contrato ya mencionado, olvidándose que el recurso de casación no es una nueva instancia, en que se pueda realizar un nuevo examen de la cuestión probatoria.

"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 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 de hecho 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 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 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, números 1955 y 1956, pág. 299).

Entra luégo el recurrente a hacer un nuevo examen de las pruebas, para concluir que los indicios que el Tribunal tuvo por demostrados no son suficientes —a su entender— para llegar a la conclusión de que lo pactado entre el demandante y Horacio López de Meza, carece de seriedad jurídica por ser simulado. Señala los indicios como erróneamente apreciados, pero no las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal; busca, pues, simplemente, una nueva valoración probatoria, que no es posible en casación, por no tratarse de una tercera instancia.

Pero, sobre toda consideración, cuando se trata de valorar o estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho, sino en casos especiales en que su interpretacion repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial el artículo 662 del C. J., que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar.

Deja de esta manera el derecho positivo a la conciencia del juez, la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica, en materia de probanzas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas.

d) Dice, por último, el recurrente, que no estando demostrada la simulación del contrato, por lo que ya se expresó, resulta que el pacto de que da cuenta la referida escritura número 2951 (la venta de López de Meza a Restrepo, base de la acción reivindicatoria), debe considerarse como exacto, real y verídico y que no encubre, por lo tanto, ningún secreto. Manifiesta que, para que la acción de reconvención pudiera prosperar, habría sido indispensable, como cuestión previa y fundamental, concluir que el contrato ya mencionado es simulado, conclusión a la que, a su juicio, no puede llegarse.

Sostiene que no está demostrada la falta de consentimiento, etc.

Para la Sala, dentro de los dos grandes tipos o especies de simulación, la absoluta o integral o de esencia, que ocurre cuando se celebra un acto jurídico sólo en apariencia, sin contenido real alguno; y la relativa, llamada también parcial o disimulación, que consiste en encubrir los efectos jurídicos de un acto real que las partes han querido, con otro solamente realizado en apariencia, la sentencia acusada coloca el caso de autos dentro del primero.

El negocio absolutamente simulado carece de realidad jurídica. Apartada la apariencia engañosa que lo presenta como serio, nada queda de él; se ha roto el encanto y la ilusión desaparece. Resultan, por ende, efímeras las transferencias y adquisiciones que tuvieron por base el acto simulado, ya que el enajenante no se despojó de los derechos transmitidos; inútiles los vínculos jurídicos contraídos. Ninguna modificación jurídica se realiza por virtud del acto simulado; la posición de las partes queda como antes y los cambios ocurridos en las relaciones jurídicas resultan ilusorios, carecen de realidad, de contenido real.

En el caso de autos, el Tribunal, mediante el examen detenido de los diversos indicios demostrados, los cuales relaciona entre sí, llega a la convicción de que el contrato efectuado entre don Horacio y Restrepo de transferencia de una finca raíz, es simulado, sin contenido real; por consiguiente, la finca en cuestión no salió por tal acto del patrimonio de López de Meza y, por lo mismo, éste pudo transferir el bien a su hermano, y éste a la señorita Eastman, y el demandado Restrepo, sin embargo de la escritura número 2945, carece de título para reivindicar, porque no obstante tal contrato, la finca no pasó a su dominio, por no ser ello el objeto que se propusieron las partes al celebrarlo.

Por otro aspecto, no hay que olvidar que los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas y que la Corte tiene que respetar tal apreciación, porque el recurso no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de pruebas. El recurso de casación **no** es una tercera instancia, como ya se expresó, sino que se limita al examen de la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley. Sólo cuando aparezca un error manifiesto en los autos, que envuelva una violación de la ley, o un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento. (Jurisprudencia de la Corte, Tomo V, volumen I, páginas 126 y 127).

Por lo expuesto, debe concluirse que no está demostrado el cargo propuesto, ya que no aparece en la estimación de las pruebas hecha por el Tribunal, el error evidente de hecho o de derecho, que pudiera conducir a la Corte a estimar violadas las disposiciones citadas, y, en consecuencia, el fallo no ha de casarse.

SENTENCIA

Por las razones aducidas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de treinta y uno de enero de mil novecientos cuarenta y ocho.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Silva Rebolledo — Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

LA EFECTIVIDAD DE LA REBAJA CONCEDIDA POR EL ACREEDOR AL DEUDOR CONFORME A LOS PRECEPTOS DE LA LEY 37 DE 1932, NO QUEDA CONDICIONADA A QUE EL PAGO SE HICIERA DENTRO DEL TERMINO SEÑALADO POR LA MISMA LEY PARA LA SUSPENSION DEL REMATE

1.—Como lo entendió la Corte al decidir sobre la exequibilidad de la Ley 37 de 1932, el artículo 1º de ésta consagra bajo la denominación antitécnica de impuesto "un mandato imperativo de rebaja, a un tipo determinado de los intereses no sólo futuros sino también pendientes" con relación al momento en que ella se profirió.

2.—No hay en la Ley 37 de 1932 ninguna disposición que establezca, ya expresa o implícitamente, que la efectividad de la rebaja aceptada por el acreedor sólo podría tener lugar siempre que el pago se hiciera durante el término en aquélla señalado para la suspensión del remate. Esa distinción no la estableció el legislador, y conocido es el antiguo aforismo que enseña que donde la ley no distingue no cabe al juzgador distinguir.

Por el contrario, lo que se desprende del texto claro del artículo 8º, es que la rebaja de la acreencia al setenta por ciento concedida por el acreedor al deudor, en juicio o fuera de él, es de carácter definitivo, puesto que esa norma perentoriamente prescribe que en caso de que el pago no se hiciere dentro del plazo de diez meses que señala el inciso 3º del artículo 3º, el acreedor podía iniciar o proseguir el juicio para con el producto de los bienes embargados cubrirse "el crédito reducido" en la cuantía ya expresada. De la voluntad del acreedor dependía, pues, iniciar o proseguir el juicio una vez vencido aquel plazo; pero no quedaba condicionada a la presteza o actividad que pusiera en iniciarlo o proseguirlo la efectividad de la rebaja que concedió, puesto que una vez otorgada ésta de su propia y libre determinación, la ley sólo le concedía el derecho de cubrirse el créidto reducido y no el monto inicial del mismo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre veinte y tres de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Pedro Uribe Mejía, hablando en su propio nombre y como cesionario de Enrique Valencia, propuso ante el Juez 1º Civil del Circuito de Manizales juicio ordinario contra Roberto Escobar R., el Banco Central Hipotecario, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y Julio Jaramillo Alvarez, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"A) Que en la liquidación de las deudas que constan en las escrituras números 798 y 1093 de 5 de julio y de 24 de agosto de 1927, de la Notaría 2ª de este Circuito, a cargo del señor Roberto Escobar R. y a favor de los señores Nicolás y José Pío Durán y de Enrique Valencia, antes, hoy ambas de Pedro Uribe Mejía, se incurrió en error de hecho y de derecho, al liquidar menos de lo debido por capital e intereses de los referidos créditos hipotecarios, tomando apoyo en la Ley 37 de 1932, cuando el deudor había rehusado acogerse a esta ley y los efectos de la misma habían pasado, o por cualquier causa que se demuestre en el juicio;

"B) Que en consecuencia, debe hacerse una nueva liquidación, y se ordene hacerla, de los referidos créditos, teniendo en cuenta las cantidades demandadas en los juicios especiales acumulados de Uribe Mejía y Enrique Valencia contra Roberto Escobar R., por la causa expresada, las que se ordenó pagar por la sentencia de 27 de octubre de 1932, y las que fueron recibidas por los acreedores de acuerdo con el punto 24 de esta demanda;

"C) Que las deudas de que se trata (escrituras números 798 y 1093 citadas) no han sido canceladas en su totalidad, sino parcialmente, por capital e intereses, de acuerdo con el pago que ordenó hacer el Juzgado 3º de este Circuito, en

auto de 13 de septiembre de 1937, y que se verificó el 14 de los mismos mes y año, y que por tanto, los saldos no pagados de dichas deudas están garantizados con las hipotecas constituídas por las escrituras citadas (798 y 1093) sobre la finca de 'La Cristalina', las que deben inscribirse nuevamente;

"D) Que en consecuencia el señor Roberto Escobar R. debe al señor Pedro Uribe Mejía, actual propietario de los créditos relacionados en los puntos A), B) y C) de esta demanda, y de plazo vencido, el saldo impagado de las referidas acreencias, por capital e intereses, liquidados en la forma estipulada, o en la que sea de ley, y no como se verificó en las liquidaciones relacionadas en el punto 10 y en otros de esta demanda, que fueron aprobadas por el Juzgado y por el Tribunal de este Distrito Judicial, en los autos de cada cual de estos despachos que se dejan indicados;

"E) Que es nula, con la nulidad que se pruebe, la cancelación del registro de las escrituras de hipoteca números 798 y 1093 de 5 de julio y 24 de agosto de 1927, de la Notaría 2ª de este Circuito, ordenada por el Juez 3º del Circuito dicho, por auto de 13 de septiembre de 1937, y llevada a cabo dicha cancelación por escritura número 1309, de 15 del mes y año expresados, de la Notaría 2ª mencionada, y por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Pereira en la misma fecha, por haberse verificado la mencionada cancelación en cumplimiento de un auto no ejecutoriado y revocado, y en perjuicio de los derechos de mi porderdante, y por otras causas igualmente eficaces;

"F) Que es igualmente nula, con la nulidad que se establezca, la cancelación del embargo de los bienes secuestrados y embargados en el juicio especial de venta o adjudicación de la cosa hipotecada de Pedro Uribe Mejía y Enrique Valencia contra Roberto Escobar R., cancelación ordenada por el Juez 3º de este Circuito en auto de fecha 13 de septiembre de 1937, comunicado al Registrador de Pereira por oficio número 55 de 15 del mismo mes y año expresados, y llevada a cabo en esta misma fecha por el mentado Registrador en razón de un auto no ejecutoriado y revocado, y en perjuicio de los derechos de mi mandante, o por cualquier causa que se establezca en el juicio.

"Que son nulos, con la nulidad que se establezca, los contratos de hipotecas y de prenda agraria que se particularizan en las súplicas marcadas con las letras G), H), I), J), L) y LL), por haberse hecho en perjuicio de los derechos del actor, con violación de la ley, y sobre bienes no deshipotecados ni desembargados legalmente;

"K) Que es nulo, con la nulidad que se pruebe, el embargo decretado por el Juez del Circuito Civil de Pereira en juicio especial de venta o adjudicación de cosa hipotecada, del Banco Central Hipotecario contra Roberto Escobar R., con fecha 27 de septiembre de 1938, inscrito en la Oficina de Registro de Pereira, por comprender bienes no deshipotecados ni desembargados legalmente, hacerse en perjuicio inmediato de los derechos de mi poderdante, con violación de la ley, o por cualquier otra causa que se establezca;

"M) Que como consecuencia de las nulidades pedidas en los párrafos marcados con las letras E), F), G), H), I), J), K), L), y LL), se ordene la cancelación de los registros acusados en dichos párrafos, o de cualquiera de ellos, según el caso, y que también se ordene inscribir nuevamente las escrituras números 798 y 1093, de 5 de julio y 24 de agosto de 1937 (sic), de la Notaría 2ª de este Circuito, al Registrador de Pereira; y que se decrete vigente, ordenando la inscripción respectiva, el embargo de los bienes en el juicio especial de venta o adjudicación de la cosa hipotecada de Pedro Uribe Mejía y Enrique Valencia contra Roberto Escobar R., declarando también que dicho juicio se halla en curso, por ser ilegal la terminación decretada, ya referida;

"N) Que se declaren nulos, rescindidos, resueltos, ineficaces, inexistentes cualquiera o cualesquiera de los actos, contratos y registros relacionados en esta demanda, por cualquiera o cualesquiera causas jurídicas que se establezcan en el juicio, capaz o capaces de producir los efectos legales buscados".

Tramitado el juicio con oposición de los demandados el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de veinte y seis de julio de mil novecientos cuarenta y tres, por medio de la cual se les absolvió a aquéllos de los cargos que se les formularon, sin costas.

Apelado ese fallo por el actor, subió el negocio al Tribunal Superior de Manizales, el que en sentencia de cuatro (4) de julio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) confirmó la apelada, también sin costas.

En las consideraciones de esa providencia sostuvo el sentenciador que la liquidación de los

créditos practicada en un juicio de venta de bienes hipotecados no es más que el desarrollo o aplicación de la sentencia de excepciones o de la de pregón y remate, por lo cual aquélla debe hacerse teniendo en cuenta las bases que en tal sentencia se señalan, y que como en la de fecha 27 de octubre de 1932, proferida en los juicios ejecutivos acumulados seguidos por Uribe Mejía y Valencia, no se determinó que la liquidación se hiciera con observancia de lo dispuesto en la Ley 37 de 1932 y demás disposiciones concordantes, y ella se llevó a efecto con aplicación de esas normas, procediendo con amplitud de criterio debe entenderse que la revisión que de aquélla se solicita en la demanda implica propiamente la revisión de la sentencia de excepciones y de pregón y remate, por cuyo motivo estimó que al actor le asiste en principio la acción propuesta y que debía proceder a su examen de fondo.

Luégo, entrando en materia, dijo:

"Para el Tribunal la interpretación y aplicación que debe darse a las disposiciones consignadas en los artículos 2º, 3º y 8º de la Ley 37 de 1932, vigentes en el momento de sucederse el hecho materia de discrepancia y discusión en el auto que se revisa, son demasiado claras y no dan lugar a las dudas acotadas por el recurrente. En efecto del cuerpo armónico de tales disposiciones y en su espíritu y fundamento filosófico jurídico se tiene, que por el primero de los preceptos enunciados el legislador estableció una situación anormal sui-géneris, consistente en una moratoria que debía regir y observarse al tratar de hacerse efectivas las obligaciones que tuvieran las características allí prescritas. Esta morotoria consistía en un derecho primario del deudor de solicitar la suspensión del remate por el término de tres años contados desde la fecha del primero de enero de mil novecientos treinta y tres. Es decir, todo deudor que se encontrara en los casos especificados por el precepto en cuestión al entrar en vigencia la ley de que se habla, gozaba de la facultad de disfrutar de una moratoria judicial de tres años, limitada a que sus bienes perseguidos en juicio no pudieran rematarse sino pasado dicho tiempo. Pero este derecho concedido a las personas de que se trata, quedó sujeto en su ejecución y efectividad a la facultad concedida al acreedor en el artículo 3º de la misma ley que se comenta en virtud de la cual, éste podía pedir el remate o la continuación de las diligencias conducentes a que éste se verifique, siempre y cuando conviniere en rebajar el monto de su acreencia al setenta por ciento (70%) del capital más los intereses de dicho setenta por ciento a la rata estipuada en la mentada ley. Empero, a esta última facultad concedida en la forma determinada al acreedor, también se le puso una limitación, consistente en que si éste se allanaba a la reducción y a las formas de pago, conservaba la misma facultad, pero con la condición de aguardar el término de diez meses, contados desde la fecha en que su decisión de rebaja fuera notificada al deudor para poder hacer efectivo el remate de los bienes perseguidos.

"Congruente el legislador con estos principios estatuyó en el artículo 8º de la relacionada ley, que en todo caso, en juicio o fuéra de él, cuando el acreedor conviniere en aceptar las condiciones impuestas en la primera parte del artículo 3º, debía el deudor verificar el pago dentro del plazo de diez meses señalado en este mismo artículo, y que si no lo hacía así, el acreedor podía iniciar el juicio o proseguirlo hasta obtener el remate y con el producto de los bienes embargados cubrirse el crédito reducido en la forma ya indicada. Mejor dicho, por este artículo se le confirió al acreedor el mismo derecho ya conferido al mismo por el artículo 3º tántas veces citado. Pero ¿para obtener qué?. El pago de su acreencia con el producto de los bienes embargados y rematados y **cubrirse el crédito reducido en la forma ya indicada**". (Subraya el Tribunal).

De manera pues que el Tribunal ha venido sosteniendo la tesis de que cuando en el juicio seguido para el cobro de deudas amparadas por la Ley 37 de 1932 y demás disposiciones sobre intereses, en tales casos, si se hizo la rebaja al setenta por ciento del monto del capital, de ello no puede retractarse el acreedor por no pago dentro de los diez meses de suspensión del remate, no sólo porque la ley no autoriza tal retracto, sino también porque viene a tenerse como un derecho que adquiere el deudor con fundamento en la misma disposición del artículo 3º de dicha ley. Por consiguiente, se tiene qua la liquidación cuya revisión se intenta en este juicio, se hizo dentro de las normas establecidas para dicha deuda.

En cuanto al segundo grupo de peticiones, se pide la declaración de nulidad "con la nulidad que se pruebe (letra E), de la cancelación del registro de las escrituras de hipoteca números 798 y 1093, de 5 de julio y de 24 de agosto de 1927, de la Notaría 2ª de este Circuito, ordenada por el

Juez 3º del Circuito dicho, por auto de 13 de septiembre de 1937 con "perjuicio de los derechos del actor o por otras causas igualmente eficaces" y también la declaración de nulidad de la cancelación del embargo de los bienes secuestrados y embargados en el juicio especial sobre venta o adjudicación de la cosa hipotecada de Pedro Uribe Mejía y Enrique Valencia contra Roberto Escobar, ordenada por el Juez Tercero de este Circuito en auto de 13 de septiembre de 1937, las cuales se hacen consistir en que se llevaron a cabo en razón de una providencia no ejecutoriada y que posteriormente fue revocada por el Tribunal Superior, o sea el auto de 13 de septiembre de 1937.

Para estudiar la procedencia de estas declaraciones es preciso tener en cuenta el interés jurídico con que se invocan, es decir, la lesión que al patrimonio del demandante le hayan podido acarrear las cancelaciones dichas y si ellas están ajustadas a derecho.

En primer lugar, en la providencia que ordenó tales cancelaciones, se decretó el archivo del expediente y como consecuencia se dan las órdenes de cancelación correspondiente, por haberse terminado el juicio.

Ahora, si el Tribunal revocó tal providencia, lo hizo ordenando en su lugar, "que antes de resolverse sobre la terminación del juicio, el Juzgado dé traslado a la parte de la liquidación de 13 de septiembre del próximo año pasado". Esto se llevó a efecto por auto de 18 de abril de 1937, según referencia del auto del 30 de los mismos que aprobó la liquidación.

Por auto del 13 de mayo de 1938, se resolvió sobre la cesación del juicio y se repitió la orden de cancelación que se había dado en el auto de 13 de septiembre de 1937, el cual fue notificado por estado número 72 del 16 de mayo de 1938, sin que aparezca que hubiera sido recurrido.

De manera pues que si la liquidación del crédito que se cobraba quedó en firme, y que por consecuencia de haber recibido el pago correspondiente, los bienes afectos al crédito por ese hecho quedaban libres de tal gravamen, desde ese mismo momento el señor Pedro Uribe Mejía perdió el interés jurídico que pudiera tener para pedir la nulidad de las cancelaciones ordenadas desde septiembre 13 de 1937 y por consiguiente, aun cuando pudiera admitirse que hubo una informalidad procedimental al dar la orden de cancelación sin que estuviera en firme dicho auto, no se amenguaban los intereses de dicho señor.

De ahí pues que no esté demostrado el interés jurídico que pretende tener el demandante para pedir la nulidad de las cancelaciones referidas y que por tanto carezca de acción para pedirla.

Las demás peticiones sobre nulidad de unos contratos están formuladas antitécnicamente, ya que no se dice qué nulidad se invoca, pues apenas viene a exponerlo en el alegato expresando que es por falta de objeto, y según el ordinal 3º del artículo 1521 del C. Civil.

Tampoco habrán de prosperar porque su efectividad se hace depender de las declaraciones E) y F) de la demanda, y como éstas no prosperan, menos las que le suceden".

Al demandante se le concedió recurso de casación, el que ha sustentado en su oportunidad legal proponiendo varios cargos contra el fallo, con base en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.

En el capítulo primero de su demanda el recurrente se detiene en algunas consideraciones sobre la crisis económica del año de 1929 y sus repercusiones en la marcha de los negocios, para luego afirmar que esa situación anómala determinó la expedición de la ley 37 de 1932, conocida con el nombre de Ley de Deudas, a la que le asigna una vigencia temporal, y sobre la cual sostiene, en síntesis, que había dejado de regir y no era de consiguiente aplicable en el momento en que se hizo la liquidación y el pago del crédito perseguido en el juicio hipotecario que adelantaron Uribe Mejía y Valencia contra Escobar R.

Sus alegaciones están contenidas y compendiadas en los siguientes párrafos que de la demanda se copian:

"Estudiados los antecedentes, motivaciones, espíritu y teoría de la Ley 37 de 1932, procedo a analizar el por qué la sentencia acusada en casación, implica una aplicación indebida al caso subjudice, de los artículos 2, 6, 3 y 8 de la ley citada, y los concordantes de los decretos 280 y 420 de 1932".

"Las disposiciones enumeradas suspendieron los remates decretados en juicios ejecutivos y en los de venta de bienes hipotecados o dados en prenda hasta diciembre de 1935. (Artículo 2 de la Ley 37 de 1932; artículo 7 del Decreto 280 de 1932; artículo 2 del Decreto 420 de 1932). Dicha suspensión sólo se podía decretar previa solicitud del deudor. La suspensión de los remates **hasta el 31 de diciembre de 1935,** es la fórmula que el legis-

lador acoge, como la única, que, aplicando la teoría de la imprevisión a la anormalidad existente, define y alindera el término durante el cual imperan esos mismos factores. El legislador prevé un período de anormalidad, —1932 a 1935—, y para él dicta disposiciones de excepción de vigencia temporal.

"La ley 37 de 1932, conocida con el nombre de Ley de Deudas, no decretó una reducción automática de las acreencias, sino que creó una moratoria sui-generis, suspendiendo los remates, ya que los bienes embargados habían sufrido una disminución apreciable de su precio. Sus normas no regían para deudas que no se estuviesen cobrando coactivamente y por vía judicial. Tampoco regían para las obligaciones con vencimiento posterior a diciembre de 1935. ¿Por qué medida entonces optó el legislador?. Por la suspensión de los remates, como ya se ha dicho".

"Se desprende del análisis de la Ley 37 de 1932 del estudio de las razones que la motivaron, del principio jurídico que la informa, y del texto legal, que sus disposiciones únicamente rigen para los pagos, que, producidos como consecuencia de acción judicial, se verifiquen en el período comprendido entre 1932 y el 31 de diciembre de 1935".

Añade que el Tribunal "acoge como principal fundamento de la sentencia acusada en casación, el artículo 8º de la Ley 37 de 1932" y después de copiar algunos apartes del fallo, que arriba fueron transcritos, dice al respecto de ellos:

"Olvida el Honorable Tribunal, en la interpretación transcrita, que la Ley 37 de 1932, sólo rigió para los **pagos** verificados hasta el 31 de diciembre de 1935, o sea durante el período de su vigencia. Y el derecho adquirido a la rebaja, de que habla el Tribunal, sólo existe y subsiste siempre y cuando el deudor haga uso de él, verificando el pago en el término de vigencia de la ley".

"De lo expuesto se desprende que el Honorable Tribunal Superior de Manizales, al absolver en la sentencia de 4 de junio de 1945, al señor Roberto Escobar y otros, aplicó indebidamente los artículos 2, 3, 6 y 8 de la Ley 37 de 1932".

Se considera:

Los juicios con acción real hipotecaria a que alude esta controversia se intentaron para la efectividad de obligaciones en dinero contraídas entre particulares dentro del lapso a que se refiere el artículo 1º de la Ley 37 de 1932: luego a dichos juicios y obligaciones eran estrictamente aplicables las normas pertinentes de esa ley.

Lo era el artículo 1º, porque como lo entendió la Corte al decidir sobre la exequibilidad de la ley en referencia, esa norma consagra bajo la denominación antitécnica de impuesto "un mandato imperativo de rebaja, a un tipo determinado de los intereses no sólo futuros sino también pendientes" con relación al momento en que ella se profirió. Entonces, si los intereses pendientes y futuros fueron definitivamente rebajados al tipo que señaló la ley y si ésta fue declarada exequible por la Corte, los acreedores en la mencionada acción hipotecaria no tenían derecho a cobrar y percibir sino ese tipo de interés, que en el caso de autos fue precisamente el que se les pagó. De consiguiente, por este aspecto la liquidación cuestionada resulta inobjetable.

Y lo es también respecto a la cuantía de los créditos liquidados a cargo del deudor y pagados así por éste, pues habiendo convenido los acreedores en reducir el monto de sus acreencias, según se indica en la primera parte del artículo 3º de la Ley 37 de 1932, y no habiendo pagado el demandado dentro del término de diez meses contados desde la fecha en que le fue notificada esa decisión, (inciso 3º ibidem), los demandantes tenían el derecho de proseguir como en efecto prosiguieron el juicio, pero para cubrirse, como lo establece el artículo 8º de la citada ley y lo sostuvo el Tribunal, "con el producto de los bienes embargados" "el crédito reducido en la forma ya indicada".

No hay en la citada ley ninguna disposición que establezca, ya expresa o implícitamente, que la efectividad de la rebaja aceptada por el acreedor sólo podría tener lugar siempre que el pago se hiciera durante el término en aquella señalado para la suspensión del remate. Esa distinción no la estableció el legislador, y conocido es el antiguo aforismo que enseña que donde la ley no distingue no cabe al juzgador distinguir.

Por el contrario, lo que se desprende del texto claro del artículo 8º, es que la rebaja de la acreencia al setenta por ciento concedida por el acreedor al deudor, en juicio o fuera de él, es de carácter definitivo, puesto que esa norma perentoriamente prescribe que en caso de que el pago no se hiciere dentro del plazo de diez meses que señala el inciso 3º del artículo 3º, el acreedor podía iniciar o proseguir el juicio para con el produc-

to de los bienes embargados cubrirse "el crédito reducido" en la cuantía ya expresada. De la voluntad del acreedor dependía, pues, iniciar o proseguir el juicio una vez vencido aquel plazo; pero no quedaba condicionada a la presteza o actividad que pusiera en iniciarlo o proseguirlo la efectividad de la rebaja que concedió, puesto que una vez otorgada ésta de su propia y libre determinación, la ley, que —se repite— fue declarada constitucional, sólo le concedía el derecho de cubrirse el crédito reducido y no el monto inicial del mismo.

Y como el deudor pagó —y éste es punto que ni siquiera se discute sino que por el contrario está aceptado por las partes en el presente pleito —tanto el monto del capital como el de los intereses rebajados de conformidad con las disposiciones de la Ley 37 de 1932, se desprende de todo lo dicho que el sentenciador al estimar válido y suficiente ese pago y no acceder por consiguiente a las súplicas respectivas de la demanda, no quebrantó, sino que por lo contrario las aplicó acertadamente, las disposiciones que cita el recurrente.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

En el capítulo II de su demanda dice el recurrente que el Tribunal infringió directamente los artículos 1603, 1627 y 1650 del Código Civil, y al explicar el cargo expresa, en síntesis, lo siguiente:

Que las peticiones c) y d) de la demanda tienen como finalidad la de obtener que se condene al reo al pago de un saldo insoluto de una obligación legalmente celebrada, y que al absolverlo el Tribunal, desconoció u olvidó el precepto del artículo 1603; que el pago que hizo el deudor en el juicio hipotecario fue inferior al monto de la obligación de que dan cuenta los respectivos contratos, por lo cual ese pago no se hizo según el tenor de la obligación, como lo establece el artículo 1627; que el pago puede ser parcial, y cuando así se hace, como ocurrió en el caso de autos, no se extingue la integridad de la obligación, porque el acreedor puede recibir la cantidad no disputada, reservándose su derecho para el cobro del saldo, como lo prescribe el artículo 1650.

Finalmente dice que "al plantear y considerar el honorable Tribunal en el fallo recurrido, que las peticiones a), b), c) y d) del actor, no encajan dentro de las revisiones de excepción establecidas en nuestra ley procedimental, no sólo viola los artículos comentados e interpreta equivocadamente la demanda, sino que niega de facto, al acreedor cuyo crédito no ha sido solucionado totalmente, toda acción judicial, para el cobro del saldo que considera que aún se le adeuda".

Se considera:

Los cargos precedentes se enderezan todos a sostener, bajo uno u otro concepto, que el pago hecho por el deudor en el juicio especial hipotecario no fue suficiente, por cuanto no cubrió la integridad del capital y de los intereses de que dan cuenta los respectivos contratos escriturarios y que aquél adeuda los saldos correspondientes, a cuya cancelación debe ser condenado; pero como lo cubierto por el demandado fue lo que correspondía, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 37 de 1932 y ya está visto que esa ley sí era aplicable al caso de las obligaciones referidas, hay forzosamente que deducir que ese pago fue válido y en cantidad suficiente para extinguir tales obligaciones. (Arts. 1625, ordinal 1º y 1627, inciso 1º, del C. C.).

Finalmente, es de observarse que, en contrario de lo que dice el recurrente, el Tribunal sí se pronunció en sentido favorable a la viabilidad en principio de la acción de revisión propuesta, como se vio arriba al extractar los fundamentos del fallo, por lo cual el reparo que al respecto le formula el recurrente a la sentencia es notoriamente infundado.

Por consiguiente, precisa afirmar que el sentenciador al no acoger las súplicas c) y d) de la demanda, no quebrantó las disposiciones que cita el recurrente.

No se admite el cargo.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre da le República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 4 de junio de 1945, proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Manizales.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente oportunamente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION RESPECTO DE SENTENCIAS PROFERIDAS EN JUICIOS SOBRE LIQUIDACION PROVISIONAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL — EL AUTO QUE DECLARA ADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION NO OBLIGA A LA CORTE A TOMAR LUEGO DECISION ALGUNA DE FONDO SI AL RECURSO SE LE HA DADO CABIDA SIN FUNDAMENTO LEGAL

1—No es procedente el recurso de casación en sentencias proferidas en juicios sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal conforme a la Ley 28 de 1932, pues esos juicios se tramitan mediante el procedimiento breve y sumario del artículo 1203 del Código Judicial.

2—En varias ocasiones ha dicho la Corte que cuando erradamente declara admisible el recurso de casación, el auto correspondiente no la obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y darse cuenta cabal de la índole del pleito. Ciertamente, si al entrar en el examen detenido del recurso propuesto advierte que le ha dado cabida sin fundamento legal, mal procedería atribuyéndole al auto admisorio de la demanda capacidad para comprometerla en el nuevo error de asumir una competencia de que carece. Porque el auto en cuestión nunca tiene fuerza de sentencia, no cohibe a la Corte para declarar en providencia posterior improcedente el recurso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Catalino Muñoz y Felisa Bravo contrajeron matrimonio católico el 26 de octubre de 1914 en la ciudad de Cali. A él no aportaron bienes patrimoniales los contrayentes. La cónyuge abandonó el hogar en el año de 1926, y en el lapso de 1928 a 1939 Catalino Muñoz adquirió varios inmuebles, según consta en las escrituras de compra-venta correspondientes. El 27 de junio de 1938, por medio de apoderado Felisa solicitó ante el Juez Tercero Civil del Circuito la liquidación provisional de la sociedad conyugal Muñoz-Bravo. El marido se opuso.

Por medio de providencia fechada el 22 de junio de 1939 se decretó la liquidación provisional de dicha sociedad. Practicada la diligencia de inventarios y avalúos se llevó a cabo la partición de bienes, distribuyéndolos por partes iguales entre los cónyuges. No se hicieron deducciones de ninguna clase. De la sentencia del juzgado que aprobó la partición apeló ante el Tribunal la parte demandada. Como tesis fundamental, presentó entonces la siguiente: "si uno de los cónyuges abandona sus deberes del hogar, altera la situación de hecho y de derecho. Y si después del abandono un cónyuge trabaja, labora y adquiere bienes, no es posible que los adquiera para el prófugo. No puede haber enriquecimiento sin causa".

El 13 de febrero de 1946 el Tribunal confirmó la sentencia aprobatoria de la partición. En la parte motiva reprodujo la tesis que había expuesto en providencia anterior recaída en el mismo litigio. Allí se lee: "en las diligencias judiciales sobre liquidación provisional de bienes de la sociedad conyugal, es innecesaria toda consideración acerca de la fidelidad o infidelidad de uno de los cónyuges, de su comportamiento en el hogar, y del abandono que de él hubiere hecho en un momento dado a la vida matrimonial. La constancia de todo esto no interesa traerla al juicio, ni al juzgador le hace falta conocerla, por la sencilla razón de que ni para proceder a liquidar provisionalmente el acervo patrimonial entre marido y mujer, ni para oponerse a que tal cosa se realice, exige la ley alegación de causales propias únicamente del juicio de divorcio o de separación de bienes. Para el hecho afirmativo, es decir, para la liquidación, basta establecer la existencia del matrimonio y de un haber social. Eso es todo".

Contra la sentencia del Tribunal la parte demandada ha interpuesto recurso de casación.

En seis cargos concreta el recurrente sus objeciones a la sentencia del Tribunal. Todos ellos se fundan en el hecho de que se aprobó la orden de liquidación provisional de la sociedad conyugal y la partición por partes iguales del acervo bruto de los bienes sociales, no obstante que las pruebas allegadas al juicio demuestran: Primero. Que la mujer no aportó al matrimonio valor patrimonial alguno, no cumplió ninguno de sus deberes conyugales, abandonó el hogar desde 1926 y ha llevado vida licenciosa; Segundo. Que todos los bienes objeto de la partición fueron adquiridos a título oneroso por Catalino Muñoz con posterioridad a la disolución de hecho de la sociedad conyugal.

La participación de la mujer en los bienes del marido, decretada en tales circunstancias, la considera el recurrente profundamente inmoral y contraria a los artículos 15, 26, 40, 45, 16, 30, 17 y 50 de la Constitución Nacional, que ordena proteger a las personas en su vida, honra y bienes, que garantizan la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título, que le dan al trabajo el carácter de obligación especial y ofrecen amparo al trabajador. A juicio del recurrente, la sentencia acusada es violatoria de los artículos 26, 27, 63, 113 y 138 del Código Civil, 12 de la Ley 57 de 1887, 50 de la Ley 153 de 1887 y los correspondientes a la Ley 35 de 1888, relacionados con la interpretación de la ley, con los deberes recíprocos de los cónyuges y con los efectos civiles del matrimonio católico. En concepto de aquél, fueron violados igualmente, los artículos 153, 154 y siguientes del Código Civil, 160, 176, 180, 197 y 203 del mismo Código, y 2º de la Ley 8ª de 1922, porque el Tribunal ha debido tener en cuenta que "por la realización de hechos imputables a la mujer, la convivencia entre los cónyuges y la supervivencia de la sociedad conyugal de bienes, no tuvieron efecto, para producir gananciales en favor de la mujer adúltera" y "negligente en el cumplimiento de sus deberes para con la sociedad conyugal"; y que, además, "no había más bienes que aquellos que el marido había adquirido después de la disolución de hecho provocada por la mujer, y con su solo trabajo y con su solo esfuerzo". La sentencia acusada violó también, según el recurrente, los artículos 669, 673, 713, 714, 716, 738, 739, 740 y siguientes, 762, 764, 768 y 769 del Código Civil, relacionados con el dominio, la accesión, la tradición y la posesión de los bienes raíces y muebles, "porque habiéndose adquirido los bienes repartidos, solamente por Catalino Muñoz, a él correspondía solamente su uso, su goce y su derecho a disponer de ellos; porque a él le correspondían y le corresponden las accesiones por razón de cultivos y por razón de frutos; y porque habiéndose celebrado contratos por escrituras públicas para comprar los bienes; y por haber ejercido posesión sobre ellos, en esos bienes no tiene, ni tenía derecho Felisa Bravo, porque esos bienes los adquirió, poseyó y administró en buena fe Catalino Muñoz, y con justo título. Y mientras él verificó esos actos de adquisición, la mujer se encontraba extraviada en actos de vida licenciosa, y no aportó la más leve intención para que ese patrimonio se ensanchara, ni siquiera dándole tranquilidad al esposo".

Considera así mismo el recurrente que la sentencia del Tribunal violó los artículos 1374 y siguientes, 1771 y siguientes, 1805 y siguientes, 1820 y siguientes del Código Civil y la Ley 28 de 1932, porque se hizo a Felisa Bravo coasignataria de bienes a que no tenía derecho. Sobre el particular, la acusación dice: "porque sin haber existido capitulaciones matrimoniales, por el hecho del matrimonio se le asignó participación en los bienes, habiendo obrado ella precisamente en detrimento de los principios espirituales; de las bases morales y de la orientación económica de la sociedad conyugal; y porque se le consideró, como una hacendosa mujer o como copartícipe de un hogar en el cual su persona solamente sirvió para escarnecerlo y humillarlo y precisamente para destruir la capacidad productora en las actividades económicas y laboriosas del marido. Para tener derecho a participar en los bienes de una sociedad conyugal, no basta como dice el Tribunal de Cali, tener una partida de matrimonio. Eso, nunca. Es necesario, que a esa partida de matrimonio se agreguen los demás deberes impuestos por la buena fe conyugal y por el auxilio recíproco entre los cónyuges. No basta como dice el Tribunal de Cali, demostrar que hay bienes. Es necesario demostrar, que el cónyuge que quiere participar en ellos concurrió, con su honestidad, su laboriosidad y su decoro a producir ese enriquecimiento, y a auxiliar el productor por lo menos dándole tranquilidad en su capacidad de labor y de trabajo. La tesis del Tribunal es por tanto una tesis deshonesta e inmoral y que va contra el fundamento que ha influído en la Ley, y en el desarrollo civilizador de la estabilidad

del hogar, en el desenvolvimiento de las sociedades, con el concurso de los matrimonios y los hogares bien constituídos".

El cargo relativo a error de hecho y de derecho por errónea apreciación de las pruebas o por no haberlas tenido en cuenta el Tribunal, se expone en la demanda así: "este cargo se funda en que toda la prueba allegada al juicio, consistente en declaraciones, títulos de propiedad, certificados del señor Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Cali, dictámenes periciales, etc., y de que se hizo una relación en los antecedentes o preparación para el presente recurso, no fueron tomados en consideración, ni siquiera para la más leve impugnación por el Juez, por el Tribunal, y aún por el mismo partidor; y por consiguiente, con esos procedimientos se violaron hasta las más elementales normas para dictar y fundamentar una sentencia, y ajustarse a la verdad, a la evidencia, a la rigidez probatoria y a la Ley sustantiva, con lo cual se violaron los artículos 1757, 1758, 1759, 1765 del Código Civil, 593 a 636, 668 a 704, 705 a 723 del Código Judicial".

El cargo que se refiere a la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, se apoya en las razones ya expuestas, y en que se "decretó la liquidación de la sociedad conyugal, y se ordenó la partición de los bienes, sin demostrarse cuáles bienes, eran materia de esa liquidación, y sin la previa declaratoria de la disolución económica o del vínculo económico de esa sociedad conyugal".

Se considera:

El recurso es inadmisible por las razones que en varias oportunidades ha expuesto la Corte, como se verá en la providencia que a continuación se transcribe: "No es procedente el recurso de casación en sentencias proferidas en juicios sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal conforme a la Ley 28 de 1932, pues esos juicios se tramitan mediante el procedimiento breve y sumario del artículo 1203 del Código Judicial". **(Auto, 17 de octubre de 1944, LVIII, 64).**

"No es procedente sino en los casos de su establecimiento por la ley, puesto que se trata de recurso excepcional y extraordinario. Ellos son los enumerados en el artículo 519 del Código Judicial, de los cuales quedan descartados desde luego el 1º y el 5º por no tratarse de juicio ordinario ni de graduación de créditos en concurso de acreedores o cesión de bienes. Queda por tanto, el del numeral 2º referente a las sentencias que aprueban las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas". Pero tampoco puede hallar sitio ahí un caso como el presente, porque aunque haya comunidad de bienes, no se ha tratado de juicio divisorio, porque no se trata de sucesión y porque la sociedad conyugal referida no está disuelta. Más todavía: las sentencias que se dictan en los casos contemplados en el artículo 8º de la citada Ley 28, según prescripción del inciso final del mismo, pueden ser revisadas en juicio ordinario, y esas sentencias son, ante el propio artículo 8º las que versen sobre cuestiones que se susciten entre los cónyuges con motivo de la aplicación de esa Ley 28. Y a mayor abundamiento el inciso 2º del tal artículo 8º se refiere en especial, entre tales cuestiones, a las que se susciten durante la liquidación de la sociedad conyugal. Y todas ellas se desatan mediante el procedimiento breve y sumario de que trata el artículo 1203 del Código Judicial.

Es obvio, que, así las cosas, no cabe pensar en recurso de casación sobre sentencia dictada en juicios como el presente, dadas la índole de éstos y las características de aquél.

Conviene que resalte la dificultad que sobrevendría si, admitido hoy el recurso y decidido por lo mismo en este proceso, más tarde se promoviera el juicio ordinario de revisión en el que, entonces sí sin lugar a duda, cupiera y se interpusiera igual recurso.

De ahí que en ocasiones análogas desde el punto de vista de la posibilidad de tal revisión en ulterior juicio ordinario, esta Sala haya denegado el recurso declarándolo inadmisible o improcedente. Tal ha sucedido, por ejemplo, cuando el Tribunal no lo concede contra sentencia de excepciones en juicio ejecutivo o contra la que decide la oposición en el especial de venta de la cosa hipotecada y en el que el recurrente acude en recurso de hecho a la Corte, a fin de que le conceda el de casación, casos en los cuales ella ha encontrado justificada la negativa. Son de recordarse al respecto la de 15 de junio de 1936 y la de 5 de noviembre de 1938, decisiones publicadas en GACETA JUDICIAL, respectivamente a la página 350 del Tomo XLIII y 237 del Tomo XLII".

(Casación —17 octubre 1944— G. J. Nº 2016. pág. 64)".

Por tratarse de la liquidación provisional de una sucesión conyugal, y en atención a lo dispuesto expresamente en el art. 8 de la Ley 28 de 1932, este juicio se ha tramitado por el procedimiento breve y sumario de que trata el artículo 1203 del C. J.

En varias ocasiones ha dicho la Corte que cuando erradamente declara admisible el recurso de casación, el auto correspondiente no la obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y darse cuenta cabal de la índole del pleito. Ciertamente, si al entrar en el examen detenido del recurso propuesto advierte que le ha dado cabida sin fundamento legal, mal procedería atribuyéndole al auto admisorio de la demanda capacidad para comprometerla en el nuevo error de asumir una competencia de que carece. Porque el auto en cuestión nunca tiene fuerza de sentencia, no cohíbe a la Corte para declarar en providencia posterior improcedente el recurso, como lo hace ahora en el presente negocio.

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, falla así:

No es el caso de estudiar los cargos de la demanda, por no ser suceptible del recurso de casación la sentencia que en este juicio dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 13 de febrero de 1946.

Sin costas.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — LOS PERJUICIOS CAUSADOS DIRECTA Y PERSONALMENTE A LA VICTIMA ANTES DE SU MUERTE PUEDEN Y DEBEN RECLAMARSE PARA LA SUCESION DE ESTA; LOS CAUSADOS CON EL DECESO DE LA VICTIMA A PERSONAS QUE DERIVABAN DEL DIFUNTO ALGUNA UTILIDAD O BENEFICIO, UNICAMENTE PUEDEN SER RECLAMADOS POR Y PARA LOS PERJUDICADOS, PERSONAL O INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS — CUANDO LAS DEMANDAS SEAN CLARAS, NO PUEDEN SER OBJETO DE INTERPRETACION, AUNQUE SEAN DESCAMINADAS — CAUSAS POR LAS CUALES LA SENTENCIA DESESTIMATORIA PUEDE NEGAR LA ACCION

1—De la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual puede hacer uso quien tenga interés en ella, esto es, quien ha sufrido un daño indemnizable por culpa de su autor. "El demandante en la acción de responsabilidad es por tanto la persona lesionada, pero únicamente una persona lesionada".

Cuando la culpa ha producido daño a varias personas, éstas pueden accionar conjuntamente, y pedir en un mismo juicio, y aún en una sola demanda, las reparaciones correspondientes, pero puntualizándose la cuantía y naturaleza de los daños causados a cada uno de ellos, y el sentenciador debe en la sentencia hacer discriminación del caso y reconocer a cada peticionario su derecho concreto, individual o personal. Y cuando los lesionados accionan separadamente, procede la acumulación en los respectivos juicios, porque si así no acontece, puede presentarse el fenómeno jurídico de la división de la continencia de la causa. Es posible el caso de que en uno de los juicios se condene al demandado y en otro se absuelva, por iguales hechos y por idéntica causa.

El acto culposo puede causar daño indirectamente, "por contragolpe". Causado el perjuicio en el patrimonio o en la persona de la víctima, se refleja consecuencialmente en otra persona o en sus intereses patrimoniales. Como sería en el caso de accidente de un familiar, ascendiente por ejemplo, que sustenta a sus parientes y que quedara incapacitado como consecuencia de un insuceso culposo. La víctima sufre perjuicios que puede reclamar ella, pero además los familiares a quienes sustenta pueden haber sufrido un daño reflejo con aquel insuceso; entonces, éstos pueden reclamar su indemnización personal, no por el daño inferido directamente a la víctima, sino por el sufrido por ellos personal o individualmente.

Por otra parte, hay que mirar el aspecto de la acción cuando la víctima muere como consecuencia de la culpa del demandado. En este evento suelen distinguirse dos posiciones: 1ª El actor es la propia víctima, la cual, antes de producirse su muerte, había promovido la acción. 2ª La víctima falleció sin promover la acción.

En el primer evento la acción de reparación del daño pueden los herederos de la víctima continuarla a nombre de éste, en cuyo caso, aquélla consiste en indemnizar la incapacidad para trabajar y la disminución de la productividad, etc., desde el momento del accidente hasta el de la muerte. En el segundo, no existiendo en tal evento derechos patrimoniales, o perjuicios herencialmente transmisibles, sino daño personal de los demandantes, éste no puede ser indemnizado a través de una acción ejercitada como herederos o continuadores de la persona del fallecido, o para la sucesión de éste.

De donde ha de deducirse que hay que distinguir dos clases de indemnización: la proveniente de perjuicios causados directa y personalmente a la víctima, antes de su muerte, y la originada por los causados con el deceso, a personas que derivaban alguna utilidad o beneficio del difunto, mientras vivía. Los primeros pueden y deben reclamarse para la sucesión; los segundos únicamente por y para los perjudicados, personal o individualmente considerados.

Los anteriores principios constituyen, en síntesis, el criterio seguido por algunos doctrinantes y acogido por la Corte, en lo relativo a posición jurídica del demandante en la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual.

2—En reiterada jurisprudencia ha sostenido la Corte que "Es acertado decir, para alinderar debidamente la facultad judicial de interpretación de las demandas, que cuando sean claras aun cuando descaminadas, no se desatienda su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, como dice el Código tratando de la interpretación de la ley".

3—La sentencia desestimatoria puede negar la acción por dos causas:

Primera. Porque el Juez considere como inexistente un hecho constitutivo del derecho o de la acción, o porque, sin negar el hecho afirmado por el actor, niegue su idoneidad para producir los efectos jurídicos afirmados por el demandante; y

Segunda. Porque el Juez, aún admitiendo la existencia del hecho constitutivo de la acción, considera al mismo tiempo como existente un hecho impeditivo o un hecho extintivo.

En el primer caso el Juez desestima pura y simplemente la demanda; y en el segundo caso, desestima la acción porque reconoce el hecho impeditivo o extintivo que la paraliza, esto es, una excepción. (T. Casación de mayo 31 de 1938, G. J. Tomo XLVI).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cúcuta, la señora Sara Llanes vda. de Vergel, por medio de apoderado, presentó demanda para que: "conforme a los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se condene a la compañía de Alumbrado Eléctrico de Cúcuta, a pagar a la sociedad conyugal que tuvo el señor Miguel Angel Vergel, con la señora Sara Llanes, por razón de su matrimonio, sociedad conyugal hoy en liquidación, por causa de muerte del nombrado señor Vergel, representada por la cónyuge sobreviviente Sara Llanes vda. de Vergel, y a la sucesión del señor Miguel Angel Vergel, representada por sus herederos los hijos legítimos de éste, nombrados Ana Virginia, Jorge Enrique, Miguel, José Luis y Pedro Miguel Vergel Llanes, a quienes representa hoy su madre legítima en ejercicio de la patria potestad, la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000.00) moneda legal, o en subsidio la suma que se fije por medio de peritos, por razón de los perjuicios materiales y morales ocasionados con motivo de la muerte violenta sufrida por el señor Miguel Angel Vergel, esposo de la primera y padre legítimo de los segundos, acaecida en esta ciudad el día seis de junio último, a consecuencia de haber tomado en la mano, con el fin de encenderlo un bombillo o lámpara eléctrica, instalado en su casa de habitación y perteneciente a la Compañía demandada, en cuya acción recibió una descarga eléctrica que lo fulminó".

Como hechos principales de ésta súplica se aducen:

"La existencia legal de la Empresa demandada, denominada Compañía del Alumbrado Eléctrico de Cúcuta; la defunción del señor Miguel Angel Vergel, acaecida en esta ciudad, en su casa de habitación, en la tarde del seis de junio último, por electrocutación con la corriente eléctrica de la Compañía del Alumbrado Eléctrico de Cúcuta; la obligación legal que tiene la Compañía demandada de indemnizar los perjuicios que se ocasionen por hecho o culpa suya y de sus empleados, obreros o agentes, obligación que es solidaria en este caso; la calidad de empleado, obrero o dependiente de la Compañía demandada, que tenía el día del suceso el señor Mauricio Hernández".

Como fundamento de la culpa de la Compañía demandada, por el acaecimiento del accidente, se señala el hecho de que horas antes de su ocurrencia, un empleado u obrero de la empresa efectuó unos trabajos en el transformador que suministra luz al sector en que se encuentra la casa donde ocurrió la electrocutación de Miguel Angel Vergel, trabajos que trajeron por consecuencia la unión de las cuerdas primarias de alta tensión con las secundarias, produciéndose con esto otros accidentes, además del que ocasionó la muerte de Vergel.

Como derecho se invocaron los Arts. 2341, 2344,

2347 y 2349 del C. C. y los Capítulos I y II, Título XVII del C. J.

La empresa demandada contestó la demanda negando el hecho principal en que ella se apoya: el fallecimiento de Vergel por electrocutación con la corriente eléctrica de la empresa, y consecuencialmente, el derecho invocado en la demanda.

El Juzgado Civil del Circuito de Cúcuta accedió en fallo de abril 16 de 1945, a las súplicas de la demanda y ordenó que el valor líquido de los perjuicios materiales se fijara por el procedimiento señalado en el art. 553 del C. J., con la intervención de peritos. Este fallo fue apelado por las partes para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, entidad que desató el litigio en sentencia de diez y seis de diciembre de 1945, y por la cual revocó la de primer grado, declaró probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de los demandantes y absolvió a la empresa demandada de todos los cargos de la demanda.

En su sentencia el Tribunal estudió la interpretación dada por el inferior a la demanda y encontró:

"Se quiere pago de perjuicios, pero no para la viuda y los hijos por acción directa, o sea, ante el perjuicio sufrido en su individualidad. Se pide en calidad de interesados en la masa global de derechos y obligaciones trasmisibles".

"La sucesión y la sociedad conyugal en liquidación por causa de muerte de uno de los cónyuges no presentan diferencia apreciable ante los arts. 99, 1016, 1820 y ss. del C. C., 935 y ss. del C. de P. C.". "Por tanto, resulta la misma petición la que se hace en la demanda para la sociedad conyugal y para la sucesión de Miguel Angel Vergel. "El señor Juez conocedor erró al considerar que la acción así intentada tenía viabilidad. Cristiana sensibilidad guió al señor Juez. Por desventura, todavía la justicia está subordinada a normas escritas bien que ya no se practican como axiomas".

"En realidad, el caso es conmovedor. El accidentado Vergel dejó una viuda y cinco hijos, el mayor con sólo diez años, para vivir tal vez de la caridad ya que el difunto se ganaba el sustento de toda su familia con su paupérrimo trabajo de barbero".

"Pero ni se demostraron las modalidades del accidente, siendo él, el único que murió entre varios cogidos por la corriente eléctrica en esos mismos momentos según lo atestiguan numerosas personas contándose entre los lesionados un empleado del demandado, quien acudió a reparar la gravísima falta cometida por otro empleado de la misma Sociedad demandada, ni, por otra parte, el acervo de doctrinas y jurisprudencias sobre la naturaleza de la acción dejan penetrar los fundamentos básicos del derecho invocado. Surge no obstante para las víctimas el estímulo para recomenzar, pues, desconociéndose la personería por el aspecto aducido, quedan a salvo de la excepción de cosa juzgada (artículo 474 del C. de P. C.).

"Por manera que, de todos modos resulta injurídica la petición de la demanda para la sociedad o para la sucesión del accidentado Miguel Angel Vergel. Esta conclusión implica la revocación total de la sentencia apelada por el demandado, a causa de la falta de personería sustantiva del demandante, constitutiva de excepción perentoria (artículo 329 del C. de P. C.)".

El recurso

La parte demandante, por medio de apoderado, recurrió en casación contra la sentencia definitiva del Tribunal de Pamplona, y agotada como está la tramitación de este recurso, se procede a decidirlo.

El apoderado del recurrente, invoca las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J. en su demanda de casación, las cuales se estudian en el orden de su presentación.

Causal primera.—Con fundamento en esta causal se formula como primer cargo, contra la sentencia, el de infracción directa del artículo 230 del C. de P. C., "conjugado el 231 y ss., el 250, el 471 —último inciso— y el 593 del mismo estatuto, colocado este grupo de normas legales frente a los siguientes artículos del C. C.: 633, 635, 1820 —numeral 1º— con el 152 y 2079 con el 2081".

En desarrollo del cargo, dice el recurrente, que no siendo la sociedad conyugal y la sucesión ni personas físicas, ni jurídicas, es decir, no siendo personas en derecho para poder ser demandantes, al presentarse la señora Sara Llanes vda. de Vergel como viuda de Miguel Angel Vergel y madre legítima de los menores a demandar la indemnización de perjuicios, el Juez entendió rectamente que la demandante, aunque bajo expresiones impropias, pedía en nombre propio y en el nombre de sus legítimos hijos, "puesto que la ley colombiana no otorga personería moral o

jurídica a la sociedad conyugal o una sucesión mortis causa"; y que el propio abogado de la Compañía al contestar la demanda lo entendió como hoy el recurrente, según se desprende de aquella contestación y del alegato de conclusión presentado en la primera instancia. Además, sobre este punto se extiende el recurrente en argumentaciones tendientes a sustentar su tesis.

Con apoyo en la misma causal primera, como segundo cargo, se formula el de "error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, en cuya virtud incurrió el Tribunal en error de derecho que consiste en infracción directa de interpretación errónea de las siguientes disposiciones sustantivas: 205, 227, 230, 231, 250, 271 y 593 del C. de P. C.; conjugados ellos, con estas otras del C. C.: 635, 633, 1820, 152, 2079, 2081, por una parte, y por otra: los artículos 27, 1127, 1618 y 4º, 5º y 8º de la Ley 153 de 1887".

Para fundamentar esta acusación sostiene el recurrente, que los términos en que está concebido el poder que la demandante dio a su abogado de instancia, muestran que lo hizo en su propio nombre y como representante de sus menores hijos legítimos; que en el lenguaje corriente, a los hijos de determinada persona se les llama sucesores; que ellos no representan propiamente la sucesión sino al causante, porque ellos mismos son la sucesión; que la herencia sí es una universalidad de bienes, sin que haya sinonimia entre herencia y sucesión, para deducir: "al no reconocer el Tribunal que la demanda contenía un significado, en cuanto hace a las personas que constituyen la parte demandante, que sí contenía y que si fue aceptado por la contraparte, cometió error evidente en el hecho, y al cometerlo violó por infracción directa y por errónea interpretación diferentes disposiciones legales ya citadas y cuyas lesiones me propongo señalar en seguida". El recurrente a continuación analiza los hechos y algunas disposiciones que cita como infringidas.

Se considera:

En realidad, los dos cargos no constituyen sino uno, dada la circunstancia de que la cuestión planteada en la impugnación, se enfoca por el solo aspecto del error de hecho en la apreciación de la demanda. Así, lo reconoce el propio recurrente en la de casación al manifestar: "que la acusación pertinente cuando ocurren dudas sobre la demanda es la acusación por error, y por ello procedo a formular en el Capítulo siguiente, el segundo cargo al fallo acusado por tal motivo". Situación que permite a la Sala estudiar aquella impugnación en conjunto.

Las partes y los sentenciadores de instancia, están conformes en estimar que la acción incoada por la señora Llanes vda. de Vergel, como cónyuge supérstite de Miguel Angel Vergel y como representante legal de sus hijos legítimos, menores Ana Virginia, Jorge Enrique, Miguel, José Luis y Pedro Miguel Vergel Llanes, es una de las acciones de responsabilidad civil extracontractual, dimanada del artículo 2341 del C. C., en relación con el 2347 ibidem; pero, disienten en cuanto para quien se demanda la correspondiente indemnización de perjuicios: si la cónyuge sobreviviente y los herederos de la víctima del accidente, para ellos, individual o personalmente considerados, o si éstos para la sociedad conyugal y para la sucesión de aquél —la de la víctima—. Determinar para quién se demanda, en el presente caso, es solucionar todo el problema planteado en el recurso de casación.

De la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual, puede hacer uso quien tenga interés en ella, esto es, quien ha sufrido daño indemnizable por culpa de su autor, "El demandante en la acción de responsabilidad es por tanto la persona lesionada, pero únicamente una persona lesionada".

Cuando la culpa ha producido daño a varias personas, éstas pueden accionar conjuntamente, y pedir en un mismo juicio, y aún en una sola demanda, las reparaciones correspondientes, pero puntualizándose la cuantía y naturaleza de los daños causados a cada uno de ellos, y el sentenciador debe en la sentencia hacer discriminación del caso y reconocer a cada peticionario su derecho concreto, individual o personal. Y cuando los lesionados accionan separadamente, procede la acumulación en los respectivos juicios, porque, si así no acontece, puede presentarse el fenómeno jurídico de la división de la continencia de la causa. Es posible, el caso de que en uno de los juicios se condene al demandado y en otro se absuelva, por iguales hechos y por idéntica causa.

El acto culposo puede causar daño indirectamente, "por contragolpe". Causado el perjuicio en el patrimonio o en la persona de la víctima se refleja consecuencialmente en otra persona o en

sus intereses patrimoniales. Como sería en el caso de accidente de un familiar, ascendiente por ejemplo, que sustenta a sus parientes y que quedara incapacitado como consecuencia de un insuceso culposo. La víctima sufre perjuicios que puede reclamar ella, pero, además, los familiares a quienes sustenta pueden haber sufrido un daño reflejo con aquel insuceso; entonces, éstos pueden reclamar su indemnización personal, no por el daño inferido directamente a la víctima, sino por el sufrido por ellos personal o individualmente.

Por otra parte, hay que mirar el aspecto de la acción cuando la víctima muere como consecuencia de la culpa del demandado. En este evento, suelen distinguirse dos posiciones: 1ª El actor es la propia víctima, la cual antes de producirse su muerte, había promovido la acción. 2ª La víctima falleció sin promover la acción.

En el primer evento la acción de reparación del daño, pueden los herederos de la víctima continuarla a nombre de éste, en cuyo caso, aquélla consiste en indemnizar la incapacidad para trabajar y la disminución de la productividad, etc., desde el momento del accidente hasta el de la muerte. En el segundo, no existiendo en tal evento, derechos patrimoniales o perjuicios herencialmente transmisibles, sino daño personal de los demandantes, éste no puede ser indemnizado a través de una acción ejercitada como herederos o continuadores de la persona del fallecido, o para la sucesión de éste.

De donde ha de deducirse, que hay que distinguir dos clase de indemnización: la proveniente de perjuicios causados directa y personalmente a la víctima, antes de su muerte, y la originada por los causados con el deceso, a personas que derivaban alguna utilidad o beneficio del difunto, mientras vivía. Los primeros, pueden y deben reclamarse para la sucesión; los segundos, únicamente, por y para los perjudicados, personal o individualmente considerados.

Los anteriores principios constituyen en síntesis, el criterio seguido por algunos doctrinantes y acogido por la Corte, en lo relativo a la posición jurídica del demandante en la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual.

En el caso **sub judice**, la visión que del problema planteado en el litigio acogió el Tribunal de Pamplona, está ajustada a aquellos principios de derecho con aplicación a la realidad procesal; no reduciéndola a que se trabe nuevamente este pleito entre las mismas partes, sobre los mismos intereses económicos discutidos, con causa idéntica, pues, como se dejó anotado, una cosa son los perjuicios transmisibles herencialmente, previamente radicados en cabeza del difunto, y otra, los que se originan en el daño sufrido indirectamente, "por contragolpe" y por personas que recibían algún provecho del muerto, mientras vivía.

Es cierto que la cónyuge supérstite Sara Llanes de Vergel y sus menores hijos aparecen como demandantes, según lo afirma el recurrente, pero esto no ha sido negado por el Tribunal. Lo que la sentencia dice exactamente es que demandaron, no personalmente, como han debido hacerlo, sino como herederos y representantes de la sucesión paterna y de la sociedad conyugal en liquidación, y pidieron expresamente la condena al pago de los perjuicios, no para ellos individualmente considerados, sino como interesados en la masa global de derechos y obligaciones herencialmente transmisibles. Y éstas son dos situaciones jurídicas distintas, dos posiciones procesales diferentes, que producen efectos jurídicos distintos, como se ha dejado demostrado en lo anteriormente expuesto.

El error de hecho que se le imputa al Tribunal en la apreciación de la demanda, se funda, no en la desatención que éste hiciera de su tenor literal, sino más bien en la omisión de una tarea de interpretación con el fin de buscar la verdadera intención de los demandantes y las bases auténticas de la controversia, en oposición con el texto del libelo en su parte petitoria y con los hechos que le sirven de fundamento. En efecto, en la primera se suplica la condena a la Compañía demandada al pago de los perjuicios, "para la sociedad conyugal —hoy en liquidación— representada por la cónyuge sobreviviente, y para la sucesión del cónyuge difunto, representada por sus herederos hijos legítimos"; y en los segundos, no se mencionan para nada los perjuicios causados, su naturaleza, cuantía y discriminación de los ocasionados a cada uno de los demandantes con la muerte de Vergel, mucho menos el beneficio o provecho que recibían de éste, mientras vivía.

Así las cosas, aceptar la tesis del recurrente, en cuanto hace a la facultad interpretativa del juzgador del libelo de demanda que ocupa la atención de la Sala, sería tanto como llegar a aceptar ante la Corte, y dentro del recurso extraor-

dinario de casación, una corrección de la demanda y en cuestión de tan vital importancia como es la de la determinación de la calidad o posición jurídica en que se presentan los demandantes, con quebranto del derecho de defensa del demandado que ha asumido la controversia con base en la posición nítida tomada por su atacante.

De ahí, que la Corte haya dicho en reiterada jurisprudencia: "Es acertado decir, para alinderar debidamente la facultad judicial de interpretación de las demandas, que cuando sean claras aun cuando descaminadas, no se desatienda su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, como dice el Código tratando de la interpretación de la ley".

No existe, pues, en el caso en estudio, desplazamiento del derecho de acción de los demandantes actuales, ni modificación de su posición petitoria, ni cambio de la legitimación de su causa, por el sentenciador en la interpretación de la demanda, eventos en los cuales podía haber incurrido en el error de hecho evidente, a que el recurrente alude en su impugnación de la sentencia recurrida, ni la virtual violación de las disposiciones legales que cita como infringidas. En consecuencia, se rechaza el cargo.

Causal segunda.—Que el fallo de segunda instancia, "no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", afirma el recurrente, y con apoyo en esta segunda causal, formula el cargo que a continuación se transcribe:

"Una pretensión indiscutible, según queda demostrado es que el pago de la indemnización se haga a favor de la señora Sara Llanes v. de Vergel y de sus hijos legítimos Ana Virginia, Jorge Enrique, Miguel, José Luis y Pedro Miguel.

"No obstante, el fallador de segunda instancia en vez de estudiar si tales personas tenían derecho a que esa indemnización se les pagara, sostiene que tales personas no son las que constituyen la parte demandante, sino dos grupos, diferentes jurídicamente con la viuda y huérfanos mencionados y manifiesta el Tribunal que éstos son la sociedad conyugal y la sucesión.

"Esto aparece en el fallo y en la demanda tan nítidamente, que no hay lugar a más disquisiciones para demostrar la falta de consonancia entre las personas que efectivamente demandaron y las personas que dice la sentencia acusada que demandaron".

Se considera:

Este cargo en el fondo, es el mismo hecho con base en la causal primera, y en el estudio del formulado con apoyo en esta causal, estudió la Sala la posición del Tribunal de Pamplona, en cuanto a la facultad interpretativa de los libelos de demanda, redactados en la forma en que está el que se estudia. Allí se consideró la parte petitoria de dicho libelo en relación con los hechos principales que le sirven de fundamento y no se halló el error de interpretación que anota el recurrente. En este estado, un nuevo estudio sobre el mismo problema resulta inútil e inoportuno. Pero a pesar de esto, la Sala agrega estas otras consideraciones:

"La sentencia desestimatoria puede negar la acción por dos causas:

"Primera.—Porque el Juez considere como inexistente un hecho constitutivo del derecho o de la acción, o porque, sin negar el hecho afirmado por el actor, niegue su idoneidad para producir los efectos jurídicos afirmados por el demandante; y

"Segunda.—Porque el Juez, aún admitiendo la existencia del hecho constitutivo de la acción, considera al mismo tiempo como existente un hecho impeditivo o un hecho extintivo.

"En el primer caso el Juez desestima pura y simplemente la demanda; y en el segundo caso, desestima la acción porque reconoce el hecho impeditivo o extintivo que la paraliza: esto es, una excepción". — (GACETA JUDICIAL. Tomo XLVI. Casación, 31 de mayo de 1938).

En este juicio el Tribunal desestimó la acción porque reconoció la existencia del hecho impeditivo, la excepción de falta de personería de la parte demandante, y aplicó el artículo 343 del C. Judicial, con lo cual no produjo ruptura de la armonía que debe existir entre lo pedido en la demanda, su contestación y lo decidido en la sentencia.

Por lo demás, el fallo del Tribunal está ajustado a lo dispuesto por el artículo 471 del estatuto procesal citado, no produciéndose así, la fal-

ta de consonancia anotada por el recurrente, y por tanto, no es eficaz el cargo y se rechaza.

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 Pamplona, fechada el diez y seis de diciembre de 1945.

Con costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente en la debida oportunidad al Tribunal de origen.

Arturo Silva Rebolledo — **Pablo E. Manotas.**— **Gualberto Rodríguez Peña** — El Conjuez, **Arturo Tapias Pilonieta**—El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. — CUANDO ESTE CONTRATO SE CELEBRA POR QUIEN NO ES DUEÑO DEL INMUEBLE ARRENDADO PERO QUE AL HACERLO OBRA CON AUTORIZACION DEL PROPIETARIO, NO HAY ARRENDAMIENTO DE COSA AJENA.—CAUSAL PRIMERA DE CASACION. — LA AMPLITUD OBSERVADA POR LA CORTE EN LA INTERPRETACION DE LAS DEMANDAS DE CASACION NO PUEDE LLEGAR HASTA CONSIDERAR COMO TAL UN ESCRITO QUE NO REUNE NINGUNA DE LAS CONDICIONES QUE LA LEY EXIGE PARA QUE ELLA QUEDE CONFIGURADA

1.—Ha sido doctrina sostenida por la Corte estimar las demandas de casación con cierta amplitud, con cierta generosa interpretación, a fin de no ir a sacrificar el fondo del derecho. Pero, naturalmente, ese criterio de latitud, como el que se debe usar en la interpretación de una demanda común, que no puede llegar hasta cambiar la fisonomía jurídica de ésta y definir hechos y peticiones de que la demanda no da razón, ese criterio de amplitud, se repite, no puede ir hasta considerar lo que el recurrente llama demanda de casación, como una verdadera demanda, cuando en realidad no reúne ninguna de las condiciones que la ley señala para que ella quede configurada. En la demanda común, el actor cuenta con la colaboración del juez, por decirlo así, quien puede volvérsela cuando no cumpla las exigencias legales o sea oscura, indicando las correcciones que se le deben hacer (artículo 738 del C. J.). Fuéra de esto, el actor puede corregir o aclarar su demanda dentro de cierto término (artículo 208 del C. J.). Pero de todas estas garantías no goza el recurrente en casación, y por eso éste tiene que ser muy cuidadoso al presentar su demanda, a fin de no exponerse a una descalificación de ella.

2.—De acuerdo con la causal 1ª de casación, se pueden formular las siguientes acusaciones contra una sentencia: 1ª Infracción directa; 2ª Interpretación errónea; 3ª Aplicación indebida; 4ª Error de derecho; 5ª Error de hecho patentizado en los autos en forma manifiesta (ésta y la anterior acusación en relación con las pruebas, por apreciación errónea en el primer caso, y por falta de apreciación en el segundo).

Mas cada una de estas acusaciones tiene su propio ámbito jurídico y debe dar lugar a un claro proceso de razonamientos y de motivos, para desembocar en la cita de las disposiciones legales que se estiman infringidas, haciéndose de cada acusación un apartamiento sistematizado, con el fin de que la tarea de casación no se salga de su propia órbita legal, para degenerar en una alegación de instancia. Enfrentados los textos legales y los motivos y alegaciones sobre quebrantamiento de ellos, con orden y con método, al fallador ya le es posible formar convicción y determinar justamente si en verdad la sentencia recurrida adolece de las fallas que se le apuntan.

3.—El artículo 1974 del C. Civil autoriza el arrendamiento de cosa ajena, al igual que el de cosa propia. Mas es claro que si la cosa no es del arrendador sino de un tercero, y se arrienda con autorización de éste, ya no se trata de cosa ajena, pues para que lo fuera se necesitaría que el arrendador obrara a espaldas del dueño, al igual de lo que ocurre con la venta de cosa ajena: en este caso, si un individuo enajena la cosa cumpliendo autorizaciones del dueño, ya no hay venta de cosa ajena; la hay cuando el vendedor ha tomado la cosa y la vende sin esa autorización, sin conocimiento del propietario y existiendo la buena fe de parte del comprador.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.—Bogotá, once de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

La Sala está frente a un caso muy simple, a saber:

I. — Pequeña historia

Jorge E. Melo, de un lado, y Bierman & Compañía Limitada y Francisco Uprimny de otro lado, todos de Bogotá, celebraron un contrato, por documento privado, a virtud del cual aquél dio a éstos en arrendamiento un inmueble situado en la ciudad mencionada, inmueble del cual el arrendador Melo "no ha sido jamás el dueño, ni siquiera el poseedor", según expresan los otros contratantes. Muchos meses faltaban para que el término del arrendamiento terminara cuando el citado Melo avisó a los arrendatarios que el doctor Roberto Pineda Ruiz pedía la desocupación del inmueble por haber celebrado un negocio de venta con el Municipio, por lo cual se hacía necesario que "la entrega y la desocupación de la finca se haga en el menor tiempo que sea posible". Y varios días después, —el 20 de abril de 1943— la Personería de Bogotá se dirigió a los arrendatarios avisándoles que el Municipio había adquirido por compra el inmueble, que lo necesitaba para demoler la casa en el menor término posible, y que "los vendedores le han hecho entrega de la finca al Municipio a partir de la fecha del contrato". Mas no obstante esta declaración de entrega hecha por la Personería, el Municipio promovió acción de lanzamiento contra los arrendatarios, lanzamiento preparado por éstos y al que el Municipio se prestó en forma poco aconsejable. El 17 de junio de 1943 los actores autorizaron de palabra al Municipio "para demoler el inmueble", el cual fue ciertamente demolido al día siguiente de su entrega, según dice la Personería. Pero el 11 del mismo junio los actores firmaron un convenio con el Personero, en el cual se lee: "Cuarto. Por lo tanto, el Municipio se compromete a iniciar inmediatamente y seguir acción judicial contra Bierman & Cía. Limitada y Francisco Uprimny hasta lograr sentencia ejecutoriada por la cual se condene a aquéllos a entregar la finca mencionada al Municipio de Bogotá". Y de todo esto, con más de ficción que de realidad, da cuenta la diligencia de lanzamiento de 17 de noviembre de 1943, en que se lee: "En tal lugar (el del inmueble) se encontró el señor Uprimny quien enseñó al personal de la diligencia el lugar exacto en donde estuvo levantada la finca materia del lanzamiento, manifestando el número de varas que por cada costado tiene el lote respectivo. Como no fuere posible otra manera de indentificación dado que como se ha dicho la casa en referencia y sus colindantes fueron derribadas, se dio por identificado el lote ...haciéndose entrega real y material al Personero Delegado...". Entrega que se había hecho muchos meses atrás, según ya se vio, y lanzamiento sin razón de ser, porque el inmueble había sido demolido mucho tiempo atrás. Se trata, como se ve, de un lanzamiento convenido por los actores contra ellos mismos.

Para terminar esta sintética historia del negocio, se debe dejar establecido que los arrendatarios afirman en una de las cláusulas del contrato de noviembre de 1942 (su plazo fue prorrogado por otro documento) que han recibido en arrendamiento del señor Melo un inmueble "de propiedad del doctor Roberto Pineda Ruiz". Lo que quiere decir que los arrendatarios sabían que tal inmueble no era de Melo.

II. — Demanda

Los arrendatarios entablaron ante el Juez del Circuito de Bogotá una demanda contra el arrendador Melo en que piden que se declare:

a) Que desde cierta fecha, Melo "ha dejado de pagar a los demandantes las obligaciones procedentes de los contratos de arrendamiento", por lo cual "debe indemnizar a los demandantes los perjuicios que les ha causado con el incumplimiento".

b) "Que el arrendamiento de que se trata queda terminado", y que Melo "debe indemnizar a los demandantes de los perjuicios consiguientes a la terminación del contrato de arrendamiento a que se pone fin".

El demandado manifestó: "Me opongo a que se hagan las declaraciones pedidas porque desconozco el derecho en que se fundan las peticiones de la demanda, y los hechos tal como han sido planteados en el libelo petitorio".

En primera instancia el negocio fue clausurado con absolución para el demandado y condenación en costas para los demandantes. Y la sentencia respectiva fue apelada por los actores.

III. — Segunda instancia

El juicio se movió normalmente ante el Tri-

bunal Superior de Bogotá, hasta que con fecha ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco se dictó sentencia en la cual se revoca la de primera instancia, se declara que el demandado no cumplió el contrato de arrendamiento, se le condena a pagar a los actores la suma de $ 1960, "en calidad de perjuicios por el daño emergente", y se le condena también en costas de las dos instancias.

Conviene saberse que los actores hacen el siguiente cobro por perjuicios, de acuerdo con los resultados de un concepto pericial:

(a) Diferencia del cánon de arrendamiento entre $ 60, que se pagaban a Melo y $ 200 que los actores tuvieron que pagar por el nuevo local que ocuparon ..... $ 1.960.00

(b) Gastos de trasteo ..... $ 2.102.06

(c) Pérdidas de rendimientos causados por el trasteo ..... $ 1.128.60

Total ..... $ 5.190.66

El Tribunal, como se vio, aceptó solamente la diferencia del cánon, y condenó por ella, o sea por la suma de $ 1960. Y en cuanto a lo otro, expresó: "Lo que sí no constituye un perjuicio directo que sea una consecuencia necesaria del incumplimiento del contrato, son los gastos de trasteo y las pérdidas causadas en el rendimiento de la empresa por el trasteo. En efecto, no siendo sino inquilinos los demandantes, el primero de julio de 1944 tenía derecho el arrendador, por la expiración del término, a pedir la entrega del local, y entonces hubieran tenido que proceder al trasteo y sufrir las mismas consecuencias económicas por la nueva instalación".

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación ambas partes, el cual fue concedido por proveído de 11 de octubre de 1945, por lo cual los autos han llegado a la Corte.

IV. — Principales razones del Tribunal

Para formar criterio sobre el presente asunto, es conveniente transcribir parte de la argumentación del Tribunal para desconocer fuerza legal a lo sostenido por el señor Juez. Se dice en la sentencia de última instancia.

"El señor Melo se ocupa habitual y profesionalmente en arrendamiento de inmuebles que administra por cuenta de sus clientes; así lo confiesa. En Bogotá muchas firmas comerciales y bancarias se ocupan en este negocio. Arriendan directamente a los inquilinos. La ley Bancaria prohibe a los Bancos conservar la propiedad de fincas raíces por más de dos años (no tratándose de edificio destinado a sus oficinas); por tanto, la mayoría de los arrendatarios sabe que estos establecimientos arriendan fincas ajenas, y no puede afirmarse que un arrendatario que toma una finca al Banco obre de mala fe por el solo hecho de que la finca no es de la propiedad del Banco. La mala fe sería tomar la finca en arrendamiento contra la voluntad del dueño, sabiendo que no ha autorizado arrendarla. Pero siendo permitido expresamente por la ley el arrendamiento de cosa ajena, por tomar en arriendo cosa ajena no puede decirse que el arrendatario obra de mala fe, obrando conforme a la ley no hay fraude.

.....

"Como el artículo 1974 del Código Civil permite el arrendamiento de cosa ajena es claro que el arrendador garantiza que ni el dueño la reclamará ni la venderá a otro, si no cumple su obligación. El arrendador contrae la obligación de hacer gozar de la cosa al arrendatario, proporcionándole el goce tranquilo de la cosa durante el tiempo del contrato. Esta es una obligación sucesiva, que se va desarrollando durante todo el tiempo del contrato y nace desde que se celebra; por ello el que arrienda cosa ajena garantiza al arrendatario el goce de la cosa arrendada y debe indemnizarlo en caso de evicción.

.....

"Es cierto que Bierman & Compañía Limitada desocupó el local antes del lanzamiento, pero el 20 de abril de 1943 el Municipio les advirtió que como nuevo adquirente les pedía que lo desocuparan inmediatamente. Los demandantes ante la amenaza de esta perspectiva tomaron en arrendamiento para instalar su fábrica un local en la calle 28".

V. — Demanda de casación de la parte actora

Los arrendatarios acusan la sentencia del Tribunal por ser violatoria de los artículos 2341 y 2356 del C. Civil por infracción directa, y del artículo 1616 del mismo Código por aplicación indebida.

Además, afirman que los textos citados fueron violados también por falta de apreciación del documento privado de 30 de abril de 1943 que

contiene el contrato de arrendamiento del nuevo local, e interpretación errónea de las copias, lo que quiere decir que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho.

No convienen los recurrentes actores en que el Tribunal hubiera desechado sus peticiones sobre el valor del trasteo y sobre la pérdida de rendimiento causado por ese trasteo, y toda su argumentación tiende a combatir la tesis del Tribunal expuesta en el último párrafo de la sentencia copiado arriba.

VII. — Demanda de casación del opositor

La contraparte sostiene que esta demanda es inepta porque "no reune los requisitos formales del artículo 531 del C. Judicial, y es contraria a toda técnica de casación", y pide que se le declare así. Y a decir verdad, no es fácil saber el pensamiento concreto del recurrentre acerca de sus objeciones contra la sentencia del Tribunal, pues su llamada demanda es difusa e imprecisa y no se ciñe a las reglas de casación, como ha de examinarse.

Mas antes, es preciso tener en cuenta que la sentencia acusada versa sobre dos materias: el contrato de arrendamiento en sí y los perjuicios derivados de su incumplimiento. A lo primero se refieren casi todas las objeciones del recurrente, y alguna presenta contra la estimación de perjuicios. Y se considerarán por separado aquéllas y ésta, teniendo presente que el recurrente acusa en total la sentencia "por la causal 1ª del artículo 520 del C. J., o sea, por violación directa de la ley sustantiva, por interpretación errónea, indebida y falta de aplicación, y a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

1º **Contrato en sí.**—En relación con el contrato, el recurrente presenta las siguientes acusaciones, en desorden y confusión, acerca de las cuales se hará una ligera consideración en seguida de cada una de ellas.

a) Que el sentenciador **interpretó erróneamente** los artículos 1974 y 768 del C. Civil y los aplicó **indebidamente** al considerar que siempre es responsable de perjuicios el arrendador cuando el arrendamiento convenido no se cumple.

Estas dos acusaciones se cubren con un común razonamiento.

b) Que el Tribunal **aplicó indebidamente** los artículos 768 y 769, y **dejó de aplicar** las reglas de los artículos 775 y 2531, todo del C. Civil.

Aquí se dá razón de una acusación por aplicación indebida, y de otra por infracción directa, sin exponer razonamientos ni motivos.

c) Que el Tribunal pasó por alto los artículos 2016 y siguientes del C. Civil, sin advertir que "éste era uno de los casos en que el arrendamiento podía terminar con perjuicio de los derechos de los arrendatarios, sin causar indemnización alguna a su favor y a cargo del arrendador, pues dicha terminación no solamente era independiente de la voluntad de la parte contratante, sino que obedecía simplemente al título (precario) del arrendador que era conocido de los arrendatarios. En consecuencia, el Tribunal **violó directamente** los artículos 66, 768, 769, 775, 1768, 1974, 1922, 2016, 1982, 1625, 1988, 1989, 2531 del C. Civil, por **interpretación errónea** y **"falta de aplicación"** al caso del pleito".

Aquí se habla de una violación directa de varias disposiciones legales, y a estas mismas se las acusa por interpretación errónea y por "falta de aplicación", todo con un razonamiento común.

d) A renglón seguido dice el recurrente: "Además, el Tribunal **violó indirectamente** los textos citados (los de la letra c) y en virtud de los cuales tenía derecho el demandado a ser absuelto, con costas a cargo del demandante".

Se acusa aquí por violación indirecta los mismos textos que ya habían sido acusados por violación directa.

e) Se dice que el Tribunal no le dio valor legal a las pruebas del expediente, que demostraban que el título del arrendador era ampliamente conocido por el arrendatario, por lo cual "no solamente se incurrieron en **errores de hecho manifiesto,** sino en **errores de derecho,** por lo cual se violaron los artículos 1757, 1758, 1759, 1761, 1765, 1766, 1769 del C. Civil, y 593, 595, 596, 597, 603, 604, 606, 607, 608, 609, 630, 632, 637, 645, 661, 662, 665 y 697 del C. J.". Y continúa "y como es obvio, a causa de dicha **"desestimación legal** se violaron los citados artículos 66, 768, 769, 1974, 2016, 1988 del C. Civil, que claramente le otorgaba un derecho al demandado y que le fue desconocido en la sentencia" . .

Aquí se habla de errores de hecho y de errores de derecho sobre unas mismas disposiciones, cubriéndolas con una misma argumentación. Y en seguida, sin argumentación ninguna, se habla de otras violaciones por "desestimación legal".

f) Se apunta que el sentenciador, al exigir una prueba que correspondía darla a la parte demandada, **violó directamente** el artículo 1757 del C. Civil conforme al cual la carga de la prueba incumbe al que afirma, y violó a su vez los artículos 66, 768, 769 y 1768 del C. Civil.

Aquí se anota una violación directa de varios textos legales, y en seguida se dice que fueron violados otros textos, señalándolos, pero sin hablar del motivo de la violación.

g) Dice la llamada demanda de casación que "por hechos ajenos a su voluntad, como lo eran los actos de los propietarios y los actos del Municipio de Bogotá, los cuales no tuvo en cuenta el Tribunal, el incumplimiento del contrato no podía imputarse al demandado, de manera que se **aplicaron indebidamente** y se **interpretaron erróneamente** los preceptos de los artículos **1625, 1604,** 1733 del C. C.". Y agrega en seguida: estas disposiciones **violadas directamente** en cuanto mirando en forma diferente al caso a como lo decidió la sentencia, sin embargo conforme a dicho fallo se sostienen postulados diferentes. Y a la vez se violan por incidencia, es decir, por no darle el pleno valor que tenían las pruebas del expediente para mostrar que eran actos de terceros, los propietarios y el Municipio, los que habían producido el incumplimiento, o sea, que de dicho incumplimiento no podía hacerse responsable al arrendador".

En este aparte se trata de una vez de aplicación indebida e interpretación errónea de varios artículos del C. Civil; y se dice seguidamente que éstos fueron violados también directamente y por "incidencia", o sea, por no darle pleno valor a las pruebas del expediente; confundiéndose en esta forma una violación por aplicación indebida, otra por interpretación errónea y otra por error de hecho.

h) Se expresa que el Tribunal tuvo el buen cuidado de no leer las pruebas aducidas por el demandado tendientes a demostrar su inculpabilidad ante la evicción, e incurrió así en error de hecho y de derecho. Y agrega: "este **error de hecho** y de **derecho** se refiere también al cuaderno de pruebas de la contraparte. Y se violaron, según concepto del recurrente, los artículos 1757, 1758, 1759 y otros del C. Civil, y 593, 597 y otros del C. Judicial, unos y otros ya citados frente a la letra e) de que atrás se hizo examen, como infringidos por **violación directa.**

De esta suerte, se confunden con una misma argumentación el error de hecho y el de derecho, fuera de que los mismos textos legales que se cubren con estos errores, fueron acusados en otra parte por violación directa.

i) Continúa el recurrente: el Tribunal no consideró siquiera el principio de que la mora purga la mora, violando así también la norma del artículo 1609 del C. Civil.

No se expresa en forma alguna el motivo de esta violación.

Sobre todo esto tan desconectado y ajeno a toda regla de casación, es preciso hacer de una vez las siguientes anotaciones, ya que la parte demandada acusa la sentencia en su conjunto, mientras que la acusación de los actores se refiere a una parte de esa sentencia, y entonces el éxito o insuceso de la acusación parcial depende de los resultados de la acusación total.

Ha sido conducta sostenida por la Corte estimar las demandas de casación con cierta amplitud de criterio, con cierta generosa interpretación a fin de no ir a sacrificar el fondo del derecho. Pero naturalmente, ese criterio de latitud, como el que se debe usar en la interpretación de una demanda común, que no puede llegar hasta cambiar la fisonomía jurídica de ésta y definir hechos y peticiones de que la demanda no da razón, ese criterio de amplitud, se repite, no puede ir hasta considerar lo que el recurrente llama demanda de casación, como una verdadera demanda, cuando en realidad no reune ninguna de las condiciones que la ley señala para que ella quede configurada. En la demanda común, el actor cuenta con la colaboración del juez, por decirlo así, quien puede volvérsela cuando no cumpla las exigencias legales o sea oscura, indicando las correcciones que se le deben hacer (art. 738 del C. J.). Fuera de ésto, el actor puede corregir o aclarar su demanda dentro de cierto término (art. 208 del C. J.). Pero de todas estas garantías no goza el recurrente en casación, y por eso éste tiene que ser muy cuidadoso al presentar su demanda, a fin de no exponerse a una descalificación de ella.

En el llamado por el recurrente "primer cargo", acusa la sentencia con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. Judicial. De acuerdo con esta causal se pueden formular las siguientes acusaciones contra una sentencia: 1ª Infracción directa; 2ª Interpretación errónea; 3ª Aplicación indebida; 4ª Error de derecho; 5ª Error de hecho patentizado en los autos en forma manifiesta, és-

ta y la anterior acusación en relación con las pruebas, por apreciación errónea en el primer caso, y por falta de apreciación en el segundo.

Mas cada una de estas acusaciones tiene su propio ámbito jurídico y debe dar lugar a un claro proceso de razonamientos y de motivos, para desembocar en la cita de las disposiciones legales que se estiman infringidas, haciéndose de cada acusación un apartamiento sistematizado, con el fin de que la tarea de casación no se salga de su propia órbita legal para degenerar en una alegación de instancia. Enfrentados los textos legales y los motivos y alegaciones sobre quebrantamiento de ellos, con orden y con método, al fallador ya le es posible formar convicción y determinar justamente si en verdad la sentencia recurrida adolece de las fallas que se le apuntan. En alguna vez dijo la Corte que es el recurrente quien dá la pauta para el estudio, señalando con claridad los motivos de casación y los conceptos sobre violaciones legales. En armonía con estas ideas expresó la Corte: "El apoderado de Obregón ante la Corte formuló la demanda de casación, en un extenso alegato más propio de instancia que del recurso de casación cuya técnica exige la ordenación lógica, clara y breve de los razonamientos, la indicación independiente de las causales, el concepto en que estímase haber sido violada la ley, (cuando se invoca el motivo 1º del artículo 520 del Código Judicial), si por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, que son tres casos diferentes e inconfundibles; o la demostración de haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho manifiesto al través de la equivocada apreciación de una prueba o de su falta de apreciación, error que ha conducido a la violación de ley sustantiva". (GACETA JUDICIAL, Tomo XLV, pág. 850)

Considerados frente a estas ligeras nociones de derecho los datos de la llamada demanda de casación, que se está estudiando, datos que atrás se dejaron clasificados en su parte principal, se ve que el recurrente no acertó a formular una verdadera demanda que deba tenerse en cuenta.

Mas una razón de mayor entidad autoriza la conclusión de que no puede prosperar el recurso de casación interpuesto por el recurrente opositor, como se verá:

El artículo 1974 del C. Civil autoriza el arrendamiento de cosa ajena, al igual que el de cosa propia. Mas es claro que si la cosa no es del arrendador sino de un tercero, y se arrienda con autorización de éste, ya no se trata de cosa ajena, pues para que lo fuera se necesitaría que el arrendador obrara a espaldas del dueño, al igual de lo que ocurre con la venta de cosa ajena: en este caso, si un individuo enajena la cosa, cumpliendo autorizaciones del dueño, ya no hay venta de cosa ajena; la hay cuando el vendedor ha tomado la cosa y la vende sin esa autorización, sin conocimiento del propietario, y existiendo la buena fe de parte del comprador.

¿Desde este punto de vista, era ajeno el inmueble arrendado por Melo?. Vamos a verlo.

En la demanda se afirma que el demandado Melo jamás ha sido dueño del inmueble que arrendó (hecho 4º). En la demanda de casación dicen los actores que Melo "arrendó cosa ajena como lo hace habitual y profesionalmente con los inmuebles que administra por cuenta de sus clientes". Melo pasó una carta a los arrendatarios en que les dice que por exigencias del doctor Pineda Ruiz deben desocupar el inmueble arrendado por haberlo vendido éste al Municipio de Bogotá. Ambas partes, pues, tienen aceptado que se trataba de un inmueble que no era de propiedad del arrendador.

De otro lado, en la sentencia se acepta que Melo no era dueño de la cosa arrendada, y se argumenta sobre la base de que se trataba de cosa ajena.

Así las cosas, de los autos aparece un acuerdo de las partes en el sentido de que el arrendador no era dueño de la cosa; y el Tribunal dictó su fallo, como se dijo, sobre la base de que se trataba de un arrendamiento de cosa ajena. Y no lo era, porque de la circunstancia de que el arrendador Melo no fuera dueño de la cosa, no se puede deducir que lo arrendado fuera cosa ajena. En otros términos: si el arrendador Melo arrendó el inmueble con autorización de su dueño, ya no hay de por medio cosa ajena. Y esto fue lo que ocurrió.

En la sentencia del Tribunal se dice: "el señor Melo se ocupa habitual y profesionalmente en arrendamiento de inmuebles que administra por cuenta de sus clientes". Los demandantes dicen que el señor Melo arrendó cosa ajena como lo hace habitual y profesionalmente con los inmuebles que administra. A Melo se le preguntó en posiciones si es comerciante y si es cierto que profesionalmente se ocupa en el arrendamiento de inmuebles de sus clientes, y contestó afirmativamente.

Lo que quiere decir que las partes y el Tribunal están de acuerdo en que Melo, al momento del contrato con los actores, era, por decirlo así, un profesional de arrendamientos, de donde hay que concluir que el inmueble arrendado le fue consignado en su oficina para arrendarlo, y que lo arrendó con autorización de sus dueños, autorización que no deja la menor duda si se tiene en cuenta lo siguiente: cuando corría el plazo del arrendamiento, los dueños del inmueble arrendado necesitaron su entrega porque lo habían vendido, y entonces Melo dirigió a los arrendatarios una carta en que les dice: "el doctor Roberto Pineda Ruiz nos recomienda avisar a usted que por haber celebrado una negociación con el Municipio de Bogotá, de venta de esa propiedad, se hace indispensable que usted haga entrega y desocupación de la finca en el menor tiempo que le sea posible. Entendemos que el Municipio de Bogotá exige la casa desocupada para el 15 de abril y a esta oficina le interesa especialmente que se activen las diligencias necesarias". Documento éste que deja ver claramente que Melo era un simple mandatario de los dueños del inmueble, y que en el arrendamiento cumplía sus instrucciones. No se arrendó, pues, cosa ajena.

¿Qué ha debido entonces hacer el demandado Melo?. Atacar la sentencia del Tribunal desde este punto de vista. Decir que él no arrendó cosa ajena, pues obró con autorización de los dueños del inmueble arrendado, que era un simple mandatario, o un comisionista, y que como consecuencia, si alguna responsabilidad puede deducirse del contrato, ella pesa sobre los propietarios. Pero ninguna acusación formuló en este sentido el arrendador Melo, quien en su alegato de casación argumenta sobre la base de arrendamiento de cosa ajena, tratando de descargarse de responsabilidades como arrendador, pero sin que se le hubiera ocurrido sostener que en el contrato obró como agente o mandatario, y que esas responsabilidades correspondían al dueño del bien arrendado.

De otro lado, en la invocación que hace Melo de un sin número de disposiciones legales que considera violadas, presenta a favor de su causa, como argumento saliente, los artículos 2016 y siguientes del Código Civil, que contemplan los casos del arrendamiento que hace un usufructario o un propietario fiduciario, u otros casos en que hay de por medio una condición resolutoria que hace incierta la duración del derecho del arrendador; y Melo sabía que no estaba en ninguna de estas circunstancias, porque ni era propietario fiduciario, ni usufructario, ni tenía una calidad que hiciera incierto el arrendamiento, casos contemplados por aquellos artículos.

2º. **Perjuicios:**—Haciendo un esfuerzo de interpretación, es posible desentrañar alguna acusación contra la parte de la sentencia del Tribunal que versa sobre perjuicios.

Apunta el recurrente varios textos legales que considera violados directamente, y también por "refracción", es decir, por error de hecho consistente en no haber dado a unas pruebas el significado que ellas tenían, y dice sobre esto más o menos:

Que no se entendió por perjuicios lo que jurídicamente esto significa, pues se reconocen como tales los nuevos cánones convenidos entre el arrendatario y un tercero.

Que no tuvieron en cuenta las mejores condiciones en que quedó el arrendatario.

Que "no es posible concluir lógicamente que del incumplimiento de un contrato de arrendamiento resulte el deber jurídico de pagarle al arrendatario el mayor precio del cánon estipulado por éste con un tercero".

Que no es aceptable que esa obligación "deba reconocerse no desde la fecha en que se sufre la evicción, sino desde la fecha en que voluntariamente se entrega el inmueble, después de ser retenido con el único propósito de empeorar la situación del arrendador".

Que no había prueba de que el nuevo cánon correspondía a las mismas circunstancias del convenio que se ha estimado violado.

Que no se tuvieron en cuenta "las circunstancias propias de la nueva locación".

En una palabra, parece ser que el recurrente presenta el siguiente argumento contra la sentencia: no hay razón para deducir como perjuicios el mayor valor de los cánones que se habían estipulado, si ese mayor valor obedeció a la mejor instalación de los actores, quienes habían podido conseguir un local apropiado dentro de las condiciones que estaban estipuladas en el contrato, es decir, por el mismo precio. Además, no hay razón para hacer a un lado esas condiciones de precio a fin de aceptar otras estipuladas con un tercero, no desde la fecha de la evicción sino desde la fecha en que voluntariamente fue entregado el local por los actores.

Quiere esto decir que el demandado rechaza el mayor precio del arrendamiento, que fue a lo que se le condenó, y no acepta la fecha señalada por el Tribunal para dar principio al pago de ese mayor precio.

Se debe entonces hacer examen de estos argumentos, teniendo en cuenta las pruebas presentadas por los actores, ya que el demandado no presentó ningunas sobre el caso, cuando había podido presentarlas.

Dice la sentencia: "está probado en los autos que los actores, entre el 1º de mayo de 1943 y el 1º de julio de 1944, tuvieron que pagar como cánon de arrendamiento en el nuevo local a que trasladaron su taller, la suma de doscientos pesos mensuales. El que les tenía arrendado el señor Melo valía sesenta pesos mensuales. Tuvieron que pagar un cánon de ciento cuarenta pesos más, lo que constituye la pérdida sufrida, que suma en catorce meses la cantidad de mil novecientos sesenta pesos. En la apreciación de este perjuicio están de acuerdo los peritos".

En la sentencia se ha pronunciado condenación precisamente por esta suma.

Una vez que los actores se vieron en la necesidad de desocupar el local, celebraron con Buraglia & Cía. S. A. un contrato de arrendamiento sobre otro local, a $ 200 mensuales, según documento que figura en el expediente, contrato que principió a regir el 1º de mayo de 1943, que es la fecha señalada en la sentencia para contabilizar el mayor valor del cánon mensual; y la otra fecha, el 1º de julio de 1944, con la cual se cierra el período de catorce meses, es la en que debía terminar el plazo del contrato celebrado con Melo.

Hay prueba testimonial en el expediente, de que los actores procuraron conseguir un menor precio en el arrendamiento, sin alcanzarlo.

En segunda instancia los actores solicitaron como prueba un dictamen pericial sobre varios puntos, y los peritos expresaron:

Que entre los meses de marzo y noviembre de 1943 no era posible conseguir en arrendamiento, por menos de $ 200, un local del tamaño, situación e idoneidad equivalentes al que alquiló Melo a los actores. Que era grande la escasez de locales de las especificaciones anotadas. Que después de consultar con una firma especializada en negocios de finca raiz pueden afirmar que en la zona donde se encontraba el local de Melo, no era posible conseguir en arrendamiento un inmueble apropiado para los servicios a que los actores tenían destinado este inmueble, por lo cual era forzoso buscar instalación en otra parte.

El concepto pericial no fue objetado por Melo.

Aquellos puntos de vista de los peritos ya habían sido planteados por los actores desde la primera instancia, sin que a Melo se le hubiera ocurrido presentar pruebas que fundamentaran los hechos de que hoy se queja, hechos que a él correspondía comprobar, y no a los actores. Estos comprobaron los suyos.

Y en cuanto a la fecha inicial sobre pago del mayor valor del arrendamiento, se debe considerar lo siguiente:

El 30 de marzo de 1943 Melo hizo saber a los arrendatarios que los dueños del local pedían entrega de éste porque había sido vendido al Municipio de Bogotá, por lo cual esa entrega se debía realizar dentro del menor término posible.

El 20 de abril del mismo año dirigió el Personero de Bogotá una nota a los arrendatarios en que les dice que el Municipio compró el inmueble en que funcionan los talleres de aquéllos y que como lo necesita para demoler la casa, debe ser entregado cuanto antes.

Como se ve, el peligro para la instalación de los actores era inminente. No había tiempo que perder. No se podían cumplir intinerarios que se salieran de la necesidad absoluta de conseguir una nueva instalación para los talleres. El caso era apremiante, y por eso los actores, después de buscar por todas partes un nuevo local dentro del radio de actividad de la empresa, tuvieron que tomar el de Buraglia & Cía. cuyo arrendamiento principió el 1º de mayo de 1943, fecha muy posterior a las notificaciones sobre desocupación. Lo que quiere decir que esta fecha, y no otra, tenía que ser la señalada en la sentencia como iniciación del período de mayor valor del cánon mensual.

De todo lo examinado resulta que no puede prosperar la acusación que en esta parte ha presentado Melo contra la sentencia del Tribunal.

VII. — Demanda de casación de los actores

Es inoficioso hacer examen pormenorizado de las acusaciones de los actores contra la sentencia del Tribunal, porque con una razón de fondo, ya se le considere en casación o en instancia, esas acusaciones habría que declararlas infundadas. Lo que quiere decir que la demanda de casación

no prosperará a virtud de la razón central de que se ha hecho mérito; y que si la Sala entrara a considerar como Tribunal de Instancia los argumentos de esa demanda, tampoco éstos podrían ser aceptados. Todo debido a un error en que incurrió el sentenciador, como se vio atrás y se verá en seguida.

Los actores expresaron, al iniciar su demanda de casación: "el señor Melo arrendó cosa ajena, como lo hace habitual y profesionalmente con los inmuebles que administra por cuenta de sus clientes". Afirmación ésta que por sí sola da la clave para decidir de la demanda que se está considerando, pues en la frase copiada se encuentran estos dos conceptos:

a) Que el arrendamiento versó sobre cosa ajena; y

b) Que Melo era un simple administrador del inmueble que arrendó, como lo es de los inmuebles que sus clientes le consignan para tal fin.

Conceptos anteriores que son dislocados o contradictorios, ya que si Melo obró como simple administrador del inmueble que se le entregó en consignación precisamente para que lo arrendara, la cosa arrendada no era ajena, pues para que lo fuera era preciso que Melo no hubiera estado administrando el inmueble por cuenta de los propietarios, sino que hubiera obrado sin autorización de éstos, desconociéndolos. Si Melo arrendó autorizado por los dueños, ya no hay de por medio cosa ajena; mas si Melo obró sin esa autorización, entonces sí se trata de cosa ajena. En el hecho, como dicen los autores, Melo contrató con Bierman & Cía.; mas en derecho quienes contrataron con éstos fueron los propietarios del inmueble.

Aquellos dos conceptos se encierran también en el siguiente aparte del memorial en que los actores contestan la demanda de casación de la contraparte: "Bierman & Cía. Limitada habría sido arrendatario de mala fe, si Melo no hubiera tenido el derecho de arrendar cosa ajena y Bierman & Cía. lo hubiera sabido. Pero no se discute el hecho de que Melo tuvo el derecho de arrendar el inmueble referido 'consignado' a él".

Aquí se dice otra vez que lo arrendado fue una cosa ajena, y que Melo tenía derecho de arrendar ese imueble que le estaba consignado, es decir, del cual no era dueño, lo que se afirma también en la demanda (hecho 4º). Conceptos los dos desarmónicos, pues si Melo tenía derecho de arrendar, como se afirma, entonces había de por medio una autorización de los propietarios, lo cual excluye el concepto de arrendamiento de cosa ajena.

Los actores afirman que la cosa materia del contrato estaba consignada a Melo para ser arrendada; y el demandado acepta esto, pues dice su apoderado al principiar el alegato de casación: "el señor Melo, que tiene oficina de arrendamientos en esta ciudad y donde estaba consignada una casa de propiedad de la familia Pineda, arrendó con fecha 9 de julio de 1941 tal casa a la sociedad demandante". De manera que no queda duda, pues lo afirman ambas partes, que el inmueble en arriendo había sido entregado a Melo por sus dueños para ser arrendado, de suerte que Melo obró como intermediario en nombre de los dueños del inmueble.

Pero la cuestión se clarifica completamente, si es que quedare alguna duda, leyendo el hecho 5º de la demanda, en el cual se transcribe la carta que Melo dirigió a los arrendatarios demandantes, y de la cual ya se dio noticia en otra parte, carta que dice: "El doctor Roberto Pineda Ruiz nos recomienda avisar a ustedes que por haber celebrado una negociación con el Municipio de Bogotá, de venta de esa propiedad, se hace indispensable que usted haga entrega y desocupación de la finca". Lo que está diciendo, y lo acepta otra vez la parte actora, que Melo no hablaba como dueño del inmueble sino como recomendado del dueño, y está diciendo también que Melo era un simple intermediario o un agente de los propietarios. Precisamente concorde con esto se lee en el documento en que se hizo constar el contrato, que los actores han recibido en arrendamiento "un inmueble de propiedad del doctor Roberto Pineda Ruiz".

Melo, comerciante o no, obraba como comisionista o como un mandatario civil. Y ya se trate de lo uno o de lo otro, Melo no era el responsable ante los arrendatarios (artículos 362 del C. de C., 2177 y 2186 del C .C.).

No puede prosperar, entonces, la acusación de los actores contra la sentencia del Tribunal en cuanto por ella no se condenó sino al pago de una parte de los perjuicios reclamados por aquéllos, condenación que se hizo a base de un error

del Tribunal que la Corte no puede enmendar porque el perjudicado no acertó a hacer la acusación correspondiente, como atrás se expresó.

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

LA CALIDAD DE HIJO NATURAL NO PROVIENE DE LA VOLUNTAD DEL PADRE QUE HACE EL RECONOCIMIENTO — EL HIJO NATURAL LO ES POR MINISTERIO DE LA LEY, UNA VEZ RECONOCIDO — NO PUEDE, POR TANTO, CONFUNDIRSE EL RECONOCIMIENTO Y LA CALIDAD DEL HIJO QUE SE RECONOCE

El reconocimiento es una cosa, y otra la calidad del hijo que se reconoce. Lo uno proviene de la voluntad del padre manifestada por testamento o en otra de las formas autorizadas por la ley, y lo otro depende exclusivamente de la ley. El hijo natural lo es por ministerio de la ley, una vez reconocido, como el hijo legítimo lo es aunque se niegue esto, si nació dentro de las condiciones prescritas por las disposiciones legales. El demandante, hijo de padres que podían contraer matrimonio antes de su concepción, era hijo natural del testador desde que éste lo reconoció. El testamento, que en tal caso contemplado apenas es acto, declarativo de los vínculos familiares, no hizo otra cosa que aceptar de grado esa creación legal, confesarla. Después del testamento el demandante fue ya un hijo natural reconocido. Se puede decir en el testamento, como se dijo, que aquél es hijo ilegítimo simplemente, y éste sigue siendo hijo natural, desde que en el testamento se le reconoció. Y se pudo en ese testamento haber hablado simplemente de un reconocimiento de hijo, sin calificarlo, porque la calificación la da la ley: ese hijo reconocido sin calificación sería hijo natural.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Por la demora en este negocio judicial, iniciado desde el año de 1923, tienen mayor culpa quienes debieron haber estado interesados en él, que los jueces a quienes ha tocado adelantarlo. Después de muchas idas y venidas, aclaraciones varias, desistimientos, etc., sólo en 1937 se se decretó la acumulación de dos procesos promovidos por la misma actora y que versaban o versan sobre esta materia central: interpretación de una cláusula testamentaria. Después, unificado el juicio, siguió un camino lleno de contratiempos, a saber: lo falló el Juzgado 2º del Circuito de Cali por sentencia de ocho de mayo de mil novecientos cuarenta, en la cual no se abarcan todas las materias en debate; apelada esta sentencia, fue decidido el recurso por el Tribunal Superior de Cali, según providencia de veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en la cual se examinan las deficiencias del proveído apelado, se revoca éste y se dispone que el expediente vuelva al Juzgado de origen a fin de que se "dicte el fallo correspondiente con relación a todas las acciones y postulados que se invocaron en las demandas, y demás escritos de que se ha hecho mérito, para que la sentencia se atempere a las normas y requisitos del artículo 471 del Código Judicial"; negado el recurso de casación sobre esta decisión del Tribunal, la parte actora ocurrió de hecho ante la Corte, y esta Corporación concedió el recurso; tramitado en debida forma este recurso de casación, la Sala respectiva, en sentencia de veintiseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, casó la del Tribunal y ordenó "devolver el expediente a dicha entidad falladora para el debido cumplimiento de los fines anotados antes", fines que consistían, a decir de la Sala, en la "omisión de numerosas cuestiones fundamentales del debate que no han sido estudiadas ni definidas por los dos falladores de instancia", de manera que la Sala consideró que las deficiencias del fallo de primera instancia se han debido suplir en el de segunda; y vuelto el proceso al Tribunal, esta Corporación dictó su sentencia ya definitiva, de veintitres de mayo de 1947, que se va a examinar en la presente oportunidad.

María Luisa Caicedo, como tutora de su hijo Luis Antonio Caicedo, entabló demanda ordinaria contra los albaceas nombrados en el testa-

mento del doctor Joaquín A. Collazos, y contra los interesados en la sucesión de éste, demanda en que se plantean todas estas cuestiones que el Tribunal recoge y decide así en su sentencia que ha de revisarse en casación:

"Primero.—CONFIRMASE el punto **primero** de la parte resolutiva de la sentencia apelada, en el cual se reconoce que Luis Antonio Caicedo tiene la calidad de hijo natural del doctor Joaquín Antonio Collazos, por haber sido reconocido por éste en su testamento de fecha 29 de abril de 1923;

"Segundo.—CONFIRMASE la declaración **segunda** en su primera parte, o sea en cuanto resuelve que consiguientemente, Luis Antonio Caicedo; en su calidad de legitimario de primer grado del Dr. Joaquín Antonio Collazos, tiene derecho a la mitad de los bienes herenciales de éste, en la forma establecida en el art. 1242 del Código Civil, por razón de no haber dejado el citado doctor Collazos descendencia legítima, ni ascendientes, ni cónyuge;

"Tercero.—CONFIRMASE la declaración contenida en la segunda parte de la declaración **segunda** del fallo apelado, que resuelve que en los términos indicados en la declaración anterior queda **reformado** el testamento cerrado otorgado por el doctor Joaquín Antonio Collazos el 29 de abril de 1923 y protocolizado por medio de la escritura pública número 330 de 18 de mayo de 1923 en la Notaría Segunda de este Circuito, debiendo —agrega el Tribunal en esta instancia— imputarse a la legítima correspondiente a Luis Antonio Caicedo el legado hecho a éste, según lo dispuesto por el art. 1256 del C. Civil, y quedando válidos los legados como imputables a la mitad de los bienes de que el testador pudo disponer a su arbitrio;

"Cuarto.—REVOCASE la resolución tercera, puesto que consecuencialmente **es nula** la partición verificada en la sucesión del doctor Joaquín Antonio Collazos, por no haberse tenido en ella en cuenta al heredero legitimario ab intestato, el menor Luis Antonio Caicedo;

"Quinto.—Como consecuencia de la declaración anterior la partición de bienes de la sucesión del doctor Joaquín Antonio Collazos, aprobada por sentencia de 27 de noviembre de 1923 proferida por el Juez 1º Civil de este Circuito, y protocolizada por escritura pública número 25 de 30 de noviembre del mismo año, **debe rehacerse** al tenor de la enmienda del testamento decretada en esta misma providencia;

"Sexto.—En la nueva partición que se haga, los herederos testamentarios del doctor Joaquín Antonio Collazos demandados en el presente juicio, deben reintegrar a la sucesión del mencionado Dr. Collazos la parte de bienes que les fueron adjudicados en la partición que se anula y que sea necesaria para integrar la hijuela que corresponde por su legítima rigurosa o efectiva a Luis Antonio Caicedo; es decir, los demandados reintegrarán los bienes que les fueron adjudicados en dicha partición anulada a fin de que en la nueva partición se hagan las adjudicaciones respectivas, conforme a lo resuelto en esta sentencia;

"Séptimo.—**No hay lugar** a hacer la declaración solicitada sobre entrega a Luis Antonio Caicedo de los bienes herenciales que le corresponden como legitimario, con sus frutos naturales y civiles, por las razones expuestas en la parte motiva;

"Octavo.—Como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, **revócase** la resolución cuarta de la sentencia apelada y, en su lugar, se **declaran** no probadas las excepciones perentorias propuestas;

"Noveno.—Se ordena la cancelación del registro de la cuenta de partición, como de la sentencia aprobatoria, y de las hijuelas respectivas en los libros de registro correspondientes verificados en el juicio de sucesión del doctor Joaquín Antonio Collazos, para lo cual el Juez del conocimiento dará las órdenes del caso a quien corresponda; y

"Décimo.—Sin costas en ambas instancias".

El abogado Julio E. Albán Plata, en nombre de varios interesados opositores, interpuso el recurso de casación contra aquella sentencia del Tribunal, y también lo interpuso el abogado Joaquín Navia Belalcázar en nombre de otros opositores; pero solamente éste presentó demanda de casación, muy clara y precisa en su estructura, la cual se entra a estudiar, dedicando un capítulo a cada uno de los motivos de casación.

I. — La cláusula testamentaria:

Como se dijo atrás, la cuestión central de este asunto se encuentra en la interpretación que se dé a lo que se expresa en la cláusula tercera del testamento del doctor Collazos, a saber:

"...y de la cuarta restante quiero y es mi voluntad que se hagan estos legados: para mi hija

ilegítima María Belén Borrero hija de Soledad Borrero tres mil pesos; a mi hijo ilegítimo Luis Antonio Caicedo, hijo de María Luisa Caicedo Orejuela le dono cuatro mil pesos para que con dos mil se le compre una casita, y los otros dos mil se le coloquen a interés con buenas seguridades. Tanto lo relativo al dinero de mi hija Belén como al de mi hijo Luis Antonio lo manejará mi albacea, hasta que lleguen a su mayor edad. Y si el segundo, por defecto de la laringe, después de la mayor edad necesitare de curador, mi albacea, ya sea tal o ya no tenga ese cargo, desempeñará el papel de curador".

En la cláusula segunda del testamento el doctor Collazos afirma que se ha mantenido soltero, como se vió, el Tribunal acepta que el doctor Collazos es padre natural de Luis Antonio Caicedo, lo cual fue pedido en la demanda. El Tribunal, siguiendo el fallo de primera instancia, dice que el testamento reconoce la paterindad del padre sobre el hijo, y que la circunstancia de que éste sea natural o ilegítimo lo define la ley, de manera que nada importa que en ese testamento se hable de que Luis Antonio es hijo ilegítimo para que éste deje de ser natural, ya que el mismo doctor Collazos afirma que se conservaba soltero, y si lo estaba, podía casarse con María Luisa Caicedo, también soltera, al momento de la concepción de Luis Antonio, lo cual determina la calidad de hijo natural. El Tribunal sintetiza así su concepto sobre el caso: hecho por el padre el reconocimiento del hijo, aquél no puede limitar los efectos de ese acto libre y espontáneo de su parte estableciendo que su hijo, a pesar del reconocimiento, continuaba siendo hijo ilegítimo. Que el hijo así reconocido sea natural o ilegítimo, es cuestión que corresponde a la ley definirla.

En la demanda de casación se ataca esta tesis, con invocación de la primera causal de casación, pues se considera que se violó la ley sustantiva por infracción directa y por aplicación indebida o por interpretación errónea.

Para sostener esta acusación, el recurrente invoca un concepto sobre el caso del doctor José María González Valencia, en que se expresa que Luis Antonio Caicedo no tiene respecto del doctor Collazos la condición de hijo natural, a pesar de que en el testamento confiesa su paternidad ilegítima, "porque no aparece que al hacer tal declaración abrigara el propósito de conferirle la condición de hijo natural, y antes bien, muestra en el mismo testamento voluntad contraria, toda vez que, conociendo, como abogado experto, la terminología jurídica, lo llama hijo ilegítimo, y en la cláusula segunda declara que no tiene descendencia legítima ni natural". Y agrega el recurrente estas cuatro consideraciones:

a) Al decidir el Tribunal que de acuerdo con el testamento el hijo del doctor Collazos tiene la calidad de hijo natural de éste, violó directamente el artículo 55 de la ley 153 de 1887 que dice que el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconoce, porque de ese testamento aparece claramente la voluntad del doctor Collazos de no reconocer a su hijo como natural;

b) Al hacer el Tribunal la declaración de filiación natural, también violó por infracción directa, el artículo 66 de la misma ley, porque decide sobre un reconocimiento para objeto distinto de exigir alimentos;

c) Al aceptar el Tribunal la acción de filiación natural después de la muerte del padre, violó los artículos 403 y 404 del C. C. y los artículos 66, 68, 69 y 70 de la ley 153 de 1887, porque estas disposiciones excluían toda posibilidad de instaurar esa acción después de la muerte del presunto padre dirigiéndola contra los herederos del testador; y

d) Por último, al aceptar el Tribunal el reconocimiento de hijo natural, violó por interpretación errónea los artículos 52 del C. C., 7º de la ley 57 de 1887, y 54, 55 y 56 de la Ley 153 de ese año.

La Sala estima:

Se señala como violado, en primer lugar, el artículo 55 de la ley 153 de 1887, el cual preceptúa que "el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce", y el Tribunal no ha dicho lo contrario, pues parte de la base de que el reconocimiento cumplió esas condiciones.

El artículo en consideración habla en abstracto del reconocimiento de un hijo, y de ese reconocimiento por parte del doctor Collazos no queda duda, ni se ha impugnado en los términos del artículo 58 de la ley 153 de 1887; la duda está en si se trata de un reconocimiento de hijo natural o de hijo ilegítimo. El reconocimiento, pues, es una cosa, y otra la calidad del hijo que se reconoce. Lo uno proviene de la voluntad del padre manifestada por testamento o en otra de las formas autorizadas por la ley, y lo otro depende exclusivamente de la ley. El hijo natural lo es por ministerio de la ley, una vez reconocido, como el hijo legítimo lo es aunque se niegue ésto, si ma-

ció dentro de las condiciones prescritas por las disposiciones legales. Luis Antonio Caicedo, hijo de padres que podían contraer matrimonio antes de su concepción, era hijo natural del doctor Collazos desde que éste lo reconoció. El testamento, que en el caso contemplado apenas es acto declarativo de los vínculos familares, no hizo otra cosa que aceptar de grado esa creación legal, confesarla. Después del testamento Luis Antonio fue ya un hijo natural reconocido. Se puede decir en el testamento, como se dijo, que Luis Antonio es hijo ilegítimo simplemente, y éste sigue siendo hijo natural, desde que en el testamento se le reconoció". Y se pudo en el testamento del Dr. Collazos haber hablado simplemente de un reconocimiento de hijo, sin calificarlo, porque la calificación la da la ley: ese hijo reconocido sin calificación sería hijo natural. Sobre este punto dijo en alguna ocasión la Corte: "...no se exige para el reconocimiento que el padre que lo hace emplee precisamente la expresión **hijo natural**, pues no hay fórmula sacramental o de empleo obligatorio para tal efecto y el reconocimiento (en las condiciones que se hizo) no puede referirse sino a los hijos naturales y no de otra especie de filiación". (G. J. XXI, pág. 44).

Y tomando en consideración esto último que fijó la Corte, se puede preguntar: ¿con qué finalidad calificó el doctor Collazos en su testamento a su hijo como ilegítimo?. ¿Para poderle asignar una parte de sus bienes a título de donación?. No se necesitaba esto, pues la donación ha podido hacerse sin esa calificación de ilegitimidad, y aún sin llamar hijo al donatario.

Se dice en muchas partes del expediente, como un argumento contra la tesis de la parte actora, que el doctor Collazos era un hábil abogado, experto civilista que sabía muy bien el significado de los términos que empleó en su testamento. Y si tantas voces proclaman esa competencia del doctor Collazos, en materias de derecho, entre esas voces la del doctor González Valencia, hay que aceptar el hecho para afirmar que el doctor Collazos no pudo emplear en su carta de última voluntad una terminología que nada dice, que a nada conduce, que no tiene un significado ante la realidad jurídica. Una expresión absolutamente innocua, en caso tan trascedental, no se puede concebir del doctor Collazos, tan experto en cuestiones civiles. Piénsese que el doctor Collazos, en su testamento, según la cláusula copiada atrás, le nombra curador a su hijo reconocido, lo cual bien lo sabía él, no podía hacerlo sino considerando al hijo como natural. El artículo 449 del C. C. dice: "el padre o madre natural podrá ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes al padre legítimo". Y entre estos derechos está el de designar curador (art. 445 del C. C.).

El Tribunal, pues, no violó la norma sobre libertad y espontaneidad del reconocimiento. Lo que hizo fue definir, con razón, que el reconocimiento hecho en el testamento del doctor Collazos se refiere a un hijo natural, aunque allí se habla de hijo ilegítimo. A este respecto dijo la Corte en reciente ocasión:

"El padre es dueño de declarar su paternidad en escritura pública o testamento, como es dueño de abstenerse de tal paso. Mientras no lo dé, el hijo es simplemente ilegítimo; pero al darlo, ese hijo es natural, calidad que se deriva del reconocimiento por ministerio de la ley. De esta suerte, si Desiderio Cano quería que Arcelia y Dolores permaneciesen simplemente ilegítimas, debió callar su filiación; pero, como la confesó y como esto lo hizo en acto testamentario, la advertencia de ser ellas hijas suyas **simplemente ilegítimas**, expresión sin cabida lógica, en fuerza de lo antedicho, puso a los efectos legales de su confesión, una cortapisa inadmisible.

.....

"Resumiendo lo dicho y concretándolo al problema cardinal de esta litis, se tiene que Desiderio Cano en su testamento, es decir, con la solemnidad procedente, declaró la filiación de Arcelia y Dolores confesando con entera libertad que eran hijas suyas, y que la consecuencia legal de este acto de él es la constitución del estado civil de hijas naturales en favor de las mismas, sin que pueda aceptarse que a pesar de todo esto permanecieran simplemente ilegítimas por haber consignado Cano en su testamento esta locución y creído que no tenía herederos forzosos". (GACETA JUDICIAL, Tomo LIV. págs. 133 a 135).

Se remata este acápite con un pequeño análisis del artículo 54 de la ley 153 de 1887, por el cual se ve con claridad que el reconocimiento es cuestión independiente de la calidad del hijo que se reconoce. Dice ciertamente ese artículo: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad legal de hijos naturales respecto del padre o de la madre que los haya reconocido". Se tiene aquí dos enunciados independientes: el

uno, una cuestión de hecho, que es el reconocimiento; y el otro, consecuencia de aquél, una cuestión de derecho: después del reconocimiento, "tendrá el hijo la calidad legal de natural con respecto al padre o madre que lo haya reconocido". Calidad que es "legal" y no atribuída por voluntad del padre, pues el reconocimiento sirve sólo "para revelar, mediante la confesión del padre, los lazos de la sangre que constituyen la filiación natural. Es el modo de prueba de esa filiación con respecto al padre, la cual existía desde antes del reconocimiento..." (G. J. XXIII pág. 55).

Se dice en otra parte que el Tribunal violó el artículo 66 de la ley citada, que autoriza el reconocimiento de hijo ilegítimo, a petición suya, sólo para efecto de alimentos.

Este artículo dice: "El hijo ilegítimo que no ha sido reconocido **voluntariamente** con las formalidades legales, **no podrá pedir** que su padre o madre lo reconozca, sino con el solo objeto de exigir alimentos" (la Sala subraya). Mas este artículo diciendo está que para el caso de alimentos se necesita demanda judicial, lo que excluye el reconocimiento espontáneo y libre, que aquí se verificó. El hecho de que se hubiera realizado ese reconocimiento, calificando al hijo de ilegítimo, no le quita voluntariedad al reconocimiento, pues se refiere a una calidad, que tampoco deja duda sobre la persona a que el reconocimiento se refiere. El artículo 1116 del C. C. dice que el error en el nombre o **calidad del asignatario** no vicia la disposición si no hubiere duda acerca de la persona".

Dice el recurrente que al aceptar el Tribunal la acción de filiación natural después de la muerte de su padre, violó varios artículos del C. C. y de la ley 153 de 1887, porque estos textos no autorizan esa acción contra los herederos después de la muerte del padre testador.

Esta tesis del recurrente sobre el legítimo contradictor no tiene aplicación en el presente caso, porque ella se refiere al reconocimiento no voluntario, es decir, cuando el hijo promueve acción para obtener que se declare su paternidad, de lo cual no se trata aquí, cuando se está en presencia de un reconocimiento voluntario. O por mejor decir: no se está buscando el reconocimiento, porque éste lo hizo el doctor Collazos en su testamento; si se estuviera indagando ese reconocimiento, entonces sí sería el caso que plantea el recurrente. Aquí no se trata de investigar la paternidad del hijo; ella está aceptada por el padre. Conviene recordar que la demanda fue presentada antes de la Ley 45 de 1936 sobre filiación natural.

De remate, dice el recurrente que fueron violados, por interpretación errónea, los artículos 52 del C. C., 7º de la Ley 57 de 1887 y 54, 55 y 56 de la Ley 153 del año citado.

El artículo 52 clasifica los hijos ilegítimos en naturales, o de dañado y punible ayuntamiento, o simplemente ilegítimos, y dice que son naturales "los habidos fuera del matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción" (caso del Dr. Collazos y de la madre de Luis Antonio), "cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre o madre otorgado por escritura pública o por testamento" (caso del Dr. Collazos).

No interpretó mal el Tribunal este texto legal.

El artículo 7º de la ley 57 de 1887, que modifica el anterior, expresa también lo que son hijos naturales, al igual que el 52 comentado, de manera que tampoco ese artículo 7º ha sido mal interpretado.

Los artículos 54, 55 y 56 de la Ley 153 de 1887 versan sobre el reconocimiento, y ya se dijo que éste se cumplió voluntariamente por el padre, por medio de un testamento, que es lo que dicen estos artículos, los cuales, por tanto, no fueron mal aplicados por el Tribunal.

III. — Error de derecho:

Dice el recurrente, invocando otra vez la causal primera de casación, que de parte del Tribunal hubo una apreciación errónea de pruebas, por lo cual incurrió en error de derecho, pues le dio validez al testamento para decidir que de él resulta que Luis Antonio es hijo natural con todos los derechos anexos a dicho estado civil, cuando de tal testamento no surge la voluntad del doctor Collazos de conferirle a su hijo aquella calidad, sino que por el contrario allí aparece la voluntad de asignarle al hijo la condición de ilegítimo, por lo cual se violaron los artículos 7º de la Ley 57 de 1887, 54, 55, 56, 66, 68, 69 y 70 de la Ley 153 del mismo año, y 52, 57, 403, 1226, 1239, 1240, 1242 y 1274 del C. Civil.

Además, dice, al atribuir pleno mérito al testamento como prueba del reconocimiento de hijo natural, no habiendo sido aceptado en legal forma el reconocimiento y no habiendo sido regis-

trado, se incurrió en error de derecho por no haberse aplicado los arts. 240, 326, 346, 347 y 369 del C. Civil.

La Sala observa:

En esta otra parte se consideran violados vários artículos que ya fueron examinados en el capítulo anterior, lo que quiere decir que el Tribunal no los desconoció, como se estudió, a saber: el artículo 7º de la ley 57 de 1887, el 52 del C. C., y los artículos 54, 55, 66, 68, 69 y 70 de la Ley 153 de aquel año. De esta suerte, no hay para qué volver sobre estos textos legales, y sólo se hará examen de los restantes.

El artículo 57 del C. C., cuando estaba vigente, definía lo que era el hijo simplemente ilegítimo, y el 403 se refiere al legítimo contradictor en la cuestión de paternidad. Si el Tribunal, por lo que ya se vio, no apreció erróneamente la cláusula testamentaria sobre el reconocimiento del hijo natural, sino que la interpretó rectamente, no incurrió en error de derecho al desdeñar en sus apreciaciones los artículos mencionados.

El artículo 1226 del C. C. versa sobre asignaciones forzosas; el 1239 define lo que es legítima; el 1240 define lo que son legitimarios; el 1242 dá reglas para la distribución de los bienes herenciales, y el 1274 se refiere al derecho que tienen los legitimarios para que se reforme el testamento cuando consideren que con él se les desconocen prerrogativas.

Si el Tribunal, aceptando en esta parte la sentencia de primera instancia, decidió que en el testamento se trata de un reconocimiento de hijo natural, es preciso ordenar una sustitución de ese testamento, que fue lo que dispuso el Tribunal en la declaración tercera de su fallo. De esta suerte, no pudo el Tribunal incidir en error de derecho por haber aplicado indebidamente aquellas disposiciones, o por errónea interpretación de ellas, ya que los artículos examinados del Código Civil nada tienen que ver con el reconocimiento, y ellos se refieren o se pueden referir a otras declaraciones de la sentencia, que son consecuencia de ese reconocimiento, y que se examinarán adelante. No se pierda de vista que esta acusación se funda también en la circunstancia de haberse interpretado el testamento en el sentido de decidir que el reconocimiento se refiere a un hijo natural, no obstante que en tal testamento se habla de "hijo ilegítimo", cuestión ésta a que se contrae la primera acusación contra la sentencia, que ya se examinó.

De remate dice en este capítulo el recurrente que se violaron los artículos 240, 236, 346, 347 y 369 del C. C. por no haber sido aceptado el reconocimiento y por no haber sido registrado. Pero resulta que estos textos legales no vienen al caso, como se ve: el primero trata de la legitimación de un hijo; los artículos 326, 346 y 347 fueron expresamente derogados por el art. 65 de la ley 153 de 1887; y el último, el 369, se refiere a hijos naturales reconocidos por escritura pública o en la partida de nacimiento, y a las obligaciones que el Notario debe cumplir en estos dos casos, distintos al caso que se contempla.

Mas con respecto a la observación que hace el recurrente, es preciso decir que el reconocimiento del menor Caicedo, que se hizo por testamento, fue aceptado por la madre de éste, como su guardadora reconocida judicialmente y posesionada; y que este testamento, en el cual se hizo el reconocimiento, está registrado.

Por ningún aspecto de este capítulo, tiene, pues, razón el recurrente.

III. — Dos hijos naturales:

Repite el recurrente, invocando otra vez la causal primera de casación, que por apreciación errónea de la prueba resultante del testamento, el Tribunal incurrió en error de hecho y violó los artículos 1239, 1240, 1241, 1242 y 1243 del C. C., pues si el testamento se refiriera, como lo dice la sentencia, a hijos naturales, entonces serían dos los hijos —María Belén Borrero y Luis Antonio Caicedo— a quienes la ley reconoce la acción de reforma del testamento para que en la partición de bienes se les asigne su legítima correspondiente. Y agrega que el Tribunal incurrió en error de hecho al considerar que era uno solo el hijo reconocido, cuando serían dos.

Los artículos del Código Civil que se dicen violados estaban citados en la acusación anterior, y versan, como ya se dijo: el 1239 sobre legítima; el 1240 y el 1241, sobre legitimarios; el 1242, sobre la manera como se deben distribuir los bienes herenciales, y sobre las cuartas en que se divide la masa de bienes; y el 1243 se refiere a la manera como se computan estas cuartas.

Si en realidad en la sentencia se han debido considerar dos hijos naturales y no uno solo, los artículos en mención se desconocieron. Pero ocurre que por parte de la Borrero no se presentó demanda, ni figuró ella en el juicio, y de esta suerte, la sentencia no podía referirse a caso alguno de la Borrero, extraña a este negocio, en el

cual se está considerando sólo el caso del menor Caicedo. Si alguna cosa se hubiera pedido en la demanda en relación con la Borrero, y nada se hubiera resuelto en la sentencia sobre el caso, entonces se habría dado ocasión a la causal segunda de casación, es decir, incongruencia entre lo pedido y lo sentenciado, y no a la causal primera que el recurrente está invocando en este capítulo.

Vale la pena de historiar lo siguiente: La señora Belén Borrero de Cárdenas, con partida de nacimiento en que aparece como hija de Soledad Borrero, dirigió en diciembre de mil novecientos treinta y cinco un memorial al Juez que conocía del presente negocio, "coadyuvando y defendiendo las acciones propuestas por el actor", invocando para ello el artículo 233 del C. Judicial. A esa coadyuvancia se opusieron algunos de los interesados en la sucesión del doctor Collazos, que defienden la integridad del testamento. Y el Juez la negó. Apelado el auto respectivo, fue confirmado por el Tribunal. Volvió la señora Borrero con otro memorial insistiendo en que por ser también hija natural del doctor Collazos debe ser oída, y el Juzgado dijo: "como se observa que la señora María Belén Borrero de Cárdenas no es parte en este negocio, no puede, por consiguiente ser oída en él". Y nada volvió a decir la señora Borrero de Cárdenas. En alguna parte se dice que por descuido dejó prescribir la acción que pudiera tener.

IV. — Nulidad y rescisión:

Con invocación de la misma causal primera de casación, el recurrente acusa la sentencia como violatoria, por interpretación errónea y por indebida aplicación, de los artículos 1405, 1740, 1946, 1947 y 1948 del C. Civil. Dice el recurrente que por haber decidido el Tribunal que el testamento daba razón de un reconocimiento de hijo natural, considerando de esta suerte a ese hijo como legitimario, declaró la nulidad de la partición, fundándose en que dicha partición había causado lesión enorme al heredero Luis Antonio Caicedo, confundiendo así la nulidad con la rescisión por lesión, acciones que son distintas.

Si la acusación de que aquí se trata es una deducción de haberse interpretado mal el testamento, y como se ha visto, el testamento no fue mal interpretado, se puede decir de una vez que la deducción no tiene fundamento legal.

El Tribunal, con invocación del artículo 1405 que se cita como mal aplicado, manifestó que Luis Antonio Caicedo no sólo había sido perjudicado en más de la mitad de su cuota, como lo dice aquel artículo para que haya lesión, sino en la totalidad de ella como legitimario, por lo cual, habiendo faltado la intervención y el consentimiento de Caicedo en esa partición, ésta es nula porque las particiones se anulan de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos.

El Tribunal no se fundó, para pronunciar la nulidad, en que con la partición se hubiera causado lesión al heredero Caicedo en más de la mitad de su cuota, como lo dice el recurrente, sino que se fundó, tomando reglas de los contratos en general, en que de esa partición estuvo ausente el menor Caicedo, y faltó en ella su intervención y su consentimiento. Y sobre esta base declaró la nulidad y no la rescisión por lesión enorme, como se expresa en la demanda de casación. Y decretó la nulidad porque "no se ve claro cómo pudiera rehacerse dicha partición sin antes haberse anulado" dice la sentencia.

De esta suerte, las disposiciones que sobre rescisión por lesión enorme cita el recurrente, no se podían tener en cuenta por el Tribunal porque en la sentencia se enfocó el caso hacia una nulidad, y no hacia una rescisión por lesión. Para decretar esa nulidad, en la sentencia no se aplicaron las disposiciones legales sobre rescisión, como lo afirma el recurrente. Muy al contrario, la sentencia dice que no se trata de una lesión enorme, porque el perjuicio del menor no fue de más de la mitad de su cuota, sino de toda ella.

V. — Incongruencia:

Por último, el recurrente acusa la sentencia por el segundo motivo de casación, debido a no estar ésta de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Se funda en que en la demanda se expresó que los bienes de la sucesión habían salido del poder de los herederos, y se hallaban en manos de extraños, por lo cual se promovió la acción reivindicatoria. Y deduce de ésto el recurrente, según sus textuales palabras: habiendo declarado la parte actora en la demanda que los bienes herenciales habían pasado a poder de tercero, y habiendo promovido la correspondiente acción reivindicatoria, **a pesar de haber prescindido posteriormente de la referida acción** (subraya la Sala), resulta impertinente y fuera de lugar, y no está en

consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, el decretar favorablemente, como lo ha hecho el Tribunal, que los herederos demandados restituyan las cosas hereditarias.

La Sala observa: se ejercitaron dos acciones, la reivindicatoria y la de petición de herencia de que trata el artículo 1321 del C. Civil, ambas con sus respectivas peticiones; la parte actora prescindió de la acción reivindicatoria, en momento oportuno, según lo afirma el mismo recurrente; y quedó en pié solamente la acción de petición de herencia, que fue la que se tuvo en cuenta por el Tribunal. No hay, pues, la incongruencia que apunta el recurrente.

Este no encuentra bien que se hubiera decidido que los herederos testamentarios debían restituir bienes para formar la hijuela del legitimario que fue excluído en el testamento, sin duda porque no fijó la atención en que el artículo 1321 ya citado, prescribe una restitución por parte de quienes ocupan la herencia en calidad de herederos, disposición aplicable al caso.

En la demanda se pidió que los herederos testamentarios debían entregar al menor la parte de bienes que de la herencia se les entregó, y que fuera necesaria para formar la hijuela de aquél. Y en el fallo dijo el Tribunal: en la nueva partición que se haga, los herederos testamentarios deben reintegrar la parte de bienes que les fueron adjudicados en la partición y que sea necesaria para formar la hijuela que le corresponde al menor por su legítima.

No es posible una mayor concordancia entre lo pedido y lo sentenciado. El recurrente ha considerado que la restitución de que habla el fallo es consecuencia de la acción reivindicatoria, retirada del debate, cuando es consecuencia de la acción de petición de herencia. Esto ha motivado su confusión al proponer un motivo de casación sin fundamento.

En armonía con estas 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 del Tribunal Superior de Cali, de fecha veintitres de mayo de mil novecientos cuarenta y siete.

De acuerdo con el artículo 537 del C. Judicial, se condena en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — El Conjuez, **Luis Felipe Latorre—Hernando Lizarralde,** Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

DELITO DE DETENCION ARBITRARIA — NO SE PUEDE DETENER A UNA PERSONA CON BASE EN UNA SENTENCIA QUE AUN NO ESTA EJECUTORIADA— LA IGNORANCIA DE LA LEY O LA IMPERICIA EN SU MANEJO Y APLICACIO NO PUEDEN SER ALEGADAS COMO DISCULPA POR LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

1—Cuando un funcionario público decida, con base en las funciones que le han sido otorgadas, privar de la libertad a una persona, sin fundamento legal alguno, esto es, caprichosamente o arbitrariamente, dándole pábulo a una simple animadversión personal o a un interés venal, o a pesar de obrar de acuerdo con el derecho y teniendo fundamentos suficientes para ello, olvida las formalidades legales, siempre estará vulnerando el bien jurídico de la libertad personal, es decir, cometerá el delito de detención arbitraria. Pues el pretermitir una formalidad legal para privar de la libertad a un ciudadano, es vulnerar la garantía de la legitimidad del acto en el cual deposita el individuo su confianza de rectitud y conformidad con la ley.

2—El funcionario debe conocer la ley; el olvido de ésta se presume doloso, no importa que aquél no sea, por sus antecedentes, idóneo para el desempeño expedito de su cargo. Desde el momento en que acepta libremente recoger de sus manos la potestad soberana de la República de ejercer rectamente sus funciones, y, por lo tanto, jura cumplir su deber, igualmente el Estado atiende a su obligación de pagar sus servicios, el funcionario no tiene disculpa alguna para alegar olvido o impericia en el manejo y aplicación de la ley.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En providencia de trece de noviembre del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, abre causa criminal por la vía ordinaria contra el doctor Alberto Gómez Mora, ex-Juez del Circuito Penal de Guateque, por el delito de detención arbitraria.

Contra esta providencia tanto el procesado como su defensor interpusieron recurso de apelación, que les fue concedido.

Cumplida la tramitación propia de la instancia, recibido el concepto del señor Procurador, se procede a resolver:

Hechos:

El día 4 de febrero de 1941, en jurisdicción municipal de Guayatá (Boyacá), Segundo Javier Ruiz lesionó a Ana Silvia Buitrago de Ruiz. El Alcalde Municipal de dicho lugar, quien como funcionario de instrucción adelantó la correspondiente investigación, por auto de 7 del mes y año citado, decretó la detención provisional del procesado Javier Ruiz. La misma Alcaldía —doce días después— 17 de febrero, concedió al sindicado el beneficio de excarcelación, mediante fianza personal por valor de cien pesos ($ 100.00).

El Juzgado Penal del Circuito de Guateque, quien conoció del proceso, por auto de 7 de marzo de 1945, llamó a responder en juicio criminal al procesado Segundo Javier Ruiz, por el delito de lesiones personales cometido en Ana Silvia Buitrago de Ruiz. Providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior en auto de 25 de septiembre de 1945.

La causa siguió su curso legal hasta ponerle fín, en sus dos instancias, por medio de la sentencia de enero 24 de 1947, dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Guateque, en virtud de la cual condena al procesado Javier Ruiz, por el delito de lesiones personales por que se le llamó a juicio a la pena principal de diez y ocho meses de prisión y multa de quinientos pesos ($ 500.00); y la de 2 de diciembre del mismo año

—1947— dictada por el Tribunal Superior en virtud de la cual se confirma la pronunciada por el Juzgado.

Pero aconteció que el señor Juez del Circuito Penal de Guateque, doctor Alberto Gómez Mora, antes de que el Tribunal resolviera sobre la consulta de la sentencia condenatoria dictada contra Javier Ruiz, ordenó la captura de éste y una vez capturado, libró con fecha 11 de febrero de 1947, boleta de detención al Director de las Cárceles del Circuito, "para entrar a cumplir condena" dice textualmente la orden.

Como al procesado Javier Ruiz no se le había cancelado expresamente el beneficio de excarcelación de que gozaba, su defensor consideró irregular el que se hubiera ordenado la detención de aquél en la cárcel para hacer efectiva la pena impuesta en la sentencia de primer grado, sin haber sido confirmada por el Superior, y así se lo manifestó al Tribunal, quien en providencia de 21 de mayo de 1947, ordenó poner inmediatamente en libertad al sentenciado Segundo Javier Ruiz, "haciéndole saber que queda sometido a las mismas condiciones de la excarcelación que le fue concedida anteriormente".

De tal suerte que el procesado Javier Ruiz estuvo detenido tres meses, ocho días, por virtud de la sentencia de primera instancia, que lo condenó a diez y ocho meses de prisión, antes de que ésta se encontrara ejecutoriada pues el Tribunal no había decidido sobre su consulta que, como ya se dijo, posteriormente la confirmó.

El hecho de aquella detención sufrida por Javier Ruiz lo ha considerado el Tribunal como constitutivo del delito de detención arbitraria, pues, estima que no habiéndose revocado el beneficio de excarcelación de que gozaba el sentenciado, y no estando ejecutoriada la sentencia condenatoria de primera instancia, no podía reducírsele a prisión para que "cumpliera la condena", y que al obrar el Juez, doctor Gómez Mora, en la forma en que obró, lo hizo responsable del delito de detención arbitraria. Esta la razón fundamental del auto de proceder materia de la apelación.

El señor Procurador, en su concepto de fondo, encuentra legal el auto de proceder dictado en contra del doctor Gómez Mora, y por las mismas razones del Tribunal solicita su confirmación.

Con las copias del acuerdo de nombramiento y acta de posesión se acredita que el doctor Alberto Gómez Mora ejercía las funciones de Juez del Circuito Penal de Guateque en la época a que se refieren los hechos investigados.

Se considera:

El Código Penal en su artículo 295 estructura el delito de detención arbitraria sobre tres elementos esenciales, a saber: que un funcionario o empleado público sea el sujeto activo de la infracción; que obre abusando de sus funciones; y, que a consecuencia de ese abuso prive a alguno de su libertad.

El bien jurídico tutelado por la disposición citada, es el de la libertad individual, en primer término; y la violación al derecho tiene por sujeto activo un funcionario o empleado público, en segundo término; y, en tercer lugar, la acción delictuosa se opera como consecuencia de un abuso de funciones.

La libertad individual es atacada por medio de la aprehensión personal del sujeto, o del ejercicio de la fuerza pública sobre el mismo, por orden del funcionario o empleado público, sin que la privación de esa libertad tenga fundamentos jurídicos ni se acomode a las formalidades establecidas por la ley.

La ley ha definido en forma clara, precisa y terminante cuáles son los casos en que puede haber detención y la manera y circunstancias de llevarla a término, y en qué ocurrencias puede haber captura de un sindicado.

Sobre lo último, varias son las ocurrencias en que un sujeto puede ser capturado. Así, puede serlo: a) como consecuencia de un fallo condenatorio ejecutoriado (art. 647 del C. de P. P.); b) como consecuencia del auto de detención (arts. 379 y 383); c) cuando se sorprende el autor de un delito in flagranti (arts. 24 de la Constitución y 384 del c. de p. p.); d) cuando la autoridad competente ha solicitado públicamente la aprehensión de un malhechor (art. 384 citado); e) cuando el sindicado requerido por el funcionario de instrucción o del conocimiento no comparece a rendir indagatoria (art. 346); y, f) cuando habiendo motivos justificados para temer perturbación pública, existen indicios graves de que una persona atenta contra la paz pública (art. 28 de la Constitución).

En el caso a estudio, contra el sentenciado Segundo Javier Ruiz se había dictado auto de detención preventiva y se le había concedido la excarcelación bajo fianza personal. Se le había llamado a responder en juicio en las dos instan-

cias, y, finalmente, se dictó en su contra sentencia condenatoria de primera instancia, imponiéndole la pena de diez y ocho meses de prisión. Sentencia que fue confirmada por el Tribunal.

El hecho de que el Juez acusado, doctor Gómez Mora, hubiera ordenado la captura de Segundo Javier Ruiz y lo hubiera puesto a órdenes del Director de la Cárcel para que "cumpliera la condena", antes de encontrarse ejecutoriada la sentencia, implica un abuso de las funciones que le están encomendadas, pues de acuerdo con el artículo 633 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia no se pone en ejecución mientras no esté ejecutoriada. Y la sentencia de primera instancia no lo estaba porque aún no se había surtido su consulta. De tal suerte que el Juez acusado dio extemporáneamente aplicación al artículo 637 del estatuto procedimental, ordenando la captura del condenado, y una vez obtenida ésta, enviándolo al establecimiento de detención correspondiente, para cumplir una condena que no se encontraba en firme.

Este error del funcionario entraña el elemento abuso de funciones en el sentido jurídico que la doctrina le asigna. Pues, este elemento contiene el fenómeno específico de la acción dolosa del funcionario público. Abuso de funciones significa usar, en forma arbitraria, de las funciones legales que le han sido encomendadas.

"Se obra en forma arbitraria de las funciones sobre una base contraria a la ley, —ha dicho la Corte— por motivos o causas legales, fenómeno que podría llamarse abuso específico o funcional, o usando de las funciones dentro del marco de la ley, con un fundamento acorde con ella, pero actuando en forma arbitraria, esto es, pretermitiendo las formalidades legales, adjetivas procedimentales, fenómeno que podría también denominarse, abuso adjetivo o formal.

"Para la actividad de la ley, para el cumplimiento de las funciones administrativas, para la aplicación del derecho, es condición ineludible la expresión formal, el acto solemne, la ritualidad externa. El Estado no puede dejar a la frágil memoria del ciudadano o funcionario, la aplicación de la ley, ni la controversia de sus derechos, obligaciones y deberes. Por esta razón existe la ley positiva, la ley escrita y por la misma causa existen las normas procedimentales, las reglas a las cuales debe someterse la aplicación del derecho positivo, puesto que sin ellas se haría caótico y anárquico cualquier intento de organización jurídica o social.

"Por esta consideración, la ley procedimental, las ritualidades formales escritas que a ella pertenecen, son una garantía de la recta aplicación del derecho. Sin ellas se haría nugatorio, por ejemplo, el derecho del ciudadano de reclamar contra una decisión del Estado que él considera arbitraria. Cómo poder presentar al juzgador los elementos de juicio pertinentes, si aquéllos no existen física y visiblemente, en forma solemne o escrita, para no dejar los hechos a la frágil memoria de los hombres?

"Dentro del fenómeno de la libertad individual —que estudia— la expresión externa y física de la privación de ese bien tiene una importancia capital. Por simple lógica, por razones jurídicas, por imperativos políticos, se hace necesaria esencialmente la actuación escrita del funcionario público que pretenda detener a un individuo. El ciudadano vive bajo la soberana tutela del Estado, porque sabe que él le garantiza —dentro de un cuerpo de reglas constitucionales y legales— sus sagrados derechos y sus deberes cívicos. Si por medio de una de esas normas él conoce que su libertad está garantizada, y sólo se le puede privar de élla por medio de mandamiento escrito con las formalidades legales y por autoridad competente, no pondrá resistencia, esto es, aceptará o estará obligado a aceptar la que emane en esas condiciones de una autoridad competente, si se llenan tales requisitos. Si observa que alguno de ellos falta, tiene el derecho de rebelarse contra la determinación que lo priva de su sagrado bien y le exige al Estado la responsabilidad de su acto arbitrario".

De tal suerte que cuando un funcionario público decida, con base en las funciones que le han sido otorgadas, privar de la libertad a una persona sin fundamento legal alguno, esto es, caprichosa o arbitrariamente, dándole pábulo a una simple animadversión personal o a un interés venal, o a pesar de obrar de acuerdo con el derecho y teniendo fundamentos suficientes para ello, olvidá las formalidades legales, siempre estará vulnerando el bien jurídico de la libertad personal, es decir, cometerá el delito de detención arbitraria. Pues, el pretermitir una formalidad legal para privar de la libertad a un ciudadano, es vulnerar la garantía de la legitimidad del acto en el cual deposita el individuo su confianza de rectitud y conformidad con la ley.

En el presente caso se ve esa manifiesta violación de la ley por parte del Juez acusado, quien por ningún aspecto podía reducir a prisión al pro-

cesado Segundo Javier Ruiz sin encontrarse ejecutoriada la sentencia condenatoria. Ya que no debe perderse de vista que a Javier Ruiz se le imputaba un delito de lesiones personales sancionable de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 372, inciso 2º del Código Penal que establece que si la enfermedad o la incapacidad pasare de quince días sin exceder de treinta, la pena será de seis meses a dos años de prisión y una multa de cincuenta a mil pesos; delito que permite conceder la excarcelación por no estar incluído entre los enumerados por el artículo 406 del Código de Procedimiento Penal. Concedida, como lo fue la excarcelación al procesado Javier Ruiz, éste tenía derecho a disfrutar del beneficio hasta cuando por virtud de una sentencia condenatoria ejecutoriada se le llamara para el cumplimiento de la pena impuesta.

Por manera que aplicando las consideraciones expuestas, al caso concreto del Juez acusado, doctor Alberto Gómez Mora, se observa que en su acto se llenan los tres elementos estructurales del delito de detención arbitraria, a saber: a) el sindicado privó de su libertad individual a Segundo Javier Ruiz ordenando recluirlo material y físicamente dentro de un establecimiento carcelario; b) esta decisión la tomó con el objeto de aplicarle una sanción de prisión impuesta en una sentencia que no se hallaba ejecutoriada; c) el Juez, doctor Gómez Mora, abusó de sus funciones, usó indebidamente de éllas, al atentar contra la garantía de la legitimidad de su acto, al ordenar la prisión de Javier Ruiz, violando la ley procedimental que le ordenaba no poner en ejecución la sentencia antes de que el Superior —en este caso— la confirmara, pues, sólo en este evento podía obtener su ejecutoria, requisito indispensable para su ejecución.

Por otra parte, no es valedero el argumento esgrimido por el señor defensor, consistente en que no está comprobado el elemento moral de la responsabilidad, o sea el dolo, porque, —como lo ha dicho la Corte— el funcionario debe conocer la ley; el olvido de ésta se presume doloso, no importa que aquél no sea, por sus antecedentes, idóneo para el desempeño expedito de su cargo. Desde el momento en que acepta libremente recoger de sus manos la potestad soberana de la República de ejercer rectamente sus funciones y, por lo tanto, jura cumplir su deber, e igualmente el Estado atiende a su obligación de pagar sus servicios, el funcionario no tiene disculpa alguna para alegar olvido o impericia en el manejo y aplicación de la ley.

De todo lo anterior se llega a la conclusión de que en este proceso se reunen los elementos requeridos por el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal para llamar a responder en juicio al sindicado, doctor Alberto Gómez Mora, por el delito de detención arbitraria. En consecuencia, el Tribunal obró rectamente al proceder en tal sentido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto de proceder materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NO PUEDE HABER ABUSO EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES CUANDO EL HECHO SE CONTRAE A LA LABOR INTERPRETATIVA QUE COMPETE A LOS FUNCIONARIOS FRENTE A LAS NORMAS LEGALES QUE LES CORRESPONDE APLICAR



1—Para que se estructure el delito de abuso de autoridad, conforme a la tipificación del artículo 172 del Código Penal, se requiere, además de los elementos que le son comunes a la noción amplia del abuso de autoridad, que el acto negativo, ya de omisión, ya de retardo o de abstención, verse sobre un deber legal originado en las funciones propias del funcionario inculpado.

Acorde con esto, es incuestionable que no puede haber abuso en el ejercicio de funciones cuando el hecho se contrae a la labor interpretativa que compete a los funcionarios frente a las normas legales que les corresponde aplicar, pues, de lo contrario, sería proclamar la infalibilidad del funcionario, cuestión absolutamente inadmisible.

2—Si para los actos positivos de abuso de autoridad es necesario el elemento perjuicio contra una persona o contra una propiedad, para los negativos que contempla el artículo 172 del Código Penal es también indispensable el perjuicio real o potencial porque el acto de omisión que a nadie daña, descarta en forma absoluta la intención, propósito o dolo que debe animar al sujeto activo del delito, como en todos los ilícitos, pero principalmente el acto arbitrario o injusto.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En virtud de denuncios formulados por Rafael Jiménez Montenegro contra los doctores José Vicente Morales, Luis C. Vásquez, Alejandro Venegas, Carlos Rico Morlot y Alfonso Galvis Amado, en su calidad de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, denuncios que, por ser hechos conexos, se ordenaron tramitar bajo una misma cuerda, al tenor de lo preceptuado por el artículo 52 del Código Procesal Penal, se adelantó la investigación correspondiente hasta el estado de ser calificada.

El denunciante consideró que por parte de los doctores Morales, Rico Morlot y Galvis Amado se había violado la norma sustantiva contenida en el artículo 172 del Código Penal por cuanto, al solicitarles certificación jurada en diligencia de reconstrucción de un proceso civil destruído el nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, dichos Magistrados se abstuvieron de rendirla por considerar que con ese acto violaban lo preceptuado por el artículo 674 del Código Judicial; a la vez, les hizo el denunciante el cargo de que como esa omisión constituía un delito, investigable de oficio, estaban en la obligación de dar cuenta a la autoridad de la comisión de tal ilícito y que como así no procedieron, incurrieron igualmente en la sanción determinada por el artículo 174 del Código Penal.

La acusación formulada contra los Magistrados Luis C. Vásquez y Alejandro Venegas, se contrae al último cargo enunciado por cuanto dichos Magistrados, en su calidad de tales, tuvieron conocimiento de la omisión criminosa de los otros Magistrados inculpados, y, sin embargo, también se abstuvieron de dar cuenta a las autoridades correspondientes.

La investigación estableció las calidades de los Magistrados acusados y que en la época a que se refieren los hechos estaban en ejercicio de sus funciones. Así mismo, se allegaron las copias pertinentes, tomadas del juicio civil en reconstrucción en que era o es parte demandante el denunciante Jiménez Montenegro y demandada la Sociedad de San Vicente de Paúl, relacionadas con las abstenciones de los Magistrados Morales, Rico Morlot y Galvis Amado de rendir certifica-

ción jurada sobre el estado en que se encontraba el juicio mencionado antes de ser consumido en el incendio del nueve de abril.

Las razones aducidas por los Magistrados acusados para abstenerse de dar las certificaciones juradas que se les demandó, fueron las de que, conforme al artículo 674 del Código Judicial, no estaban obligados a declarar en virtud de ser Jueces ad-quem en el juicio cuyas certificaciones se les solicitaba para que obraran y fueran tenidas como pruebas en el mismo y que, además, al dar tales certificaciones juradas se colocaban en situación de impedimento para seguir conociendo de dicho negocio, lo cual consideraban contrario a los intereses de la administración de justicia.

Se considera:

Para que se estructure el delito de abuso de autoridad, conforme a la tipificación del artículo 172 del Código Penal, se requiere, además de los elementos que le son comunes a la noción amplia del abuso de autoridad, que el acto negativo, ya de omisión, ya de retardo o de abstención, verse sobre un deber legal originado en las funciones propias del funcionario inculpado.

Acorde con esto, es incuestionable que no puede haber abuso en el ejercicio de funciones cuando el hecho se contrae a la labor interpretativa que compete a los funcionarios frente a las normas legales que les corresponde aplicar, pues, de lo contrario sería proclamar la infabilidad del funcionario, cuestión absolutamente inadmisible.

De ahí que, ante todo, no se encuentre ilícito alguno en los actos de abstención de los Magistrados Dres. Morales, Rico Morlot y Galvis Amado porque, es evidente, que ellos se encontraron ante dos disposiciones legales opuestas: la del artículo 12 del Decreto Nº 1683, de mayo 19 de 1948, ordinales b) y c), y la del segundo inciso del artículo 674 del Código Judicial. Por la primera de las disposiciones citadas, estaban obligados a rendir las certificaciones juradas que se les demandaban; por la segunda, claramente estaban exonerados de rendirlas ya que eran los Jueces en el juicio de reconstrucción para el cual habían sido solicitadas esas certificaciones a fin de que obraran como pruebas. Encontraron los funcionarios inculpados que no estaban obligados a evacuar la certificación jurada que se les demandaba, y, por ello, se abstuvieron de rendirla, sin que con este acto de interpretación, de la esencia de sus funciones, cometieran arbitrariedad, injusticia o falta alguna a sus deberes de funcionarios.

Los textos legales opuestos a que se vio enfrentada la labor interpretativa de los funcionarios acusados, admiten, jurídicamente, una amplia discusión pues si bien es cierto que el Decreto Nº 1683 de 1948 da, entre los instrumentos probatorios para la reconstrucción de un juicio civil, el de las certificaciones juradas de los Jueces y Magistrados o las de las personas que como tales hubiesen pronunciado resoluciones o hubiesen intervenido en la actuación del juicio a reconstruir, sin embargo con respecto a los Jueces o Magistrados de la causa, "a quienes no les es dado apreciar su propio testimonio", según reza el inciso segundo del artículo 674 del Código Judicial, nada se dijo expresamente en el Decreto mencionado, por lo tanto, la norma del artículo que se acaba de citar permanece en su valor íntegro, y, de esta manera, y por cuanto el Decreto no vino a imponer un deber legal a los funcionarios que actuaran como Jueces **a-quo** o **ad-quem**, síguese que las abstenciones de rendir certificaciones juradas de los Magistrados acusados, quienes actuaban como Jueces ad-quem, antes de constituir un acto ilícito fueron conformes a la ley y, por ende, justas y legales.

Por otra parte, como acertadamente lo expone el señor Procurador, "el artículo 12 del Decreto Legislativo Nº 1683 pertenece a la categoría de aquellos preceptos que los autores denominan simplemente dispositivos" y, por tanto, cualquier omisión sobre el mismo no implicaría la comisión de un acto arbitrario. Así, pues, como el mismo funcionario lo expone, "aún aceptando en gracia de discusión que los funcionarios inculpados no acertaron en punto de interpretación jurídica, su error, por este aspecto, no puede calificarse de arbitrario".

De otro lado, si para los actos positivos de abuso de autoridad es necesario el elemento perjuicio contra una persona o contra una propiedad, para los negativos que contempla el artículo 172 del Código Penal es también indispensable el perjuicio real o potencial porque el acto de omisión, que a nadie daña, descarta en forma absoluta la intención, propósito o dolo que debe animar al sujeto activo del delito, como en todos los ilícitos, pero principalmente al acto arbitrario o injusto; y los mismos Magistrados acusados dan como móvil de su negativa la no obligatoriedad del acto, conforme al artículo 674 del Código Ju-

dicial, para prevenir una inhabilidad o impedimento.

Por este último aspecto, la negativa a rendir la certificación jurada de los Magistrados inculpados, ningún perjuicio causó al denunciante, a persona alguna o a la sociedad. Sobre este particular, la Procuraduría en su vista de fondo, expuso: "Se rehusó una certificación, pero con ello no se perjudicó al solicitante. En ningún lugar del sumario se subrayan concretamente perjuicios sufridos, los cuales habrían consistido o en imposibilidad de reconstruir el pleito o en dificultades graves que hubieran surgido al respecto, todo producido por la negativa de prestar las declaraciones aludidas. De tales hechos fundamentales no hay pruebas en el informativo. Ni el denunciante los señala, sino que se limita a citar artículos del Código de Procedimiento Penal".

Así, pues, ni por el aspecto de la arbitrariedad, ni por el de la injusticia del acto negativo, ni por la obligatoriedad del acto demandado, ni por el perjuicio causado o que se pudo causar ni por el dolo o intención criminosa aparece que los señores Magistrados inculpados, Dres. Morales, Rico Morlot y Galvis Amado, hubieran infringido la ley penal al negarse a rendir una declaración jurada que se les demandó en el juicio civil en que era parte actora el denunciante Jiménez Montenegro y dichos Magistrados Jueces ad-quem.

Pasando al cargo que entraña la supuesta violación del artículo 174 del Código Penal por no haber dado cuenta a la autoridad de la comisión del delito, perseguible de oficio, y de cuya comisión tuvieron conocimiento los mismos Magistrados Morales, Rico Morlot y Galvis Amado y los Magistrados Alejandro Venegas y Luis C. Vásquez, consistente en que los tres primeramente nombrados se abstuvieron de rendir la certificación jurada que se les demandó, bastaría la consideración simple de que el pretendido delito, como atrás se vio, no tuvo existencia y, de consiguiente, el cargo es completamente infundado.

Ante la temeridad manifiesta del denunciante y también de su apoderado, tanto en la forma como en el fondo, la Procuraduría se ha pronunciado en los términos siguientes, que la Sala comparte: "Si, a través de la presente investigación, resplandece para honor de los Tribunales de Justicia la pulcritud de los señores Magistrados a quienes se pretendió, vanamente, inculpar de delitos inexistentes, los que se aventuraron en esta empresa, —denunciante y apoderado—, caen bajo la sanción que el Código Penal fija en el Libro 2º, Título IV, Capítulo 1º, sobre falsas imputaciones hechas ante las autoridades".

De lo anterior se desprende que no habiéndose cometido delito de ninguna naturaleza por parte de los Magistrados acusados y resultando establecida la pulcritud de éstos en el desempeño de sus funciones encaminadas a la recta administración de justicia, debe finalizar este proceso con aplicación de lo dispuesto en el artículo 437 del C. de Procedimiento Penal, sobreseyendo definitivamente en favor de los doctores José Vicente Morales, Alfonso Galvis Amado, Alejandro Venegas y Luis C. Vásquez. En cuanto al doctor Carlos Rico Morlot, quien durante su vida prestó tan valiosos servicios a la Justicia, debe darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 100 del Código Penal, declarando extinguida la acción penal por causa de su muerte, y en consecuencia, ordenando cesar todo procedimiento en su contra. No sin dejar expresa constancia de que contra el doctor Rico Morlot no aparece la más leve sospecha de que hubiera quebrantado los postulados de la moral en el cumplimiento de sus deberes como Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º.—SOBRESEER DEFINITIVAMENTE a favor de los doctores José Vicente Morales, Alfonso Galvis Amado, Alejandro Venegas y Luis C. Vásquez por los cargos que se les formularon en este proceso y que dieron origen a la presente investigación;

2º — DECLARASE extinguida la acción penal contra el doctor Carlos Rico Morlot, por causa de su muerte. En consecuencia, se ordena cesar todo procedimiento en su contra; y,

3º.—En firme esta providencia, sáquese copia de lo conducente para que se averigüe el posible delito de falsas imputaciones hechas ante las autoridades, en que pudieron incurrir el denunciante y su apoderado.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD (INTERVENCION EN DEBATES POLITICOS)

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Por auto de fecha quince de junio del año en curso, se abrió causa criminal contra el doctor Luis Enrique Conde Girón, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en la época de los hechos investigados, por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones, de que trata el Código Penal en su Capítulo VI, Título III, Libro Segundo, hechos que tuvieron lugar en la ciudad de Pamplona, en los días comprendidos del dos al nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Interpuesto recurso de reposición contra dicho auto, la Corte, en atención a las pruebas recogidas en el proceso, estimó que tal providencia no era susceptible de modificación alguna, y en consecuencia no accedió a reponerla. En firme, pues, el auto de proceder, el juicio siguió el trámite de rigor y siendo llegado el caso de dictar sentencia, a ello se procede.

Hechos:

Dio origen a la iniciación del proceso, el informe rendido por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pamplona, de fecha diez y siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, que en lo pertinente dice:

"En Pamplona, como en Bogotá y en otros lugares del país, el partido conservador conmemoró y celebró el centenario de la proclamación de los principios básicos que informan el credo político de esa colectividad tradicional; aquí se escogió para tal celebración el lapso comprendido entre el 2 y el 9 de octubre próximo pasado y se elaboró un programa de festejos para cada uno de los días de la que fue llamada "Semana Conservadora"; al final de ésta y para participar en su clausura llegaron a la ciudad los doctores Carlos Albornoz, Alfonso Muñoz Botero y Luis Parra Bolívar, pamplonés este último, miembros de la Cámara de Representantes por los Departamentos de Nariño, y Caldas y Santander del Norte, respectivamente. Los conservadores de Pamplona dieron en honor de los distinguidos visitantes un banquete en la casa de propiedad de la familia González Valencia, en la noche del 8 de octubre, y al cual concurrieron unos ochenta conservadores, de los más salientes de la localidad; me informan que aprestigiaron el acto algunas damas con su presencia y colaboración, aunque ellas no ocuparon puesto en la mesa. En la fiesta llevaron la palabra o pronunciaron discursos los tres representantes prenombrados y los doctores Hernando Gómez Rodríguez, Luis Chacón Hernández y Alfonso Valdivieso Guerrero y el señor Rafael González Ferrero; el Magistrado del Tribunal Superior, Dr. Luis Enrique Conde Girón, asistió al banquete pero no pronunció discurso ninguno; no "hizo uso de la palabra", como dice el telegrama acusatorio.

Como acto final de la conmemoración a que he venido refiriéndome, se realizó en la mañana del 9 de octubre una peregrinación a la tumba del señor General Ramón González Valencia, ilustre hijo de la ciudad, ex-Presidente de Colombia, eximio hombre público suficientemente conocido. También a este acto concurrieron unas cuatrocientas personas más o menos, entre ellas varias distinguidas damas. Allí, en el cementerio, ante los asistentes, sí habló públicamente el Magistrado doctor Conde Girón, quien entregó el texto original del discurso que pronunció autorizándome para que, si lo estimaba conveniente, lo enviara a ese Ministerio. Haciendo uso de esa autorización me permito remitirle ese documento, pues es el mejor medio de que el señor Ministro o la H. Corte Suprema de Justicia conozcan en concreto y del modo más exacto posible, cuál fue la intervención de que se acusa al susodicho Magistrado".

A folios 13 a 16 obra original el discurso que

pronunciara el doctor Conde Girón ante la tumba del General González Valencia, en el cementerio de Pamplona, a que hace referencia el señor Fiscal en los apartes transcritos, discurso que lleva fecha nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, y en el cual se hacen alusiones de carácter político.

Durante el juicio no se trajo a los autos elemento nuevo probatorio alguno, lo que quiere decir que las pruebas establecidas se tendrán ahora en cuenta para dictar la sentencia que ponga fin al proceso.

El carácter de funcionario público del doctor Luis Enrique Conde Girón, en la época en que los hechos relacionados tuvieron cumplimiento, se halla demostrado con las copias del Decreto de nombramiento para el cargo de Magistrado interino del Tribunal Superior de Pamplona, acta de posesión del mismo y certificado del Alcalde de la ciudad sobre que el mencionado Magistrado ejercía funciones de tal en los días a que los hechos investigados se refieren (fls. 51 v., 62 y 79).

En relación con el cargo que se formuló al procesado, aceptó éste al rendir indagatoria, haber hablado en la peregrinación que hubo ante la tumba del General González Valencia en los primeros días del mes de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, pero expresando haberlo hecho en la convicción de que el homenaje rendido al General, tenía el carácter de cívico y no político.

Sin embargo, los elementos probatorios allegados al expediente, establecen que las actividades del procesado doctor Conde Girón se desarrollaron dentro de circunstancias de carácter político, ya que se cumplieron en condiciones que están vedadas en forma absoluta a quienes está confiada la misión de administrar justicia. Tales elementos de prueba determinan de modo claro el hecho de que en la ciudad de Pamplona se llevó a cabo, del dos al nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, lo que se llamó "Semana Conservadora", durante la cual se desarrollaron múltiples actos tendientes a darle eficacia y solemnidad a ese hecho, que dentro de las circunstancias generales en que se hallaba el país, tenían firmes caracteres políticos, porque trataban de producir, en el ambiente, consecuencias que derivaban necesariamente hacia una más grande actividad política de los elementos componentes de uno de los partidos históricos de la República.

Así las cosas, la actitud del Magistrado doctor Conde Girón que ámpliamente se ha dejado relacionada, necesariamente tenía que cumplirse como parte de los programas y actos solemnes que se llevaron a cabo por aquella tendencia política. De la misma prueba relacionada surge que la peregrinación a la tumba del General González Valencia era uno de los actos acordados dentro de la celebración de la "Semana Conservadora". Y si en aquellos actos intervino el Magistrado del Tribunal doctor Conde Girón, hecho que se encuentra nítidamente establecido, es claro que infringió la ley penal, por cuanto tomó parte en debates de índole política.

A lo largo del proceso se ha hecho relación de las pruebas a él allegadas, muchas de las cuales se han transcrito en lo pertinente, con las que se demuestra que dentro de las circunstancias de ambiente, de la situación general del país por la época en que los hechos a que el expediente se refiere tuvieron cumplimiento, de los candentes debates que se desarrollaban en las cámaras, con motivo de la ley de anticipación de las elecciones presidenciales, y la misma jornada electoral que se cumplía para elegir Presidente de la República, todo en suma lleva a concluir que la actividad de un ciudadano investido de la categoría de Magistrado de Tribunal Superior, dentro de ese marco general de ambiente político, no podía sustraerse a ser tachado de infractor de la ley en el caso de que tomara parte en los actos que con finalidades de aquella índole, se realizaron en la ciudad de Pamplona, con motivo de la semana conservadora.

El señor Procurador General de la Nación solicita se condene al procesado doctor Conde Girón como autor del delito de abuso de autoridad que le fue imputado en el auto de proceder. En alguno de los apartes de su concepto se expresa:

"El abuso de autoridad (intervención en política) consistió en que el doctor Luis Enrique Conde Girón participó activamente en los actos políticos de partido denominados "Semana Conservadora", que tuvieron lugar del 2 al 9 de octubre de 1949, en la ciudad de Pamplona, pronunciando un discurso en el cementerio de la ciudad, en la peregrinación ante el sepulcro del señor General Ramón González Valencia, homenaje con el cual finalizó la aludida semana política, a tiempo que ejercía el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del citado Distrito Judicial".

En el auto de proceder se estudiaron a espacio los elementos de prueba determinantes del

delito porque se abrió causa criminal contra el doctor Conde Girón. Quedó allí fijada su calidad de funcionario o empleado público y también la actividad que le acarreó el cargo que se le hizo en el auto de enjuiciamiento que no fue otra que su intervención en actos de carácter político, a tiempo que se encontraba investido de la calidad de funcionario público. Y como se cumplen las exigencias legales para imponer fallo condenatorio, la solicitud del señor Procurador es procedente y debe en consecuencia procederse de conformidad.

La sanción aplicable de acuerdo con el artículo 180 del Código Penal es la prevista en el inciso primero del artículo 179 ibidem, o sea la de arresto de un mes a dos años e interdicción para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término.

Estima la Procuraduría que la sanción procedente debe extenderse por lo menos a un año tanto en lo principal como en lo accesorio, dada la gravedad de la infracción y la alta investidura con que se le había honrado al procesado.

De acuerdo con el inciso 15 del artículo 37 del Código Penal es circunstancia que agrava la responsabilidad del agente, la posición distintguida del delicuente, por su ilustración, dignidad u oficio. La petición del señor Procurador sería procedente, dada la posición distinguida del procesado, por el alto cargo que desempeñaba y dada igualmente su ilustración, si no mediara la razón que se menciona en seguida.

Es cierto que el hecho revistió gravedad. Ello resalta por la calidad del agente activo del delito y por su misma posición social; mas, como esta circunstancia se ha tenido ya en cuenta, según se acaba de ver, no es el caso de agravar la sanción por este aspecto. En consecuencia, la pena no habrá de imponerse en el mínimo señalado por la ley, pero tampoco en la cuantía a que hace referencia el Ministerio Público. Dos meses de arresto satisfacen plenamente los intereses de la justicia.

Por la imposibilidad de avaluar pecuniariamente los perjuicios causados por la infracción, corresponde aplicar también el artículo 94 del Código Penal.

El doctor Luis Enrique Conde Girón es persona de antecedentes limpios y honorables; no registra acción alguna delictuosa o policiva anterior y es por lo demás de conducta irreprochable. Sin embargo, el carácter de Magistrado de que estaba investido cuando ocurrieron los hechos, hace reprobable su conducta y forzosamente agrava su responsabilidad.

El Código Penal (Art. 80) faculta al Juez para suspender condicionalmente la sanción, cuando la pena que corresponda sea de arresto que no exceda de tres años o prisión que no pase de dos, si por otra parte los antecedentes y personalidad del procesado permiten otorgarle esta gracia.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y en parte acorde con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Condénase al doctor Luis Enrique Conde Girón, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, mayor de edad, vecino de esta ciudad, casado, de treinta y ocho años de edad, abogado titulado, a la pena de dos meses de arresto e interdicción del ejercicio de funciones públicas por el mismo tiempo.

Segundo. Condénase también al procesado doctor Conde Girón a pagar a favor del Tesoro Nacional una multa que se fija en la suma de cien pesos ($ 100.00) moneda legal.

Tercero. Suspéndese condicionalmente el cumplimiento de la pena impuesta en el punto primero, para lo cual se señala al condenado un término de prueba de dos años contados a partir de la notificación de esta sentencia, quedando sometido a los requisitos establecidos por el Código Penal, a efecto de gozar de este beneficio.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPROCEDENCIA DE LA EXTRADICION DE NACIONALES COLOMBIANOS

El artículo 9º del Código Penal dispone que no se concederá la extradición de colombianos ni la de delicuentes político-sociales.

Sobre el particular ya ha dicho la Corte:

"Obvio es el motivo que existe para prohibir la extradición de los propios nacionales por demanda de otro Estado, y consiste en que se considera expuesto a posibles peligros, graves y humanos, el juzgamiento de ellos en el extranjero cuando habiendo delinquido fuera del país se encuentren de nuevo en su patria.

"Y en Colombia la prohibición descansa también en la base de que esos posibles riesgos son innecesarios, pues esta República, en un intento o principio de internacionalización del Derecho Penal con el propósito laudable de empezar a hacer efectiva la solidaridad de las naciones en la represión de la delincuencia, consignó en el artículo 7º del Código de 1936 precisas reglas para aplicar la ley penal colombiana a nacionales y extranjeros que hayan perpetrado en el Exterior algún delito, sin contar la contingencia especial de que trata el artículo 5º ibidem.

"Semejantes reglas de aplicación de la ley penal en el espacio equivalen a una extensión provechosa de la extraterritorialidad de la misma ley en busca de la defensa social de todas las naciones".

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre diez y seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

El Ministerio de Justicia ha enviado a esta Sala de la Corte la solicitud de extradición que de los ciudadanos Alejandro Perea, Marcelino Finisterra y Antonio Rodríguez, hizo la Embajada del Perú, a fin de que —con base en los artículos 9º del Código Penal, 710 del de Procedimiento Penal y 6º del Decreto 2200 de 1938— se conceptúe sobre si es o no procedente y legal la mencionada extradición.

Como entre el Estado requirente y el requerido rige aún el Acuerdo sobre extradición de 18 de julio de 1911, aprobado por la Ley 26 de 1913, la Corte emite su concepto de conformidad con aquél, en atención al artículo 9º del Código Penal, según el cual —en materia de procedimiento— sólo a falta de Tratados Públicos debe adoptarse el del Código con la excepción del artículo VIII (inciso 3º) del mismo Acuerdo.

Pruebas:

Para cumplir con el Acuerdo sobre extradición de que se ha hablado, el Gobierno del Perú ha acompañado a su solicitud las siguientes pruebas:

Copias debidamente autenticadas, expedidas por el señor Luis A. Vásquez P., escribano adscrito al Juzgado de Instrucción de la Provincia de Maynas, tomadas del sumario que se tramita en ese Juzgado contra el peruano Pedro Barbosa Prieto y "los colombianos Marcelino Finisterra, Alejandro Perea, Antonio Rodríguez y un desconocido" por los delitos de riña, lesiones personales y homicidio.

Los documentos mencionados contienen:

a) Oficio del Teniente-Comandante Acc. de la 3ª Compañía Rural al señor Juez Instructor de la Provincia de Maynas en que le transcribe el oficio número 58 del Comandante del Puesto de Caballo Cocha, sobre hechos de sangre y "muerte de un individuo", en donde refiere que el día 24 del mes de abril de 1948, a horas 24 más o menos, se produjo una riña entre peruanos y colombianos en el caserío de San Antonio, de la que resultó muerto Ramón Barbosa Prieto y herido Pedro Barbosa Prieto por el colombiano Alejandro Perea, "el mismo que se encuentra detenido en territorio colombiano, y herido con arma de fuego el colombiano Marcelino Finisterra por el peruano Pedro Barbosa Prieto".

b) Auto cabeza de proceso para la instrucción del sumario, por los delitos de que se ha habla-

do, contra el peruano Pedro Barbosa Prieto y "los colombianos Marcelino Finisterra, Alejandro Perea, Antonio Rodríguez y un desconocido".

c) Diligencia instructiva del procesado Pedro Barbosa Prieto en donde relata que estando en casa de Armancio Prieto Cuello, jugando a las cartas, como a eso de las ocho de la noche del día 24 de abril de 1948, "llegaron en una canoa procedentes del Corregimiento que queda frente a San Antonio los colombianos Marcelino Finisterra, Alejandro Perea, Antonio Rodríguez y un negro cuyo nombre ignoro", formándose una riña entre colombianos y peruanos con los resultados de que se habló anteriormente.

d) Dictamen del señor Agente Fiscal, que dice textualmente:

"En la presente instrucción abierta contra el peruano Pedro Barbosa Prieto y los colombianos Alejandro Perea, Marcelino Finisterra, Antonio Rodríguez y un desconocido, por delito de riña de la que resultaron: muerto Ramón Barbosa Prieto, peruano, y heridos Pedro Barbosa Prieto y Marcelino Finisterra; aparece que, después de consumado el delito en el caserío 'San Antonio', los inculpados de nacionalidad colombiana fueron a refugiarse en el territorio de su patria, donde permanecen detenidos por las autoridades de Leticia.

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del C. P., artículo 1º del Tratado de Montevideo, y Convenio realizado entre el Perú y Colombia en el Congreso Bolivariano de 18 de julio de 1911, el juzgamiento de dichos inculpados corresponde a los tribunales peruanos. En tal virtud, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 347 y 348 del C. de P. P. y en la ley de 23 de octubre de 1888, procede solicitar la extradición elevando las copias pertinentes a la Corte Suprema".

f) Auto de dos de junio de 1948, en virtud del cual se decreta la detención provisional de los inculpados Marcelino Finisterra, Alejandro Perea y Antonio Rodríguez, ordenándose su captura, "caso de que se encuentren en territorio nacional".

g) Copia de las disposiciones penales peruanas infringidas por los inculpados Marcelino Finisterra, Alejandro Perea y Antonio Rodríguez, que a la letra dicen: "Artículo 169, C. P. El que hubiere participado de una riña de la que hayan resultado muerte o lesiones graves, será, por el solo hecho de la participación reprimido con prisión no mayor de dos años, salvo que se hubiese limitado a rechazar un ataque o a separar a los combatientes.

"Artículo 170, C. P.—Cuando la muerte o las lesiones que resultaren de una riña hubiesen sido producidas por un concurso de acciones de violencia sobre la víctima, serán reprimidas con pena del delito todos los que participaron en dichas acciones de violencia sobre ésta.

"Cuando no constare quiénes practicaron estas acciones o quien causó en medio de la riña individualmente la muerte o la lesión, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la víctima y se aplicará penitenciaría o prisión no mayor de seis años ni menos de dos años, en caso de muerte, y penitenciaría no mayor de cuatro años o prisión no mayor de cuatro años ni menor de un año, en caso de lesión".

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 2200 de diciembre 2 de 1938.

A los extraditandos Alejandro Perea, Marcelino Finisterra y Antonio Rodríguez se les emplazó de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 317 y 395 del Código Judicial.

Por auto de 24 de septiembre del año en curso, se nombró curador **ad litem** de los extraditandos, al doctor Floriberto Ramos, quien tomó posesión del cargo y se le corrieron los traslados legales.

Estudio de la solicitud

De acuerdo con las declaraciones contenidas en el expediente, así como de lo expuesto por el señor Agente Fiscal de Iquitos, se observa que los inculpados Alejandro Perea, Marcelino Finisterra y Antonio Rodríguez son de nacionalidad colombiana.

El Acuerdo Bolivariano guarda silencio sobre extradición de nacionales. De tal suerte que a falta de Tratados Públicos sobre el particular, deben observarse las reglas generales establecidas por el artículo 9º del Código Penal, disposición que dispone que no se concederá la extradición de colombianos ni la de delincuentes político-sociales.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

"Obvio es el motivo que existe para prohibir

la extradición de los propios nacionales por demanda de otro Estado, y consiste en que se considera expuesto a posibles peligros, graves y humanos, el juzgamiento de ellos en el extranjero cuando habiendo delinquido fuéra del país se encuentren de nuevo en su patria.

"Y en Colombia la prohibición descansa también en la base de que esos posibles riesgos son innecesarios, pues esta República, en un intento o principio de internacionalización del Derecho Penal con el propósito laudable de empezar a hacer efectiva la solidaridad de las naciones en la represión de la delincuencia, consignó en el artículo 7º del Código de 1936 precisas reglas para aplicar la ley penal colombiana a nacionales y extranjeros que hayan perpetrado en el Exterior algún delito, sin contar la contingencia especial de que trata el artículo 5º ibidem.

"Semejantes reglas de aplicación de la ley penal en el espacio equivalen a una extensión provechosa de la extraterritorialidad de la misma ley en busca de la defensa social de todas las naciones".

Evidentemente el numeral 1º del artículo 7º del Código Penal garantiza que el homicidio y las lesiones personales imputados a Alejandro Perea, Marcelino Finisterra y Antonio Rodríguez, si fueron delictuosos, no vayan a quedarse sin el debido juzgamiento en Colombia. Como hay indicios de que tales sujetos se encuentran detenidos por las autoridades de Leticia, bien podría el Ministerio de Justicia ordenar que por dichas autoridades se adelantara el correspondiente proceso hasta su juzgamiento, por los delitos cometidos por los prenombrados sujetos en el territorio peruano.

Así, el Estado colombiano ejercitará la defensa social contra la delincuencia, como la ejercitaría el Perú, dejando intacta, a la vez, la soberanía con que pudo la República de Colombia prohibir la extradición de colombianos y de delincuentes político-sociales por requerimiento de otro Estado, prohibición que es de rigurosa observancia para esta Sala de la Corte.

Por lo expuesto, 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 DESFAVORABLE sobre la extradición de los ciudadanos Alejandro Perea, Marcelino Finisterra y Antonio Rodríguez, solicitada por la Embajada del Perú en Bogotá, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Cópiese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DEL DESISTIMIENTO DE UN RECURSO

Para que sea procedente el desistimiento de un recurso, deben llenarse los requisitos exigidos por la ley, que no son otros que los que determina el artículo 461 del Código Judicial, es decir, que la parte interesada debe presentar personalmente un escrito en que así lo manifieste, ante el Juez o Tribunal que conozca del recurso, solicitud que puede presentar en cualquier estado del negocio.

El acto procesal del desistimiento se funda en el principio dispositivo de que gozan las partes interesadas en el asunto, para proseguirlo hasta sus últimas consecuencias o para darlo por terminado. Cuando se trata de un proceso criminal, en que la parte que desiste es la única a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es natural que dentro de la libre disposición de sus derechos esté la facultad de desistir de los recursos intentados y acoger en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual los había interpuesto.

Por lo demás, en cuanto al trámite y requisitos que debe llenar la solicitud de desistimiento, éstos no son otros que los que consagran el mencionado artículo 461 y los artículos siguientes del Código Judicial, que son de aplicación en los procesos penales, de acuerdo con la regla consignada en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en sentencia de fecha diez y ocho de septiembre pasado, condenó a Néstor Vélez Ramírez a la pena principal de veintiseis meses de presidio como responsable del delito de lesiones personales ocasionadas a Fabio Correa.

Contra esta sentencia interpuso el defensor del sentenciado el recurso de casación, el cual le fue admitido en providencia de fecha quince de octubre del año en curso.

El procesado por medio de escrito presentado ante la Inspección Tercera Municipal de Pereira, el diez y seis de los corrientes y dirigido a la Sala de Casación Penal de la Corte, manifiesta:

"Yo, Néstor Vélez Ramírez, mayor, de esta vecindad, procesado por **lesiones personales** y detenido por este delito en la cárcel de este Distrito, atentamente le manifiesto a Su Señoría que desisto expresamente del recurso de casación que interpuse contra la sentencia, o que oportunamente interpuso mi abogado, el cual no firma por estar impedido. Renuncio notificaciones favorables...".

Se considera:

Para que sea procedente el desistimiento de un recurso, deben llenarse los requisitos exigidos por la ley, que no son otros que los que determina el artículo 461 del Código Judicial, es decir, que la parte interesada debe presentar personalmente un escrito en que así lo manifieste, ante el Juez o Tribunal que conozca del recurso, solicitud que puede presentar en cualquier estado del negocio.

El acto procesal del desistimiento, se funda en el principio dispositivo de que gozan las partes interesadas en el asunto, para proseguirlo hasta sus últimas consecuencias o para darlo por terminado. Cuando se trata de un proceso criminal, en que la parte que desiste es la única a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es natural que dentro de la libre disposición de sus derechos esté la facultad de desistir de los recursos intentados y acoger en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual los había interpuesto.

Por lo demás, en cuanto al trámite y requisitos que debe llenar la solicitud de desistimiento, éstos no son otros que los que consagra el mencionado artículo 461 y los artículos siguientes del

Código Judicial, que son de aplicación en los procesos penales de acuerdo con la regla consignada en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Y como la petición del sentenciado Néstor Vélez Ramírez, reúne los requisitos de que antes se habla, debe aceptarse el desistimiento del recurso de casación que él solicita.

Por lo expuesto, la Corte Cuprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º Admitir el desistimiento del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira de fecha diez y ocho de septiembre del año en curso, por la cual se condena a Néstor Vélez Ramírez a la pena principal de veintiseis meses de presidio, como responsable del delito de lesiones personales;

2º Declárase ejecutoriada la sentencia de fecha diez y ocho de septiembre de 1951, a que se alude en el aparte anterior; y

3º Condénase en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello, Secretario.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION.—NO ES PERTINENTE ESTA CAUSAL, SINO LA SEGUNDA, CUANDO EN CASACION SE ALEGA LO RELATIVO A CUALQUIERA DE LOS MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEN EL HECHO, SIEMPRE QUE SE TRATE DE JUICIOS EN QUE NO INTERVINO EL JURADO.—LA LEGITIMA DEFENSA NO PUEDE CONFUNDIRSE CON LA EXCUSA DE LA PROVOCACION

1.—La causal primera de casación —violación de la ley penal— comprende dos aspectos: la interpretación errónea y la aplicación indebida, o usando de otra expresión, la ley penal puede infringirse en cualquiera de estas formas: de modo que la "indebida aplicación de la ley penal por errónea interpretación de la misma" —como lo ha expuesto el demandante— es expresión inadecuada en la técnica de casación.

2.—Si la causal primera —por su naturaleza— se dirige únicamente a objetar la aplicación indebida o la interpretación errada de la ley penal, no es admisible cuando se persigue, con base en los hechos acreditados en el proceso, la configuración de la circunstancia eximente de la legítima defensa, en vez de la circunstancia modificadora de la ira o intenso dolor.

La Corte, en casos análogos, ha sido explícita. "Cuando se alega en casación —ha dicho— lo relativo a la 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 segunda— la que prevé una errónea interpretación o apreciación de los hechos, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes o eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes o circunstancias que han influído en la determinación de la sanción". (Casación de 1º de marzo de 1949).

3.—La legítima defensa no puede confundirse con la excusa de la provocación, por la diversidad y aún oposición de sus elementos esenciales, pues si la primera requiere la existencia de una amenaza, agresión o violencia inminente, actuales e injustas cuya defensa es inaplazable, no así la segunda, que exige, ella sí, la frase o acto provocador grave e injusto creador del impulso emocional o pasional, pero que no entraña el peligro y la amenaza inminentes y actuales de la otra. Más destacada es la diferencia de contenido, si se trata, ya no de la legítima defensa de la vida, sino de aquélla, peculiar y específica, que es la del honor, prevista en el artículo 25, como también excepcionalmente en el artículo 382 del C. P.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Rogelio Romero Calderón impugnó, mediante apoderado especial acreditado ante la Corte, la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, del trece de febrero del presente año, por la cual fue condenado —con aplicación de los artículos 28 y 374 (2º) del Código Penal— a la pena de ocho meses de presidio por el delito de lesiones en Angel María Alvarez, cometido la tarde del tres de julio de mil novecientos cuarenta y siete, en la cantina que María Carvajal tenía en aquella época en la ciudad de Neiva.

Cumplidos los requisitos que fijan los artículos 563 a 566 del Código de Procedimiento Penal, sin que la audiencia se hubiera celebrado por inasistencia de las partes, la Corte decide el recurso en el presente fallo, previa referencia al proceso y a las tesis que Procurador y demandante han expuesto.

A) El proceso contra Romero

Contra Rogelio Romero, carpintero de profe-

sión, inició investigación criminal el tres de julio de mil novecientos cuarenta y siete el Juez Departamental de Policía de Neiva, en virtud de la denuncia criminal que contra él presentó Angel María Alvarez por la lesión que le causó la tarde del mismo día dentro de la cantina de María Carvajal, establecida en aquella ciudad.

De acuerdo con la versión de Emilia Medina (la cantinera) y de los menores Eduardo Sáenz (17 años) y Edilberto Calderón (15 años), únicas personas que estaban en la cantina de la Carvajal, Alvarez entró a ella con un compañero, con quien tomó un trago de aguardiente. Adentro estaban Romero y Sáenz, y aquél saludó a Alvarez nombrándolo por su apellido; como Alvarez le contestara en forma idéntica, indignó a Romero —quien parece estaba embriagado— el que Alvarez no le diera el título de "Don", y como protestara por lo que consideró un irrespeto, le explicó Alvarez no reconocerle tal título por su situación de hijo ilegítimo, no sin aconsejarle usara más bien el apellido de la madre, no el de su padre. Inmediatamente, cuando Alvarez se inclinó sobre el mostrador a pagar el aguardiente, Romero le lanzó una botella de cerveza, con la cual le causó una herida en la región frontal izquierda de cuatro y medio centímetros de longitud, con la consecuencia de una deformidad física (cicatriz) permanente y de una perturbación funcional también permanente (pérdida de sensibilidad cutánea de la región lesionada).

En el proceso se dictaron las providencias que a continuación se resumen:

a) Auto de proceder de primer grado, del Juez 1º del Circuito Penal de Neiva, del seis de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, mediante el cual calificó las lesiones como voluntarias, con exclusión de las circunstancias de la riña y de la provocación;

b) Auto de proceder de segundo grado, del veintitrés de septiembre del mismo año, mediante el cual el Tribunal reconoció la excusa de la provocación grave e injusta;

c) Sentencia de primer grado, del doce de mayo de mil novecientos cincuenta, por la cual—con base en la hipótesis de la legítima defensa del honor—Romero fue absuelto, y

d) Sentencia de segundo grado, del trece de febrero del presente año, por la cual —previa revocatoria de la de primero— Romero fue condenado, de acuerdo con los artículos 28 y 374 del Código Penal, a la pena de ocho meses de presidio.

B) La demanda y su respuesta

El demandante impugna la sentencia con base en la causal primera de casación —**indebida aplicación de la ley penal, por errónea interpretación de la misma** (se subraya)— por cuanto el Tribunal interpretó mal el numeral 2º del artículo 25 del Código Penal en cuanto se relaciona con la legítima defensa del honor, "error de interpretación que llevó al Tribunal —dice— a considerar aplicable a este caso únicamente la circunstancia modificadora del artículo 28 del Código Penal en vez de darle aplicación al artículo 25 y absolver al procesado, por haber obrado en legítima defensa de su honor".

El demandante, en la parte esencial de su escrito, razona en la forma siguiente, que la Corte transcribe:

"El H. Tribunal consideró que la ofensa lanzada a Rogelio, apenas constituía una agresión injuriosa de tipo general, que sólo provoca ira intensa, sin considerar que la agresión no fue lanzada, en la forma general, y por decirlo así, indeterminada en que es costumbre entre las gentes nacionales colombianas, inferirla, hasta el punto de que en sí carece de contenido consciente, y es apenas la manifestación del deseo de injuriar vulgarmente, de acuerdo con la mentalidad de casi todas las clases sociales de este país, sino que fue formulada en forma absolutamente consciente de su significación y contenido, expresando claramente hechos lesivos de su posición en la sociedad y dando razones que el agresor consideraba existentes o valederas, lo cual es un verdadero ataque al honor, que si no es repelido inmediatamente y con toda energía, deja en el concepto social la duda, y produce una impresión y forma un concepto de que el individuo ultrajado no es capaz de volver por su honra, por cobardía, o por falta de aprecio personal, que es precisamente en lo que consiste el deshonor o la deshonra. Al interpretar en esta forma equivocada los arts. 25 y 28 del C. P., el H. Tribunal violó la ley en su espíritu, y la aplicó indebidamente, sustituyendo la aplicación del Art. 25, numeral 2º por el Art. 28 de la citada obra".

El Procurador Delegado se opone a que prospere la demanda por cuanto tratándose —como se trata— de un problema de interpretación o apre-

iación de hechos, la causal que ha debido invocarse y fundarse es la segunda y no la primera.

C) Estudio del recurso

Las cuestiones que deben estudiarse, son las siguientes: si la causal invocada es la pertinente y si la legítima defensa del honor es aquí alegable.

La causal primera —violación de la ley penal— comprende dos aspectos: la interpretación errónea y la aplicación indebida, o usando de otra expresión, la ley penal puede infringirse en cualquiera de estas formas; de modo, que la "indebida aplicación de la ley penal por errónea interpretación de la misma" —como lo ha expuesto el denunciante— es expresión inadecuada en la técnica de casación. Si, pues, esta causal —por su naturaleza— se dirige únicamente a objetar la aplicación indebida o la interpretación errada de la ley penal, no es admisible cuando —como en el presente caso— se persigue, con base en los hechos acreditados en el proceso, la configuración de la circunstancia eximente en vez de la circunstancia modificadora, ya que una y otra se derivan de la apreciación e interpretación de la ley y no de los hechos.

La Corte, en casos análogos, ha sido explícita. "Cuando se alega en casación lo relativo a la legítima defensa y a cualquiera de los motivos que justifiquen el hecho —se dijo en la sentencia del 1º de marzo de 1949 que decidió el recurso de Agustín Robayo— 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 segunda— la que prevé una errónea interpretación o apreciación de los hechos, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes **o eximentes o modificadores de la responsabilidad** de los autores o partícipes o circunstancias que han influído en la determinación de la sanción".

La legítima defensa no es tampoco alegable, según lo que en seguida se expone. Esta eximente no puede confundirse con la excusa de la provocación, por la diversidad y aún oposición de sus elementos esenciales, pues si la primera requiere la existencia de una amenaza, agresión o violencia inminentes, actuales e injustas cuya defensa es inaplazable, no así la segunda, que exige, ella sí, la frase o acto provocador grave e injusto creador del impulso emocional o pasional, pero que no entraña el peligro y la amenaza inminentes y actuales de la otra. Más destacada es la diferencia de contenido, si se trata, ya no de la legítima defensa de la vida, sino de aquella, peculiar y específica que es la del honor, prevista en el Art. 25, como también excepcionalmente en el Art. 382.

El demandante, por lo expuesto, no podía alegar la eximente del art. 25 con tanto mayor razón cuanto que —según el proceso— Romero agredió a Alvarez, porque éste se negó a darle el título de "Don" al mismo tiempo que —calificándolo de ilegítimo— le aconsejaba usar el apellido de la madre, hecho que sí implica grave e injusta provocación, no aquella amenaza, violencia o agresión que constituyen el elemento justificador de la eximente.

D) Decisión del recurso

Si la causal primera invocada no es la pertinente, ni fue expuesta en forma técnica, y si la que aparece probada es la excusa de la provocación y no la eximente de la responsabilidad, se concluye que la sentencia recurrida es legal y debe confirmarse.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, del trece de febrero del presente año, por la cual condenó a **Rogelio Romero Calderón** a la pena de ocho meses de presidio por el delito de lesiones en Angel María Alvarez.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE DETENCION ARBITRARIA Y DE PREVARICATO

1—Según las voces del artículo 295 del Código Penal, el delito de detención arbitraria está caracterizado por tres elementos estructurales, todos los cuales deben confluir en los hechos de que nace el delito, para que ésta se tipifique:

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.

Para que en la detención arbitraria exista el elemento abuso de sus funciones por parte del empleado, tiene que surgir de los procedimientos arbitrarios con que obra quien, investido de autoridad, no cumple los preceptos legales por capricho y obstinación.

2—Los hechos cumplidos en estado de sitio conllevan un ordenamiento legal, que, si bien no se aparta de los principios generales que regulan los estados de normalidad constitucional, sí presentan al menos ciertas características que impiden aplicar con idéntico rigor las normas legales. Ya ha dicho la Sala Penal de la Corte que bajo el estado de sitio pueden tomarse por las autoridades medidas preventivas, como la detención de personas peligrosas para el orden público, sin estricta sujeción a los trámites ordinarios, pues se trata de una situación anómala, que autoriza jurídicamente inclusive previsiones y acciones extremas.

No es que en tales circunstancias las autoridades puedan obrar arbitraria e ilegalmente. Sus atribuciones siguen ceñidas a las normas legales. Pero, como la misma anormalidad constitucional puede producir serias perturbaciones del orden público y es omisión de la propia autoridad preservarlo de cuanto pueda ser motivo de esa perturbación, se comprende por qué, sin suspender las garantías individuales, las personas sobre quienes recaigan serias sospechas de estar atentando contra la paz pública, pueden ser objeto de especiales prescripciones, y el funcionario que las cumple, por lo mismo que obra dentro de tales circunstancias, no incurre en delito, por carencia de uno de los elementos constitutivos de la detención arbitraria, como es el abuso de funciones.

La simple omisión de una formalidad, que por lo demás no es absolutamente indispensable cuando se está en presencia de casos como los contemplados en los artículos 386 y 387 del Código de Procedimiento Penal, no constituye detención arbitraria.

3—Los elementos constitutivos del prevaricato estructuran este delito sobre la base de que el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, a sabiendas, dicte sentencia, resolución o dictamen contra la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehuse, niegue o retarde un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia un interesado o animadversión a otro.

De manera que deben conjugarse ambas circunstancias, acto arbitrario o manifiestamente injusto, junto con los motivos determinantes de ese acto, para que pueda exigirse responsabilidad al funcionario que a sabiendas viola la ley con actuaciones de esa índole, viciadas por lo arbitrario, lo injusto y por la índole de los factores que así lo hacen obrar. Mas, es entendido que éstos deben estar acompañados de un dolo específico, que es el que traduce "la conciencia de la injusticia cometida en virtud de la violación deliberada de la ley".

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Con fecha 8 de mayo de 1950, el doctor Plutarco Niño Espejo presentó denuncia criminal en el

uzgado Promiscuo del Circuito de Arauca, con-
ra el señor Roberto Castro Osorio, Comisario Es-
ecial de Arauca, por los delitos de prevaricato
detención arbitraria. El Juzgado practicó algu-
as diligencias y pasó luego el expediente a la
orte, donde por providencia del primero de sep-
iembre del mismo año, se abrió la investigación
rdenando las diligencias conducentes a su per-
eccionamiento.

Los delitos relacionados se hacen consistir en
os siguientes hechos:

Que del 19 de marzo al 4 de abril de 1950, sin
inguna consideración ni miramiento fue captu-
rado el denunciante y puesto en la cárcel de
Arauca, por orden del Comisario Castro Osorio,
quien de tiempo atrás había hecho manifestacio-
nes demostrativas del deseo de encarcelarlo; que
la prisión se llevó a cabo sin boleta ni autoriza-
ción escrita y después de tres días de incomuni-
cación, fue puesto a disposición de las fuerzas
militares para ser conducido a Villavicencio, lue-
go a Bogotá y por último a Tunja donde fue pues-
to en libertad.

En cuanto a los ilícitos relacionados se expresa
en la denuncia que están claramente determina-
dos en nuestra legislación penal sustantiva: el
prevaricato, por cuanto Castro Osorio, haciendo
uso de su posición como mandatario seccional y
sólo por enemistad interpuso su influencia, ela-
boró el sumario, colaboró personalmente en él,
por su orden lo hizo detener y sin que se llenara
requisito legal alguno.

La detención arbitraria, manifiesta el denun-
ciante, que viene a derivarse de la misma forma
en que fue puesto en libertad incondicional, ya
que el Juez Penal Militar al estudiar el expedien-
te, obró de esa manera.

El Director de la Cárcel de Arauca, Justo To-
var, afirma (fl. 6) que Niño Espejo fue conduc-
ido a aquel establecimiento y al preguntarle
éste por la boleta o autorización escrita de deten-
ción, salió a averiguarla, la que presentó origi-
nal y es del tenor siguiente:

"Boleta de detención Nº (sin) Arauca, marzo
19 de 1950. — El señor Director de la Cárcel de
la localidad, se servirá detener e incomunicar al
señor doctor Plutarco Niño Espejo, por cuenta de
este despacho y hasta nueva orden. — Fd. Rober-
to Castro Osorio. — Comisario Especial".

En cuanto a la incomunicación, expresó el Di-
rector de la Cárcel haberlo estado el denunciante
pero sin recordar bien por cuanto tiempo. Lo
cierto es que claramente se encuentra establecido
el hecho de haber sido detenido éste en la Cár-
cel de Arauca, lugar en que estuvo incomunica-
do y luego fue trasladado a Tunja, donde el Juez
Superior Militar de la Primera Brigada lo puso
en libertad.

Varios testimonios obran en el expediente de-
mostrativos de que el denunciado se había expre-
sado en términos que indicaban su deseo de en-
carcelar al denunciante, con anterioridad al he-
cho investigado, así fuera en tono de chanza co-
mo lo expresa Guillermo Sánchez a folio 17v.
Igualmente obran declaraciones referentes a que
Castro Osorio no gozaba de la simpatía del pue-
blo en Arauca y que sus procedimientos y co-
rrección allí, no eran satisfactorios. Otros testi-
gos afirman lo contrario, o sea que el procesado
fue correcto en su administración.

Interrogado Castro Osorio sobre los cargos que
se le hicieron expresó que en su carácter de Co-
misario Especial de Arauca, recibió un denuncio
juramentado suscrito por el señor Carlos Forero
Loyo en el que se inculpaba al doctor Plutarco
Niño Espejo de estar expidiendo salvoconductos a
determinados elementos para que pudieran tran-
sitar libremente por los sitios que dominaba el
movimiento revolucionario, existente entonces en
la región de los Llanos Orientales; que con base
en ese denuncio y por motivos de orden público,
ordenó fuera conducido el denunciado a la cárcel
para investigar la culpabilidad que tuviera en
esos hechos, ya que de otro lado había anteceden-
tes de que cuando dicho individuo se encontraba
desempeñando las funciones de Juez del Circuito
de Arauca, encabezó el 9 de abril una junta re-
volucionaria, con el fin de apoderarse del gobier-
no de la Comisaría. Que con estos antecedentes
ordenó fuera conducido a la cárcel para investi-
gar las conexiones existentes entre él y los re-
volucionarios del Llano.

En lo tocante a los deseos de Castro Osorio
para encarcelar a Niño Espejo, ya relacionados,
tacha el procesado los testimonios que hacen
tales afirmaciones, por enemistad, dando explic-
aciones así: En cuanto a Manuel Cáceres dice,
que a raiz de su llegada a Arauca desempeñaba
éste las funciones de Administrador encargado de
la Aduana de dicho lugar y como considerara
que por su corta edad no era el indicado para de-
sempeñar ese cargo de responsabilidad, solicitó
el nombramiento de otra persona, lo que conoci-
do por Cáceres, dio motivo para que fuera uno de
los enemigos de su administración.

En relación con Luis Duarte, que a éste le fue

seguido un proceso referente a orden público.

En cuanto a Felipe Saavedra, por no haberlo empleado en la Comisaría, como era su deseo, fue otro resentido contra él.

Con referencia a Jorge Galvis León, uno de los testigos que le hacen más serios cargos, afirma el procesado su disgusto porque siendo comerciante en artículos de primera necesidad, la Comisaría se vio obligada a dictar drásticas medidas para poner coto al abuso que se venía cometiendo en la venta de esos artículos.

En lo relativo a salvoconductos expedidos por el denunciante a que el procesado hace referencia, dice el Capitán del Ejército Hernando Bernal Durán que en un pequeño combate con bandoleros que asolaban la región, al huir éstos dejaron abandonados papeles y cartas entre los cuales se encontró un salvocoducto firmado por Plutarco Niño Espejo y que era el pase para que cualquier idividuo pudiera transitar por la sabana sin peligro de qué la revolución lo molestara. Que como recibió varias declaraciones en que se afirmaba que Niño Espejo era auspiciador de la revolución, le ordenó prestara una fianza para evitar que siguiera dando esos salvoconductos, a tiempo que se le exigía no interviniera en forma alguna en asuntos relacionados con la revolución, y ya que esos salvoconductos los expedía como presidente del directorio liberal de Arauca.

En el expediente aparece prueba relativa a que en el tiempo en que el procesado se encontraba desempeñando las funciones de Comisario Especial de Arauca, se presentó en los Llanos un estado de alarma en que todas las personas temían por su vida; que era del dominio público que el denunciante expedía salvoconductos para poder transitar libremente, o sea para que los guerrilleros o rebeldes no obstaculizaran a quienes portaran esos salvoconductos; obra prueba también de que Niño Espejo es persona que por su influencia y dominio político en la región, puede obstaculizar cualquiera labor administrativa del mandatario seccional que no atienda sus indicaciones.

Por otra parte, precisa tener en cuenta la situación de anormalidad reinante en los Llanos Orientales, por la acción de los elementos revolucionarios o de las bandas armadas, que como lo expresa el Comandante Superior Militar ha costado muchas vidas al ejército y la policía, lo que obligó a que se notificara al Comisario Castro Osorio, al Comandante de la tropa y a otras autoridades, el deber de tomar todas las medidas que las graves circunstancias exigían, siendo además notorio el hecho de que los habitantes del Llano en su mayoría y sobre todo los de Arauca, proporcionaban a los rebeldes y concretamente a Eliseo Velásquez, toda clase de medios de subsistencia e informaciones, con lo cual desde luego, perjudicaban grandemente la acción de las tropas y ponían en grave peligro no sólo la vida de las mismas, sino también la de los particulares. Dentro de esas medidas indudablemente se encontraba la de aprehender a los sospechosos o dirigentes de esos movimientos rebeldes.

Resultandos:

La calidad de funcionario público del procesado Roberto Castro Osorio en su condición de Comisario Especial de Arauca, se halla establecida con las copias del Decreto de nombramiento, posesión y constancia del ejercicio del cargo (fls. 30 y 36).

En cuanto a los cargos, es evidente que el denunciante estuvo detenido e incomunicado en el establecimiento carcelario de Arauca. Resta determinar si se configura el delito de prevaricato a que el denuncio se refiere y también el de detención arbitraria.

Según se ha visto, el procesado explica cómo, por motivos de orden público, ordenó la conducción del denunciante a la cárcel, por motivo de los salvoconductos que expedía y de que ya se ha hecho relación, y también por virtud del denuncio de Forero Loyo. Y sus afirmaciones se encuentran respaldadas ampliamente en los autos, principalmente con la declaración del Capitán del Ejército Hernando Bernal Durán de que antes se habló, y con la constancia del folio 126 v. donde aparece que contra Plutarco Niño Espejo se inició un sumario en el Corregimiento de Arauca el 20 de marzo de 1950, por delito contra el orden público y la seguridad interior del Estado, que en la misma fecha fue pasado a la Comisaría, de donde se remitió al Jefe Militar o Comandante del destacamento de los Llanos, junto con el sindicado.

Igualmente, en relación con la detención arbitraria a que el denuncio se refiere, si en verdad aparece que se libró boleta de detención, ello obedeció tanto a la certidumbre que se tenía de que Niño Espejo expedía los salvoconductos ya relacionados, a personas complicadas en el movimiento sedicioso, como al hecho muy significativo por cierto, de que la mayoría de los habitan-

tes del Llano y especialmente de Arauca, proporcionaban a los rebeldes toda clase de medios de subsistencia e informaciones, fuera de que, como queda aclarado, contra tal individuo se adelantó el sumario referido.

Fuerza es admitir que ante las emergencias en que se ha visto envuelto el páis con motivo de los movimientos sediciosos que tantas vidas le ha costado, aparte del estado de sitio imperante, el gobierno se ha visto precisado a tomar drásticas medidas para prevenir y conjurar tan graves males y así se explica por qué, al tenerse informes de los salvoconductos, uno de los cuales apareció entre los papeles de los revoltosos, y ante las conexiones de los habitantes de Arauca con éstos, se tomaron medidas como la optada por el Comisario Castro Osorio, medidas que no eran otras que las de aprehender a elementos que se creían complicados en aquellos movimientos en contra de la tranquilidad del Estado. Así se explica también por qué el Decreto número 3523 de 1949 confirió a agentes del gobierno facultades extraordinarias para dictar todas las providencias necesarias para mantener el orden público y para conservar y lograr la normalidad en el territorio de la República.

Cerrada la investigación, pasó el expediente al estudio del señor Procurador General de la Nación quien solicita se dicte sobreseimiento definitivo en favor del sindicado Roberto Castro Osorio por los hechos que fueron materia de la investigación.

En cuanto al hecho de haberse reducido a prisión al doctor Niño Espejo, sin que previamente se hubiera librado la orden de detención, la Procuraduría hace importantes apreciaciones que hacen excusable el procedimiento, concluyendo que la infracción imputada no se configuró, por ausencia del elemento abuso de funciones, en que reside el dolo específico del delito de detención arbitraria, y que no estando probado el cargo, procede su rechazo, exonerando de responsabilidad al procesado.

También en cuanto al delito de prevaricato a que el denuncio se refiere, el mismo funcionario hace apreciaciones de orden jurídico concluyentes de que no se configura en el caso a estudio tal infracción y en fuerza de tales apreciaciones, solicita el sobreseimiento definitivo.

Las pruebas, pues, allegadas al proceso, no determinan base legal para considerar que al procesado le son imputables los ilícitos a que la denuncia se refiere, y en tal virtud, es procedente dar aplicación al artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala estudiará cada uno de los cargos por separado, para lo cual se considera:

Detención arbitraria

Según las voces del artículo 295 del Código Penal el delito de detención arbitraria está caracterizado por tres elementos estructurales, todos los cuales deben confluir en los hechos de que nace el delito para que éste se tipifique:

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.

En este proceso los elementos señalados con las letras a) y c) han podido ser establecidos suficientemente, de manera que no existe discrepancia alguna sobre el particular. La calidad de funcionario público la tiene el procesado, y por otra parte, fue un hecho la detención que se ordenara del doctor Niño Espejo por temérselo vinculado a actividades, que dentro de las circunstancias de anormalidad existentes, podrían implicar índices de subversión contra el orden público, que las autoridades estaban en la obligación de investigar.

Es verdad, como lo observa la Procuraduría, que la detención del doctor Niño Espejo se llevó a cabo sin librar, previamente, la orden escrita, que es de rigor para cumplir el mándato de la Constitución y la ley. Pero también es cierto que esta formalidad quedó ampliamente compensada con el cumplimiento estricto que el señor Director de la Cárcel de Arauca dio a los mandatos contenidos en los artículos 386 y 387 del Código Procesal Penal, en virtud de los cuales el expresado funcionario solicitó y obtuvo la orden escrita de detención, la que se llevó a efecto con la incomunicación de rigor en tales circunstancias.

Las pruebas acumuladas en el proceso patentizan que no existió por parte del sindicado abuso alguno de sus funciones cuando en cooperación con las autoridades militares y coadyuvando con ellas intervino para tratar de establecer las concomitancias o conexiones que el doctor Niño Espejo pudiera tener con las gentes alzadas contra el Gobierno que sembraban y aún siembran la intranquilidad en las regiones de los Llanos Orientales. Si después una investigación no

comprueba cargo alguno, no por ello puede recaer responsabilidad sobre el funcionario, que en cumplimiento de sus deberes, creyó indispensable someter al denunciante a la necesaria explicación de su conducta en las circunstancias dramáticas que la subversión del orden público crearon entonces.

El abuso de funciones por parte del empleado para que exista este elemento en la detención arbitraria tiene que surgir de los procedimientos verdaderamente arbitrarios con que obra quien investido de autoridad no cumple los preceptos legales por capricho y obstinación.

Nada de esto se advierte en la conducta del funcionario denunciado. La orden escrita de detención se puso en manos del Director del establecimiento carcelario tan pronto como éste hizo la solicitud de rigor, cuyo procedimiento está por cierto indicado en el artículo 387 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se prevé la ocurrencia de que la captura como actividad física que es, vale decir el simple hecho material de aprehender a un ciudadano, se cumpla sin la previa orden escrita; pero que esto se haga, no impide que esa orden se expida dentro del término de doce horas allí señalado, lapso que fija la ley para que el alcaide o jefe de cárcel respectiva reclame de la autoridad competente la orden escrita de detención. Si pasado este término todavía no se ha dado esa orden, el mismo artículo determina el procedimiento a seguir, cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad penal tanto para quien no da la orden como para el jefe del establecimiento carcelario que incumpla el precepto.

Por lo demás, los hechos cumplidos en estado de sitio conllevan un ordenamiento legal, que si bien no se aparta de los principios generales que regulan los estados de normalidad constitucional, sí presentan al menos ciertas características que impiden aplicar con idéntico rigor las normas legales. Ya esta misma Sala de la Corte ha dicho que bajo ese estado de sitio pueden tomarse por las autoridades medidas preventivas, como la detención de personas peligrosas para el orden público, sin estricta sujeción a los trámites ordinarios, pues se trata de una situación anómala, que autoriza jurídicamente inclusive previsiones y acciones extremas.

No es que en tales circunstancias las autoridades puedan obrar arbitraria e ilegalmente. Sus atribuciones siguen ceñidas a las normas legales. Pero como la misma anormalidad constitucional puede producir serias perturbaciones del orden público y es misión de la propia autoridad preservarlo de cuanto pueda ser motivo de esa perturbación, se comprende por qué, sin suspender las garantías individuales, las personas sobre quienes recaigan serias sospechas de estar atentando contra la paz pública, pueden ser objeto de especiales prescripciones y el funcionario que las cumple, por lo mismo que obra dentro de tales circunstancias, no incurre en delito, por carencia de uno de los elementos constitutivos de la detención arbitraria, como es el abuso de funciones.

La simple omisión de una formalidad, que por lo demás no es absolutamente indispensable cuando se está en presencia de casos como los contemplados en los artículos 386 y 387 del Código de Procedimiento Penal, no constituye detención arbitraria. Con razón anota la Procuraduría "que se explica fácilmente la omisión del Comisario por las circunstancias drásticas en que discurría, en aquella sazón, el territorio puesto bajo su mando, con situaciones especialísimas de orden público que incitaban a la acción defensiva rápida, pretermitiéndose en veces las formalidades procedimentales, sin que ello implicara, forzosamente, dolo en la conducta de los empleados oficiales".

Ya antes han sido citados los declarantes que por pertenecer a las fuerzas militares en actividad entonces contra los rebeldes, solicitaban de la autoridad civil la cooperación indispensable para lograr la mayor y más rápida efectividad en las operaciones que entonces realizaban, a fin de lograr la pacificación de un rico y extenso territorio, sometido a la acción y actividad subversivas de elementos que atentaban gravemente contra el gobierno legítimo y las autoridades nacionales y cumplían actos de rebelión contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado.

Todo lo anterior lleva a concluir que la actividad delictiva atribuída al Comisario Especial de Arauca señor Roberto Castro Osorio, no se configura jurídicamente, por falta de uno de los elementos específicos que catalogan ese hecho como detención arbitraria en el estatuto de las penas.

Prevaricato

Hace consistir este cargo el denunciante en que Castro Osorio no procedió al detenerlo en cum-

plimiento de preceptos legales que le señalara esa conducta, sino por sentimientos de animadversión y que "sólo por enemistad interpuso su influencia, elaboró el sumario, colaboró personalmente en él, lo hizo detener sin llenar requisito legal ninguno".

Este cargo sí que carece de comprobación en el proceso. En parte alguna de las diligencias investigativas se adivina prejuicio del funcionario contra el denunciante, ni que las actividades que hubo de realizar para establecer la conducta de Niño Espejo estuvieran determinadas por ningún factor de índole psicológica que interfiriera la ecuanimidad e imparcialidad de Castro Osorio como Comisario Especial de Arauca, para atribuir al denunciante hechos de que fuera inocente.

De los propios testimonios del Capitán del Ejército Nacional Hernando Bernal Durán (fl. 91 v.) y del Coronel Marco A. Villamizar (fl. 112 v.) se desprende que las autoridades militares, en campaña contra los rebeldes, exigieron de las autoridades civiles desplegar toda clase de actividades tendientes a impedir que los particulares prestaran su colaboración a los grupos revoltosos alzados en armas para subvertir el orden público. El Coronel Villamizar fue enfático en solicitar una colaboración efectiva en ese particular y así se desprende de su propio testimonio, cuando afirma que "encontrándose en la región de los Llanos como Comandante Superior Militar de las tropas destinadas a debelar un movimiento que contra la paz pública se había suscitado allí y después de varias acciones en las cuales habían perdido la vida alrededor de ciento setenta agentes de la policía nacional y varios soldados del ejército, fuí informado por el Comisario Castro Osorio y por algunos otros elementos militares y civiles, cuyos nombres no recurdo, que en la población de Arauca se expedían salvoconductos a personas complicadas en el movimiento sedicioso al cual me he referido. Ante medidas de tal naturaleza y consciente de los perjuicios que con ella se estaban causando a las operaciones militares que allí se llevaban a efecto e investido como estaba por autoridades competentes (Ministerio de Gobierno etc.) notifiqué al Comisario Castro Osorio, al comandante de la tropa, Capitán Guillermo Bejarano y a algunas autoridades el deber que tenían de tomar todas las medidas que las graves circunstancias exigidas por la situación que allí se estaba viviendo hicieran necesarias. Desde luego fundaba mi autorización en mi calidad de Comandante Militar en campaña".

Esta autorización y la circunstancia demostrada también con el testimonio del Capitán Bernal Durán de que en la escaramuza librada entre el ejército y un grupo de rebeldes, éstos en la huída dejaron algunos papeles y documentos, uno de los cuales era precisamente un salvoconducto de los expedidos por Niño Espejo en su calidad de Presidente de un Directorio político, refuerzan el criterio de que en la detención e incomunicación de este sujeto no hubo dañada intención de parte del funcionario y que ella se debió a las peculiares condiciones en que se encontraba con relación a las actividades contra el orden y la paz pública que reinaban entonces en la región de Arauca, bajo la autoridad del Comisario Especial señor Castro Osorio.

No fue, pues, un sentimiento personal de antipatía o adimadversión lo que condujo al funcionario denunciado a obrar en la forma como lo hizo, sino el cumplimiento de órdenes emanadas de autoridades militares, en primer término, y en segundo, en cumplimiento de los deberes propios del cargo, pues la autoridades de la República, si bien están instituídas para salvaguardiar y hacer respetar los derechos de los particulares, ese respeto está en razón directa de cómo éstos cumplen sus deberes ciudadanos, guardándose de atentar contra la paz y el orden público. Si tales cosas realizan o al menos existen fundados motivos de ello, obligación es de las autoridades investigarlo para comprobar los casos. La detención precautelativa que en estas condiciones se ordena apenas tiene por objeto facilitar aquella investigación y procurar que ella no sea interferida por la acción del propio delicuente o por los partícipes del delito, imposibilitando de esta suerte el éxito de la misma.

Por lo demás, como lo observa la Procuraduría, la detención del doctor Niño Espejo fue provocada por denuncio formulado por Carlos Forero Loyo contra aquél, y que se comisionó para instruir el sumario al Corregidor Comisarial de Arauca (fs. 70), lo cual corrobora el Capitán Guillermo Bejarano Muñoz en su declaración (fs. 108), al manifestar que, efectivamente, contra el doctor Niño existió un sumario, que fue remitido al Comando Superior de los Llanos. De interferencias por parte de Castro Osorio para mover la instrucción en uno u otro sentido, no hay demostración en parte alguna del informativo.

Y no podía ser de otra manera, porque como queda comprobado a lo largo de esta providencia, la conducta del funcionario estuvo ceñida al cum-

plimiento de sus deberes como tal y a las órdenes emanadas de autoridades superiores en el sentido de cooperar por todos los medios posibles en el empeño de volver la paz y la pacífica convivencia a las comarcas infestadas por la acción de bandas armadas. Habría sí faltado al deber si su actividad no se encamina a cumplir con las obligaciones de poner al servicio de aquel propósito todos los medios que estuvieran a su alcance. Si entonces el doctor Niño Espejo representaba un peligro para la paz pública, y, además, contra él se había formulado un denuncio, el Comisario Especial de Arauca estaba en la obligación de poner los medios para que aquella investigación se realizara. No implica animadversión ese proceder y antes bien significa que en el desempeño de su cargo el acusado procedió ceñido a los ordenamientos legales que mandan de conformidad con el texto del artículo 10 del Código Procesal Penal iniciar de inmediato la investigación de todo delito que deba iniciarse de oficio, so pena de incurrir en delito de encubrimiento, cuando quien recibe el denuncio es competente y si falta este requisito, ponerlo en conocimiento del funcionario a que corresponda.

Por otra parte, los elementos constitutivos del prevaricato estructuran este delito sobre la base de que el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, a sabiendas, dicte sentencia, resolución o dictamen contra la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehuse, niegue o retarde un acto propio de sus funciones por simpatía hacia un interesado o animadversión a otro.

De manera que deben conjugarse ambas circunstancias, acto arbitrario o manifiestamente injusto, junto con los motivos determinantes de ese acto para que pueda exigirse responsabilidad al funcionario que a sabiendas viola la ley con actuaciones de esa índole, viciadas por lo arbitrario, lo injusto y por índole de los factores morales que así lo hacen obrar. Mas, es entendido que éstos deben estar acompañados de un dolo específico, que es el que traduce "la conciencia de la injusticia cometida en virtud de la violación deliberada de la ley".

Si ello es así, tiénese la explicación de por qué siendo el denunciante un abogado en quien debe presumirse el conocimiento de la ley, se haya abstenido de invocar el derecho que lo asiste para imputar determinados hechos delictuosos contra el Comisario Especial de Arauca, limitándose a afirmar que ellos están "muy claramente determinados en nuestra legislación penal sustantiva", pero sin señalar cuáles fueron esas infracciones, dentro de los principios penales que las estructuran.

Y se dice lo anterior, porque precisamente de los elementos que integran una de las infracciones atribuidas al procesado, el prevaricato, en forma alguna podría estructurarse en las afirmaciones del denunciante que dieron motivo a este proceso. Por parte ninguna aparece en él que Castro Osorio hubiese dictado sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, ni menos que rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por los motivos que el artículo 168 del Código Penal señala como constitutivos de aquel delito.

Ya se analizó suficientemente el cargo de detención arbitraria y se comprobó su inexistencia. El mismo hecho no podía comprender también otras infracciones con distintos elementos legales. De manera que o existió la detención y no hubo prevaricato, o ambas infracciones no están configuradas jurídicamente. Y ello es lo que sucede porque ni la detención se ordenó por los motivos contenidos en el denuncio, ni aquélla tiene categoría de arbitraria, esto dando por reconocido que la orden de detención como resolución que es, esté comprendida en el texto del artículo 168 del Código Penal. Para que exista delito, es necesario que coexistan todos los elementos que integran el tipo; cuando falta alguno de éstos, como en el prevaricato el elemento específico del a sabiendas, y los motivos determinantes del acto, significa que los cargos formulados no son susceptibles de implicar responsabilidad por parte del funcionario acusado.

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, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del señor Roberto Castro Osorio, ex-Comisario Especial de Arauca, por los cargos de que se le sindicó en este proceso.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

QUE SE ENTIENDE POR INTERES PARA QUE CONFIGURE CAUSAL DE IMPEDIMENTO O RECUSACION — EL HECHO DE QUE UNA PERSONA HAYA ADELANTADO UN PROCESO COMO FUNCIONARIO INSTRUCTOR, NO CONFIGURA CAUSAL DE IMPEDIMENTO PARA QUE EMITA CONCEPTO COMO AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO DENTRO DEL MISMO PROCESO, Y POR TENER INTERES EN EL — SI DENTRO DE LA INVESTIGACION HA PROFERIDO ALGUN AUTO DE FONDO, EL IMPEDIMENTO QUE PODRA EXISTIR SERA POR HABER EMITIDO OPINION, PERO NO POR INTERES

El interés a que se refiere la ley procesal en la causal 1ª del artículo 73 del C. de P. P., significa el provecho, la utilidad, tanto de orden moral como material que la persona pueda tener del adelantamiento o desenlace del litigio. Interés que se demuestra por la inclinación más o menos vehemente del ánimo de la persona hacia el objeto del proceso y se realiza por su intervención real o como coadyuvante en la defensa o persecución del sindicado, siempre que el provecho o la utilidad sean claramente perceptibles para los juzgadores y puedan necesariamente determinar un error en la equidad y justicia del fallo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El doctor Julio Vengoechea, Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla, se ha declarado impedido para conocer del proceso seguido contra el doctor Saúl Salazar, por el delito de prevaricato.

Su impedimento no fue aceptado por la mayoría de los restantes miembros de la Sala, por lo cual la Corte debe decidirlo definitivamente.

El señor Fiscal expone lo siguiente:

"Devuelvo las sumarias en referencia, sin conceptuar sobre la juridicidad de la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, por considerarme impedido para ello, según la causal primera del artículo 73 del mismo Código.

"El interés que pueda tener en este negocio se desprende de la circunstancia de haber actuado como Secretario de Gobierno del Municipio de Barranquilla, y en carácter de tal firmado el Decreto por el cual la Alcaldía de esta ciudad destituyó a mi entonces subordinado Inspector de Policía, **Saúl Salazar**, por los hechos que originaron la presente investigación".

El Tribunal al declarar infundado el impedimento, dice:

"El señor Fiscal Primero se declara impedido para actuar en las diligencias sumarias seguidas contra Arturo Manotas y Saúl Salazar. La causal de impedimento es, según el señor Fiscal, la señalada en el numeral 1º del Art. 73 del C. de P. P.

"Dice el señor Fiscal que como Secretario de Gobierno Municipal firmó el Decreto "por medio del cual la Alcaldía de esta ciudad destituyó a mi entonces subordinado Inspector de Policía, Saúl Salazar, por los hechos que originaron la presente investigación".

"El Tribunal no declara separado del conocimiento del presente negocio al señor Fiscal Primero, porque el interés que el Secretario de una Alcaldía pueda tener al autorizar con su firma un simple Decreto de destitución de un Inspector de Policía no puede ser el interés especial que el Art. 73, numeral 1º del C. de P. P., tiene erigido en causal de impedimento, y, porque no figurando en el informativo la copia del Decreto de destitución del señor Saúl Salazar del cargo de Inspector de Policía mal puede saberse si los hechos que sirvieron de base a dicho decreto son precisamente los mismos que dieron origen a la investigación.

"El impedimento manifestado por el hoy Fiscal Primero del Tribunal podría ser aceptado si se tratara de establecer la legalidad o ilegalidad del referido Decreto de destitución, pero ni es la

justicia ordinaria la que puede conocer de tal cuestión, ni es eso lo que se busca ahora. Trátase de averiguar si el señor Saúl Salazar es o no responsable de los hechos que sirvieron de fundamento o pretexto a su destitución, y en esa búsqueda de la justicia penal el señor Fiscal Primero no puede tener otro interés que el de pedir la sanción del responsable o su absolución total".

Se considera:

El numeral 1º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, referente a las causales de recusación dice:

"Tener el juez, el magistrado, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso".

El interés a que se refiere la ley procesal en la causal trascrita significa el provecho, la utilidad, tanto de orden moral como material que la persona pueda tener del adelantamiento o desenlace del litigio. Interés que se demuestra por la inclinación más o menos vehemente del ánimo de la persona hacia el objeto del proceso y se realiza por su intervención real o como coadyuvante en la defensa o persecución del sindicado, siempre que el provecho o la utilidad sean claramente perceptibles para los juzgadores y puedan necesariamente determinar un error en la equidad y justicia del fallo.

"El interés —ha dicho la Corte— puede ser de orden moral o material y tiene como término subjetivo siempre la persona. Es interés material, el que expresa la parte civil en un proceso penal, en cuanto mira exclusivamente a la tasación monetaria de los perjuicios sufridos por el hecho delictuoso. Es interés moral el de los parientes de la víctima o victimario en un proceso, cuando quiera que su ánimo esté inclinado a demostrar, en cada caso, la inocencia, o irresponsabilidad o impureza o rectitud moral de la conducta de cada uno de los actores del hecho investigado, para deducir de ella, la aceptabilidad o reputación social o la memoria honesta o vituperable de sus respectivos parientes envueltos en el suceso delictuoso.

"En esta forma, la persona que rodea de atribuciones de orden moral o material que trata de defender por su utilidad física o por su provecho social. Si por algún aspecto el acto delictuoso ha vulnerado la esfera de sus intereses, el ofendido de hecho queda colocado dentro del núcleo de personas que tienden a inclinar su ánimo con mayor o menor vehemencia a resarcirse del daño ocasionado ya sea obteniendo la retribución material o moral o coadyuvando en la sanción del agresor".

En el presente caso en el Sr. Fiscal doctor Vengoechea no concurre ninguna de las circunstancias que pudieran presumir siquiera un leve interés —en el sentido que la ley y la doctrina le asignan— en los resultados del proceso seguido contra el señor Raúl Salazar. El hecho de que el doctor Vengoechea hubiera iniciado y adelantado la investigación en su calidad de Secretario de Gobierno del Municipio de Barranquilla no es motivo para que legalmente pueda considerársele moralmente impedido para conceptuar sobre el mérito del informativo cuando éste ha llegado al conocimiento del Tribunal del cual es ahora su Fiscal. En el sumario el doctor Vengoechea no dictó auto de fondo que pudiera ligarlo intelectualmente al proceso por las tesis jurídicas que allí sustentara, caso en el cual no sería la causal 1ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal la conducente sino la 4ª en lo que se relaciona al haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.

Por último, el hecho de que el doctor Vengoechea, como Secretario de Gobierno, hubiera autorizado con su firma el Decreto dictado por el Alcalde, sobre destitución del doctor Saúl Salazar del cargo de Inspector de Policía, no es razón para que tal hecho origine una causal de impedimento, ya que, ni siquiera figura en el informativo la copia del referido Decreto, y por lo tanto no puede saberse si los hechos que sirvieron de fundamento a dicho Decreto son precisamente los mismos que motivaron la presente investigación.

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 Julio Vengoechea, no está impedido para conocer del proceso que cursa en contra de Saúl Salazar, por el delito de prevaricato, ante el Tribunal Superior de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

LA APRECIACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS CORRESPONDE AL JURADO EN LOS JUICIOS EN QUE ESTE INTERVIENE. — CAUSAL TERCERA DE CASACION

1.—Según mandato del artículo 499 del C. de P. P., la apreciación y calificación de circunstancias modificadoras, como la de la riña, es función privativa del Jurado en los juicios en que éste interviene, y por lo tanto ella no compete al Juez ni al Tribunal.

2.— El que el Juez haya incluído en su fallo determinado incidente y el Tribunal lo haya omitido, no implica la oposición, contradicción o desacuerdo que funde la causal tercera de casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Mauricio Ibarguen Rentería (de 40 años en 1947, natural de Nóvita, agricultor de profesión), interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Quibdó, del ocho de febrero del año en curso, por la cual —con aplicación de los artículos 37 (3º) y 362 del Código Penal— fue condenado a la pena de nueve años de presidio por el delito de homicidio en Gabriel Echeverri cometido el veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y siete en la población de Nóvita.

Cumplidas las prescripciones de los artículos 563 a 566 del Código de Procedimiento Penal, la Sala decide el recurso en el presente fallo, no sin antes resumir las tesis que expusieron el Procurador y el apoderado del recurrente.

A) Origen y modos del delito

"El día 29 de marzo de 1947, más o menos a eso de las cuatro y media de la tarde —según la versión acogida por el Tribunal— una ahijada de Mauricio Ibarguen de nombre Ormice Gómez, trataba de adquirir mediante compra en la tienda de Gabriel Echeverri, en la población de Nóvita, dos cortes de tela. Pero al parecer le hacía falta para completar el valor correspondiente la suma de ochenta centavos. Con tal objeto le pidió a su tío Mauricio que le facilitara el faltante. Ibarguen no tenía esa suma o no se la quiso dar a su ahijada, y en vez de ello le solicitó a la señora Carmen de Echeverri, esposa de Gabriel, que se le anotara la cantidad dicha. La señora Carmen pensó hacerlo; sin embargo su esposo se opuso manifestando que no le fiaba a Ibarguen.

"Este leve incidente —continúa el Tribunal— dio origen a que entre Ibarguen y Echeverri se cruzaran frases descomedidas y de subido tono, luégo de lo cual salió Ibarguen en dirección a su pieza de habitación cercana y armándose de un revólver regresó a la tienda de Echeverri, instándolo para que saliera o desafiándolo. La señora de Echeverri, avanzó en primer término con dirección a Ibarguen, a quien trató de sujetar pidiéndole al mismo tiempo que no le fuera a dar muerte a su esposo, que ella le fiaba o le regalaba lo que quisiera. Mientras tanto Echeverri por sobre los esfuerzos de su hija Lucrecia, quien trató inútilmente de detenerlo, salió y se dirigió hacia su retador, quien por encima de la señora Carmen de Echeverri disparó hacia aquél, por primera vez sin resultado alguno. Luégo de este primer intento fallido, Ibarguen disparó su arma por segunda, tercera y hasta cuarta vez, hiriendo mortalmente a Echeverri con uno de los disparos siguientes que hicieron fuego, pues hubo un cartucho que no alcanzó a explotar. En seguida inició su fuga perseguido por Echeverri, quien sólo logró avanzar unos metros ya agonizante, y soltando el cuchillo, fue a caer poco más adelante postrado y agonizante, donde murió segundos después".

B) El proceso contra Ibarguen

Iniciada la investigación por el Juez Municipal de Nóvita y terminada por el Juez Penal del Circuito de Istmina, éste envió el expediente al Juez

1º Superior de Cali —a quien le correspondió por reparto— ya que en aquella época (julio de 1947) el Circuito Penal de Istmina pertenecía al Distrito Judicial de Cali.

En este proceso fueron dictadas las providencias cuyas partes resolutivas se resumen en seguida:

a) Auto del Juez 1º Superior de Cali, del 30 de julio de 1947, por el cual Ibarguen fue llamado a responder en juicio criminal por el delito de homicidio intencional en Gabriel Echeverri y en el cual el mencionado Juez excluyó expresamente la versión del procesado (legítima defensa) así como también las circunstancias modificadoras de la riña y de la provocación .

b) Auto de proceder del Tribunal Superior de Quibdó (competente por virtud del Decreto número 60 de 1948 reglamentario de la Ley 13 de 1947), mediante el cual confirmó el de primer grado, también con expresa exclusión de las mencionadas circunstancias modificadoras (provocación y riña);

c) Cuestión propuesta al Jurado, sobre si "el acusado Mauricio Ibarguen Rentería es responsable de haber dado muerte con el propósito de causarla, usando para ello arma de fuego (revólver) al señor Gabriel Echeverri, ocasionándole dos heridas: una situada en la región costal a nivel del esternón y a unos tres centímetros por debajo de la horquilla y la otra situada al nivel del noveno espacio intercostal y en el hemitórax derecho, siendo la primera herida el orificio de entrada del proyectil y la segunda el orificio de salida, las cuales determinaron una hemorragia interna mortal, que fue la causa de la muerte, hecho éste que tuvo lugar en las horas de la tarde del día 29 de marzo de 1947, en el Municipio de Nóvita, correspondiente al Departamento del Chocó";

d) Decisión del Jurado, tres de cuyos miembros afirmaron que "es responsable" simplemente; el cuarto, que "mató en defensa propia" y el último que "sí mató pero en legítima defensa";

e) Sentencia de primer grado dictada por el Juez Superior de Quibdó, del once de julio del año antepasado (1949), por la cual, considerando intencional el homicidio y fútil el motivo, impuso a Ibarguen la pena de nueve años de presidio, y

f) Sentencia de segundo grado, del Tribunal de Quibdó, del ocho de febrero del presente año, por la cual confirmó la de primer grado.

C) La demanda y su respuesta

El apoderado del recurrente invocó las causales primera, tercera, cuarta y quinta, es decir, violación de la Ley penal, desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, nulidad procesal y omisión de los hechos que se consideraron probados.

Funda la causal primera en dos motivos: en que no pudiendo imputarse al procesado circunstancia alguna de mayor peligrosidad, no se aplicó el mínimo de la pena fijado por el artículo 362 del estatuto penal, y en que no se tuvo en cuenta la circunstancia de la riña, provocada por el occiso según afirmación del demandante.

Como fundamento de la causal tercera afirma que en la sentencia no se analizaron los hechos referidos en el auto de proceder del Juez sobre la tentativa infructuosa de Lucrecia Echeverri para que su padre, armado de cuchillo, no saliera de la tienda, ni sobre el desafío del procesado a Echeverri que llevó a éste a salir a defenderse con el cuchillo de partir queso; omisión ésta —sugiere el demandante— que implica grave incongruencia con el auto de proceder, tanto mayor "si se tienen en cuenta las circunstancias anotadas que relievan una típica riña y acercan el hecho sucedido a la legítima defensa".

La causal cuarta la sustenta en las siguientes irregularidades procesales: el doctor Carlos H. Perea, quien —como Juez del Circuito Penal de Istmina ordenó cumplir la comisión del Juez Superior de Cali para la notificación del auto de proceder a Ibarguen— fue posteriormente su defensor; la apelación contra aquel auto —que dictó el Juez Superior de Cali— debía haber sido decidida por el Tribunal de Cali y no por el de Quibdó, por cuanto la ley preexistente daba la competencia a aquél y no a éste; el doctor Neftalí Mosquera —aunque no concurrió a la audiencia— fue nombrado vocero del procesado; el defensor se posesionó ante el Juez Superior de Quibdó y no ante el Tribunal, y finalmente, no hay constancia de que se haya leído el auto de proceder en la notificación al enjuiciado Ibarguen.

En cuanto a la causal quinta, el demandante omitió exponer las razones por las cuales la invocó.

El Procurador General, como resultado de su análisis de las objeciones del demandante, solicita no se case la sentencia.

D) Estudio del recurso

No obstante que —con algunas aparentes variaciones— el propósito del demandante se dirige a obtener la disminución de la pena al mínimo establecido por la ley, esto es, a privar de todo valor el motivo del delito— que tan definidamente influyó en la aplicación de la pena— la Sala examinará separadamente cada una de las causales invocadas, menos la quinta, que apenas fue enunciada.

a) Violación de la ley penal

Las objeciones de que se violó el artículo 362 por cuanto, de acuerdo con los artículos 36 y 39 y dado que no existía circunstancia alguna de mayor peligrosidad, sólo podía aplicarse el mínimo, y también por cuanto —estando probada la riña provocada por el occiso— no se aplicó el artículo 384 (no 348), son infundadas.

El hecho — en efecto — de que Echeverri no quisiera aceptar la promesa de Ibarguen para garantizar un crédito de ochenta centavos a favor de su ahijada Ormice Gómez, no justifica la intensa reacción del procesado, a pesar de que mutuamente —como consecuencia de dicha negativa— se dirigieron palabras ofensivas. No es posible, por lo tanto, quitar al motivo el carácter de fútil que se le atribuyó en la sentencia.

No compete al Juez ni al Tribunal — según mandato del artículo 499 del estatuto procesal penal — la apreciación y calificación de circunstancias modificadoras, como la de la riña, que es función privativa del Jurado en los procesos en que éste interviene, y como la sentencia —por mandato del artículo 480— debe dictarse "de acuerdo con la calificación que aquél (el Jurado) dé a los hechos", y éste excluyó la tesis de la riña— dedúcese que la objeción con base en la causal primera— no está fundada.

b) Desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder

El desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, tal como lo ha presentado el demandante, no es el desacuerdo alegable con base en la causal tercera. El que el Juez haya incluído en su fallo determinado incidente y el Tribunal lo haya omitido, no implica aquella oposición, contradicción o desacuerdo que funde la mencionada causal. El Jurado calificó el homicidio como intencional con sujeción a la calificación hecha en el auto de proceder, y Juez y Tribunal así lo sancionaron, es decir, fallaron de acuerdo con el proceso y con la ley. Luego no es legal la objeción.

c) Nulidad del proceso

De los motivos presentados en la demanda — ninguno de ellos tenido por la ley como de nulidad, algunos apenas como de impedimento o recusación— sólo merece examen el relativo a la carencia de jurisdicción del Tribunal de Quibdó para calificar y fallar este proceso.

La Ley 13 de 3 de noviembre de 1947, sobre creación del Departamento del Chocó, por cuyo artículo 2º se creó también el Distrito Judicial de Quibdó, integrado por los Circuitos de Istmina, Nuqui y Quibdó, que antes pertenecían a los Distritos de Cali y Medellín —respectivamente— y el Decreto 60 de enero de 1948, son leyes de carácter procesal, y por consiguiente de inmediata aplicación (artículo 40, Ley 153 de 1887). Tesis de estricta aplicación aquí por cuanto el procesado apeló del enjuiciamiento de primer grado después de expedida la ley que creó el nuevo Distrito Judicial y el proceso fue enviado directamente al Tribunal de Quibdó antes de que el de Cali hubiera comenzado a sustanciar el recurso. Es, pues, infundado el cargo relativo a la nulidad del proceso.

E) Decisión del recurso

Como el apoderado del recurrente no comprobó que se hubiera violado la ley penal por aplicación del artículo 37 (3º), que al Juez correspondiera calificar la circunstancia de la riña, que la sentencia y el auto de proceder se hallaran en desacuerdo y que el Tribunal de Quibdó fuera incompetente para fallar este proceso, el recurso —de conformidad con el artículo 569— debe desecharse.

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 General, NO CASA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Quibdó, por la cual se condenó a Mauricio Ibarguen Rentería a la pena de nueve años de presidio por el delito de homicidio en Gabriel Echeverri, cometido en Nóvita el veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y siete.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO. — REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION

Repetidas veces ha dicho la Corte que la causal segunda de casación no es procedente en los juicios en que el jurado interviene, porque la contraevidencia del veredicto no fue incluída entre los motivos que pueden servir de base a este recurso extraordinario.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de siete de febrero del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, condenó a Antonio José Giraldo Villa a la pena principal de nueve meses de prisión, como responsable del delito de homicidio culposo en la persona de Ramón María Marín Betancourt.

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 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda.—Errada interpretación o apreciación de los hechos, cuando en la sentencia se les atribuye un valor probatorio que no tienen, o se les niega el que sí tienen, cuando no se les toma en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o resulta manifiesta contradicción entre ellos, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes, o modificadores de la responsabilidad de sus autores o partícipes.

El recurrrente presenta un sintético escrito solicitando —con base en la causal 2ª— que la pena impuesta a Giraldo Villa sea reducida a seis meses de prisión, y se le conceda el beneficio de la condena condicional.

Sobre el particular dice:

"El H. Tribunal Superior de Medellín por errada interpretación de los hechos o apreciación indebida de ellos, desconoció hechos plenamente demostrados en el expediente. Si tan alta Entidad hubiera tenido ocasión de tratar, de ver, de oír, de examinar cuidadosamente al procesado como lo hizo el fallador de primera instancia, habría llegado seguramente a la misma conclusión de este funcionario: habría confirmado la sentencia de primera instancia sin reforma alguna y le habría dejado viva la gracia de suspensión concedida".

Se considera:

Repetidas veces ha dicho la Corte que la causal segunda de casación no es procedente en los juicios en que el jurado interviene, porque la contraevidencia del veredicto no fue incluída entre los motivos que pueden servir de base a este recurso extraordinario.

Como acertadamente lo dice el señor Procurador Delegado en lo Penal, el recurrente no expresa cuáles fueron los "hechos plenamente demostrados en el expediente" que el Tribunal en su sentencia dejó de tener en cuenta; tampoco analizó, uno por uno, los elementos que consagra el artículo 80 del Código Penal para obtener la condena condicional; ni menos rebatió, como era su deber tratándose de un recurso de casación, ninguna de las apreciaciones que hizo el juzgador de segundo grado para elevar la san-

ción al procesado y revocar el subrogado penal concedido por el Juez de la primera instancia.

"En una palabra —dice el colaborador— el escrito del recurrente apenas tiene las características de un alegato de instancia, y no de una demanda de casación que es exigente en su forma y en su fondo, conforme al artículo 531 del Código Judicial, en relación con el 7º del de Procedimiento Penal".

Por lo brevemente expuesto la causal alegada no puede prosperar.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, 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.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

PARA QUE TENGA LUGAR EL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO DE COMPETENCIA DEL JUEZ SUPERIOR, SEGUIDO CONTRA UN ENFERMO DE LEPRA, ES SUFICIENTE EL HECHO DE QUE ESTE DEBA SER TRASLADADO A OTRO DISTRITO DONDE EXISTA LAZARETO

La facultad consagrada por el inciso 2º del artículo 391 del C. de P. P., en lo referente a las notificaciones a los enfermos de lepra, no puede extenderse al cumplimiento de diligencias en las que, como la audiencia pública, de acuerdo con la disposición del artículo 466 del mismo Código, la presencia del procesado es de carácter obligatorio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Ministerio de Justicia, remite la solicitud formulada por Venancio Quintana para que se cambie de radicación el proceso que se le adelanta en el Juzgado Superior de Cúcuta por el delito de rapto, a fin de que esta entidad emita el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

De los documentos enviados por el Ministerio de Justicia aparece que al peticionario Venancio Quintana se le sigue un proceso en el Juzgado Primero Superior de Cúcuta, por el delito de rapto en Fideligna Pacheco. Igualmente existe la constancia, de que el procesado en mención fue trasladado a las Cárceles del Lazareto de Agua de Dios, por haber resultado enfermo de lepra y que actualmente se encuentra en dicho establecimiento.

Se considera:

1º—El artículo 466 del Código de Procedimiento Penal, exige la presencia del procesado en el acto de la audiencia pública que debe verificarse en los juicios por delitos que como el de raptó, se tramitan con intervención de Jurado;

2º—La facultad consagrada por el inciso 2º del artículo 391 de la obra citada, en lo referente a las notificaciones a los enfermos de lepra, no podría extenderse al cumplimiento de diligencias que como la audiencia pública, de acuerdo con la disposición citada en el aparte anterior, es de carácter obligatorio;

3º—El artículo 12 de la ley 20 de 1927, establece que los juicios contra los leprosos asilados que sean de competencia de los Jueces Superiores, deben seguirse ante los Jueces de Circuito de los lazaretos;

4º—El inciso segundo del artículo 58 del estatuto procesal penal, da al Gobierno la facultad de ordenar el traslado de un Distrito Judicial a otro, de los sindicados o procesados que padezcan de enfermedad grave debidamente comprobada que exija cambio de clima o de residencia del inculpado; y

5º—Finalmente, el mencionado artículo 391 de la ley procedimental, prescribe que tanto la detención provisional como las penas privativas de la libertad deben cumplirse en las cárceles del Lazareto más inmediato del lugar donde esté el procesado.

En presencia de las ordenaciones legales que se dejan relacionadas, surge como consecuencia lógica, que para el cabal cumplimieto de tales normas, es conveniente para la administración de justicia el cambio de radicación del proceso que por el delito de rapto se adelanta en el Juzgado Primero Superior de Cúcuta contra Venancio Quintana y consecuencialmente, debe ser favorable el concepto de la Corte a la solicitud de dicho procesado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso que por el delito de rapto, se adelanta en el Juzgado Primero Superior de Cúcuta contra el enfermo de lepra Venancio Quintana.

Cópiese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario,

DELITOS DE DETENCION ARBITRARIA Y DE PREVARICATO—INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES PARA CONOCER EN PRIMERA INSTANCIA DE CAUSAS SEGUIDAS POR DELITOS DE RESPONSABILIDAD CONTRA JUECES MUNICIPALES

En lo que se relaciona con el sobreseimiento dictado a favor del Juez Municipal por los delitos de detención arbitraria y falsedad, la Corte carece de competencia para revisar esa determinación, pues el Tribunal tampoco la tenía para calificar la situación jurídica de aquel procesado en primera instancia. Ha debido ordenar sacar copia de lo conducente para que separadamente las autoridades judiciales correspondientes hubieran calificado lo relacionado con dicho sindicado, ya que los Jueces Municipales carecen de fuero especial para que los hechos punibles que se les imputen por los delitos llamados de responsabilidad, en cuanto a la jurisdicción y competencia, se hallen fuera de las reglas ordinarias. Por lo consiguiente, en el estado actual del negocio, procede la revocación de tal sobreseimiento, para que los Jueces de Circuito en lo Penal resuelvan lo que fuere legal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Quibdó, su auto de fecha treinta de mayo pasado, por el cual sobresee definitivamente a favor de los señores Agustín Arango Lozano y Agustín Rengifo Porras, Ex-Juez Promiscuo Municipal de Istmina y Ex-Juez del Circuito en lo Penal de la misma ciudad, respectivamente; en cuanto al primero por los delitos de detención arbitraria y falsedad, y en relación con el segundo, por detención arbitraria y prevaricato.

Hechos:

Aparece del proceso, que en el mes de septiembre del año de mil novecientos cuarenta y ocho, el señor Senen Mosquera L., en su carácter de Visitador Departamental y comisionado por el Gobernador del Departamento del Chocó, doctor Sergio Abadía Arango, se trasladó a Istmina con el objeto de estudiar la situación creada por una Resolución del alcalde del mismo municipio, proferida en una querella de policía instaurada por César Valdés contra la Compañía Minera Chocó Pacífico, a consecuencia de la cual se suspendió el funcionamiento de la draga número 6 de propiedad de esa Compañía, ubicada dicha máquina en el sitio de Chiqui-choque, colocándole un candado y un sello en el tablero de distribución, para evitar su funcionamiento. Una vez que el Visitador Mosquera L. llegó a Istmina, viajó al sitio donde se encontraba la draga y sin examinar los hechos que habían dado lugar a la Resolución del Alcalde, acompañado de testigos y del abogado de la Compañía doctor Eduardo Gutiérrez Gaviria, averiguó por el sitio donde se hallaba la máquina cuando el referido Alcalde le había puesto el sello y el candado y obtenido este informe, hizo que sus acompañantes examinaran ese sello; luego lo levantó y como ésto no fuera suficiente para su funcionamiento y no tuviera las llaves del candado por haberlas llevado el Alcalde, ordenó a los mecánicos que lo rompieran empleando una cegueta. Hecho ésto, después de haber dejado en actividad la precitada máquina, regresó a Istmina, donde levantó el acta correspondiente, que se dice sólo fue firmada el día seis de septiembre.

Los hechos narrados, dieron fundamento para que el señor César Valdés diera denuncia criminal contra el Visitador Mosquera L., por los delitos de abuso de autoridad, usurpación de funciones y falsedad. El señor Juez Promiscuo Municipal de Istmina, una vez adelantada la correspondiente investigación, con fecha trece del citado mes de septiembre decretó la detención preventiva de Mosquera L. y obtenida la suspensión

del cargo que ejercía, lo detuvo provisionalmente.

Por último, Senen Mosquera L. denunció criminalmente al Juez Promiscuo Municipal de Istmina por detención arbitraria y falsedad, y al Juez Penal del Circuito de la misma ciudad, doctor Agustín Rengifo, por detención arbitraria y prevaricato.

Lo primero que se observa en este negocio, es que el Tribunal de Quibdó, carecía de competencia para conocer en primera instancia de los cargos que en el proceso se hacen contra el Ex-Juez Promiscuo Municipal de Istima. Por consiguiente, la Corte se limitará a estudiar la situación jurídica del Ex-Juez Penal del Circuito de la nombrada ciudad, ante los cargos que le aparecen en el informativo, disponiendo lo que sea del caso en lo tocante al otro funcionario sindicado.

Los cargos contra el Ex-Juez Penal del Circuito de Istmina, se hacen consistir por el denunciante Mosquera L., en lo siguiente :

La detención arbitraria, en que al resolver sobre un incidente de recusación propuesto por Mosquera L., contra el Juez Promiscuo señor Arango, no devolvió el expediente oportunamente dando lugar a que se le mantuviera en la cárcel por haber cumplido con su deber.

El prevaricato, según el denunciante, consiste en que estando investido de calidad de Juez Penal del Circuito de Istmina, ayudó al alcalde de esta ciudad a poner el sello y el candado a la Draga de la Compañía Chocó Pacífico, asesorando a ese funcionario en la practica de tal diligencia.

Pruebas:

Obran en el proceso, copias del Acuerdo de nombramiento del doctor Agustín Rengifo para el cargo de Juez Penal del Circuito de Istmina y de la respectiva diligencia de posesión, así como también una certificación de la Alcaldía municipal de Istmina, según la cual en la fecha de los sucesos investigados, el doctor Rengifo se encontraba en ejercicio de las funciones de su cargo.

Al informativo se trajeron en copia, los antecedentes de este proceso, relacionados con el juicio policivo suscitado ante el alcalde de Istmina contra la Compañía Minera Chocó Pacífico y también algunos documentos que obran en el proceso seguido contra Senen Mosquera L. por sus actuaciones en aquel juicio, entre ellos, el auto de detención preventiva proferido por el Juez Promiscuo Municipal de Istmina y el de excarcelación incondicional que a favor de Mosquera L., dictó el Juez Superior de Quibdó.

Indagado el Ex-Juez Penal de Istmina, doctor Agustín Rengifo Porras, manifiesta que su intervención en el proceso contra Senen Mosquera L., se limitó a proferir un auto resolviendo la recusación propuesta por este procesado contra el entonces Juez Promiscuo Municipal de aquella ciudad, señor Arango Lozano, y que recuerda que declaró no probadas las causales aducidas. Agrega que posteriormente, el Juzgado Superior pidió el expediente al Juez Promiscuo Municipal y se le remitió por ser de su competencia. En cuanto a la detención, dice que fue decretada por el Juez Municipal y que no sabe quiénes sean los autores de los delitos de detención arbitraria y prevaricato porque se le pregunta.

No suministra el expediente, ninguna otra prueba encaminada a establecer los hechos que se imputan al Ex-Juez Penal del Circuito de Istmina, pues en cuanto a la intervención que le atribuye el denunciante de haber colaborado con el Alcalde en la factura del acta relacionada con la colocación de sellos y el candado a la draga de propiedad de la Chocó Pacífico, no arrojan las diligencias informativas constancias de ninguna especie, como no sean las afirmaciones de Mosquera L.

El señor Procurador General de la Nación al emitir concepto sobre el mérito del proceso, después de hacer un breve análisis de las constancias sumariales, hace las siguientes solicitudes:

"Que confirme el sobreseimiento consultado, en cuanto se refiere al Juez del Circuito, doctor Agustín Rengifo Porras; y

"2º—Que lo revoque, en lo atinente al Juez Promiscuo Municipal, señor Arango L., y disponga que el proceso pase al Juez Penal del Circuito de Istmina para que decida de la situación jurídica de dicho sindicado".

Se considera:

La calidad oficial del doctor Agustín Rengifo Porras, como Juez Penal del Circuito de Istmina, se halla debidamente acreditada con los documentos indicados ya en esta providencia.

Respecto de los cargos de detención arbitraria y prevaricato que le hace el denunciante, por sus actuaciones en el proceso que a éste se le siguió por los delitos de abuso de autoridad, usur-

pación de funciones y falsedad y en el juicio de policía contra la Compañía Minera Chocó Pacífico, el informativo no arroja pruebas de ninguna especie. Las manifestaciones que en su indagatoria hace el funcionario sindicado, de que no tuvo intervención alguna en la detención preventiva de Mosquera L. ni en el juicio de policía antes aludido, no contradichas en el proceso, relevan de todo estudio en cuanto al examen jurídico de los cargos de detención arbitraria y prevaricato afirmados en la denuncia, siendo el caso de aceptar como acorde con la realidad procesal, el sobreseimiento definitivo que a favor del doctor Rengifo Porras dicta el Tribunal Superior de Quibdó.

En lo que se relaciona con el sobreseimiento dictado a favor del señor Arango Lozano por los delitos de detención arbitraria y falsedad, la Corte carece de competencia para revisar esa determinación, pues el Tribunal de Quibdó tampoco la tenía para calificar la situación jurídica de aquel procesado en primera instancia. Ha debido ordenar sacar copia de lo conducente para que separadamente las autoridades judiciales correspondientes hubieran calificado lo relacionado con dicho sindicado, ya que los Jueces Municipales en conformidad con las normas procedimentales penales, carecen de fuero especial para que los hechos punibles que se les imputen por los delitos llamados de responsabilidad, en cuanto a la jurisdicción y competencia, se hallen fuera de las reglas ordinarias. Por consiguiente, en el estado actual del negocio, procede la revocación de tal sobreseimiento, para que los Jueces de Circuito en lo Penal de Istmina resuelvan lo que fuere legal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º—Confirmar el auto consultado, en la parte que sobresee definitivamente a favor del doctor Agustín Rengifo Porras, Ex-Juez del Circuito en lo Penal de Istmina, por los cargos de detención arbitraria y prevaricato, de que se le sindica en este proceso; y

2º—Revocar dicho auto, en cuanto sobresee definitivamente a favor del señor Agustín Arango Lozano, Ex-Juez Promiscuo Municipal de la misma ciudad de Istmina, por los cargos de detención arbitraria y falsedad de que trata este negocio, disponiendo que el expediente se pase al señor Juez Penal del Circuito de Istmina para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE EL DELITO DE PREVARICATO

Para que se configure el delito de prevaricato, es necesario que el funcionario o empleado público dicte, a sabiendas, sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o que rehuse, niegue o retarde un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados, o animadversión hacia otros.

Es, pues, inadmisible que los empleados de la rama judicial sean acusables, simplemente porque sus fallos no estén de acuerdo con las pretensiones de las partes. Si los jueces tuvieran que acceder siempre a lo pedido por los solicitantes, no sólo sobraría la institución de las instancias, sino que la misma administración de justicia carecería de objeto. La falta de consonancia entre lo concedido y lo demandado no acarrea responsabilidad sino cuando la decisión, en vez de fundarse en la ley, lo está en el capricho del funcionario, ó en sentimientos personales ajenos a la equidad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El nueve de julio del corriente año se dispuso pasar este negocio al señor Procurador para que manifestara si en su concepto era aplicable el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. Devuelto que ha sido con dictamen favorable es el caso de dictar la providencia que corresponda, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes hechos:

El 12 de abril del año en curso, Heriberto García Cano se dirigió telegráficamente a la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— formulando denuncio criminal por prevaricato, abuso de autoridad y otras infracciones, contra el doctor Pedro Gutiérrez Mejía, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Dice el denunciante que hace siete años intervino como apoderado de José María Zuluaga, sindicado de homicidio, negocio en el cual depusieron varias personas y que debido a contradicción de unos declarantes en relación con otros, surgió una investigación por falso testimonio; que dos deponentes contradictoriamente le lanzaron cargos de haber recibido del denunciante instrucciones para declarar en el sumario contra Zuluaga, de que conoció el Juez Segundo Penal del Circuito de Manizales, ante el cual interpuso alzada en el enjuiciamiento por instigación y el Tribunal varió de denominación genérica el delito calificando su actuación como de "cómplice", cuando no hay complicidad en el falso testimonio. Que contra ese proveído interpuso los recursos legales, incidentes de nulidad y recusación y al surgir el sostenimiento de la providencia recurrida, pidió unas copias del proceso, sin que fuera resuelto el memorial respectivo, como tampoco otro memorial en que impetraba la nulidad absoluta del proceso por hallarse al conocimiento del Magistrado doctor Gutiérrez. Que todos los fallos dictados con la intervención de éste están contra derecho, y termina así el denuncio: "Magistrado Gutiérrez devolvió proceso Juez primera instancia ordenando procedimiento providencia impidió notificación dando espaldas Magistrados restantes sólo insistir interés irrogarme serios perjuicios. Con conducta asumida abrogose atribuciones, Sala Decisión no osaría atribuirse forma alguna".

Con base en el denuncio, la Corte ordenó abrir la correspondiente investigación, en el curso de la cual, entre otras diligencias, aparecen algunas declaraciones de testigos, copias tomadas del proceso que por el delito de falso testimonio se adelanta contra el denunciante Heriberto García Cano y otros, que fueron expedidas por el Secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales; copia del Decreto de nombramiento del doctor Pedro Gutiérrez Mejía como Magistrado del mismo Tribunal, de la diligencia de posesión y constancia del ejerci-

cio de tal cargo por el tiempo en que se dice ocurrieron los hechos denunciados.

La prueba testimonial allegada lo es principalmente de Magistrados del Tribunal Superior de Manizales que en una u otra forma hicieron parte de la Sala de Decisión en el tiempo en que allí estuvo el expediente por falso testimonio, y de esas declaraciones no aparece el más leve cargo en contra del Magistrado doctor Gutiérrez Mejía con relación a las infracciones a que se refiere el denuncio que dio motivo a la investigación.

Al contrario, resulta de esa prueba la rectitud e imparcialidad con que ha procedido el doctor Gutiérrez Mejía. El doctor Octavio Londoño Ruiz, miembro también del Tribunal, cuyo testimonio por esa misma calidad merece destacarse, afirma haber conocido la actuación de aquel Magistrado en el expediente motivo del denuncio y que al saber la existencia de éste no dejó de causarle extrañeza, ya que el doctor Gutiérrez Mejía es un Magistrado que le merece el mejor concepto por su probidad, imparcialidad y exacto cumplimiento de su alta misión, pudiendo observar en aquella actuación la pulcritud y honestidad que para administrar justicia tiene dicho Magistrado, circunstancia ésta que hizo que su extrañeza tuviera mayor intensidad.

De la actuación cumplida por el Magistrado doctor Gutiérrez Mejía en el expediente adelantado contra el denunciante Heriberto García Cano y otros, por falso testimonio, de la cual se trajo copia a este proceso, no se observa tampoco elemento alguno constitutivo de delito. En cambio, aparece que las providencias dictadas por dicho Magistrado, se conforman con la realidad procesal y se fundan siempre en las normas legales, por lo cual no existe base para deducirle responsabilidad de ninguna especie.

El doctor Gutiérrez Mejía, asumió solo el estudio y resolución de los incidentes a que dio lugar la apelación interpuesta contra el enjuiciamiento proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales, en atención a que los demás Magistrados o colegas de Sala se declararon impedidos para conocer del negocio. Mas, en su procedimiento no aparece infringida disposición legal alguna.

Para que se configure el delito de prevaricato es necesario que el funcionario o empleado público dicte, a sabiendas, sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o que rehuse, niegue o retarde un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados, o animadversión hacia otros, lo que no aparece haberse cumplido en el caso a estudio, resultando en cambio, que la actuación del doctor Gutiérrez Mejía se llevó a cabo con pulcritud e imparcialidad. Por tanto, es forzoso concluir que el prevaricato imputado no ha tenido existencia legal por carencia absoluta de los elementos que configuran tan grave infracción en un funcionario público.

Tampoco resulta demostrado hecho alguno que configure jurídicamente el cargo de abuso de autoridad, que también se imputó al denunciado, ya que no aparece establecido que el doctor Gutiérrez Mejía, con ocasión de sus funciones como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, se excediera en el ejercicio de las mismas cometiendo acto arbitrario o injusto en contra del denunciante, ni hecho alguno que constituya un acto de omisión o retardo que implique denegación de justicia. El denuncio mismo no dice en qué pudo él consistir y el informativo no precisa dato que lo establezca.

La Corte comparte por exactos y fundados los conceptos del señor Procurador General de la Nación, que reproduce porque representan el verdadero criterio de la Corporación sobre la injusta forma como los funcionarios públicos son víctimas de acusaciones infundadas.

"Resulta inadmisible que los empleados de la rama judicial sean acusables, simplemente porque sus fallos no estén de acuerdo con las pretensiones de las partes. Si los Jueces, —ha dicho la H. Corte en jurisprudencia muy oportuna para el caso de autos— tuvieran que acceder siempre a lo pedido por los solicitantes, no sólo sobraría la institución de las instancias, sino que la misma administración de justicia carecería de objeto. La falta de consonancia entre lo concedido y lo demandado no acarrea responsabilidad sino cuando la decisión, en vez de fundarse en la ley, lo está en el capricho del funcionario, o en sentimientos personales ajenos a la equidad.

"Examínense —agrega la Procuraduría— a espacio todas y cada una de las providencias dictadas por el ex-Magistrado Gutiérrez Mejía y que obran en copias llevadas al expediente y se observará cómo aquéllas fueron proferidas con la mayor atención a la realidad procesal y siempre fundadas en normas legales. Ninguno de los elementos constitutivos de los delitos señalados por el Capítulo VI del Título III del Libro Segundo del Código Penal se configura allí, para deducirle responsabilidad.

"La circunstancia de que el doctor Gutiérrez Mejía hubiera asumido él solo el estudio y resolución de todos los incidentes a que dio lugar la apelación interpuesta, se explica fácilmente por el hecho de haberse declarado impedidos para el conocimiento sus colegas de Sala. Y esto no implica, —como lo insinúa el abogado acusador—, ni simpatía hacia unos interesados, ni animadversión hacia aquél. Mucho menos podría aseverarse que los dictámenes o fallos sobre los cuales se intenta respaldar la acusación, fueron dictados "a sabiendas" de que se violaba la ley. Como antes se expresó y puede compulsarse en los autos, todas y cada una de las providencias de que es autor el doctor Gutiérrez Mejía aparecen suficientemente fundadas en disposiciones legales. Con ello, queda descartado el cargo de prevaricato".

Es pues, el caso de proceder de conformidad con lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que aparece que el procesado no ha cometido los ilícitos a que el denuncio se refiere. Debe también iniciarse investigación contra el denunciante Heriberto García Cano por los delitos de que trata el Título IV, Capítulo primero, Libro 2º del Código Penal, como lo solicita el señor Procurador General de la Nación.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que el procesado doctor Pedro Gutiérrez Mejía, ex-Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, no ha cometido los delitos de prevaricato y abuso de autoridad y otras infracciones de que se le sindicó en este proceso y ordena en consecuencia cesar todo procedimiento contra el expresado doctor Gutiérrez Mejía.

Sáquese copia de lo conducente y pásese a la autoridad competente a fin de que se adelante la investigación criminal contra el señor Heriberto García Cano por los delitos de que trata el Título IV, Capítulo primero, Libro 2º del Código Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LAS CAUSALES 1ª y 2ª DE CASACION.-ES EN ESTA DONDE CABE ESTABLECER SI POR ERRADA INTERPRETACION DE LOS HECHOS EN LA SENTENCIA SE LES HA ATRIBUIDO UN VALOR PROBATORIO QUE NO TIENEN—IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION EN LOS JUICIOS POR JURADO — TECNICA DE CASACION — REQUISITOS PARA QUE PROSPERE LA CAUSAL 5ª — ESTA CAUSAL TIENE ESPECIAL APLICACION EN JUICIOS EN QUE NO INTERVINO EL JURADO — VEREDICTO CONTRADICTORIO Y VEREDICTO CONTRAEVIDENTE — LO DISPUESTO EN LA CAUSAL 7ª NO ES APLICABLE A LOS CASOS DE CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO

1—Es en la causal 2ª de casación donde cabe establecer si por errada interpretación de los hechos, en la sentencia se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les ha negado el que sí tienen, o no se les ha tenido en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o si resulta manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción.

2—La causal 2ª de casación no es aplicable en los juicios en que el Jurado ha intervenido, no sólo porque excluye el riesgo de desnaturalizar el objeto fundamental de la casación, que es el juicio sobre la sentencia, sino también porque su conclusión lógica sería la declaración de notoria injusticia del veredicto, hoy veredicto contrario a la evidencia de los hechos, causal ésta eliminada del nuevo estatuto procesal.

3—Son muchas las oportunidades en que la Corte ha repetido que el recurrente en casación no puede contentarse con enunciar sus tesis, sino que tiene que demostrarlas, porque no puede la Sala tomar su lugar para suplir deficiencias o vacíos; que la casación no es una tercera instancia en que el Superior pueda proceder oficiosamente a revisar el proceso; y que la demanda debe ajustarse en su forma y contenido a lo que el Código Judicial establece en el artículo 531, en atención a lo prescrito en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

4—La doctrina tiene establecido que para invalidar un fallo con base en la causal 5ª de casación, es indispensable que en la sentencia acusada no se determine en manera alguna los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se dieron como probados y quién fue el autor de ellos para exigirle la responsabilidad de los mismos.

"De otra parte —ha dicho la Corte— todo parece indicar que la causal quinta del artículo 567 del Código Procesal Penal tenga especial aplicación en aquellos juicios que no se ventilan con intervención del Jurado".

5—La Corte, en reiterada jurisprudencia, ha distinguido siempre entre el veredicto contraevidente y el contradictorio, señalándole a cada cual su verdadero contenido.

La contradicción resulta de afirmar y negar a un mismo tiempo. Caso típico de un veredicto contradictorio es el de aquel en que su primera parte, por ejemplo, acepta la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio voluntario, y en la segunda lo declara irresponsable de ese mismo homicidio. Porque la contradicción está en la imposibilidad de conciliar el contenido de dos proposiciones, una afirmativa y otra negativa, no pudiendo ser verdaderas y falsas a un mismo tiempo.

Veredicto contraevidente es, en cambio, el que enunciado en forma coordinada, con pensamientos claros, lógicos, en los cuales se advierte una uniformidad de expresión, sin embargo está en desacuerdo con la realidad de los hechos procesales. Y esta errada interpretación o apreciación de los hechos, fundamento y esencia de la causal segunda de casación, no es admisible en los juicios en que interviene el jurado, senci-

llamente porque la ley no ha consagrado la contraevidencia del veredicto como causal de casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de seis de octubre del año próximo pasado, condenó a los procesados Angel María Borja o Sepúlveda y Manuel Antonio Sepúlveda Borja, a las penas principales de veinticuatro y quince años de presidio, respectivamente, como responsables de los delitos de homicidio con características de asesinato en las peronas de Moisés Borja y Carlos Navales el primero, y en Moisés Borja el segundo.

Contra esta sentencia los prenombrados procesados interpusieron recurso de casación. Su apoderado, doctor Humberto Carrasquilla R., oportunamente presentó la demanda ante la Corte, y como se hallan cumplidos los requisitos propios del recurso, se procede al estudio del libelo.

Demanda:

El recurrente invoca como causales de casación la 1ª, 5ª o 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que se examinará en su orden.

Causal 1ª—Mala aplicación de la ley penal. El demandante al sustentar esta causal se basa en que "el derecho ha sido mal aplicado al desconocer normas sustantivas de interpretación y valuación de las pruebas", por cuanto que "la sentencia viola tanto la ley adjetiva como la sustantiva al dictar sentencia sobre una prueba incompleta, no plena...".

"Sea lo primero asentar —dice— que la prueba sobre que se dedujo la imputación, la misma sobre la cual se profirió la sentencia condenatoria, es prueba bien precaria, e indirecta además".

Se considera:

El recurrente en su demanda hace un estudio extenso para atacar la sentencia recurrida en casación sobre la base de la deficiencia de la prueba indiciaria que sirvió para responsabilizar a los procesados por el asesinato de Moisés Borja. De tal suerte que la acusación formulada contra el fallo del Tribunal incide directamente en la causal 2ª de casación, porque es allí donde cabe establecer si por errada interpretación de los hechos, en la sentencia se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les ha negado el que sí tienen, o no se les ha tenido en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o si resulta manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción. Esta causal 2ª no fue invocada por el recurrente, quien pretende con base en la causal 1ª sustentar cuestiones que son esencialmente del resorte de la 2ª. Este error de técnica en el enunciado de las causales de casación —primera por segunda— no puede en el caso a estudio ser subsanado por la Corte, por la sencilla razón de que la causal 2ª no es aplicable en los juicios en que el Jurado ha intervenido, no sólo porque excluye el riesgo de desnaturalizar el objeto fundamental de la casación, que es el juicio sobre la sentencia, sino también porque su conclusión lógica sería la declaración de notoria injusticia del veredicto, hoy veredicto contrario a la evidencia de los hechos, causal ésta eliminada del nuevo estatuto procesal.

"Repite la Corte su doctrina de que en los juicios por jurado no es posible admitir dicha causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por dos razones: la primera, porque el jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso según su íntima convicción; y la segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaratoria de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrada como causal de casación, según lo dejó establecido la comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento. Es éste, por tanto, un problema exclusivo de las instancias". (Casación de 17 de agosto de 1945).

Lo anterior indica que la causal alegada no prospera.

Causal 5ª.—No expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

El recurrente, al sustentar esta causal, solamente dice lo siguiente:

"En la sentencia que acuso no se dice por ninguna parte cuáles hechos son los que se consideran probados, no solamente porque en la forma no han sido expresados, sino igualmente porque no es posible inferirlos de la argumentación misma de la sentencia.

"El análisis probatorio, que he trascrito en su integridad, se limita a la copia de declaraciones que no contienen cargos referentes a la responsabilidad que deduce a los acusados, sino a antecedentes remotos o próximos pero sin conexión alguna con el hecho jurídico que se quiere demostrar".

Se contesta:

Son muchas las oportunidades en que la Corte ha repetido que el recurrente en casación no puede contentarse con enunciar sus tesis, sino que tiene que demostrarlas, porque no puede la Sala tomar su lugar para suplir deficiencias o vacíos; que la casación no es una tercera instancia en que el Superior pueda proceder oficiosamente a revisar el proceso; y que la demanda debe ajustarse en su forma y contenido a lo que el Código Judicial establece en el artículo 531, en atención a lo prescrito en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Esta la razón para que el señor Procurador observe que con respecto a la causal 5ª invocada, la Corte no puede adelantar un estudio en casación, ya que los cargos apenas si fueron enunciados y carecen de todo análisis jurídico que pudiera dar base a la Corte para su estudio.

La doctrina tiene establecido que para invalidar un fallo con base en la causal 5ª de casación, es indispensable que en la sentencia acusada no se determine en manera alguna los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se dieron como probados y quién fue el autor de ellos para exigirle la responsabilidad de los mismos.

En el presente caso un examen de la sentencia acredita que los hechos fueron ampliamente discriminados, con una completa relación sobre sus antecedentes y demás circunstancias que podían fijar las modalidades en que los delitos fueron cometidos. Igualmente se hizo un estudio de las pruebas indiciarias con trascripción de las declaraciones de los testigos para llegar a la conclusión de la responsabilidad de los procesados y aceptar el veredicto condenatorio dado por el Jurado, como acorde con la realidad de los hechos.

"De otra parte —ha dicho la Corte— todo parece indicar que la causal quinta del artículo 567 del Código Procesal Penal tenga especial aplicación en aquellos juicios que no se ventilan con intervención del Jurado. Fue pensamiento de la Comisión Redactora del estatuto procesal colocar en el lugar adecuado una disposición que diera un valor probatorio al veredicto, susceptible de constituir plena prueba. Los siguientes apartes de la discusión del artículo 203, así lo revelan:

"Según el artículo —afirma el doctor Moncada —para condenar se requieren siempre dos elementos: la plena prueba de la existencia de la infracción penal por la cual se procede, y la plena prueba de que el procesado es responsable de ella. Respecto a los delitos sometidos a la jurisdicción del Juez del Circuito, la regla está muy bien; ¿pero será igualmente exacta por lo que respecta a los delitos de que conoce el Jurado, con referencia a éste?

"Sí —replica el doctor Rueda Concha— porque en el capítulo de 'Jurado' pondremos una disposición según la cual el veredicto constituye plena prueba, para el Juez de derecho de la infracción y de la responsabilidad. El veredicto del Jurado, precisamente, debe ser una de las pruebas que la ley cataloga como plena".

"Es cierto que no fue incluída esa disposición en los textos legales, pero es también manifiesto que su espíritu rige en toda materia probatoria en los juicios con intervención del Jurado, porque siendo éste libre para apreciar la prueba y no estando sujeto a la pauta de la tarifa legal, su decisión no puede ser objeto de controversia, sino en el caso de contraevidencia del veredicto". Contraevidencia que sólo puede declararse por los juzgadores de instancia y no por la Corte en un recurso extraordinario de casación.

Carece, pues, de fundamento la causal 5ª alegada.

Causal 7ª—Veredicto evidentemente contradictorio.

Dice el demandante:

"Se ha dictado sentencia sobre un veredicto ediventemente contradictorio, y perdóneseme la sutileza, que es apenas curiosidad.

"Aclaro: ¿qué diferencia hay entre un veredicto 'evidentemente contradictorio' y otro 'contrario a la evidencia de los hechos?'

"Para mí tengo que el primero se refiere a la manifestación del veredicto mismo, es decir, al fallo en su contenido extrínseco o formal; el se-

gundo dice relación a la inconformidad de lo expresado por el veredicto, con la prueba existente en el informativo.

"Pero para los efectos de casación, ¿cuál es la diferencia que impide que un veredicto 'contrario a la evidencia de los hechos' como uno 'evidentemente contradictorio', funden la causal séptima, que no busca sino salvaguardiar a la justicia de los yerros naturales en que pueden incurrir el Jurado Popular y los Jueces de Instancia?

"Porque, señores Magistrados, en mi concepto es mucho más grave para los intereses sociales, cuya protección y tutela están indudablemente encomendados a los administradores de la justicia penal, un veredicto contrario a la evidencia de los hechos, que maltrata los elementos esenciales de la convivencia social, los postulados rudimentarios de la justicia, y que alarma a la sociedad entera, que un veredicto evidentemente contradictorio, ya que éste no peca sino contra la lógica, o si acaso, contra la sindéresis, sin afectar interés social alguno.

"Es en el primer caso donde la más alta autoridad judicial debe entender para enderezar entuertos, que en el último, fácilmente salvable por la mera observación de cualquier empleado subalterno.

"De la misma manera que la H. Corte ha llegado a sentar por vía de interpretación que la causal **Segunda** es inaplicable, puede llegarse a entender, quizás que este caso con razones de peso sociológico-jurídicas más fuertes, que debe hacerse extensiva la causal **Séptima** tanto a la 'evidente contradicción' del veredicto en sus términos, como a la contrariedad con la 'evidencia de los hechos'. Máxime si se tiene en cuenta que el Jurado es soberano en las instancias porque el legislador no le pide cuenta de la manera como llegara al convencimiento íntimo, pero no puede serlo ya frente a la casación que no es instancia sino un recurso extraordinario".

Se considera:

La Corte en reiteradas jurisprudencias ha distinguido siempre entre el veredicto contraevidente y el contradictorio, señalándole a cada cual su verdadero contenido.

La contradicción resulta de afirmar y negar a un mismo tiempo. Caso típico de un veredicto contradictorio es el de aquel en que en su primera parte, por ejemplo, acepta la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio voluntario y en la segunda lo declara irresponsable de ese mismo homicidio. Porque la contradicción está en la imposibilidad de conciliar el contenido de dos proposiciones, una afirmativa y otra negativa, no pudiendo ser verdaderas y falsas a un mismo mismpo. En el caso a estudio no aparece esa contradicción, porque el Jurado declaró responsables a los procesados en los delitos por los cuales fueron ahora condenados, usando la palabra "sí" con respecto a Angel María Borja o Sepúlveda, y la expresión "sí por coacción ajena" en lo referente al acusado Manuel Antonio Sepúlveda Borja, esto en relación con el homicidio en la persona de Moisés Borja; y en cuanto al homicidio en Carlos Navales, imputado a Angel María, el veredicto dice: "Sí, por mayoría". De tal suerte que ante veredictos tan claros y contundentes no es posible hallar contradicción como no la ha encontrado el demandante, ya que ni siquiera dice en qué consiste la contradicción, y ante la imposibilidad de sustentar la tesis, en relación a ella, sugiere que se haga extensiva la causal séptima, que trata sobre el particular, a la contraevidencia del veredicto. Petición inadmisible porque el veredicto contraevidente es el que enunciado en forma coordinada, con pensamientos claros, lógicos, en los cuales se advierte una uniformidad de expresión, sin embargo, está en deacuerdo con la realidad de los hechos procesales. Y esta errada interpretación o apreciación de los hechos, fundamento y esencia de la causal segunda de casación, no es admisible en los juicios en que interviene el jurado, sencillamente porque la ley no ha consagrado la contraevidencia del veredicto como causal de casación.

Lo anterior indica que la causal séptima alegada, tampoco tiene fundamento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del 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.

Luis Gutiérrez Jiménez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.—Firmo con aclaración adjunta, **Carlos Arturo Díaz**, Conjuez—**Julio E. Argüello R.**, Secretario.

ACLARACION DEL CONJUEZ CARLOS ARTURO DIAZ

Firmo la anterior sentencia con la cual estoy de acuerdo en su parte doctrinaria y sustancial, en lo referente al fallo, pero hago la aclaración que nunca he compartido el concepto de esa Honorable Corte consignado en la sentencia de fecha 17 de agosto de 1945, "sobre que en los juicios por Jurado no es posible admitir la causal, segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por dos razones: la primera porque el Jurado es ABSOLUTAMENTE LIBRE para apreciar las pruebas del proceso según su íntima convicción y la segunda porque ese examen probatorio, conduciría a la declaratoria de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrada como causal de casación...".

Estimo que hoy "el Jurado no es ABSOLUTAMENTE LIBRE para apreciar las pruebas" porque esa libertad, fue restringida o limitada por el artículo 537 del C. de P. P. que establece que si el veredicto fuere claramente contrario a la evidencia de los hechos, así se declarará, lo que indica que el Jurado no tiene libertad para apreciar las pruebas porque si el Juez o Magistrado considera que no está de acuerdo con la evidencia de los hechos le desconoce su fallo. Lo que sucede en la práctica, es que este principio se aplica con un criterio unilateral por parte de los Jueces y Magistrados; si el veredicto es favorable para el procesado, el Juez o el Magistrado lo desconoce por contrario a la evidencia de los hechos, pero si fuere condenatorio, entonces sí se alega como lo hace la Corte, que el Jurado es libre para la apreciación de las pruebas, lo que equivale en la práctica a la famosa ley del embudo.

De otro lado dicha causal según concepto escrito que me dio el doctor Rafael Escallón y concepto verbal que me dio el doctor Jorge Eliécer Gaitán, sí tiene aplicación en los juicios por Jurado y éste fue el pensamiento de dichos autores del Código. Se invocan unas actas que no fueron publicadas nunca, que no existen en el Ministerio de Gobierno, que solamente posee uno de los Magistrados, sin saberse si ello es copia fiel o no lo es, de las originales. Sobre el particular el doctor Escallón, me manifestó que las actas que no habían sido publicadas, esa falta de publicidad se debía a que no habían sido corregidas las opiniones y conceptos que allí aparecían y que tal era el motivo para su no publicación. De manera que según el doctor Escallón si dichas actas no fueron revisadas, ni corregidas por los autores de la Comisión no son documentos auténticos y por consiguiente no pueden prestar fe para interpretar por vía de doctrina lo allí dicho. Y es natural pensar que habiendo sido tan clara la Comisión y habiendo dicho en su artículo 556 del C. de P. P. que se establecía el recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia pronunciadas por los Tribunales Superiores cuyo conocimiento corresponde a los Jueces Superiores, se venga a hacer una excepción precisamente para estas sentencias, siendo así que el artículo 567 dijo de manera imperativa: "Hay lugar a casación..." se estableció esa causal segunda. No puede el Juez o Magistrado crear excepciones cuando el Legislador no las creó, porque es un principio consagrado de hermenéutica jurídica, aquel de que en donde la ley no distingue a nadie le es lícito distinguir.

Lo anterior se refiere únicamente al concepto que sobre este punto trae la sentencia y que he copiado, en ningún modo al fondo de la misma en cuanto al recurso porque es evidente que el recurrente no invocó esa causal segunda en su alegato, sino la causal primera.

Con la anterior observación firmo la sentencia.

Carlos Arturo Díaz

DELITO DE DETENCION ARBITRARIA

Cuando un reo rematado con sus fugas periódicas permite dudar al Juez que vigila el cumplimiento de la pena si en realidad esto se ha efectuado, es apenas lógico que mientras ello no sea suficientemente esclarecido, el funcionario detenga a ese reo mientras tal averiguación se realiza. Una vez despejada la duda, la libertad incondicional decretada no puede implicar conducta delictiva alguna por parte de ese funcionario, porque de no ser así, quedaría sin efectos la facultad otorgada por la ley, de vigilar el cumplimiento de las sanciones.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, la sentencia de fecha veinticuatro de abril del año en curso por medio de la cual declara que el hecho imputado como criminoso al doctor Virgilio López Méndez en su condición de Juez Superior de ese Distrito Judicial, no existió, y en consecuencia manda cesar todo procedimiento contra el sindicado.

Surtida en la Corte, la tramitación propia de la instancia y corrido el traslado legal al señor Procurador General de la Nación, en el cual solicita confirmación de la providencia consultada, es el caso de entrar a resolver, para lo cual se tienen en cuenta los hechos siguientes:

Se adelantaron las diligencias por denuncio de Marco Fernández G., quien manifestó que en el año de 1932 se le inició un sumario por homicidio, negocio que vino por competencia al señor Juez Superior de Pereira y por el que le fue impuesta la pena de seis años de presidio, pena que cumplió; pero que después de haber pagado esa condena, el señor Juez Superior decretó de nuevo su detención, por lo cual formula denuncio por el delito de abuso de autoridad y detención arbitraria contra el doctor Virgilio López Méndez, Juez que decretó tal detención.

Explica el señor Juez Superior doctor López Méndez que luégo de hallarse en firme la sentencia que impuso a Fernández la pena de presidio relacionada, se le incluyó en el grupo de reos ausentes y capturado que fue, pues se había fugado el 24 de noviembre de 1941, se ordenó ponerlo a disposición de la autoridad correspondiente para el cumplimiento de la pena. Que como en 19 de diciembre último fuera enviado Fernández, por orden del Jefe de Seguridad de Cali, se dispuso su detención mientras se averiguaba si había cumplido las penas impuestas, entre ellas la de veinte años y seis meses de presidio por los delitos de homicidio y robo, lo mismo que otras sanciones por varias fugas, fuéra de que según apartes que transcribe de una de las providencias condenatorias, dicho reo ha sido condenado a Colonias Penales por varias ocasiones, pues se trata de un elemento antisocial fichado y vago de profesión.

En un principio se le dio al denuncio la tramitación relativa a sanciones disciplinarias, pero luégo se procedió dándole el carácter de delictuoso, mas sin que entonces hubiera sido posible la ratificación del denuncio. Sin embargo la conducta observada por el funcionario incriminado es suficiente a determinar su actuación en orden a los cargos que se le hicieron.

Del estudio de esa actuación se desprende con toda claridad que el procedimiento del funcionario denunciado, antes que violatorio de la ley, es encomiable por cuanto revela interés por ceñirse a las normas legales al respecto. En efecto, tratándose de un individuo que en el Juzgado a cargo del doctor López Méndez había tenido un proceso que le acarreó pena de presidio, y que según aparece establecido ha tenido otras cuentas con la justicia, entre ellas los delitos de homicidio y robo que le merecieron veinte años y seis meses de presidio; que había sido condenado y llevado en varias ocasiones a Colonias Penales como ratero y vago de profesión y que había sido prófugo era procedente, ya que el Jefe de Seguridad de Cali puso a Fernández a disposición

del Juez doctor López Méndez, informarse si había cumplido aquél las sanciones impuestas, lo que indudablemente no podía hacer el funcionario sino manteniendo detenido a Fernández, mientras se obtenía esa información. Y fue así como en posesión de los datos en que se daba cuenta que había cumplido las penas que se le habían impuesto, el Juez López Méndez ordenó la libertad del denunciante.

De otro lado, a folio 15 del expediente aparece la constancia de que en vista de que en el expediente por homicidio adelantado en el Juzgado Superior de Pereira, aparecía constancia de la fuga del reo Fernández, se dispuso mantener el expediente en el grupo de los reos ausentes para librar requisitorias a fin de obtener su captura en cuya virtud el Juez López Méndez no estaba en la certidumbre de si Fernández había purgado totalmente la pena que le había impuesto, dado que en el expediente respectivo no aparecían las constancias precisas de ese hecho o sea sobre el cumplimiento de la condena, omisión proveniente de empleados anteriores al doctor López Méndez.

En la detención pues, ordenada por el Juez doctor López Méndez no se observa arbitrariedad alguna, toda vez que ella obedeció al deseo de supervigilancia de que se cumplieran las sanciones impuestas al reo Fernández por lo que a su Juzgado se refería, e igualmente en el de enterarse si por las demás condenas impuestas se habían cumplido las sanciones, cosa natural dentro del criterio de la exactitud de los funcionarios públicos en el desempeño de las atribuciones que la ley les impone.

El señor Procurador, luego de referirse a las piezas del expediente en las cuales el procesado doctor López Méndez explica detalladamente cuáles fueron las razones jurídicas que le movieron a decretar la detención de Fernández, expresa:

"De la lectura atenta de los oficios antes citados, se desprende con toda claridad que la conducta del funcionario incriminado, en el caso de autos, antes que violatoria de la ley es encomiable en alto grado, porque revela su afán de ceñirse estrictamente a las normas procedimentales. Las citas que el ex-Juez, doctor López hace sobre el particular, especialmente la del artículo 640 del Código de Procedimiento Penal, como fundamento de la providencia por él dictada (detención preventiva del denunciante), no dejan sombra alguna, en punto de la inexistencia de las infracciones que, temerariamente, pretendió Fernández imputarle. Ejercitar funciones de vigilancia, para el cumplimiento de las sentencias, es atribución conferida a Tribunales y Juzgados por nuestro estatuto procedimental. Hacer uso de tal facultad, en el sentido empleado por el ex-Juez Superior de Pereira, no implica, ni podía implicar responsabilidad alguna".

"Fernández al denunciar al Juez por los cargos que le formula, puede decirse que obró en la creencia de que había pagado la pena impuesta, pues nadie mejor que él podía conocer ese hecho. Pero, por otro lado, se comprende también que el Juez, en cumplimiento de su deber, pusiera de su parte todos los medios legales para que no fuera defraudada la justicia. Así las cosas, lo mismo no se descubre responsabilidad por parte del funcionario, como tampoco se puede deducir dañada intención, para los efectos de considerar al denuncio como temerario".

Es pertinente para el caso recordar el texto del artículo 640 del C. de P. P. cuyo exacto contenido no encuentra por desgracia mayor vigencia entre los funcionarios judiciales. Se dá allí el carácter de Jueces de vigilancia para el cumplimiento de las sanciones a los Jueces y Magistrados. Ese mismo carácter implica por su importancia que procuren el conocimiento de la manera como se ha llevado a cabo el cumplimiento de las condenas, pues de incumplirse éstas, los fueros sociales representados en la necesidad del castigo a quienes delinquen no tendrían efectividad alguna.

Cuando un reo rematado con sus fugas periódicas permite dudar al Juez que vigila el cumplimiento de la pena si en realidad esto se ha efectuado, es apenas lógico que mientras ello no sea suficientemente esclarecido, el funcionario detenga a ese reo mientras tal averiguación se realiza. Una vez despejada la duda, la libertad incondicional decretada no puede implicar conducta delictiva alguna, por parte de ese funcionario, porque de no ser así, quedaría sin efectos la facultad otorgada por la ley de vigilar el cumplimiento de las sanciones, actitud que el funcionario ejerció con celo ejemplar.

Con razón observa el Tribunal de instancia:

"Una conveniente y necesaria práctica judicial enseña que ningún proceso en materia penal, deberá ser archivado sin la constancia de haberse cumplido la pena impuesta al reo. De manera que el señor Juez Superior, al encontrar en su oficina el negocio contra Fernández, no legalmente archivado sino en el lugar de los reos au-

sentes y con un auto en donde se ordenaba la expedición de requisitorias periódicas para lograr la captura, estaba en el deber de inquirir sobre el cumplimiento de la condena y de obedecer el precepto del artículo 384 del c. de p. penal, según el cual, hasta los mismos ciudadanos están en el derecho de aprehender a los malhechores cuya captura haya sido solicitada públicamente por la autoridad".

De acuerdo con el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal en cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, el Juez, previo dictamen favorable del Ministerio Público, procederá a dictar sentencia en que así lo declare, ordenando cesar todo procedimiento.

Se cumplen en el presente caso los requisitos a que se refiere el artículo citado y como de acuerdo con tal prescripción se procedió en la sentencia consultada, debe confirmarse.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, confirma la sentencia consultada de fecha veinticuatro de abril del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por medio de la cual se declara que el hecho imputado como criminoso al doctor Virgilio López Méndez en su condición de Juez Superior de ese Distrito Judicial, no existió, y en consecuencia manda cesar todo procedimiento contra el sindicado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DE REINTEGRO DE UNA SUMA QUE EQUIVOCADAMENTE FUE PAGADA POR CONCEPTO DE IMPUESTOS —ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

1—La sentencia del Consejo de Estado se limita a declarar probada la excepción de error de cuenta por la suma que reclama en este juicio el demandante, pero no ordena la devolución de dicha cantidad, y es por esta razón por la cual es pertinente la acción por la vía ordinaria que ha entablado el demandante.

2—La noción jurídica del enriquecimiento sin causa está regulada en parte dentro de nuestra legislación, en el capítulo 2º, Título 33, Libro 4º de nuestro Código Civil. Tal teoría se basa en el principio de equidad de que a nadie es lícito enriquecerse a costa ajena, ocasionando en otro un empobrecimiento o desmedro patrimonial injusto.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

En grado de consulta ha llegado a esta Superioridad el juicio ordinario instaurado ante el Tribunal Superior de Cartagena por Henrique Lecompte contra la Nación, para que se revise la sentencia proferida por esa Corporación con fecha nueve de abril del corriente año.

Surtida como se encuentra la tramitación de segunda instancia y al no observarse causal de nulidad, se procede a resolver:

La demanda que fue promovida por medio de apoderado legalmente constituído, solicita que se condene a la Nación a reintegrar al actor la suma de dos mil setenta y un pesos con cincuenta y siete centavos m/l ($ 2.071.57) que le fue cobrado por concepto de impuestos adicionales.

Los hechos en que se apoya la acción dicen que la liquidación de impuestos correspondiente al año de 1938 practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Bolívar al demandante, fue revisada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, entidad que elevó los gravámenes y ordenó una liquidación adicional, cuyo cobro, con sus intereses y costas, se inició ejecutivamente por la Sindicatura de Sucesiones y Ejecuciones Fiscales de Cartagena. Para librarse de la traba del embargo Lecompte consignó en la Administración de Hacienda el valor de la liquidación adicional y propuso en el juicio varias excepciones, de las cuales se declaró probada la de error de cuenta, por el Consejo de Estado, en sentencia de 4 de diciembre de 1945. Con base en esa providencia, el ejecutado solicitó a la Jefatura de Rentas la restitución de los $ 2.071.57 indebidamente cobrados, petición que fue resuelta negativamente en dos ocasiones, alegándose que no era a la Jefatura, sino al funcionario ejecutor, a quien correspondía obedecer lo resuelto por el Consejo de Estado. Ante la imposibilidad de obtener el reintegro del dinero por la vía administrativa, se intentó la presente acción ordinaria.

La demanda fue notificada al Fiscal 2º del Tribunal, quien la contestó negando los hechos y el derecho invocado por el demandante.

El Tribunal en la sentencia condenó a restituir al señor Lecompte L. la suma reclamada, en el término de tres días contados desde la fecha en que el fallo quede ejecutoriado.

Posteriormente el mismo Tribunal ordenó remitir en consulta el negocio a esta Sala de Negocios Generales de la Corte.

La acción

La noción jurídica del enriquecimiento sin causa está regulada en parte dentro de nuestra legislación en el capítulo 2º Título 33, Libro 4º de nuestro Código Civil. Tal teoría se basa en el principio de equidad de que a nadie es lícito en-

riquecerse a costa ajena, ocasionando en otro un empobrecimiento o desmedro patrimonial injusto.

En el caso sub-judice y de las constancias que obran en el expediente se desprende que Lecompte pagó la suma que reclama (certificado de la Administración de Hacienda Nacional de Bolívar, f. 11, cuaderno Nº 1). Igualmente queda establecido que a pesar del reconocimiento que hizo la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales de la suma debida a Lecompte, se negó a devolverle la cantidad señalada, basándose en que no tenía facultad legal para ello (f. 9, cuaderno Nº 1). La sentencia del Consejo de Estado de fecha 4 de diciembre de 1945 había declarado con anterioridad probada la excepción de **error de cuenta** en el ejecutivo seguido contra Lecompte y la Administración de Hacienda Nacional de Bolívar había indicado a éste dirigirse a la Jefatura de Rentas para la devolución del dinero consignado (f. 5, c. Nº 2).

La sentencia del Consejo de Estado se limita a declarar probada la excepción de error de cuenta por la suma que reclama en este juicio el demandante, pero no ordena la devolución de dicha cantidad. Y es por esta razón por la cual es pertinente la acción por la vía ordinaria que ha entablado el demandante.

De las disposiciones del capítulo atrás citado aplicadas al caso presente se desprende la justicia de la acción intentada por Lecompte, ya que fue constreñido a depositar la suma pedida para librarse de una traba ejecutiva. Y especialmente del artículo 2313 de la obra citada (inciso 1º), el cual enseña que si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía tiene derecho para repetir lo pagado, pues el error, en este caso, provino de la Jefatura de Rentas que constriñó a Lecompte a pagar una suma que en realidad no debía.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia consultada.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

JUICIO EJECUTIVO — LOS ARTICULOS 121 y 122 DE LA LEY 167 DE 1941 NO ESTABLECEN REQUISITOS ESPECIALES PARA QUE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO PRESTEN MERITO EJECUTIVO

Estima la Corte que los artículos 121 y 122 de la Ley 167 de 1941 no establecen requisitos especiales para que las sentencias de los Tribunales de lo Contencioso presten mérito ejecutivo, por lo cual en estos casos deben aplicarse simplemente el artículo 549 y demás disposiciones pertinentes del Código Judicial. Aquellos artículos apenas tienen por objeto que las autoridades administrativas correspondientes tomen a la mayor brevedad las medidas adecuadas para el cumplimiento de los fallos de lo contencioso, mediante el lleno de los procedimientos fiscales necesarios. En este sentido, aunque la Corte en otras ocasiones ha sostenido tesis diversas al respecto, estima ahora que los artículos 121 y 122 de la Ley 167, ni por su letra ni por su espíritu, establecen fueros especiales para las entidades secundarias de derecho público.

Tan cierto es esto, que no se ve razón alguna para que las sentencias contra los Departamentos o Municipios tuvieran de inmediato una fuerza ejecutiva diferente, según fueran dictadas por la justicia ordinaria o por la justicia contencioso-administrativa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro del presente juicio ejecutivo contra el Departamento del Huila propuso el apoderado de la entidad ejecutada las excepciones de **exceso en el número de meses demandados por insubsistencia del cargo, cobro parcial de lo no debido, confusión de deudas, error de cuenta, exceso en el cobro, incompetencia de jurisdicción, ineficacia del título ejecutivo y petición antes de tiempo y de un modo indebido.**

Tramitadas debidamente estas excepciones, el Tribunal Superior de Neiva las decidió por providencia de fecha cinco de marzo del corriente año, en el sentido de declararlas no probadas.

El apoderado del Departamento apeló de dicha decisión. Y como en esta Sala de la Corte se han cumplido ya los trámites del recurso, se procede ahora a resolver lo que corresponda.

Antecedentes de la ejecución

En este negocio se adujo como recaudo ejecutivo la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Huila de fecha cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, confirmada por el Consejo de Estado, sentencia por medio de la cual se anuló el Decreto Nº 209 de 1948 de la Gobernación del Huila, que declaró insubsistente el nombramiento del señor Guillermo Orozco Borrero como Notario de Garzón, y a la vez se condenó al Departamento a pagarle al expresado señor la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS CON ONCE CENTAVOS ($ 491.11) mensuales, "como valor promedio de sus honorarios dejados de percibir... desde la fecha de su insubsistencia hasta la fecha en que sea restablecido en el cargo dicho". El recaudo se complementó con un certificado de la Alcaldía de Garzón sobre el hecho de no haber sido restablecido el señor Orozco Borrero en el cargo de Notario durante el resto del período para el que había sido nombrado.

Fue así como el Tribunal, basado en estos elementos de juicio, libró orden de pago contra el Departamento del Huila y a favor del señor Orozco Borrero por la cantidad de DIEZ MIL CINCUENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS ($ 10.051.38), "valor de veinte meses catorce días durante los cuales el demandante fue privado del cargo de Notario del Circuito de Garzón, a razón de cuatrocientos noventa y un pesos once centavos, suma en que se estimó su sueldo mensual".

Los hechos exceptivos

Las cinco primeras excepciones las dedujo el apoderado del Departamento de las mismas circunstancias de hecho, consistentes en que el demandante, mientras estuvo insubsistente como Notario de Garzón, desempeñó el cargo de Alcalde de Gigante durante cinco meses catorce días, recibiendo el sueldo correspondiente a dicho cargo, y además la suma de ciento treinta y tres pesos y treinta y un centavos ($ 133.31) por concepto de cesantía.

En este sentido dijo el apoderado de la entidad demandada, al puntualizar la quinta excepción de EXCESO EN EL COBRO:

"Esta excepción, como las anteriores, viene desarrollándose en el hecho de una ejecución que se adelantó sin tener en cuenta la situación en que se encontraban demandante y demandado en el momento de iniciar el juicio, porque si se hubieran tenido en cuenta esas circunstancias la demanda no se habría excedido en la suma que cobra, a ciencia y conciencia del exceso, el cual debe rebajarse descontando la suma no debida y cuyo monto se acreditará en su debida oportunidad con las pruebas correspondientes a cada una de las excepciones propuestas...".

De otra parte, a las tres últimas excepciones también les dio el apoderado del Departamento el mismo fundamento de hecho, que hizo consistir en que antes de la ejecución no se habían llenado los requisitos previstos por el artículo 122 del Código de lo Contencioso Administrativo, el cual establece que "cuando la Administración hubiere sido condenada al pago de una cantidad líquida de dinero, deberá acordarlo y verificarlo en la forma que determinen las disposiciones legales referentes al pago de las obligaciones y deudas del Estado, los Departamentos, municipios y otras entidades administrativas".

Consideraciones de la Corte

En relación con las tres últimas excepciones propuestas, que deben estudiarse en primer término porque entre ellas se incluyó la de incompetencia de jurisdicción, estima la Corte que los artículos 121 y 122 de la ley 167 de 1941 no establecen requisitos especiales para que las sentencias de los Tribunales de lo Contencioso presten mérito ejecutivo, por lo cual en estos casos deben aplicarse simplemente el artículo 549 y demás disposiciones pertinentes del Código Judicial. Aquellos artículos apenas tienen por objeto que las autoridades administrativas correspondientes tomen a la mayor brevedad las medidas adecuadas para el cumplimiento de los fallos de lo contencioso, mediante el lleno de los procedimientos fiscales necesarios. En este sentido, aunque la Corte en otras ocasiones ha sostenido tesis diversas al respecto, estima ahora que los artículos 121 y 122 de la ley 167, ni por su letra ni por su espíritu, establecen fueros especiales para las entidades secundarias de derecho público.

Tan cierto es esto, que no se ve razón alguna para que las sentencias contra los Departamentos o Municipios tuvieran de inmediato una fuerza ejecutiva diferente, según fueran dictadas por la justicia ordinaria o por la justicia contencioso-administrativa.

No está por demás advertir, sin embargo, que en este juicio se ha establecido (f. 4 del cuad. Nº 5) que la sentencia presentada como recaudo ejecutivo le fue comunicada a la Gobernación del Huila el 24 de abril de 1950, así como también que cuando se inició la presente ejecución —el 12 de julio del mismo año— ya estaba más que vencido el término de treinta días previsto por el artículo 121 de la ley 167 de 1941, para que se tomaran por la administración las medidas sobre cumplimiento de dicha sentencia.

Así pues, carece de toda razón el Departamento demandado en sus excepciones sobre **incompetencia de jurisdicción, ineficacia del título ejecutivo y petición antes de tiempo y de un modo indebido.**

En cuanto a las demás excepciones, no desconoce la Corte la equidad que mueve las aspiraciones del Departamento, encaminadas a que del monto de la ejecución se deduzca la suma recibida por el demandante Orozco Borrero como Alcalde de Gigante; pero considera que esa es una cuestión que ha debido suscitarse dentro del juicio contencioso-administrativo y no ahora, pues si se aceptara la tesis de la entidad demandada no se haría cosa distinta de restarle alcance o valor al fallo que debe cumplirse, conforme al cual el Departamento debe pagar al señor Orozco Borrero la cantidad de cuatrocientos noventa y un pesos con once centavos ($ 491.11) mensuales "desde la fecha de su insubsistencia hasta la fecha en que sea restablecido en el cargo dicho", o sea en el cargo de Notario de Garzón. Y es que si en ese fallo no se ordenó deducción alguna

por concepto de sueldos u otros ingresos que hubiera tenido o tuviera el señor Orozco Borrero durante el tiempo de su insubsistencia como Notario, resulta a todas luces improcedente la deducción que ahora se pretende, presentando bajo distintas denominaciones los mismos hechos exceptivos.

Por lo tanto, también es legal por este aspecto la providencia apelada.

En mérito de 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, CONFIRMA la sentencia de excepciones dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Neiva.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez——Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

DOMICILIO DE SOCIEDADES EXTRANJERAS CON NEGOCIOS EN EL PAIS—LA PROHIBICION DEL ARTICULO 550 DELC. J. NO EXCLUYE QUE EL JUICIO QUE HAYA DE SEGUIRSE PARA EJECUTAR UN FALLO JUDICIAL PUEDA ADELANTARSE ANTE EL JUEZ O TRIBUNAL A QUIEN CORRESPONDIO EL CONOCIMIENTO DEL ASUNTO, EN TRATANDOSE DEL LUGAR ESCOGIDO POR QUERER DE LOS INTERESADOS — ESTE ARTICULO DEBE CUMPLIRSE ESTRICTAMENTE EN LOS CASOS EN QUE LA NATURALEZA DEL ASUNTO O LA CALIDAD DE LAS PARTES NO PERMITEN ELEGIR O ACEPTAR DOMICILIO

1—Con razón se ha dicho que el domicilio, más que el sitio donde la persona habita, su residencia, que es lo que indica el sentido estimológico del vocablo (de domus-colere, habitar en una casa), es una relación de derecho entre una persona y un punto del territorio, que puede no corresponder a aquel en que un sujeto está de asiento y ejercita realmente sus actividades. El domicilio puede definirse, así, diciendo que es el lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

De esta noción, que está consagrada por la ley, resulta que en una misma persona pueden concurrir distintas circunstancias constitutivas de diverso domicilio, tales como la residencia, el ejercicio de una profesión u oficio, la manifestación hecha ante una autoridad política, la elección voluntaria por contrato y para los efectos del mismo y el tener o adoptar una condición de dependencia o un estado civil (arts. 78 y siguientes del C. C.).

Este fenómeno ocurre también respecto de las compañías comerciales, como quiera que así lo demandan la naturaleza misma de las cosas y las actividades a que se dedican; como acontece igualmente en relación con las compañías extranjeras con negocios en Colombia, sin que "el único criterio" para determinar su domicilio sea el del asiento principal de sus negocios, por ser el lugar donde tienen que protocolizar sus estatutos y donde han de tener un apoderado para que las represente ante las autoridades (Decretos 2 y 37 de 1906, y art. 272 del C. J.).

Ese lugar donde las compañías extranjeras tienen el asiento principal de sus negocios es el domicilio primario, si así puede llamarse, en que la ley considera establecida la sociedad y que determina la competencia de los jueces para los asuntos judiciales. Pero también pueden concurrir circunstancias distintas constitutivas de domicilio, como el domicilio de elección expresa o tácita, o de aceptación, o de prórroga de competencia para los efectos judiciales.

2—La prohibición del artículo 550 del C. J. no excluye que el juicio que haya de seguirse para ejecutar un fallo judicial pueda seguirse ante el juez o tribunal a quien correspondió el conocimiento del asunto, en trátandose del lugar escogido por querer de los interesados.

El artículo 550 debe cumplirse estrictamente en las ocurrencias en que la naturaleza del asunto o la calidad de las partes no permiten elegir o aceptar domicilio, esto es, siempre que résulte inadmisible que intervenga la voluntad de las partes: la aceptación o elección tácita de domicilio o prórroga de competencia, sólo puede tener cabida en lo referente al lugar, al menos en principio, pero no en lo atañadero a la naturaleza de ciertos asuntos atribuídos a determinadas autoridades judiciales, por tanto, a la cuantía de las acciones, ni a la calidad de ciertas personas que sólo pueden ser juzgadas por determinados jueces.

Esto es lo que consagran los artículos 151 y 153 del Código Judicial al expresar 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 ju-

dicial y ES IMPRORROGABLE, salvo disposición expresa, y que, menos en algunos casos, "la competencia que se fija por razón del lugar es prorrogable". Que es lo mismo que decir que los interesados en un proceso pueden escoger un sitio u otro del territorio nacional para acudir a las autoridades judiciales competentes por la naturaleza del asunto o por la calidad de las partes, sin que por ello se quebrante el orden público.

No sucedía así en el antiguo código judicial, en el cual conocía de la ejecución de una sentencia el propio juez del conocimiento, aun cuando para el momento de iniciarse este juicio de ejecución la cuantía y aún la misma calidad de las partes hubieran determinado otra competencia, con lo cual quedaba de hecho prorrogada la que por su naturaleza era improrrogable. Para que tal resultado no pudiera producirse, para que en lo sucesivo no fuera posible entender prorrogada una jurisdicción que CONFORME A LAS REGLAS GENERALES no puede prorrogarse, se dictó en el nuevo código el artículo 550, cuyo sentido queda de esta suerte limitado a su verdadera y exacta finalidad.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

En providencia de 24 de agosto último resolvió esta Sala de la Corte confirmar el auto de cinco de abril del presente año, "por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá negó la nulidad de lo actuado en este juicio" y condenó en costas al apelante.

Contra dicha providencia interpuso reposición el apoderado de la compañía demandada y debe resolverse ahora lo que se estime legal.

Conviene recordar que el apoderado de la empresa alega como causales de nulidad las consagradas en el artículo 448 del código judicial, a saber: la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería y la falta de citación legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, la primera como principal y las otras dos como subsidiarias, en su orden.

La incompetencia de jurisdicción se funda en el hecho de que The Dorada Railway Company Limited protocolizó en el circuito de Honda sus estatutos y designó a su apoderado general y representante legal en Colombia, como se demuestra con el certificado expedido por la Cámara de Comercio de dicha ciudad. Por tanto, "el asiento principal de los negocios de la propia compañía en Colombia está en Honda, Departamento del Tolima" y "desde el año de 1938 el señor John Hope Blackett ha sido su apoderado general y su representante legal en el país".

El Tribunal que ha debido conocer del juicio es el de Ibagué y no el de Bogotá y, en consecuencia, lo actuado es nulo desde el principio.

La Corte, en la providencia recurrida, después de hacer la historia de los enrevesados trámites de este juicio, en que el mandamiento de pago se libró hace doce años y apenas pudo notificarse hace un año, concluye que no existe la incompetencia de jurisdicción alegada, y al efecto razona de la siguiente manera:

En una misma persona, sea natural o jurídica pueden concurrir varias circunstancias constitutivas de domicilio civil (art. 83 del c. c.) y una de ellas es la elección, de la cual resulta el **domicilio elegido,** sea expresamente al celebrar un contrato para todos los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar (Art. 85 ibidem), sea tácitamente de algunas ocurrencias, como cuando sin señalarse por convenio se sabe dónde debe cumplirse la obligación, caso éste en que el sitio "se presume domicilio elegido" (art. 152 del c. j.).

Las sociedades extranjeras con domicilio en el país tienen su domicilio donde está el asiento principal de sus negocios en el territorio, que es donde han tenido que protocolizar sus estatutos, de acuerdo con las prescripciones legales; pero también pueden ocurrir respecto de ellas otras circunstancias constitutivas de domicilio, como la que determina, por ejemplo, el lugar donde deben cumplir sus obligaciones cuando tienen representante en él, así como pueden tener un domicilio elegido en forma expresa o tácita.

La Compañía demandada, si bien tenía su domicilio propio en Honda, por tener allí el asiento principal de sus negocios y por haber protocolizado sus estatutos, mediante el cuasi-contrato de litis contestatio habido al seguir el juicio ordinario que sirvió de base a esta ejecución en Bogotá, eligió tácitamente como lugar en donde de-

bían cumplirse sus efectos, el mismo donde aquel juicio se adelantaba, o sea, la ciudad de Bogotá.

El objeto del juicio ordinario no era solamente el de obtener la declaración de condena, sino principalmente, el de alcanzar el pago de las obligaciones demandadas. Preciso es aceptar, por tanto que aquella elección tácita de domicilio no sólo se refería al juicio dentro del cual estaban actuando las partes, sino que abarcaba por igual todos los procedimientos judiciales que debían seguirse para obtener el cumplimiento de aquellas obligaciones.

Arguye el representante de la compañía que esta tesis de la Corte borra el artículo 550 del código de procedimiento civil, que establece que cuando haya de seguir otro juicio para ejecutar una providencia judicial, debe promoverse ante el juez o tribunal a quien corresponda el conocimiento según las reglas generales, y según estas reglas la competencia era del Tribunal de Ibagué y no del Tribunal de Bogotá.

Es verdad que el artículo 85 del Código Civil permite señalar domicilio especial, pero eso no se puede hacer sino en un contrato y para los efectos del mismo contrato, mas no se refiere el precepto al cuasi-contrato de litis contestatio ni a otro cuasi-contrato. Y admitiendo la prórroga de jurisdicción o competencia, que tal es y no fijación de domicilio, no podría tener efecto fuera del juicio originado del propio cuasi-contrato, pues a ello se opone lo dispuesto en el artículo 550 invocado del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, la jurisdicción se pierde por la terminación del juicio, según el artículo 146 del mismo código, y, como ya se había terminado el juicio ordinario que dio lugar a la ejecución posterior, este otro juicio distinto tenía que tramitarse ante los juces competentes, según las reglas comunes y generales, que no lo eran los de Bogotá, pues la prórroga de la jurisdicción o competencia otorgada para el primero no podía entenderse conferida para el segundo, pues el principio del citado artículo 550 no admite excepción alguna.

Según el antiguo código judicial (art. 868), la ejecución de una sentencia le correspondía al juez que había pronunciado la de primera instancia; pero en el código vigente, la ejecución le corresponde al juez competente, según las reglas generales, como lo dejó aclarado la Comisión Redactora del Código es decir que "sólo en los casos en que para cumplir la sentencia no sea necesario promover juicio distinto, se explica y se justifica perfectamente que sea el mismo juez o tribunal que la ha pronunciado en primera o única instancia quien proceda a la ejecución", como se provee en el mentado artículo 550.

La cita del artículo 472 del código judicial sobre que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos sustantivos es inoportuna y no echa por el suelo las reglas sobre competencia, que son de orden público, ni para permitir que la jurisdicción de un juez sea usurpada por otro, ni para poder decir que el artículo 472 es derogatorio del 550.

Tales son, muy compendiadas, las razones que la Sala y el recurrente han dado para sostener, aquella que el Tribunal de Bogotá sí tenía competencia para conocer del presente negocio, y éste que la parte actora "cometió el error de promover la acción ejecutiva de que se trata ante tribunal incompetente".

Para proceder en orden, se harán algunas lucubraciones sobre la concurrencia de varias circunstancias constitutivas de domicilio para las sociedades, sobre el cuasicontrato de litis contestatio como circunstancia constitutiva de domicilio por elección voluntaria; y, en fin, sobre sus efectos en la ejecución de las resoluciones judiciales.

Al efecto se considera:

Con razón se ha dicho que el domicilio, más que el sitio donde la persona habita, su residencia, que es lo que indica el sentido etimológico del vocablo (de domus-colere, habitar en una casa), es una relación de derecho entre una persona y un punto del territorio, que puede no corresponder a aquel en que un sujeto está de asiento y ejercita realmente sus actividades. El domicilio puede definirse, así, diciendo que es el lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

De esta noción, que está consagrada por la ley, resulta que en una misma persona pueden concurrir distintas circunstancias constitutivas de diverso domicilio, tales como la residencia, el ejercicio de una profesión u oficio, la manifestación hecha ante una autoridad política, la elección voluntaria por contrato y para los efectos del mismo y el tener o adoptar una condición de dependencia o un estado civil (arts. 78 y siguientes del c. c.).

Este fenómeno ocurre también respecto de las compañías comerciales, como lo expresó la Sala, como quiera que así lo demanda la naturaleza

misma de las cosas y de las actividades a que se dedican; como acontece igualmente en relación con las compañías extranjeras con negocios en Colombia, sin que "el único criterio" para determinar su domicilio sea el del asiento principal de sus negocios, por ser el lugar donde tienen que protocolizar sus estatutos y donde han de tener un apoderado para que las represente ante las autoridades (decretos 2° y 37 de 1906 y art. 272 del c. j.).

Ese lugar donde las compañías extranjeras tienen el asiento principal de sus negocios es el domicilio primario, si así puede llamarse, en que la ley considera establecida la sociedad y que determina la competencia de los jueces para los asuntos judiciales. Pero también pueden concurrir circunstancias distintas constitutivas de domicilio, como el domicilio de elección expresa o tácita, o de aceptación, o de prórroga de competencia para los efectos judiciales.

De este último, como ya quedó explicado, se trata en este negocio, pues mediante el cuasicontrato de litis contestatio al seguir el juicio ordinario para obtener la declaratoria de condena o de obligación, "las dos partes **eligieron tácitamente** como lugar en donde debían cumplirse sus efectos el mismo en donde el juicio (ordinario) se adelantaba, o sea, la ciudad de Bogotá".

Y aquí es donde surgen los argumentos en contra de la tesis de la Corte, que pueden compendiarse así: el domicilio elegido sólo puede serlo por contrato, según el artículo 85 del código civil; y aún admitiendo la prórroga de jurisdicción o competencia por la litis contestatio, no puede entenderse que surta sus efectos para la ejecución de la sentencia, dados los términos absolutos del artículo 550 del código judicial, que no exceptúa ningún caso en que haya que seguir juicio distinto, pues si ello ocurre deben seguirse las reglas generales sobre competencia.

Ha de admitirse, desde luego, que no se trata de un domicilio **elegido por contrato,** pues ninguno se celebró en que se conviniera que la acción que debía seguirse en un lugar se seguiría en otro; pero de ello no ha de concluirse que el domicilio no puede acordarse tácitamente por manifestaciones inequívocas de voluntad, ya que no solamente el contrato es en derecho civil la única forma de expresar los propósitos o intimidades del querer.

Al contrario y a este respecto, ya se dijo cómo el código sustantivo establece diversas circunstancias constitutivas de domicilio, todas las cuales dependen del querer de la persona, con excepción del nacimiento y de la tutela, a todas las cuales les atribuye la ley esa condición de determinar domicilio y la consiguiente competencia de los jueces.

También se expresó ya que las compañías extranjeras no eran ajenas a esas circunstancias, y que, como dependientes de la voluntad de sus representantes o gerentes, podía ocurrir la elección expresa o tácita del lugar: la expresa está consagrada en el artículo 85 del código civil, que permite establecer en un contrato, de común acuerdo, un domicilio especial para los actos judiciales y extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato; y la tácita, que es la aceptación del domicilio que no es el propio o legal, esto es, la prórroga de la competencia por razón del lugar y en cuanto a los actos judiciales atañe (art. 153 del c. j.).

Sobre este tema de la prórroga de la competencia dijo esta misma Sala, en providencia de 16 de diciembre de 1944:

"Del artículo 153, inciso primero, se deduce que cuando la competencia de un juez o tribunal en un asunto obedece a la fijación de un lugar en que se presume sea más ventajoso para las partes el desarrollo de la litis, tal competencia es prorrogable por las partes, es decir, pueden ellas acogerse a la jurisdicción de otro juez o tribunal entre cuyas atribuciones está comprendido el conocimiento de la clase de juicios a que pertenece el que las partes expresa o tácitamente consienten en que decida. Este consentimiento, sea expreso o tácito de las partes para dilatar la competencia de una autoridad hasta hacerla conocedora de un juicio que corresponde por razón del lugar a otro funcionario, es lo que constituye la prórroga de la competencia, que en el artículo 153 se hace consistir en la presentación de la demanda por parte del demandante, y por la del demandado, en no oponer oportunamente la excepción correspondiente" (G. J. tomo LVIII, números 2017, página 759).

Pero aquí viene el argumento capital esgrimido contra la tesis de la Sala, de que la competencia se prorrogó para el juicio principal, pero no pudo prorrogarse para el juicio ejecutivo, porque a ello se opone la pérdida de la jurisdicción para el primer proceso una vez terminado, y la prohibición expresa del artículo 550 de adelantar el segundo en Bogotá.

A lo cual se contesta que la prórroga de competencia para el juicio ordinario comprendió la

prórroga para el ejecutivo y que la prohibición del artículo 550 no excluye que el juicio que haya de seguirse para ejecutar un fallo judicial no pueda seguirse ante el juez o tribunal a quien correspondió el conocimiento del asunto en tratándose del lugar escogido por querer de los interesados.

La Corte dedujo la voluntad de las partes de prorrogar la competencia o de elegir tácitamente domicilio, no sólo para el juicio ordinario, sino también para el ejecutivo, de las reglas de la lógica y de la pauta legal de interpretación que ofrece para el caso el artículo 85 del código civil.

No sólo es principio general de lógica que quien faculta para lo más faculta para lo menos, salvo que exceptúe expresamente el actuar en alguna circunstancia determinada, sino que en el propio código de procedimiento se encuentra establecido este principio, que gobierna todo el estatuto, al decir que el objeto de los procedimientos es el de obtener la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva. Y es que resulta elemental pensar que a los interesados les importa tanto o más que el reconocimiento de las obligaciones, obtener su solución o pago efectivo.

La pauta legal de interpretación que ofrece para el caso la propia ley, y que permite argumentar a pari, la encontró la Sala en el artículo 85 del código civil, pues si el domicilio elegido por contrato se extiende a todos "los actos judiciales y extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato", igual razón hay para entender que el domicilio elegido tácitamente, o la competencia prorrogada (ya que de actos judiciales se trata) para el juicio ordinario, debe entenderse prorrogada para la ejecución de la sentencia con que terminó.

Y es que, repitiendo el argumento de la Sala, no hay razón para que se le reconozcan efectos a un acto de voluntad, porque ha sido manifestado expresamente, y no se le reconozcan efectos a otro acto de voluntad, no por tácito menos claro, como si el valor del consentimiento radicara en la forma como se manifiesta y no en la naturaleza misma del acto volitivo. Con ello se estaría diciendo que si el acto consta en un contrato debe aceptarse, pero que si se manifiesta por hechos exteriores distintos del contrato, por más que evidencien la intención, no pueden admitirse; por tanto, que valen más las palabras que los hechos y la forma que el contenido; y, en consecuencia, que aunque exista la misma razón no debe aplicarse la misma disposición, pues ha de seguirse la letra de un texto cuyo sentido pugna con el espíritu general de la ley cuando se interpreta en la forma dislocada que se emplea en este caso.

Porque no ha de perderse de vista que el artículo 550 del Código Judicial (y la argumentación que sobre él se hace) no es operante en el evento que se estudia, pues no excluye que se apliquen "las reglas generales sobre competencia" de que habla su inciso primero, entre las cuales figura el domicilio elegido de manera expresa y, por lo dicho antes, el elegido en forma tácita o la competencia prorrogada.

El artículo 550 debe cumplirse estrictamente en las ocurrencias en que la naturaleza del asunto o la calidad de las partes no permiten elegir o aceptar el domicilio, esto es, siempre que resulta inadmisible que intervenga la voluntad de las partes: la aceptación o elección tácita de domicilio o prórroga de competencia, sólo puede tener cabida en lo referente al lugar, al menos en principio, pero no en lo atañedero a la naturaleza de ciertos asuntos atribuídos a determinadas autoridades judiciales, por tanto, a la cuantía de las acciones, ni a la calidad de ciertas personas que sólo pueden ser juzgadas por determinados jueces.

Esto es lo que consagran los artículos 151 y 153 del Código Judicial al expresar 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 disposición expresa, y que, menos en algunos casos, "la competencia que se fija por razón del lugar es prorrogable". Que es lo mismo que decir que los interesados en un proceso pueden escoger un sitio u otro del territorio nacional para acudir a las autoridades judiciales competentes por la naturaleza del asunto o por la calidad de las partes, sin que por ello se quebrante el orden público: y eso fue lo que hicieron en el proceso que se estudia.

No sucedía así en el antiguo código judicial, en el cual conocía de la ejecución de una sentencia el propio juez del conocimiento, aun cuando —como lo expresó la Sala— para el momento de iniciarse este juicio de ejecución la cuantía y aún la misma calidad de las partes hubieran determinado otra competencia, con lo cual quedaba de hecho prorrogada la que por su naturaleza era improrrogable. Para que tal resultado no pudiera producirse, para que en lo sucesivo no fue-

ra posible entenderse prorrogada una jurisdicción que **conforme a las reglas generales** no puede prorrogarse —concluyó la Corte— se dictó en el nuevo código el artículo 550 antes transcrito, cuyo sentido queda de esta suerte limitado a su verdadera y exacta finalidad".

Para terminar podría añadirse, aunque parezca redundante, que los jueces tienen el deber de respetar la voluntad conocida de las partes, mientras con ello no se violen el orden público ni las buenas costumbres (artículo 16 del C. C.) y, por tanto, de aceptar el domicilio elegido por ellas o ejercitar la competencia que le prorrogan, pues que usurpan jurisdicción, los que la tienen suspendida por la competencia de otros desde que se acepte (artículos 146 y 148 del C. J.).

Todo lo cual lleva a concluir que la nulidad por incompetencia de jurisdicción no existe y que la providencia recurrida debe mantenerse por este aspecto.

El otro motivo de nulidad alegado fue el de no estar agotado aún el trámite ante la Corte ni readquirida, por consiguiente la jurisdicción por el Tribunal, cuando éste decidió seguir conociendo del asunto.

Más específicamente, la Corte, por auto de 29 de noviembre de 1941, decidió que el auto de discernimiento de la curaduría al doctor Sinforoso Barrios no era apelable, por ser de mera sustanciación. Pero el auto fue notificado después de haber fallecido el doctor Barrios y como decidiera la Corte que no debía nombrarle ella nuevo curador **ad litem** a la parte demandada, remitió el expediente al Tribunal (fls. 193 v., 194 y 197 del c. 1º).

El reponente no halla aceptable "la salida que se ha hallado en lo concerniente a la falta de jurisdicción del Tribunal, en el supuesto en que estamos que éste la tuviera para conocer del juicio, cual es el no haberse expresado este otro motivo de nulidad de lo actuado".

La Corte encontró que al comparecer a pedir la nulidad, previos los trámites de una articulación (artículo 456 del C. J.) expresamente concretó los fundamentos de sus pretensiones a la doble consideración de ser la compañía demandada domiciliaria de un lugar distinto de aquellos en que ejerce jurisdicción el Tribunal Superior de Bogotá —incompetencia de jurisdicción— y tener acreditado allí mismo como su apoderado o agente general a persona distinta de las llamadas a asumir la representación de la sociedad en el juicio —ilegitimidad de la personería—.

El recurrente nada dijo entonces en relación con el otro fundamento, que fue invocado solamente al alegar dentro de la articulación, consistente en el hecho de haber adelantado el Tribunal el conocimiento del negocio cuando por virtud de una suspensión de términos, no había readquirido la jurisdicción para ello.

Siendo ésta la verdad resultante del proceso, no cabe sostener, como lo hace el reclamante, que tanto los primeros motivos como el último fueron concretados en el alegato de la articulación y no en el escrito primero y que, por tanto, al excusarse de estudiar este aspecto de la nulidad había encontrado una "salida" para llegar a determinada conclusión.

Y es que en realidad, la seriedad y el orden que deben presidir el adelantamiento de las actuaciones judiciales, requieren que los problemas se planteen en las oportunidades legales, sin que sea lícito presentar nuevos motivos a medida que haya cualquier oportunidad para ofrecerlos, pues así la contraparte no tiene ocasión de refutar las razones del actor, ni el juez puede saber cuál es el problema preciso y determinado sobre que debe pronunciar su fallo, ni dan la sensación de que se busque el estudio serio de los problemas, sino el obstaculizar los trámites judiciales.

Por lo demás, no encuentra la Sala que exista la dicha nulidad, dada la naturaleza de la actuación cumplida a este respecto.

La ilegitimidad de la personería se hizo consistir en que la actuación ha debido adelantarse con el apoderado que la sociedad tenía en Honda, asiento principal de sus negocios, pero se siguió en Bogotá y se le notificó el mandamiento ejecutivo a un curador **ad litem,** lo que vicia de nulidad la tramitación.

Contestó la Sala diciendo que ninguno de los mandatarios que tenía la sociedad en Bogotá había tenido a bien asumir su representación y que con tal proceder se había colocado en la condición jurídica de persona renuente y el actor con derecho a designar un curador para la litis, según lo previene en forma expresa y clara el artículo 318 del Código Judicial.

Alega el recurrente que don Enrique Otero D'Costa no tenía facultad de comparecer en juicio ni era apoderado general de la compañía y que habiendo aceptado el Tribunal las excusas presentadas por él y por los otros representantes para asumir la representación, lo actuado con prescindencia del apoderado de la compañía es nulo. Porque o las excusas eran inadmisibles y

entonces ha debido notificarse el mandamiento de pago a uno de esos apoderados; o eran admisibles, como se aceptó, y entonces ha debido librarse despacho comisorio para notificar la orden de pago al representante legal de la compañía en Colombia.

Insiste la Sala en su concepto de que no existe la ilegitimidad de la personería de la parte demandada: en efecto, la sociedad tenía en Bogotá un apoderado suyo con facultades de comparecer en juicio y al no hacerlo, esto es, al no querer ejercer la representación de la compañía mediante las revocatorias de poderes y demás cambio en el personal de representantes, se hizo renuente y el actor podía entonces designar el curador que la ley permite nombrar en semejantes ocurrencias.

Por eso, para contestar las razones alegadas ahora, apenas tiene que repetir la Sala lo dicho en su anterior proveído:

"...al cumplir la sociedad con la obligación —que el mismo señor Blackett reconoce en la escritura de poderes para Otero D'Costa— de mantener en Bogotá un representante o agente suyo, jurídicamente se hizo presente en esta ciudad, ante cuyos jueces, por elección de domicilio, podía el Departamento del Tolima proponerle válidamente el juicio de que aquí se trata; por lo mismo, a nadie sino a dichos representantes estaba el actor obligado a llamar al debate, como lo hizo.

"Sucedió sin embargo, según se dejó explicado al principio de esta providencia que ninguno de dichos mandatarios tuvo a bien asumir la representación de la compañía en el juicio: don Sam Benix, porque dijo —contra lo que de autos aparece— no era ya apoderado de la sociedad, a pesar de que la revocatoria o terminación de su mandato hecha por el agente de Honda, con extralimitación de facultades, era posterior a la fecha de aquella aceptación; y porque, además, no quería ejercer la función. Y el señor Otero D'Costa, porque manifestó no tener atribuciones para hacerlo, ni desear ejercer las facultades.

"Con dicho procedimiento, la compañía hubo de quedar, por obra de sus agentes, en la condición jurídica de persona renuente, y el Departamento con derecho para provocar la designación de un curador para la litis que la representara, en conformidad con lo establecido por el artículo 318 del C. J., que dice: "Si el demandado tiene apoderado se cita a éste para que dentro de los tres días siguientes se presente a ejercer la representación exhibiendo el comprobante de ellas si no aparece de autos. Si el apoderado no comparece o se niega a ejercer su poder, se nombra curador previos los trámites indicados en el primer inciso del artículo precedente". Luego si los respectivos apoderados fueron llamados a juicio y no comparecieron, ni quisieron ejercer su poder, estaba ajustado a la ley el procedimiento de nombrarle a la Sociedad un curador para la litis, como se hizo, con observancia de las formalidades establecidas para tales casos".

Tampoco aparece, pues, fundada la reposición por este aspecto.

Por último, reclama el apoderado de la compañía que se la hubiera condenado en costas y al efecto alega que el hecho de que uno de los magistrados hubiera salvado su voto indica que sí existían los motivos plausibles para interponer el recurso de apelación contra la providencia del Tribunal.

Aunque el argumento es atendible, los términos del ordinal 3º del artículo 2º del decreto 0243 de 1951, que se aplicaba ya cuando se interpuso el recurso, impiden que acceda a lo pedido en este particular .

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, NO REPONE la providencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

ACUMULACION DE JUICIOS.—CUANDO ES VIABLE POR EXISTIR IDENTIDAD DE CAUSA ENTRE DOS O MAS JUICIOS

Para que exista identidad de causa en dos o más juicios, es indispensable que el derecho que se ejercita en cada uno de los juicios provenga de un mismo título u obligación, no importa que la acción vaya dirigida contra varias personas. La Corte ha fijado en numerosas oportunidades normas claras y precisas acerca de la interpretación y alcance que ha de darse a las reglas contenidas en el artículo 398 del C. Judicial, y al referirse al numeral 4º de dicho artículo, expresó en casación de 16 de septiembre de 1943, que él obedece a dos principios, a saber: "...evitar el que sobre un mismo punto jurídico y en ejercicio de una misma acción, respecto de personas ligadas entre sí por una conexión jurídica, pueda dar lugar a fallos contradictorios"; y en el de la economía procesal "que tiende a hacer efectivos los derechos, con el menor esfuerzo de tiempo y de dinero".

Por tanto, para que proceda la acumulación de autos con arreglo al caso definido en el inciso 4º de que se trata, es necesario que la causa de pedir sea una misma respecto de los distintos litigantes, circunstancia que lógicamente determina el vínculo del interés jurídico entre ellos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

El señor Procurador Delegado en lo Civil ha solicitado en escrito de 17 de septiembre último se decrete la acumulación de los juicios ordinarios promovidos ante el Tribunal Superior de Manizales por Rita Robledo y otros y por José Restrepo y Restrepo, contra la Nación y el Municipio de Manizales, juicios de que conoce este Despacho en virtud de las apelaciones interpuestas contra las respectivas sentencias de primera instancia en ellos proferidas.

La solicitud está apoyada en la circunstancia de que las súplicas de las demandas que han dado origen a los expresados juicios son de idéntica naturaleza, diferenciándose en cuanto al título que les sirve de fundamento y en cuanto a los lotes de terreno que son objeto de las acciones incoadas.

Tramitada en debida forma la petición y practicada la relación de autos, se pasa a decidir por la Sala, en atención a que uno de los juicios está al despacho para sentencia.

Expresa el representante de la Nación que la conexión de causas en el presente caso está contemplada en el inciso 4º del artículo 398 del C. J., en virtud de que "cada uno de los dos grupos de demandantes propone las mismas acciones, aunque versan sobre dos inmuebles diferentes...".

El señor apoderado de la parte demandada en el primero de los juicios mencionados (Rita Robledo y otros) manifiesta que a sus poderdantes poco importa el hecho de la acumulación en sí, pero que a su parecer la acumulación no es procedente porque "son distintos los títulos y la causa del derecho de cada demandante..." y que: "Bien puede fallarse uno de los negocios en favor y el otro en contra, a pesar de ejercitarse en ambos la acción resolutoria de un contrato, sin que la sentencia en cualquiera de ellos, obre o repercuta en el otro, sin que por este motivo exista contradicción".

Fundada como está la acumulación pedida en la identidad de causa, conviene aclarar si en verdad esa identidad aparece demostrada de autos.

Para que tal circunstancia se produzca jurídicamente es indispensable que el derecho que se ejercita en cada uno de los juicios provenga de un mismo título u obligación, no importa que la acción vaya dirigida contra varias personas. La Corte en numerosas oportunidades ha fijado normas claras y precisas acerca de la interpretación y alcance que ha de darse a las reglas contenidas en el artículo 398 del C. Judicial, y al referirse al numeral 4º de dicho artículo expresó en casación de 16 de septiembre de 1943, G. J. Tomo

LVI, página 130, que él obedece a dos principios, a saber: "...evitar el que sobre un mismo punto jurídico y en ejercicio de una misma acción, respecto de personas ligadas entre sí por una conexión jurídica, pueda dar lugar a fallos contradictorios"; y en el de la economía procesal "que tiende a hacer efectivos los derechos, con el menor esfuerzo de tiempo y de dinero".

Por tanto, para que proceda la acumulación de autos con arreglo al caso definido en el inciso 4º de que se trata, es necesario que la causa de pedir sea una misma respecto de los distintos litigantes, circunstancia que lógicamente determina el vínculo del interés jurídico entre ellos.

No ocurre tal cosa en los negocios cuya acumulación se pide, los cuales no tienen nada de común en cuanto al derecho, causa o razón de pedir. Apenas si puede decirse que hay una simple semejanza de acciones, como que en uno y otro pleito lo que se demanda es la resolución de dos contratos en los cuales son diferentes tanto la persona de los contratantes como los bienes materia de las enajenaciones que se atacan.

En un caso semejante a éste, la Corte en casación de 14 de agosto de 1946, G. J. 2034, página 806, después de transcribir el texto completo de los artículos 397 y 398 del C. Judicial, dijo lo siguiente:

"Aquí los litigantes no son los mismos, puesto que Botero y Londoño son personas distintas; los contratos no son los mismos, porque por más que ambos sean de compraventa, uno fue el celebrado con Botero y otro el celebrado con Londoño; las cosas no son una misma, porque la finca singular que como cuerpo cierto compró Botero es distinta de la que también como cuerpo cierto y por sus propios linderos diferentes de aquélla compró Londoño; siendo diferentes los contratos, las fincas y los compradores, cada venta tiene su propia causa de ataque; por más que ésta arranque de una misma situación legal en las relaciones entre la sociedad conyugal y el marido, la causa no es una misma, dando al vocablo **causa** su sentido jurídico al respecto, que no mira al motivo remoto".

Se concluye necesariamente así que la acumulación pedida por el representante de la Nación no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales,

RESUELVE:

Niégase la acumulación de los juicios promovidos por Rita Robledo de Villegas y otros y por José Restrepo y Restrepo contra la Nación y el Municipio de Manizales de que se ha hecho mérito.

Cópiese y notifíquese.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

ALCANCE DE LA DISPOSICION CONTENIDA EN EL DECRETO LEY NUMERO 10 DE 1950, SOBRE QUE TANTO LA PROPUESTA DE CONTRATO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS, COMO LA OPOSICION A ELLA, HAN DE SOMETERSE A LOS REQUISITOS DE FORMA DE LAS DEMANDAS EN JUICIOS ORDINARIOS

Las exigencias del decreto-ley número 10 de 1950 para que tanto el aviso como la oposición se sometan, en su caso, a los requisitos de forma prevenidos por el Código Judicial para las demandas sobre inmuebles no tienen otro alcance que el de imponer a los interesados la obligación de identificar con exactitud y precisión el inmueble a que refieren sus pretensiones, y determinar precisamente los hechos de donde derivan esa pretensión, y el derecho con que las respaldan, para que de esta suerte queden también claramente preestablecidos los límites dentro de los cuales ha de agitarse la controversia judicial que puede subseguir.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El magistrado ponente en este negocio declaró infundada la excepción de inepta demanda propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en providencia de 24 de agosto último, contra la cual interpone el recurso de súplica.

La Compañía de Petróleo de Cundinamarca, S. A. hizo una propuesta para explotar petróleo que se considera nacional, en los municipios de La Gloria y Gamarra, del Departamento del Magdalena, propuesta a la cual se opusieron los señores Dimas Sampayo, Félix y Elías Zurek, Carlos Meisel U., Pedro Trigos A., Críspula de Blanco y Carmen Blanco de Pérez, pues estiman que los terrenos salieron del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 y se hallan comprendidos dentro de los que abarca la mentada propuesta.

El Ministerio de Minas y Petróleos remitió las diligencias a la Corte para que se siguiera juicio ordinario y se resolviera sobre la propiedad del petróleo en relación con la propuesta y las oposiciones.

Al correrle traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, propuso la excepción de inepta demanda, como ya se dijo, la cual se funda, en esencia, en que los escritos de oposición no reúnen los requisitos de los artículos 205 y 737 del Código Judicial: "no está claramente expresado en ellos —dice el señor Procurador— la acción de dominio según lo prescrito por el artículo 10 del decreto-ley número 10 de 1950, no se señala el Juez que haya de definir la contienda y no están clasificados ni enumerados en el escrito del señor Sampayo los hechos en que se fundamenta la oposición".

Consideró el sustanciador que en tales escritos se reunían los requisitos legales, en el fondo, pues se sabía el juez qué debía conocer del asunto, y se conocía el objeto de la litis o la finalidad de las oposiciones y del juicio.

Insiste el señor Procurador en su punto de vista y por eso recurre en súplica ante el resto de la Sala, para lo cual alega, en síntesis, que las oposiciones no han de declararse hoy **fundadas** o **infundadas,** sino que con ellas se busca una sentencia declaratoria de dominio particular, después del decreto 10 de 1950; que después del decreto quedaron eliminados los juicios breves y sumarios encaminados a paralizar la celebración de contratos de exploración y explotación de petróleos con el Gobierno; y que resulta así lógico que se dé cumplimiento a la reforma aplicando los artículos 12 (inciso 4º) y 10 del decreto, con el fin de que se pueda declarar, no si es "fundada" o no la oposición de Sampayo y otros a la propuesta hecha por la Compañía de Petróleos de Cundinamarca, S. A., sino "si los opositores tienen el derecho real de dominio en los fundos que consideran suyos y a la vez afectados por la propuesta".

Los actores deben, pues, "reformar su antiguo

escrito de oposición administrativa, amoldándolo a la técnica de las demandas ordinarias sobre inmuebles y ejercitando en él la acción de dominio en cualquiera de sus especies —declarativa o reivindicatoria— pues no de otra suerte podrían alcanzar sentencia consonante con lo que deben pedir".

Se considera:

El artículo 205 del Código Judicial indica las condiciones de una demanda, o sea, que se diga el juez, el nombre de las partes y de sus representantes, su vecindad, qué es lo que se demanda y los fundamentos de hecho y de derecho y la cuantía cuando sea necesario.

Y el 737 especifica que la del juicio ordinario debe enunciar con claridad y precisión las peticiones que se hacen y expresar los hechos en que se apoyan, debidamente clasificados y numerados.

Además, el artículo 10 del decreto número 10 de 1950 establece que cuando haya oposición "en cuanto a la propiedad del petróleo", se suspende la tramitación de la propuesta y se envían los documentos a la Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—para que mediante la tramitación del juicio ordinario de mayor cuantía se decida **"si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición".**

En el caso que se estudia se conoce el Juez, pues la ley misma determina cuál es el único que tiene competencia privativa, que es la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

Lo que se demanda está expresado claramente en el escrito de oposición de Elías Zurek y otros, pues allí se dice que la propuesta "se refiere a terrenos de los cuales una parte de su área se superpone o cubre gran parte" de los inmuebles cuyos linderos se enuncian; que ellos "hacen parte de un lote con mayor extensión" que "salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y desde entonces no ha vuelto a ingresar a dicho patrimonio"; **que los dueños del suelo lo son igualmente del subsuelo y del petróleo que se encuentra;** y que, en consecuencia, se oponen **"a que se celebre el contrato a que se refiere la propuesta de la Compañía de Petróleos de Cundinamarca".**

No es igualmente expresa la oposición de Dimas Sampayo, pues no dice que se opone a la celebración del contrato, aunque sí declara que dentro del terreno delimitado por la propuesta de la Compañía de Petróleo "está comprendida gran parte de los terrenos que me pertenecen" y cuyos linderos determina, y que "salieron del dominio del Estado o dejaron de ser oficiales para convertirse en bienes pertenecientes a particulares".

Igualmente se invocan las disposiciones legales que se consideran aplicables, en ambos escritos.

Así las cosas, y admitiendo que con el decreto número 10 de 1950 se operó una reforma, en el fondo coinciden las aspiraciones de quienes se presentan ante la Corte. Verdad es que anteriormente se decidía en el juicio breve y sumario si la oposición era fundada; hoy y en virtud del decreto 10 de 1950, en habiendo oposición, se remiten las diligencias a la Corte para que se decida en juicio ordinario "si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición".

De esta suerte, no puede decirse que no se sabe qué haya de declarar la Corte, cuando el decreto enseña cuál es el objeto preciso y determinado de la controversia y el alcance que va a tener, según lo que resulte demostrado.

Por ello en la anterior providencia se expuso:

"La exigencia del decreto-ley número 10 de 1950 para que tanto el aviso como la oposición se sometan, en su caso, a los requisitos de forma prevenidos por el Código Judicial para las demandas sobre inmuebles —dijo el magistrado ponente— no tienen otro alcance que el de imponer a los interesados la obligación de identificar con exactitud y precisión el inmueble a que se refieren sus pretensiones, y determinar precisamente los hechos de donde derivan esa pretensión, y el derecho con que la respaldan. Para que de esta suerte queden también claramente preestablecidos los límites dentro de los cuales ha de agitarse la controversia judicial que puede subseguir.

"Ahora bien: si se examinan con algún detenimiento los términos en que se hallan concebidas las oposiciones de que aquí se trata, fácilmente puede observarse que, aun cuando su presentación no corresponde exactamente a la forma acostumbrada para las demandas que por

modo directo se presentan a los funcionarios del órgano jurisdiccional, no dejan duda alguna en cuanto al objeto mismo de sus pretensiones, dirigidos simplemente a que se declaren como de propiedad particular los terrenos que cada uno de los interesados identifica por su ubicación y linderos con base, naturalmente, en estos dos hechos fundamentales: haber salido legítimamente del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 sin que luégo se hayan vuelto a reincorporar en él; y ser los opositores los actuales titulares de ese dominio privado. Todo ello con fundamento en disposiciones concretas de la ley que allí mismo se determina".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, mantiene la providencia de 24 de agosto último, materia de la súplica.

Notifíquese.

Luis Rafael Robles—Agustín Gómez Prada. — Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

EL QUE LA LIQUIDACION PRESENTADA POR EL DEMANDANTE NO SEA OBJETADA POR LA CONTRAPARTE EQUIVALE A UNA CONFESION, Y POR TANTO A ESTE CASO ES APLICABLE EL PRECEPTO DEL ARTICULO 170 DEL C. J., CONFORME AL CUAL LAS CONFESIONES DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO NO PERJUDICAN A LA PARTE QUE REPRESENTAN

Cuando se hace una condenación en abstracto, por falta de las demostraciones necesarias para hacerla en concreto, es incuestionable que subsiste para el demandante, dentro del correspondiente incidente de liquidación, la obligación que tenía inicialmente de dar la prueba sobre la cuantía determinada de sus pretensiones. Pero además, como en la demanda incidental de liquidación se hacen apreciaciones o afirmaciones motivadas sobre el monto de la regulación a que se aspira, también por este aspecto correspóndele al demandante la prueba de sus afirmaciones. ACTORI INCUMBIT PROBATIO.

Mas si esto es evidente de acuerdo con los principios generales sobre la carga de la prueba, ¿cuál es la razón o fundamento del artículo 553 del Código Judicial, en cuanto establece que si la liquidación no es objetada por el demandado en el término del traslado, "el Juez dicta auto aprobatorio de ella"? ¿Y por qué se establece igualmente que si la liquidación es impugnada, sólo entonces se abre el incidente a pruebas?

Obsérvase que el demandado puede no objetar la liquidación en una de estas tres formas: o manifestando expresamente su conformidad con ella, o expresando simplemente que no la objeta, o guardando silencio. En todo caso, cualquiera que sea la forma que se adopte por el demandado, las consecuencias han de ser las mismas: el Juez debe aprobar la liquidación presentada, o en otros términos, debe fijar la cuantía líquida de las prestaciones de acuerdo con lo pedido por el demandante.

Pero como el actor no tiene obligación de acompañar a su liquidación ninguna prueba, hay que convenir entonces en que la ley, al ordenar que el Juez debe dictar "auto aprobatorio de ella", ha tomado en cuenta o como base aquella aceptación expresa o tácita del demandado.

A esta aserción conduce también el artículo 593 del Código citado, el cual prevé que "toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda o de la defensa, SI LA EXISTENCIA Y VERDAD DE UNOS Y OTROS APARECEN DEMOSTRADOS, DE MANERA PLENA Y COMPLETA, SEGUN LA LEY...:"; porque si no se considerara como medio de convicción la aceptación expresa o tácita del demandado, ¿en qué podría fundarse la decisión aprobatoria del Juez, que en el fondo determina la suma que éste debe pagar al demandante?

Es cierto que en estos casos podría hablarse con mayor propiedad de ALLANAMIENTO A LA DEMANDA, como suelen hacerlo algunos doctrinantes y legislaciones extranjeras; pero a la Corte no le cabe duda que el legislador colombiano, que no regula como tal esta figura procesal, lo ha considerado como una especie o modalidad de la confesión: primero, porque a las prestaciones concretas afirmadas por una parte, asiente la otra; y segundo, porque al demandado no puede serle indiferente la cuantía o monto de esas prestaciones, que indudablemente afecta sus intereses.

Y aunque en términos generales, una manifestación expresa es requisito propio de la confesión, esa tesis no es tan absoluta como lo pretende el apoderado del actor, puesto que el artículo 606 del Código Judicial también admite en casos especiales la confesión presunta o tácita, y no sólo por declaración de Juez sino POR OTRA CAUSA, que sin duda cobija la situación de que se viene hablando.

Por todo lo cual, como las confesiones de

los Agentes del Ministerio Público no perjudican a la parte que representan, según lo dispone el artículo 170 del Código Judicial, el hecho de que la liquidación no haya sido objetada por la persona que representa la parte demandada, no es suficiente para que ella sea aprobada por el Juez cuando se trata de juicios adelantados contra una entidad de derecho público.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Para que se diera cumplimiento a la sentencia definitiva dictada en este negocio por la Corte Suprema de Justicia con fecha seis de julio del corriente año, el apoderado de la parte demandante presentó al Tribunal Superior de Barranquilla una liquidación motivada sobre el valor de los dos lotes de terreno a cuyo pago fue condenada la Nación por la expresada sentencia, liquidación a la cual se acompañaron algunas pruebas y cuyo resumen es del tenor siguiente:

"Valor que el estado debe pagar al doctor Arturo Fabio Manotas por el lote marcado con la letra A) del fallo de la Corte, según la liquidación hecha arriba, QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS VEINTISEIS PESOS CON TREINTA CENTAVOS COLOMBIANOS ($ 556.926.30).

"Valor que el Estado debe pagar al mismo doctor Arturo Fabio Manotas por el lote marcado con la letra B) del fallo de la Corte Suprema de Justicia, según liquidación hecha anteriormente, UN MILLON CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA CENTAVOS COLOMBIANOS ($ 1.494.363.40).

"Suma total que debe pagar el Estado al doctor Arturo Fabio Manotas por los dos lotes marcados con las letras A) y B) del fallo de 6 de julio del presente año, proferido por la Corte Suprema de Justicia, como viene liquidada, DOS MILLONES CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON SETENTA CENTAVOS COLOMBIANOS ($ 2.051.289.-70)".

El Tribunal de Barranquilla aprobó la expresada liquidación por providencia de veintitres de agosto del año en curso, fundándose exclusivamente en que el representante de la Nación no la objetó al contestar el traslado que se le diera.

"Como se ha visto —dijo en su providencia aquella Corporación— el señor Fiscal 1º del Tribunal ninguna objeción le hizo a la liquidación presentada, no obstante resentirse dicha liquidación de los requisitos señalados por la H. Corte en la sentencia cuya ejecución se impetra. Ahora bien, de conformidad con el inciso segundo del precitado art. 553 del C. J. si la liquidación no es objetada el Juez deberá dictar auto aprobatorio de ella. Dada esta circunstancia, al Tribunal no le queda otra alternativa que aprobar la liquidación, ya que al respecto el representante de la entidad demandada no la impugnó en su debida oportunidad".

Y después, al resolver negativamente una reposición pedida por el señor Fiscal 1º, insistió el Tribunal en sus apreciaciones, en los siguientes términos:

"La petición de revocación la basa el señor Fiscal 1º en que lo manifestado por él en su primer escrito es una confesión que no compromete en nada los intereses de la Nación.

"Primeramente conviene observar: decir que ninguna objeción se hacía a la liquidación, y decir después que aquella manifestación es una confesión que el Tribunal debió tener en cuenta para abrir el incidente a prueba, y que debe tener en cuenta ahora para revocar su auto, es algo que no se compadece con la seriedad y los conocimientos que debe poseer quien tiene a su cuidado la delicada misión de defender los intereses del Estado. Si el señor Fiscal 1º sabía, como tenía que saberlo, que podía objetar la liquidación que se presentaba a cargo de la Nación, no ve el Tribunal el por qué en vez de hacerlo así el señor representante de la Nación hubiera preferido decir que no tenía objeciones que hacerle a la liquidación, para venir ahora a reclamar contra un auto que sólo su actitud hizo posible.

"¿Una confesión?.

"El art. 170 del C. de P. C. establece, entre otras cosas, que los Agentes del Ministerio Público no pueden absolver posiciones y sus confesiones no perjudican a la parte que representan. Pero no cree el Tribunal que equivalga a una confesión judicial la manifestación hecha por el señor Fiscal 1º en su primer escrito, porque aquella manifestación no fue la contestación a una pre-

gunta hecha en posiciones, y porque, dada la naturaleza del reclamo y dada también la naturaleza del trámite legal adoptado, aquella manifestación del señor Fiscal hecha en el sentido de no tener objeción alguna que hacerle a la liquidación al contestar el traslado, no tenía ni tiene otro valor y significado distinto del que podía darle el art. 553 del C. de P. C., o sea el de un hecho procesal que obligaba al Tribunal a impartirle su aprobación a la liquidación. Además, a la luz del tantas veces citado art. 553, no se le puede reconocer al señor representante de la Nación esa condición privilegiada que pretende tener frente a la otra parte, que a eso se llegaría en realidad si se acceediera ahora a sus pretensiones. Ni la citada disposición, ni otra distinta, autoriza darle al representante de la Nación un tratamiento que ponga a la otra parte en situación desventajosa dentro del procedimiento que tiende a hacerle efectivo a ésta un derecho que le ha sido ya reconocido, cual es el de que se le pague el valor de dos lotes de terreno que le pertenecen en propiedad. El señor Fiscal 1º obró con todas las de un apoderado judicial y su manifestación, hecha en el sentido de que ninguna objeción tenía que hacerle a la liquidación presentada por la otra parte, tiene todo el valor jurídico que le da el art. 553 del C. de P. C.".

Concedida al señor Fiscal 1º la apelación interpuesta en subsidio, tanto el señor Procurador Delegado en lo Civil como el señor apoderado de la parte demandante han expresado ante esta Sala sus respectivos puntos de vista en relación con la providencia reclamada, en la oportunidad prevista por el artículo 502 del C. J.

Considera el señor Procurador Delegado que el auto aprobatorio de la liquidación debe revocarse y en su lugar abrirse a prueba el incidente; y a tal efecto razona así:

"Cuando éste (el demandado) lo es un simple particular desprovisto de fueros, es claro que su asentimiento expreso a los hechos afirmados en la liquidación incidental equivale a una confesión suya, al tenor del artículo 604 del C. J.; y hecha por su apoderado judicial, se presume rendida por el mismo poderdante (artículo 607, inciso 2º, C. J.). De modo que todo lo dicho por el apoderado en acuerdo con la cuantía liquidada por su contrario, constituye plena prueba, decisiva para desatar el incidente en consonancia con lo demandado y aceptado.

"Pero ocurre lo mismo cuando el condenado **in genere**, no lo es ya un simple particular, sino una entidad de Derecho Público que comparece a juicio representada por Personeros, Fiscales o Procuradores del Ministerio Público?. Pueden éstos, al contestar el traslado de que trata el artículo 553, aceptar los hechos afirmados en la demanda incidental, cuya comprobación no pudo hallar el sentenciador a través del haz probatorio aportado dentro del ciclo ordinario de prueba?. Esa aceptación tiene efectos vinculantes para sus representados?.

"Estos interrogantes se resuelven, a mi juicio, con lo estatuído en dos disposiciones relativas a la comparecencia de los Agentes del Ministerio Público en los debates judiciales.

"Una es de carácter general y la otra de alcance especial, ninguna de las cuales comporta excepciones en razón de la clase de tramitación que se adelante.

"Es la primera, el artículo 170, inciso 2º, del C. J., de cuya virtud se dio cuenta el Fiscal, tardía pero no inoperantemente, y cuyas voces son: Los Agentes del Ministerio Público 'no pueden tampoco absolver posiciones, y sus confesiones no perjudican a la parte que representan.' Es la segunda el artículo 176 **ibidem**, relativa a los Fiscales de los Tribunales Superiores, en cuyo numeral 3º se declara que es función suya: '...representar al Estado... en las acciones que contra él se dirijan y que deban ventilarse ante dichos Tribunales, **observando las instrucciones que se les dén'.**

"Manifestar, como lo hizo el ex-Fiscal Polo Avila, que no tenía objeción alguna que hacer a la liquidación presentada por los doctores Luis Eduardo Manotas y Arturo F. Manotas, es confesar, como hecho que perjudica a su parte, ser matemáticamente justa la cantidad muy valiosa deducida por ellos contra la Nación. Y hacerlo sin pedir al Gobierno las debidas instrucciones, requeridas por la ley (y aún aconsejadas por elemental prudencia), es violar flagrantemente la segunda de las mentadas disposiciones".

Por su parte, el apoderado del demandante estima que la providencia recurrida es perfectamente legal, porque a su juicio no puede hablarse en este caso de confesión hecha por un Agente del Ministerio Público, "en un traslado cuyo transcurso no fue interrumpido con manifestación o declaración que pudiera ser considerada como confesión". Cita la opinión de algunos

tratadistas sobre lo que debe entenderse por confesión, reproduce algunas jurisprudencias de la Corte en relación con el artículo 553 del C. J., en su inciso 2º, que evidentemente son favorables a su tesis, y como resumen sintetiza así su argumentación:

"La explicación de lo que el legislador y la jurisprudencia entienden por confesión es elemental y por tanto no es necesario insisitr mucho en ella. El primero dio concepto cuando fijó que 'la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que la perjudica afirmado por la otra, reviste el carácter de confesión'. La segunda —la jurisprudencia— ya dijo que el silencio de una de las partes no se puede tomar como una confesión, por carencia de la manifestación que es primordial en toda confesión, ya que no puede haber en este caso confesión alguna sin la intervención del lenguaje, y menos aún si cuando éste interviene lo hace con locuciones negativas en notas de devolución de expedientes.

".....

"Los tratadistas en este caso están de acuerdo en que la confesión no puede servirse del silencio para aparecer de manifiesto en las actuaciones judiciales o extrajudiciales sino que es siempre una **declaración** o **manifestación** exterior de ser cierto un hecho, porque las intenciones no pueden ser objeto de la vida legal y sólo lo constituyen acciones o hechos que tengan un valor jurídico, capaz de generar un derecho que como tal sea lícito y no prohibido por la ley o que ésta no exija una prueba distinta para la realización de la obligación. En forma inequívoca **fue desplazado el silencio como medio de hacer confesiones en juicio y fuera de juicio,** y lo fue también la teoría ilógica de que una negación pueda ser convertida en una confesión o cuestión afirmativa de ser ciertos determinados hechos".

Vista como queda la posición de las partes frente al auto recurrido, la Sala considera:

Cuando se hace una condenación en abstracto, por falta de las demostraciones necesarias para hacerla en concreto, es incuestionable que subsiste para el demandante, dentro del correspondiente incidente de liquidación, la obligación que tenía inicialmente de dar la prueba sobre la cuantía determinada de sus pretensiones. Pero además, como en la demanda incidental de liquidación se hacen apreciaciones o afirmaciones motivadas sobre el monto de la regulación a que se aspira, también por este aspecto corresponde al demandante la prueba de sus afirmaciones. **Actori incumbit probatio.**

Mas si esto es evidente de acuerdo con los principios generales sobre la carga de la prueba, ¿cuál es la razón o fundamento del artículo 553 del Código Judicial, en cuanto establece que si la liquidación no es objetada por el demandado en el término del traslado "el Juez dicta auto aprobatorio de ella"?. ¿Y por qué se establece igualmente que si la liquidación es impugnada, sólo entonces se abre el icidente a pruebas?.

Obsérvese que el demandado puede no objetar la liquidación en una de estas tres formas: o manifestando expresamente su conformidad con ella, o expresando simplemente que no la objeta, o guardando silencio. En todo caso, cualquiera que sea la forma que se adopte por el demandado, las consecuencias han de ser las mismas: el Juez debe aprobar la liquidación presentada, o en otros términos, debe fijar la cuantía líquida de las prestaciones de acuerdo con lo pedido por el demandante.

Pero como el actor no tiene obligación de acompañar a su liquidación ninguna prueba, hay que convenir entonces en que la ley, al ordenar que el Juez debe dictar "auto aprobatorio de ella", ha tomado en cuenta o como base aquella aceptación expresa o tácita del demandado.

A esta aserción conduce también el artículo 593 del Código citado, el cual prevé que "toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda o de la defensa, **si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa, según la ley**...**";** porque si no se considerara como medio de convicción la aceptación expresa o tácita del demandado, ¿en qué podría fundarse la decisión aprobatoria del Juez, que en el fondo determina la suma que éste debe pagar al demandante?.

Es cierto que en estos casos podría hablarse con mayor propiedad de **allanamiento a la demanda,** como suelen hacerlo algunos doctrinantes y legislaciones extranjeras; pero a la Corte no le cabe duda que el legislador colombiano, que no regula como tal esta figura procesal, la ha considerado como una especie o modalidad de la confesión: primero, porque a las prestaciones concretas afirmadas por una parte, asiente la otra; y segundo, porque al demandado no puede serle

indiferente la cuantía o monto de esas prestaciones, que indudablemente afecta sus intereses.

Y aunque en términos generales, una manifestación expresa es requisito propio de la confesión, esa tesis no es tan absoluta como lo preten de el apoderado del actor, puesto que el artículo 606 del Código Judicial también admite en casos especiales la confesión presunta o tácita, y no sólo por declaración de Juez sino **por otra causa,** que sin duda cobija la situación de que se viene hablando.

Por todo lo cual ya debe deducirse que el auto reclamado del Tribunal de Barranquilla es improcedente, desde luego que las confesiones de los Agentes del Ministerio Público no perjudican a la parte que representan, como lo dispone el artículo 170 del Código Judicial, en su inciso 2º.

A virtud de las consideraciones anteriores, que fijan el nuevo criterio de la Sala sobre la cuestión debatida, la Corte Suprema de Justicia REVOCA la providencia objeto de la apelación, a fin de que por el Tribunal de Barranquilla se abra el incidente a pruebas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Rafael Robles—Agustín Gómez Prada Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR DAÑOS OCASIONADOS A PARTICULARES POR EL MAL ESTADO DE UN BIEN DE USO PUBLICO

En tratándose de actividades privadas, cada cual puede ejecutar acciones peligrosas asumiendo el riesgo que pueda correr en su aventura, mientras con ella no quebrante derechos ajenos; pero en tratándose de bienes del Estado cuyo uso y goce corresponde por derecho a los particulares (art. 674 del C. C.), el Estado tiene la obligación de mantenerlos en condiciones de ser usados sin riesgos innecesarios y previsibles, sin que valga la excusa de que haciendo la advertencia de ese riesgo se libra de responsabilidad culposa: eso lo veda el primordial deber de velar por la seguridad de las personas y de su patrimonio, que es más imperiosa en lo que se refiere a la administración de los bienes que forman el dominio público y que están destinados para el uso o servicio público.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiseis de octubre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de 24 de octubre de 1946, declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada y absolvió al Departamento del Tolima de todos los cargos que se le formularon en el libelo de demanda.

Contra esa sentencia interpuso apelación el apoderado de la parte actora, y por eso debe revisarse por esta Sala de la Corte.

La demanda y la respuesta. Dioselina Gutiérrez, José Joaquín Antenor, Isabel y Lastenia Rodríguez, y Encarnación Bonilla de Preciado demandaron al Departamento del Tolima para que en juicio ordinario se declarara:

Primero, que el Departamento es civilmente responsable de la muerte de los señores Jorge Gutiérrez y Gregoria Rodríguez, y de las heridas sufridas por la señora Encarnación Bonilla de Preciado, a causa de la caída del puente colgante situado a inmediaciones del Municipio del Guamo, sobre el río Luisa hecho ocurrido el 14 de febrero de 1942; y

Segundo, que se condene al Departamento a pagar a los arriba nombrados y a Pablo Adán Rodríguez, los perjuicios materiales y morales ocasionados con la muerte de los señores Gutiérrez y Rodríguez y con las heridas causadas a la Bonilla, cuyo valor debe fijarse durante el juicio por peritos.

Los hechos que sirven de base a las peticiones, pueden compendiarse así:

a) En los días 12 y 13 de febrero de 1942, el doctor Manuel Silva, ingeniero departamental, por encargo, orden o comisión del Gobernador, procedió a arreglar el puente colgante que queda sobre el río Luisa, cerca del Guamo.

b) Al efecto, descargó una parte del muro oriental de dicho puente, hacia la estribación sur, e igualmente fue sacado y soltado del planchón de acero que lo sostenía, también por el extremo sur, el cable del lado oriental del puente y que sostenía la parte superior del mismo, o sea el que iba sobre las torres del puente.

c) Una vez sacado el cable del planchón de acero que lo sujetaba, fue cortado en su extremo sur, y para reeemplazar la parte cortada se le unieron unas varillas de hierro que fueron atadas a un cable de manila, y éste, en vez de asegurarse al planchón de acero que sostenía el cable del puente, se amarró a un poste de madera, todo lo cual fue inadecuado no sólo para sostener únicamente el peso del puente, sino con mayor razón, el de éste, el de vehículos, y el de pasajeros.

d) Al pasar el bus denominado "El Royal", el 14 de febrero de 1942, por sobre el puente mencionado, se safó el cable principal de la unión que tenía con el cable de manila atado al poste de madera, que cedió, y el puente se derrumbó totalmente, lo que ocasionó la caída del vehículo y la muerte de Pedro Barreto, su conductor, la de Jorge Gutiérrez y Gregoria Rodríguez, y la herida de gravedad de Encarnación Bonilla de Preciado, que quedó con un brazo inutilizado.

e) El ingeniero departamental Manuel Silva procedió contra toda técnica y aún contra elementales nociones de albañilería y demás artes y, no obstante, ordenó o permitió que pasaran vehículos automotores, conceptuando que no había peligro alguno, y al efecto dio el puente al servicio.

f) El conductor del vehículo no tenía conocimiento de los cambios realizados en el puente, que lo hacían inadecuado para el tránsito, y el celador o inspector de tráfico departamental, señor Estanislao Murillo, no advirtió a los pasajeros de los cambios ejecutados.

g) En la ejecución de las obras de reparación hubo marcado error, imprevisión y culpa por parte de los empleados del Departamento, al dar al servicio una obra imperfecta y peligrosa.

h) El puente citado es de propiedad del Departamento del Tolima y su reparación y conservación han sido siempre ejecutadas por el Departamento.

i) Dioselina Gutiérrez es la madre de Jorge Gutiérrez y los otros demandantes son hijos de Gregoria Rodríguez.

La parte demandada negó el derecho, causa o razón para que se hicieran las declaraciones pedidas, a los hechos contestó diciendo que no le constaban y propuso las excepciones perentorias de carencia de acción y de prescripción de la acción.

De una vez se advierte que no obstante que Pablo Adán y Emelina Rodríguez figuran como hijos de Gregoria Rodríguez, ni el apoderado de los actores ni persona distinta recibió autorización para representarlos, por lo cual el Tribunal se la reconoció solamente a los otros cuatro hijos de la Rodríguez.

La acción se entiende intentada, pues, por Encarnación Bonilla, en su propio nombre, por Dionisia Gutiérrez como madre de Jorge Gutiérrez, y por los cuatro hijos de Gregoria Rodríguez, distintos de Pablo Adán y Emelina.

La sentencia tiene el siguiente contenido:

a) No es admisible la excepción de carencia de acción, porque se trajeron las pruebas que acreditan la personería de los demandantes; y no es admisible la excepción de prescripción, porque en tratándose de una responsabilidad directa, se rige por el artículo 2341 del código civil;

b) El puente de que se habla era de propiedad del Departamento del Tolima y manejado o administrado por esa entidad;

c) El puente fue destruído totalmente el día 14 de febrero de 1942 y en el accidente perecieron las personas de que habla el proceso y resultó herida otra;

d) Pero las consecuencias dañosas cuya indemnización ahora se reclama se debieron a culpa de las víctimas, que exonera de toda responsabilidad a la parte demandada; y

e) Aún demostrada la culpa del Departamento, no se acreditaron los perjuicios materiales ni morales ocasionados con el siniestro a los demandantes.

Procede, pues, la Sala a revisar el fallo apelado, siguiendo el orden enunciado.

a) **Las excepciones perentorias** propuestas por el Departamento, como ya se advirtió fueron dos: la de carencia de acción y la de prescripción de la misma.

La de carencia de acción se funda en que no está probado el hecho de "que Jorge Gutiérrez y Gregoria Rodríguez han muerto", pues las partidas de origen eclesiástico no son admisibles, al tenor del artículo 18 de la ley 92 de 1938.

Tampoco está acreditado que la señora Dioselina Gutiérrez sea la madre de Jorge Gutiérrez, por no aparecer la partida de nacimiento de este último".

La de prescripción se basa en la circunstancia de que, en tratándose de responsabilidad indirecta del Departamento, ya ha transcurrido con exceso, del 14 de febrero de 1942 al 14 de febrero de 1946, el tiempo de tres años que requiere al efecto el artículo 2358 del código civil.

El fallo contesta diciendo que la muerte de Gutiérrez y de la Rodríguez se acreditó con partidas de origen eclesiástico, que son pruebas supletorias que se completaron con las copias de las diligencias de autopsia de aquéllos (fl. 22 y 23 del c. 2).

El Tribunal acepta también las partidas de origen eclesiástico para acreditar que Dioselina Gutiérrez es la madre de Jorge Gutiérrez, y que José Joaquín, Antenor, Isabel y Lastenia Rodríguez son hijos de Gregoria Rodríguez, lo que lo lleva a desechar la excepción de carencia de acción.

Sobre la excepción de prescripción dice el Tribunal que se trata de responsabilidad directa, proveniente de que los órganos de la entidad demandada, por haber ejecutado mal la reparación del puente, dieron ocasión a que ocurriera el percance que causó los daños cuya indemnización se reclama.

Cita el Tribunal, en apoyo de su tesis, la doctrina de esta Sala, de 15 de mayo de 1944 y concluye que la prescripción de corto tiempo del artículo 2358 del código civil no es la aplicable al caso, sino la general de largo tiempo del artículo 2341 del mismo código.

Estima la Sala que lo relacionado con las excepciones no puede estudiarse en esta segunda instancia, porque ellas fueron decididas en forma favorable a la parte actora, quien fue la única que acudió al recurso de apelación: bien sabido es que este recurso sólo puede entenderse interpuesto en lo desfavorable al apelante, sin que pueda enmendarse la providencia en cuanto fue propicia a sus intereses (art. 494 del c. j.).

"El superior que conoce por apelación de una providencia —ha dicho la Corte— 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 la providencia objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante con la sentencia o el auto recurrido. 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" (Casación de 25 de noviembre de 1938, G. J. tomo XLVII, número 1943, página 418).

b) **Que el puente era de propiedad del Departamento** y manejado o administrado por esa entidad, aparece plenamente demostrado así como también existe la plena prueba de que la reparación la ejecutaba el Departamento por medio de sus dependientes.

En el particular obra la declaración del señor Gobernador de que el dicho puente "fue construído por el Departamento y es de uso público"; que durante los meses de enero y febrero de 1942, la Secretaría de Obras Públicas del Tolima "había ordenado trabajos activos en el puente mencionado para llevar a efecto las reparaciones que requería la estructura y con tal motivo se había prohibido el tránsito de vehículos cargados" (f. 67 del c. 2º).

El fallo trae como pruebas de los hechos enunciados al principio de este aparte, los siguientes:

La copia del decreto de nombramiento y acta de posesión del doctor José Romero Casas como secretario de obras públicas del Departamento del Tolima (fls. 10 y 11 del c. 2º);

La copia de la Resolución por la cual se crean comisiones técnicas de fomento municipal y se nombra al doctor Manuel I. Silva S. como ingeniero visitador de construcciones en general, y la del acta de posesión de dicho profesional (fls. 12 y 13 ibidem);

Certificado del secretario de hacienda en el cual, "por razón del cargo que desempeña", asegura que el puente era de propiedad del Departamento en la época de los sucesos (f. 15 ibidem);

Copias de la correspondencia cruzada entre la secretaría de obras públicas, el encargado de la reparación José Rojas Martínez, el ingeniero Silva, el inspector almacenista Santiago Cano, y el alcalde del Guamo sobre suministro de materiales para la reparación y medidas preventivas para evitar peligros al realizarla (fls. 26 y siguientes ibidem).

c) **QUE EL PUENTE FUE DESTRUIDO TOTALMENTE el día 14 de febrero de 1942 y en el accidente perecieron las personas de que habla el proceso y resultó herida otra,** también, está acreditado en forma plena o completa.

En efecto, en la inspección ocular practicada el mismo día de los sucesos, después de verificar que el puente había quedado destruído, que el vehículo "Royal" había quedado destrozado debajo de los escombros del puente, que las personas que iban en el mentado bus fueron sacadas de él gravemente lesionadas, exponen cuáles fueron, según su criterio, "las causas principales del accidente" (F. 20 del c. 2º).

Otra inspección ocular se practicó el 16 de febrero del mismo año, o sea, a los dos días, en la cual también se acreditó la destrucción del puente y sus causas (f. 15 v. del c. 2º);

Los peritos médicos examinaron a Encarnación Bonilla y dieron su concepto sobre las lesiones sufridas por ella y practicaron la autopsia de los cadáveres de Jorge Gutiérrez y Gregoria Rodríguez para determinar qué lesiones les habían ocasionado la muerte (fls. 22 y siguientes ibidem).

Por último, numerosos declarantes exponen que los días 12 y 13 de febrero se estuvieron ejecutando trabajos de reparación y arreglo del puente, en qué consistieron y cómo, al pasar el bus "Royal" en el día 14, con los pasajeros ya conocidos, ocurrió el accidente de que trata este proceso, con las consecuencias dañosas ya sabidas (fls. 37 y siguientes ibidem).

d) LA CULPA DE LAS VICTIMAS Y NO DEL DEPARTAMENTO, es el argumento capital esgrimido por la parte demandada a través del proceso y por eso se hará un detenido análisis de las pruebas presentadas.

La sentencia trae como prueba de esta culpa de las víctimas, o más claro, de que ellas asumieron el riesgo por su propia cuenta y, por tanto, que no debe deducirse responsabilidad para el Departamento, las declaraciones de Estanislao Murillo, Sixto Calderón, Margarita Ospina de Sánchez y Jesús A. Rodríguez P., "que dan a entender —dice el Tribunal— que si dichos pasajeros se hubieran bajado del vehículo, como así estaba ordenado, no habrían sido víctimas del siniestro".

Estanislao Murillo dice que él era el celador del puente y que había recibido orden del ingeniero doctor Silva de que "podía dejar pasar carros desocupados, pero no cargados y órdenes también respecto de advertir a los pasajeros que se bajaran de los respectivos carros en que iban; que el día del accidente les ordenó descargar el carro, lo cual ordenó también el chofer, pero que las mujeres que iban manifestaron "que aunque murieran en la oscuridad no se bajaban del carro" (fls. 54 v. del c. 2º y 19 v. del c. 5º).

Sixto Calderón, que tenía una bomba de gasolina al pie del puente, afirma que el paso de vehículos de ruedas, "no se suspendió por sobre el puente colgante sobre el río Luisa a pesar del mal estado en que se encontraban los cables y el tráfico continuó permanente, pero con carros descargados" (f. 55 v. ibidem).

A Margarita Ospina de Sánchez le tocó pasar el puente a pie, el día de los acontecimientos, "porque no me dejaron ir dentro del carro", dice, y apenas estuvo al otro lado vio como el bus Royal cayó al río y ocurrió el siniestro de que habla este expediente (f. 57 ibidem).

Y a Jesús A. Rodríguez P. le consta, finalmente, que el tránsito sobre el puente "no se había suspendido, pero con carros perfectamente desocupados" (f. 63).

e) PERO LA CULPABILIDAD DEL DEPARTAMENTO aparece de manifiesto, si se tienen en cuenta los siguientes factores: que el puente estaba en mal estado desde tiempo atrás; que la reparación, en vez de asegurar un tránsito normal de vehículos, disminuyó su fuerza de resistencia, y con serio peligro para el paso de automotores; que no hubo el día de los sucesos celador que advirtiera el peligro a los transeúntes; y, finalmente, que no se prohibió el paso de carros por el puente.

Que el puente estaba en mal estado de servicio **y ofrecía peligro desde tiempo atrás,** está plenamente demostrado.

Así, desde el 2 de mayo de 1941, el encargado de la reparación de dicho puente especifica los materiales necesarios al efecto (f. 26 del c. 2º) y el ingeniero Silva le contesta que debe determinar mejor tales elementos (ibidem).

El Secretario de Obras ordena en julio mantener la vigilancia y evitar el paso de carros "de más de tres toneladas de carga" (f. 27 ibidem), vigilancia que parece se encomienda al alcalde del Guamo, pues que luego pide se le envíen agentes para intensificar dicha vigilancia (ibidem) y comunica que ha tenido que multar a los choferes que desobedecen la prohibición de pasar con exceso de carga (ibidem).

En oficio de 24 de octúbre le dice el Secretario de Obras al de Gobierno que "el puente sobre el río Luisa se halla en mal estado y su capacidad se ha limitado a tres toneladas. Sinembargo —añade— los camiones pasan con cargamento mayor, dañando el puente con una frecuencia alarmante". (fol. 27 ibidem), y éste le contesta que ha dado orden a la policía "para que disponga el servicio de vigilancia en los puentes a que usted se refiere" (fl. 28 ibidem).

Después de informar el Alcalde del Guamo que el puente "presenta serios peligros", sigue insistiéndose sobre la vigilancia y la imposición de sanciones a los choferes que pasen con más peso del permitido, se pide una cadena con candado para controlar el paso, para terminar ordenando el descargue de los vehículos que quieran atravesar el puente (fls. 28 a 31 ibidem).

Pero esta circunstancia que no figura entre los hechos de la demanda, en nada afectaría los intereses del Departamento, si en uso de sus facultades y deberes de prestar debidamente los servicios públicos, hubiera procedido a reparar el puente y lo hubiera dejado en condiciones de perfecta resistencia para el uso a que naturalmente estaba destinado. Se trae únicamente para hacer ver la fuerza probatoria que contienen los que luego se expondrán.

La eficacia de la reparación la asegura, como es obvio, el ingeniero jefe de construcciones, cuando en dictamen pericial rendido con el doctor Guillermo González Zuleta a los cuatro días del siniestro, dice que "las bases o platinas de

anclaje que sostienen los cables no habían sido debilitadas con motivo de las reparaciones"; que "la reparación misma consistía en reforzar el cable"; que en ninguna de las etapas de la reparación la resistencia del cable fue disminuída"; y que "las condiciones de reparación... no disminuían en absoluto la resistencia que el cable tenía antes de la misma reparación".

Bien es cierto que en el propio dictamen reconocen que es forzoso "suponer que en el momento del accidente, por razones que no conocemos, algunos de los perros (sic) estaban flojos" y que el puente hubiera soportado un peso adicional al del propio puente hasta de tres toneladas, en el momento del accidente, "siempre que el aseguramiento de las varillas de refuerzo hubiera estado en las condiciones debidas o **que el debilitamiento del cable principal no se hubiera acentuado como es de suponerse en los días inmediatamente anteriores al accidente, por exceso de peso en los vehículos que pasaron"** (f. 14 v. del c. 5 y subraya la Corte).

Pero que la reparación aumentó el peligro, o por lo menos no lo suprimió, como ha debido suceder, lo demuestran no pocas pruebas, entre las cuales vale citar las siguientes:

En la diligencia de inspección ocular practicada el mismo día de los sucesos, se dice:

"Las causas principales del accidente fueron las siguientes: el cable mayor superior que sostenía la banda derecha del puente, fue roto en su base y como consecuencia de ello el puente se ladeó al lado derecho y se partió en el mismo sitio donde en esos momentos iba el carro cruzándolo, yéndose todo ese pedazo del puente a tierra, como antes se dijo. De la base del cable mayor, situado en el muro derecho del puente, salía otro cable delgado de ¾ de pulgada que reforzaba el cable mayor, el cual estaba asegurado a un chaflón de madera que estaba enterrado a un metro de distancia de la base del cable mayor, a un metro de profundidad, chaflón éste que fue arrancado con el cable que sostenía y tirado con violencia a unos veinte metros de distancia del mismo puente, más o menos. **En el sitio preciso donde se rompió el cable se observó que la mayoría de las cuerdas que lo formaban estaban ya reventadas con anterioridad a estos hechos por el moho que se pudo notar en ellas".** (f. 21 del c. 2º y subraya la Corte).

Y en la inspección en que tomó parte el ingeniero Silva S. también se **"tomó nota del estado de oxidación del cable en el punto donde fue roto y del número de alambres que habían sido destruídos totalmente por el óxido",** fuera de que algunas tuercas que debían asegurar varillas habían desaparecido sin saberse cómo (f. 16 ibidem y subraya la Corte).

Mas es el propio ingeniero Silva S. quien en declaración jurada dice que no puede asegurar si uno de los cables se había reventado en su mayor parte debido a la acción del tiempo y a la oxidación; que habiendo ido a inspeccionar los trabajos de reparación, había visto la unión de una varilla de hierro que unía uno de los cables con una pieza de madera clavada en tierra; que ese "dispositivo por sí sólo" le había parecido "insuficiente" y que así se lo había manifestado a los obreros, "pero creo que además —añade— había una o tal vez varias poleas diferenciales asegurando el cable"; mas termina diciendo que lo que sí recuerda es que los hilos de uno de los cables "estaban considerablmente adelgazados por el orín, creo que no era la mayor parte del cable la que estaba completamente reventada pero sí podría haber sucedido que el dicho cable estuviera considerablemente deteriorado por adelgazamiento debido a la oxidación de un buen porcentaje de sus hilos" (f. 26 del c. 5).

El inspector almacenista de las carreteras del sur, Santiago Cano, que intervino en la reparación, confirma el concepto del ingeniero Silva, cuando dice que en febrero de 1942 el puente "adolecía de algunas deficiencias para su normal funcionamiento, pues se le había reventado uno de los cables de sostenimiento debido a la acción del tiempo y la oxidación, motivo por el cual me trasladé a esta ciudad (Ibagué) dándole inmediato aviso al Director de Obras Públicas Dr. José Romero Casas, quien me manifestó que el encargado de tales trabajos era el ingeniero Dr. Manuel I. Silva, a quien también localicé y le puse en conocimiento las deficiencias del citado puente, ordenándome al efecto que le destapara la base del cable para ver en qué consistía el daño. Luego de que se comprobó que estaba completamente reventado y deteriorado dicho cable debido a la oxidación me dio orden de que pusiera en el mencionado puente un celador con órdenes de que no pasaran vehículos cargados y que el que quisiera pasarlos desocupados, que bien podían pasarlos bajo su directa responsabilidad... Como lo dije en el punto anterior el desperfecto principal de dicho puente consistía en las reventaduras que tenía el cable debido a la oxidación, lo **que no se podía remediar con otras reparacio-**

nes distintas a la del cambio total de dichos cables, pero en la creencia de que oportunamente se le pondrían dichos cables, le fueron cambiadas varias tablas al piso y otras refacciones similares, las que en ningún caso se efectuaron para la total refacción de la obra, pues como ya lo dije **la base del arreglo era el cambio de los cables pues éstos estaban oxidados**... su estabilidad (del puente) **consistía en el cambio total de los cables' que como lo he dicho estaban reventados y oxidados"** (F. 27 del c. 5 y subraya la Corte).

Y el celador Estanislao Murillo declara que debido a la reparación, "o sea, a la sacada del cable, el puente quedó inservible y sin ninguna estabilidad, debido a que fueron amarradas las puernas (sic) del cable a un cerco de madera sin ninguna consistencia" (f. 19 v. del c. 5.).

Ahora, que el día de los sucesos no hubo quien advirtiera a los pasajeros del peligro, lo niegan el celador Murillo quien dice que a "todo carro que pasaba por el puente se le advertía que tenía que cruzar el puente desocupado", que al chofer y a la gente del vehículo que cayó el día de los sucesos les había dicho que debían bajarse y que no habían querido hacerle caso, (fls. 19 del c. 5 y 54 v. del c. 2º).

Esa negativa la confirma Jesús A. Rodríguez, quien afirma que había un celador permanente que advertía a los pasajeros del riesgo que corrían al pasar el puente dentro de los vehículos (f. 22 del c. 5) y también Margarita Ospina de Sánchez al asegurar que no la dejaron pasar el dicho puente "dentro del carro" el día del accidente y momentos antes de qua aconteciera (f. 57 del c. 2º).

Pero Alicia Rojas S. dice que "el día del accidente nadie me advirtió ni nos advirtió a los demás pasajeros que nos desmontáramos al cruzar el puente, porque no había celador ese día" (f. 22 v. del c. 5).

Rosa Vásquez de Molina asevera que el día que ocurrió el accidente al bus "Royal" "no había celador en el puente" (f. 23 ibidem).

Encarnación Bonilla dice que sí había celador, que estaba sentado en el muro y que, habiéndole preguntado al chofer qué carga llevaba, le ordenó bajarla y luégo dio permiso de "que siguiera el carro" que inmediatamente cayó al río (f. 11 del c. 5).

Pero admítase que sí había celador permanente que advirtiera a los pasajeros del peligro: que ese día les hizo a las víctimas la admonición del caso; todavía más, acéptese, como es lo natural y obvio, que las gentes sabían del mal estado del puente y del peligro que ofrecía su paso, como se desprende de numerosas pruebas de todo el expediente. Nada de esto excusa de la resopnsabilidad por culpa atribuíble a negligencia o descuido del Departamento, al no prohibir el paso del mentado puente, con el argumento de que el que lo pasara dentro de un vehículo asumía el riesgo propio y personal que ese hecho comportaba.

En tratándose de actividades privadas, cada cual puede ejecutar acciones peligrosas asumiendo el riesgo que pueda correr en su aventura, mientras con ella no quebrante derechos ajenos; pero en tratándose de bienes del Estado cuyo uso y goce corresponde por derecho a los particulares (artículo 674 del C. C.), el Estado tiene la obligación de mantenerlos en condiciones de ser usados sin riesgos innecesarios y previsibles, sin que valga la excusa de que haciendo la advertencia de ese riesgo se libra de responsabilidad culposa: eso lo veda el primordial deber de velar por la seguridad de las personas y de su patrimonio, que es más imperiosa en lo que se refiere a la administración de los bienes que forman el dominio público y que están destinados para el uso o servicio público.

El Departamento no cumplía con su deber, pues, advirtiendo del peligro a los pasajeros de los vehículos, sino que estaba obligado a prohibir el paso de los mismos ante el riesgo de que ocurriéra un accidente, como en realidad ocurrió, mientras no pudiera dar paso por el puente sin peligro probable.

Ahora bien, que el Departamento no prohibió el paso de vehículos por el puente, es verdad plenamente establecida en este juicio.

Así consta de numerosas declaraciones que sería prolijo enumerar, así lo admiten el ingeniero encargado de la reparación, el celador del mismo y aún el Gobernador del Departamento (f. 67 del c. 5), y así se desprende del cartel que los peritos en una de las inspecciones practicadas vieron fijado a la entrada del puente y que dice o decía: "Despacio, capacidad máxima, tres toneladas" (f. 16 del c. 2º).

Sobre esto último cabe la observación de que si el bus Royal pesaba tonelada y media y no llevaba sino "varios canastos y gallinas", fuéra de los pasajeros (f. 21 v. del c. 2º), no se completaba el peso tolerado y, por tanto, no se había eliminado el riesgo con el descargue de los vehículos, así como menos se había evitado si el

bus pesaba descargado las tres toneladas permitidas como se afirma en otros lugares (fs. 9 y 10 del c. 4).

Así, pues, la culpabilidad del Departamento aparece plenamente demostrada en el proceso.

Queda sólo por resolver el valor del sobreseimiento allegado por el representante judicial del Departamento, al correrles traslado para alegar en la segunda instancia (f. 45 del c. 3º).

Sobre el particular cabe decir que ese sobreseimiento no altera la situación hasta ahora contemplada, por dos razones: la primera, porque no fue allegado en ninguna de las oportunidades que señala el artículo 597 del Código Judicial; y la segunda, porque la culpa del Departamento como entidad y tal como se ha dejado configurada, no proviene de la culpa contemplada en la providencia de que habla.

e) **Los perjuicios materiales y morales** ocasionados con el siniestro también se comprobaron debidamente en esta instancia, si no en concreto en cuanto a los primeros, sí en forma que permite hacer una condena en abstracto, para que se justiprecien en la forma prevista por el artículo 553 del Código Judicial.

En efecto, Encarnación Bonilla sufrió una fractura del húmero y otras heridas erosiones, que le produjeron una incapacidad para trabajar de cuarenta y cinco días, según la fijación provisional de los peritos médicos, que es atendible. Además, le quedó como consecuencia una perturbación funcional permanente de uno de los brazos, que le quedó inutilizado, según declaran los deponentes Venancio García (f. 10 del c. 4), Manuel Orejuela (f. 4 v. ibidem), Evangelista Rojas Ospina (f. 15 v. ibidem), Isaac Quintero Cruz (f. 16 v.), Antonio María Orejuela (f. 17 v.) y Agustín Guzmán (f. 18 v.).

Así, pues, deben computarse como perjuicios materiales los gastos que hubo de hacer en asistencia médica durante el tiempo de incapacidad, lo que dejó de percibir durante el mismo tiempo por esa misma razón, y la disminución de su rendimiento económico por la perturbación funcional que le quedó en uno de los brazos y durante el tiempo probable de vida.

No es el caso de condenar al resarcimiento de perjuicios morales, que no aparecen en el proceso.

La muerte de Jorge Gutiérrez, el hecho de ser Dioselina Gutiérrez su madre, y el de recibir ayuda económica del primero, también son hechos perfectamente establecidos.

Sobre las dos primeras circunstancias no hay dificultad alguna, según ya se dejó expuesto.

En el incidente deberá establecerse la vida probable de la señora Gutiérrez y la ayuda económica que le prestaba su hijo según las probanzas del cuaderno número 4.

En cuanto a los perjuicios morales subjetivos, la ley da como pauta para fijarlos el prudente arbitrio del juez, sin que haya necesidad de demostrarlo, pues deben presumirse sin que pase la indemnización de dos mil pesos (artículo 95 del Código Penal).

En fin, estando también acreditada la muerte de Gregoria Rodríguez, lo que ganaba en sus actividades y el apoyo que prestaba a su familia, lo que se halla probado con las declaraciones citadas al principio de este aparte, no queda sino la labor de fijar cuál era la ayuda probable que debían esperar sus hijos varones menores y sus hijas durante la vida probable de su madre.

Se habla de la ayuda probable que debían esperar sus hijos varones menores, porque la emancipación legal termina con los derechos y también con los deberes de la patria potestad (artículos 312, 314 del C. C., 13 y 14 de la ley 45 de 1936 y 420 y 422 del C. C.). José Joaquín Rodríguez tenía 23 años el día del accidente y no cabe suponer la obligación de sustentarlo por parte de su madre. Por tanto, se absolverá al Departamento en lo relacionado con perjuicios materiales del dicho José Joaquín Rodríguez; lo que no cabe en lo concerniente a las hijas de toda edad (artículo 63 de la ley 153 de 1887).

Sobre perjuicios morales vale lo dicho a propósito de Jorge Gutiérrez.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada, de 24 de octubre de 1946, dictada por el Tribunal Superior de Ibagué, y en su lugar decide:

1º El Departamento del Tolima es responsable civilmente de la muerte de Jorge Gutiérrez y Gregoria Rodríguez y de las lesiones sufridas por Encarnación Bonilla de Preciado, a causa de la caída del puente colgante sobre el río Luisa, situado a inmediaciones de la población del Guamo, del citado Departamento, hecho ocurrido el 14 de febrero de 1942, en las primeras horas de la mañana;

2º Se condena al Departamento del Tolima a pagar a Dioselina Gutiérrez, madre de Jorge Gutiérrez, los perjuicios materiales y morales que

se le ocasionaron por la muerte de éste, que serán liquidados en la forma prevenida por el artículo 553 del Código Judicial;

Los perjuicio morales se fijan en la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente;

3º Se condena al mismo Departamento a pagar a Encarnación Bonilla de Preciado los perjuicios materiales que se le ocasionaron por las lesiones de que fue víctima con motivo de la caída del puente a que se refiere el punto 1º que serán liquidados en la forma prevista por el artículo 553 del Código Judicial;

4º Se condena al Departamento mencionado a pagar a Antenor, Isabel y Lastenia Rodríguez, hijos de Gregoria Rodríguez, los perjuicios materiales ocasionados con su muerte, que serán liquidados en la forma prevista por el artículo 553 del Código Judicial; se le absuelve en lo referente a José Joaquín Rodríguez por estos mismos perjuicios;

5º Cada uno de los cuatro hijos de Gregoria Rodríguez, José Joaquín, Antenor, Isabel y Lastenia Rodríguez, tiene derecho a que se le pague por el Departamento del Tolima la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), moneda corriente, por concepto de perjuicios morales ocasionados con la muerte de su madre.

Sin costas (artículo 576 del C. J.).

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE ACCEDE A LA SOLICITUD DE ACLARACION DE LA SENTENCIA ANTERIOR.—UNA SENTENCIA NO ES REVISABLE POR EL MISMO JUEZ O TRIBUNAL QUE LA HA PRONUNCIADO

No es posible la revisión de una sentencia por el mismo Juez o Tribunal que la ha proferido, porque a ello se oponen preceptos claros y expresos del procedimiento, tales como el que permite alegar las nulidades solamente hasta "antes de que se dicte la sentencia" (artículo 456) y, principalmente, el que estatuye que "la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo juez o tribunal que la ha pronunciado" (artículo 482).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

El apoderado de la parte demandada pide que se declare "sin valor ni efecto alguno" la sentencia de segunda instancia, de 26 de octubre último, por medio de la cual esta Sala declaró al Departamento del Tolima responsable de la muerte de Jorge Gutiérrez y Gregorio Rodríguez y de las lesiones sufridas por Encarnación Bonilla de Preciado, y se condenó al mismo Departamento a pagar los perjuicios materiales y morales ocasionados.

En subsidio solicita que se complemente aquella resolución "decidiendo también sobre las excepciones" que se dejaron de considerar.

En forma por demás sucinta las razones del peticionario son las siguientes: que no se estudió a fondo la responsabilidad civil y su división en directa e indirecta para poder analizar la excepción de prescripción; que la teoría de que las entidades públicas deben en todo caso responder por los daños que causen los bienes de uso público es empírica y simplista; pues la simple teoría del riesgo no tiene asidero en nuestra ley; que no se explica por qué la condena en perjuicios morales se hizo por el máximo; que las situaciones de duda se resolvieron en contra de la parte demandada; que se dejó para avalúo posterior el valor de los perjuicios, cuando en la demanda se pedía que se estimaran por peritos, sin ser una prestación accesoria; que se dieron por probados los perjuicios sin estarlo en realidad; que no se resolvieron las cuestiones que fueron materia de la controversia olvidando rudimentos de derecho procesal; que han debido estudiarse las excepciones, porque si el Departamento no apeló, fue simplemente porque el fallo le fue favorable; y, sobre todo, porque en tratándose de excepciones perentorias, deben estudiarse no sólo las propuestas, sino las que se encuentren probadas aunque el excepcionante no haya apelado de la sentencia.

En consecuencia, la sentencia "es incompleta y no cabe atribuírle contenido y alcance de fallo definitivo, por carecer del requisito esencial de dejar resueltas todas las cuestiones debatidas".

En derecho se apoya en los artículos 142, 481, 448 y 456 del Código Judicial.

Se considera:

La lectura atenta del escrito deja ver la inconformidad del peticionario con la sentencia y persigue una revisión de la misma para que se cambie en favor de las pretensiones de la parte demandada.

Pero acceder a lo pedido es imposible, porque a ello se oponen preceptos claros y expresos del procedimiento, tales como el que permite alegar las nulidades solamente hasta "antes de que se dicte la sentencia" (artículo 456), y principalmente, el que estatuye que "la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo juez o tribunal que la ha pronunciado" (artículo 482).

Cierto es que aún de oficio pueden "aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda" (artículo 482 citado), pero no es eso lo que se solicita ni encuentra la Sala que haya esos motivos para vacilar ante el sentido del fallo pronunciado.

Por lo demás, no es exacto que no se haya decidido en el fondo sobre "la materia del pleito", que no fue otra distinta a la de declarar si el Departamento del Tolima era responsable o no

lo era de los perjuicios causados a los demandantes, y esa "materia del pleito" fue decidida en forma que no deja lugar a dudas.

Es verdad que, aunque no se haya propuesto ni alegado una excepción perentoria, el juez debe reconocerla en la sentencia, salvo la de prescripción (artículo 343 del C. J.), pero ésta se propuso en la primera instancia y fue resuelta en forma desfavorable, pues el fallo dice que "declara no probadas las excepciones perentorias que la parte demandada propuso al dar contestación a la demanda", y si no reconoció otra fue porque no encontró justificados los hechos que la constituyen.

Por último, no sobra anotar que, pronunciada una sentencia, no puede proseguirse una polémica entre los jueces y las partes sobre ella, porque eso no consulta el orden, la seriedad y ni siquiera la utilidad de los fallos judiciales. Por eso la Constitución ordena motivar las sentencias, pero no ordena ni habría podido ordenar que se convenciera a los interesados de la verdad de los razonamientos en que se apoya.

Por lo expuesto no se accede a lo pedido en el anterior escrito.

Hágase saber.

Agustín Gómez Prada

Jorge García Merlano, Secretario.

SOBRE LAS OBLIGACIONES CIVILES, AUNQUE SEAN A UN PLAZO LARGO, NO INFLUYEN LOS CAMBIOS QUE PUE DA EXPERIMENTAR EL PODER ADQUISITIVO DE LA MONEDA

Como lo dijo la Corte en providencia que corre publicada a páginas 915 y siguientes del número 2057-2058 de la G. J., "Las obligaciones civiles se contraen en moneda corriente, y de este modo, aunque ellas sean a un plazo largo, en nada influyen o pueden influir los posibles cambios que durante ese plazo tenga el poder adquisitivo de la moneda, para que aumente o disminuya su monto, sino que éste será siempre el que se estipuló o tuvo origen en el momento de nacer la obligación por cualquiera de los hechos que pueden ser fuente de la misma".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cinco (5) de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En la liquidación de perjuicios a que dio lugar el juicio ordinario promovido por la señora Ana Rosa Herrera de Zapata y otros contra la Nación, el Fiscal segundo del Tribunal Superior de Bogotá y el doctor Marco Naranjo López, obrando como apoderado del demandante y en su propio nombre, apelaron de la providencia mediante la cual el Tribunal decidió el incidente, recurso que fue concedido en el efecto suspensivo para ante esta Superioridad.

El objeto exclusivo del presente debate incidental comprende la indemnización material a favor de los demandantes Ana Rosa Herrera de Zapata, de sus hijos Matilde, Carmen, Inés y Jorge Enrique Zapata Herrera, reconocidos como acreedores a dicha obligación en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

Según los términos de la sentencia de cuyo cumplimiento se trata, las bases para la liquidación de los perjuicios materiales, son las siguientes:

"a) El sueldo de ciento sesenta y cuatro pesos con cincuenta centavos que devengaba el señor Francisco Zapata en el momento de su muerte, conforme a las constancias del proceso;

"b) De esa cantidad se deducirá la de sesenta y cuatro pesos con cincuenta centavos que él necesitaba para sus gastos personales. El resto, o sea la suma de cien pesos mensuales, representa el aporte efectivo con que él contribuía para el sustento de la familia.

"c) Con base en las partidas de nacimiento de los cónyuges Francisco Zapata y Ana Rosa Herrera de Zapata, se buscará en las Tablas de mortalidad agregadas al folio 7 del cuaderno número 4 la supervivencia de los dos cónyuges. Y si fuere menor la supervivencia de la señora Herrera de Zapata, solamente se atenderá a este tiempo de supervivencia para la indemnización;

"d) Al menor Jorge Enrique Zapata Herrera se le computará lo que proporcionalmente le corresponda y como tiempo indemnizable se tomará el que a este menor le faltaba para cumplir la mayor edad;

"e) Se tendrá, finalmente, en cuenta el tiempo ya transcurrido y el restante de la vida probable. A este último período se aplicarán las Tablas del Ingeniero Garuffa".

El apoderado de la parte actora, al formular la liquidación motivada que establece el artículo 553 del Código Judicial, estimó los perjuicios materiales ocasionados a sus poderdantes en la suma de diez y ocho mil novecientos cincuenta y nueve pesos con cuarenta centavos ($ 18.959.40), liquidación que fue objetada oportunamente por el Fiscal segundo del Tribunal. Abierto luégo a pruebas el incidente, los interesados produjeron las que creyeron necesarias, hasta que por último se puso fin al debate en los siguientes términos:

"Fíjase en la suma de doce mil novecientos dos pesos con noventa y siete centavos ($ 12.902.97) moneda corriente el monto de la indemnización que la Nación debe pagar a Rosa María Herrera de Zapata, Inés, Concepción, María Teresa, Matilde, Carlos, Carmen, Rosa María, Luis y Jorge

Zapata Herrera y Ana María Zapata de Bueno y Rebeca Zapata de Bernal, según condena pronunciada en este proceso por la H. Corte Suprema de Justicia el 31 de agosto de 1949.

"Fíjanse las siguientes sumas como monto total de la indemnización a cada uno de los favorecidos:

"Jorge Zapata Herrera, conforme el ordinal d) de las bases establecidas por la H. Corte, tiempo que le faltaba para cumplir la mayor edad, menos el treinta por ciento (30%) cedido al abogado Marco Naranjo López.....$ 29.16.

"Ana Rosa Herrera de Zapata, cesionaria de los derechos de María Teresa Zapata y Rebeca Zapata, menos el treinta por ciento (30%) cedido al abogado Marco Naranjo López..$ 2.457.72.

"Inés, Rosa María, Concepción, Matilde, Carlos, Ana María y Carmen Zapata Herrera a razón de $ 1.170.34 para cada una, menos el treinta por ciento (30%) cedido al abogado Naranjo López.....$ 6.553.92.

"Abogado Marco Naranjo López, cesionario del treinta por ciento (30 %) sobre el total de la cuenta.....$ 3.862.17".

Llegado el expediente a esta Sala de la Corte el señor Agente del Ministerio Público encuentra errada la indemnización fijada por el Tribunal, conceptuando que si bien se consideró acertadamente como menor vida probable la del señor Francisco Zapata, no se procedió con igual acierto al tomarse esa vida probable como base para la cuantía de los perjuicios que deben pagarse a los menores Jorge Enrique e Inés Zapata. Dice al respecto el señor Procurador Delegado:

"En concepto de la Procuraduría, el perjuicio consolidado debe estar sometido al siguiente proceso para su liquidación: sobre la base de $ 100.00 mensuales, que es la productividad demostrada de la víctima para atender a sus obligaciones de familia, hay que verificar la liquidación hasta la época en que Jorge Enrique cumplió la mayor edad, 13 de enero de 1942, y dividir el total de la liquidación en partes proporcionales entre los cinco beneficiarios de la indemnización por los perjuicios materiales. De ahí en adelante y hasta la época en que Inés Zapata cumple la mayor edad, 30 de octubre de 1944, la liquidación del período no puede hacerse sobre la base de los mismos cien pesos ($ 100.00), pues de ellos hay que descontar una quinta parte, que era con lo que contribuía la víctima para el sostenimiento de Jorge Enrique. A partir de la época en que Inés Zapata cumplió la mayor edad hasta el límite del perjuicio consolidado, 30 de noviembre de 1950, la liquidación debe adelantarse en relación con las tres quintas partes restantes de los cien pesos ($ 100.00) y de acuerdo con la misma razón acabada de exponer para el caso del citado Jorge Enrique Zapata.

"Ahora, y de acuerdo con lo expuesto, el perjuicio futuro solamente puede liquidarse tomando como base las tres quintas partes de la suma que representa el índice de productividad del accidentado, es decir, sesenta pesos ($ 60.00) mensuales. La indemnización de este período corresponde proporcionalmente a la esposa de la víctima, Ana Rosa Herrera de Zapata y a sus hijas Matilde y Carmen Zapata, que por imposibilidad física demostrada no pueden atender a su propia subsistencia. A este último período que es el correspondiente al perjuicio futuro, deben aplicarse las Tablas del Ingeniero Garuffa".

La Procuraduría también encuentra error en el auto recurrido cuando éste declara que la suma de $ 12.902.07, en que se fijaron los perjuicios materiales, debe pagarse a todos los demandantes, porque, como lo expresa el numeral tercero de la sentencia, los únicos acreedores a tal indemnización son Ana Rosa Herrera de Zapata, Matilde, Carmen, Inés y Jorge Enrique Zapata Herrera.

Como consecuencia de la anterior objeción, la Procuraduría agrega que el Tribunal descontó equivocadamente, para el doctor Naranjo López, el 30% de los derechos que corresponden a la señora Herrera de Zapata en su carácter de cesionaria de las acreedoras María Teresa y Rebeca Zapata, desde luego que a las últimas no les corresponde nada por concepto de perjuicios materiales. Igual crítica hace al porcentaje descontado en favor del doctor Naranjo López como cesionario de Rosa María, Concepción, Carlos y Ana María Zapata.

El alegato de la parte demandante concuerda con la Procuraduría al admitir que hubo error del Tribunal en el reconocimiento de perjuicios materiales para todos los demandantes, confundiendo así la condena en perjuicios materiales con la condena en perjuicios morales.

El doctor Marco Naranjo López acusa la cifra fijada como monto de la indemnización objetando que ella no tuvo en cuenta los factores determinantes del precio del perjuicio, es decir, la evolución progresiva del costo de la vida y la correspondiente devaluación de la moneda, lo mismo que la evolución sufrida en las remune-

raciones correspondientes a los cargos que el señor Zapata venía desempeñando. Se refiere, por último, al valor total de la indemnización por perjuicios, solicitando para sí el treinta por ciento (30 %) de ese valor, como cesionario de sus mandantes.

Sobre las observaciones de cada una de las partes, se considera:

La Sala encuentra exacto el procedimiento del Tribunal al no tener en cuenta la desvalorización de la moneda para determinar el monto de la indemnización, desde luego que este aspecto no fue contemplado en el fallo que ahora debe cumplirse, pero ni siquiera fue cuestión planteada o debatida dentro del juicio.

De otra parte, ya la Corte tuvo oportunidad de expresar sobre el particular, en otro asunto en que fue interesado el actual apoderado de los demandantes:

"Las obligaciones civiles se contraen en moneda corriente, y de este modo, aunque ellas sean a un plazo largo, en nada influyen o pueden influir los posibles cambios que durante ese plazo tenga el poder adquisitivo de la moneda, para que aumente o disminuya su monto, sino que éste será siempre el que se estipuló o tuvo origen en el momento de nacer la obligación por cualquiera de los hechos que pueden ser fuentes de la misma.

"En el caso a resolver la obligación de la Nación a pagar los perjuicios ocasionados con la muerte del señor Morales surgió en el momento mismo de ocurrir el accidente en que perdió la vida aquél. Para fijar el monto de esa obligación no pueden, pues, tenerse en cuenta fenómenos extraños, cuales son los cambios que en su valor extrínseco o poder adquisitivo haya sufrido la moneda, sino que debe fijarse atendiendo el perjuicio que en ese momento se originó con el fallecimiento del señor Morales. Esos fenómenos extrínsecos son contingencias que debe sufrir el acreedor y que igualmente pueden perjudicarlo en algunos casos como favorecerlo en otros, pero que de ninguna manera pueden pesar sobre el deudor y hacer más gravosa su situación, como tampoco pueden ser estimados para hacer en su favor una rebaja en el monto de la obligación". (G. J. número 2057-2058, págs. 915 y ss.).

b) No admite la Sala que en este caso deban tomarse en cuenta los aumentos de sueldo en el cargo que desempeñaba el señor Francisco Zapata, como uno de los factores propios para la liquidación; porque si esto se hiciera, como lo pretende el apoderado de los demandantes, se contrariarían las bases dadas en la sentencia de cuyo cumplimiento se trata, en donde se dijo que el sueldo que debía tomarse en consideración era el que aquél devengaba al tiempo de su muerte, con indicación de que era de ciento sesenta y cuatro pesos con cincuenta centavos ($ 164.50).

c) En el caso de autos es notorio el error del Tribunal al disponer que la suma del monto de la indemnización debe favorecer a todos los demandantes. Como acertadamente observan las partes, la indemnización por perjuicios materiales únicamente fue reconocida en favor de Ana Rosa Herrera de Zapata, Matilde, Carmen, Jorge Enrique e Inés Zapata Herrera, al tenor del numeral tercero de la sentencia que dice:

"CONDENASE a la Nación a pagar los perjuicios materiales que por la misma causa hayan sufrido la señora Ana Rosa Herrera de Zapata y sus hijos Matilde, Carmen, Inés y Jorge Enrique Zapata Herrera, perjuicios que se liquidarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 553 del C. Judicial, y sobre las bases determinadas en la parte motiva de este fallo".

Así, pues, obliga modificar la decisión del Tribunal en el sentido expresado.

c) Dice el Procurador que la base de la liquidación de perjuicios se modifica a partir de las fechas en que Jorge e Inés Zapata llegan a la mayor edad y, en consecuencia, propone el proceso a seguir, afirmando lo siguiente:

"El criterio acabado de exponer por este Despacho para la liquidación de los perjuicios materiales a que ha sido condenada la Nación en este juicio, tiene su fundamento en los principios que el Código Civil establece para la obligación de prestar alimentos, y en virtud de los cuales, el deudor no está obligado a contribuir sino con lo estrictamente necesario de acuerdo con sus capacidades económicas para el sostenimiento congruo del acreedor o acreedores. En consecuencia, si la víctima Francisco Zapata, como está demostrado, atendía diligentemente al sostenimiento de su familia compuesta por su esposa y sus hijos Matilde, Carmen, Inés y Jorge Enrique con la suma de cien pesos ($ 100.00), es claro que si no hubiera fallecido y relevándose posteriormente de la obligación de atender al sostenimiento de los hijos que llegaran a la mayor edad, él no estaría obligado de acuerdo con sus capacidades económicas, sino a contribuir hacia lo futuro, con lo estrictamente necesario, para el

sostenimiento del resto de sus familiares, que era en proporción, las tres quintas partes de su capacidad productiva destinada a tal efecto".

Respecto del anterior razonamiento, la Sala acepta que en relación con Jorge Enrique Zapata debe tomarse como tiempo indemnizable el que a éste le faltaba para llegar a la mayor edad, porque así lo determina expresamente una de las bases de la sentencia que debe cumplirse; pero no está de acuerdo con que igual procedimiento deba seguirse en el caso de Inés Zapata, ya que dicha sentencia no estableció ese límite de la mayor edad en lo tocante a esta menor, de seguro teniendo en cuenta ciertas consideraciones legales de carácter especial, sobre las cuales ha dicho esta misma Sala en reciente providencia:

"En lo referente a la liquidación del perjuicio futuro correspondiente a la hija del Teniente Mafiol, la Sala se ve precisada a apartarse totalmente de la tesis insinuada por el señor Procurador Delegado, por cuanto la obligación alimenticia para dicha acreedora comprendida dentro del concepto de alimentos cóngruos y necesarios, no puede limitarse a la menor edad de aquélla, ya que tal obligación no está sujeta a dicho término. Así se deduce claramente del contexto del Art. 422 del C. Civil, que dice:

"Los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

"Con todo, ningún varón de aquellos a quienes sólo se deben alimentos necesarios, podrá pedirlos después que haya cumplido veintiún años, salvo que por algún impedimento corporal, o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo; pero si posteriormente se inhabilitare, revivirá la obligación de alimentarle".

"La misma disposición legal que se acaba de citar establece, pues, que en tratándose de descendientes mujeres, la obligación de alimentos, así sean cóngruos o necesarios, subsiste por toda la vida del alimentante. La excepción consagrada para éste en el mismo artículo citado respecto de los alimentos necesarios sólo rige para el descendiente varón". (Auto de 19 de septiembre de este año).

En consecuencia, como la víctima contribuía al sustento de su familia con la suma de cien pesos ($ 100.00) mensuales, se habrá de tomar la de veinte pesos ($ 20.00) para la liquidación que, por concepto de perjuicios materiales, corresponde a cada uno de los cinco beneficiarios.

Como resultado de lo anterior, los perjuicios materiales a que fue condenada la Nación se liquidan así:

JORGE ENRIQUE ZAPATA

Le corresponde a este beneficiario en un lapso de 4 meses 28 días —desde el 15 de agosto de 1941 hasta el 13 de enero de 1942, fecha en que llegó a la mayor edad— a razón de $ 20.00 mensuales, la suma de noventa y ocho pesos con sesenta y siete centavos .....$ 98.67.

ANA ROSA HERRERA DE ZAPATA:

Le corresponde por perjuicio consolidado, que se extiende desde el 15 de agosto de 1941 hasta el 15 del presente mes de diciembre, o sea durante un lapso de 10 años 4 meses, a razón de $ 20.00 mensuales .....$ 2.480.00.

También le corresponde por perjuicio futuro, o sea durante un lapso de 8 meses comprendido entre el 15 del presente mes y el 15 de agosto de 1952, término de la vida probable de su esposo, a razón de $ 20.00 mensuales y previo el descuento del 6% anual, ya que para el caso no es posible aplicar estrictamente las Tablas de Garuffa .....$ 153.60.

Suma total para esta beneficiaria, la de dos mil seiscientos treinta y tres pesos con sesenta centavos .....$ 2.633.60.

INES ZAPATA HERRERA:

Le corresponde por perjuicio consolidado, que se extiende desde el 15 de agosto de 1941 hasta el 15 del presente mes de diciembre, o sea durante un lapso de 10 años 4 meses, a razón de $ 20.00 mensuales .....$ 2.480.00.

También le corresponde por perjuicio futuro, o sea por el lapso de 8 meses comprendido entre el 15 del presente mes y el 15 de agosto de 1952, término de la vida probable de su padre, a razón de $ 20.00 mensuales y previo el descuento del 6% anual .....$ 153.60.

Suma total para esta beneficiaria, la de dos mil seiscientos treinta y tres pesos con sesenta centavos .....$ 2.633.60.

Pasan .....$ 5.365.87.

CARMEN ZAPATA HERRERA

Le corresponde por perjuicio consolidado, que se extiende desde el 15 de agosto de 1941 hasta el 15 del presente mes de diciembre, o sea durante un lapso de 10 años 4 meses, a razón de $ 20.00 mensuales .....$ 2.480.00.

También le corresponde por perjuicio futuro, o sea por el lapso de 8 meses comprendido entre el 15 del presente mes y el 15 de agosto de 1952, término de la vida probable de su padre, a razón de $ 20.00 mensuales y previo el descuento del 6% anual .....$ 153.60.

Suma total para esta beneficiaria, la de dos mil seiscientos treinta y tres pesos con sesenta centavos .....$ 2.633.60

MATILDE ZAPATA HERRERA:

Le corresponde por perjuicio consolidado, que se extiende desde el 15 de agosto de 1941 hasta el 15 del presente mes de diciembre, o sea durante un lapso de 10 años 4 meses, a razón de $ 20.00 mensuales .....$ 2.480.00.

También le corresponde por perjuicio futuro, o sea por un lapso de 8 meses comprendido entre el 15 del presente mes y el 15 de agosto de 1952, término de la vida probable de su padre, a razón de $ 20.00 mensuales y previo el descuento del 6% anual .....$ 153.60.

Suma total para esta beneficiaria, la de dos mil seiscientos treinta y tres pesos con sesenta centavos .....$ 2.633.60

Monto total de la indemnización.....$ 10.633.07

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia REVOCA la providencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha veintidos de noviembre de mil novecientos cincuenta, y en su lugar,

RESUELVE:

Fíjase en la suma de DIEZ MIL SEISCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON SIETE CENTAVOS ($ 10.633.07) el valor de los perjuicios materiales que la Nación debe pagar a los demandantes Ana Rosa Herrera de Zapata y a sus hijos Jorge Enrique, Inés, Carmen y Matilde Zapata Herrera, distribuída entre éstos de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

Es entendido que al efectuarse este pago, se tendrá en cuenta que al apoderado doctor Marco Naranjo López le corresponde el treinta por ciento (30%) de los perjuicios materiales y morales, "a efecto de que se hagan las deducciones correspondientes"; todo como lo ordena el numeral cuarto de la sentencia de la Corte de treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

SE DIRÍME UNA COLISION DE COMPETENCIAS PARA CONOCER DE UN JUICIO DE SUCESION

Tres son las condiciones que exige el artículo 152, ordinal 5º del Código Judicial, para determinar la competencia en los juicios sucesorios: a) la competencia se determina para estos juicios por razón del lugar; b) es competente, de manera privativa, el Juez del último domicilio del causante; y c) si el causante al morir tuvo su domicilio en diferentes municipios, será competente para conocer del juicio sucesorio, el juez del lugar donde el causante tuvo el asiento principal de sus negocios.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Por auto de treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta, el Juzgado Segundo Civil del Circuito del Socorro declaró abierto y radicado el juicio de sucesión intestada de Zabulón Riveros.

A su vez el Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá, mediante providencia fechada el veintiocho de los mismos mes y año, declaró abierto y radicado el juicio de sucesión del prenombrado Riveros, a petición del Síndico Recaudador de esa ciudad.

Con fecha seis de diciembre de mil novecientos cincuenta, el Síndico Recaudador del Impuesto de Sucesiones y Donaciones de Moniquirá solicitó al Juez del Circuito de allí que promoviese competencia positiva al Juez Segundo Civil del Circuito del Socorro, fundándose en los siguientes hechos:

"a) En el despacho a su cargo se promovió el juicio de sucesión del señor Zabulón Riveros. b) Ante el señor Juez del Socorro se solicitó también la apertura de la sucesión y tal juicio se halla actualmente en curso en tal Juzgado. c) El señor Zabulón Riveros vivió y tuvo el centro único de sus negocios en Santana (Boyacá) municipio donde tenía todos sus bienes y que fue el de su domicilio y vecindad. d) El señor Zabulón Riveros fue llevado de Santaana, que fue su domicilio único, a la población de Suaita con el fin de que lo medicinaran y allí murió al día siguiente de ser llevado. e) El señor Riveros nunca fue vecino de Suaita y mucho menos en lo últimos años de su vida".

Como fundamento de su petición presentó los testimonios de Pericles Chacón, Pedro Morales, Efraín Velasco, Valois Gómez y Martín Martínez.

Por auto de once de diciembre de mil novecientos cincuenta, el Juez Civil del Circuito de Moniquirá aceptó promover la competencia positiva al Juez Segundo del Circuito del Socorro, decisión que fundamentó en lo siguiente:

"Por auto de fecha veintiocho de septiembre del año en curso, este Juzgado declaró abierto y radicado el juicio de sucesión intestada de Zabulón Riveros, fallecido en Suaita (Santander) pero quien tuvo como último domicilio el Municipio de Santana de Boyacá. Este domicilio se acreditó con las declaraciones extrajuicio de Carlos Acuña y Pedro María Jiménez. Por la certificación expedida por el señor Juez Segundo Civil del Circuito del Socorro y que se ha acompañado a la petición anterior se comprueba que por auto de fecha 30 de septiembre de este mismo año en dicho Juzgado igualmente se declaró abierto y radicado el juicio sucesorio de Zabulón Riveros. De esta misma certificación se desprende que la relación de bienes especialmente en lo que respecta a inmuebles se informó que su ubicación era el Municipio de Santana. También se sabe que el juicio a que se refiere la certificación inmediatamente anterior actualmente se halla en curso ante ese Juzgado. De acuerdo con lo que precede, se observa que se adelantan dos juicios sucesorios en distintos circuitos por la misma causa, cual es la muerte del señor Zabulón Riveros, lo cual dá origen a una verdadera colisión de competencias, la que debe ser resuelta mediante los trámites de los artículos 413 y s. s. del Código Judicial. En cuanto a la solicitud de esta competencia se observa que el señor Recaudador de Hacienda Nacional tiene personería para promo-

ver las diligencias correspondientes del juicio según atribuciones especiales que le han sido conferidas por el artículo 28 de la ley 63 de 1936".

El Juzgado Segundo Civil del Circuito del Socorro por auto de fecha veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y uno se negó a la inhibición que se le propuso por el Juez Civil del Circuito de Moniquirá por considerar que el último domicilio del causante fue la población de Suaita, correspondiente al Circuito del Socorro; que el Recaudador de Hacienda Nacional de Moniquirá no tiene personería para suscitar la competencia, ni tampoco para iniciar el juicio de sucesión de Zabulón Riveros, pues el tiempo que la ley le señala para hacerlo no se había cumplido todavía, y que los herederos del señor Zabulón Riveros al iniciar el juicio de sucesión en el Circuito del Socorro han ejercido sus derechos de acuerdo con su voluntad y con la ley, sin violar derechos de terceros.

El Juez Civil del Circuito de Moniquirá en providencia de dos de abril del corriente año dio respuesta al auto anterior insistiendo en el conocimiento del negocio.

En tal virtud se remitieron a la Corte los respectivos expedientes; acá se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien en su alegato de fecha diez y seis de julio último conceptuó que el Juzgado competente para conocer del referido juicio de sucesión lo era el del Circuito del Socorro, concepto que ratificó en escrito posterior de fecha catorce de noviembre pasado, estimando además como dudosa la personería del Síndico Recaudador, como representante de la Nación, para suscitar, como lo hiciera en el presente caso, el del Circuito de Moniquirá, una colisión de competencia dentro de un juicio de sucesión.

Agotada la tramitación del asunto, procede la Sala a decidir la controversia planteada y con tal fin tiene en cuenta:

Conforme al ordinal 5º del artículo 152 del Código Judicial, "en el juicio de sucesión es competente de modo privativo el Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional, y en el caso de que, a su muerte, lo hubiere tenido en distintos municipios, el que corresponda al del asiento principal de sus negocios".

En consecuencia, tres son las condiciones que exige la mentada disposición para determinar la competencia en los juicios sucesorios: a) la competencia se determina para estos juicios por razón del lugar; b) es competente, de manera privativa, el Juez del último domicilio del causante; y, c) si el causante al morir tuvo su domicilio en diferentes municipios, será competente para conocer del juicio sucesorio, el juez del lugar donde el causante tuvo el asiento principal de sus negocios.

Preciso se hace analizar estas condiciones en el caso a estudio, a la luz de las probanzas que obran en el expediente, para determinar cuál fue el último domicilio del causante Zabulón Riveros;

Ante el Juez del Circuito de Moniquirá, se adujeron las declaraciones, rendidas extrajuicio ante el juez municipal de Santana, a instancias unas de Francisco Motta y otras de Carlos Fonseca Landínez, por Pericles Chacón, Pedro Morales, Efraín Velasco, Valois Gómez y Martín Martínez. Estos testigos afirman: que Zabulón Riveros vivió en la población de Santana (Boyacá) por un lapso mayor a treinta años, dedicado a la agricultura en sus fincas "los naranjos" y "San Javier", en donde se le veía constantemente hasta la víspera de su muerte, cuando, por prescripción médica, fue trasladado a Suaita en donde falleció al siguiente día.

Ahora bien: ante el Juez del Circuito del Socorro se presentaron como pruebas tendientes a demostrar que el último domicilio del causante Riveros lo fue el municipio de Suaita, las declaraciones, rendidas a instancias de la heredera reconocida, María Elvira Riveros de Gómez, en su condición de hija legítima del mismo, por Roberto Pinzón, Rito A. Sarmiento, Luis A. Salomón y Luis María Pardo, que obran en el cuaderno de la articulación (folios 13 y s. s.). Estos declarantes, después de expresar que conocieron de vista, trato y comunicación a Zabulón Riveros, afirman, que éste vivió por más de veinte años en jurisdicción de Suaita, dedicado a la agricultura y ganadería en su finca de Villanueva, corregimiento de Olival, la cual siguió administrando, una vez que por diferencias con su esposa, hubo de enajenarla; que aun cuando viajaba frecuentemente a Santana, el asiento principal de sus actividades era el municipio de Suaita, en donde falleció el día 5 de agosto de mil novecientos cincuenta.

Ante esta situación probatoria, se impone la aplicación del artículo 702 del Código Judicial, para desatar el incidente en el sentido de declarar que el Juez competente para conocer del referido juicio de sucesión, lo es el del Circuito del Socorro, en atención al hecho de haberse iniciado

allí el juicio a solicitud de los herederos legítimos del causante Zabulón Riveros, quienes desde un principio afirmaron que el último domicilio de éste lo fue el municipio de Suaita, como así mismo lo afirma el grupo de declarantes que depuso a instancias de aquéllos, dando razón de sus afirmaciones, además del hecho plenamente acreditado de haber ocurrido el fallecimiento de Riveros en dicho Municipio.

Sin necesidad de más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, DECIDE que es el Juez Segundo Civil del Circuito del Socorro quien debe conocer del juicio de sucesión del señor Zabulón Riveros.

Comuníquese esta providencia a los Jueces Segundo del Circuito del Socorro y al del Circuito de Moniquirá (Civiles) y remítase el expediente al primero de los nombrados.

Cópiese y notifíquese.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

PARA QUE UN APODERADO TENGA PERSONERIA DENTRO DE UN JUICIO, NO ES INDISPENSABLE QUE HAYA PRECEDIDO RECONOCIMIENTO EXPRESO POR PARTE DEL JUEZ — EL RECONOCIMIENTO PUEDE SER TACITO EN ALGUNOS CASOS

Es cierto que el artículo 258 del C. J. establece que "si el poder está otorgado y ha sido presentado en legal forma, el Juez admite la representación dictando la providencia del caso"; pero de aquí no se deduce que la personería dependa únicamente de ese reconocimiento expreso. El artículo 450 del mismo Código Judicial deja entender que ese reconocimiento de apoderado puede ser en algunos casos tácito, desde luego que dice que no hay nulidad por ilegitimidad de personería "cuando se encuentra en los autos un poder conferido en legal forma a la persona de que se trata, aunque éste no lo haya admitido expresamente".

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro de este juicio sumario de oposición a una propuesta de petróleos, el doctor Diego Llinás Pimienta presentó unos poderes que le otorgaron los Municipios de Sabanagrande y Malambo, y al hcerlo pidió a nombre de sus poderdantes que el negocio se abriera a pruebas. A esta solicitud se accedió por auto de fecha tres de octubre de mil novecientos cincuenta, en el cual se fijaron cinco días para pedir pruebas y quince para practicarlas. Posteriormente se reconoció al doctor Llinás Pimienta como apoderado de aquellos Municipios, según auto de cinco de septiembre del año en curso.

Manifestó después el apoderado de los opositores, estando más que vencido el término de pruebas, que debía **retrotraerse el procedimiento** a partir de la fecha en que presentó los documentos comprobatorios de su personería, porque aquel término había transcurrido cuando todavía no se le había reconocido como apoderado. Pretendía en esta forma que se les diera a los Municipios "la oportunidad de producir algunas pruebas, de la cual no pudieron gozar por las sencillas razones que se dejan expuestas".

El señor Magistrado ponente doctor Leiva Charry resolvió esta solicitud por auto de fecha seis de octubre del presente año, en el sentido de negar lo pedido por el doctor Llinás Pimienta.

No se conformó éste con tal providencia; y al suplicarla ante el resto de la Sala, insistió en que debían retrotraerse los términos de prueba, alegando que de acuerdo con el artículo 258 del C. J. "el reconocimiento de la personería de una de las partes, o de ambas, es detalle o condición sine qua non para la marcha, vida y éxito del proceso, sin que aparezca, en favor de los litigantes, disposición expresa alguna que les permita, por vía de interpretación, de deducción o de inducción, darse por aceptados en la litis, a través del mandatario judicial, sin providencia especial del juez que así lo haya reconocido".

Para resolver, se considera:

Es cierto que el artículo 258 del C. J. establece que "si el poder está otorgado y ha sido presentado en legal forma, el Juez admite la representación dictando la providencia del caso"; pero de aquí no se deduce, como lo pretende el doctor Llinás Pimienta, que la personería dependa únicamente de ese reconocimiento expreso. El artículo 450 del mismo Código Judicial deja entender que ese reconocimiento de apoderado puede ser en algunos casos tácito, desde luego que dice que no hay nulidad por ilegitimidad de personería "cuando se encuentra en los autos un poder conferido en legal forma a la persona de que se trata, aunque éste no lo haya admitido expresamente".

Por lo tanto, tuvo perfecta razón el señor Magistrado sustanciador al expresar en el auto reclamado:

"Estima este Despacho que el auto de 3 de septiembre de 1950 que abrió a pruebas el juicio, por cuanto resolvió la petición que en tal sentido había presentado el doctor Llinás P. en su carácter de apoderado de los Municipios de Malambo y Sabanagrande, lleva implícito al reconocimiento de esa personería, y que, como lo ha dicho la Corte en numerosas ocasiones, aquélla se acredita con el poder respectivo debidamente conferido, no con el auto en que se decreta la consiguiente aceptación".

Además, si lo que se pretende en el fondo por el doctor Llinás Pimienta es una verdadera **restitución de términos,** tampoco por este aspecto es procedente su solicitud, ya que los fundamentos por él aducidos son distintos de los previstos por el artículo 372 del C. J.

Y en mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia MANTIENE la providencia suplicada.

Cópiese y notifíquese.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez — Agustín Gómez Prada—Jorge María Merlano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Ante el Tribunal Superior de Medellín y mediante libelo presentado el 4 de junio de 1948 los señores Gustavo, Albertina, Alfredo, Blanca, Carolina, María Delfina y Elvia Sánchez Acosta, con intervención del apoderado constituído al efecto, doctor Joaquín Emilio Sierra, formularon demanda civil ordinaria contra el Departamento de Antioquia, representado por su Gobernador, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

"a) Que el departamento de Antioquia, es civilmente responsable, de manera **directa,** de la muerte de nuestro legítimo padre, señor Juan de la Cruz Sánchez, acaecida en el accidente de que se ha hecho mérito en los hechos de esta demanda.

"b) Que en nuestra condición de continuadores jurídicos del finado Juan de la Cruz Sánchez, o en nuestra condiciones (sic) personal de hijos como directamente perjudicados con la muerte de éste, el mismo Departamento de Antioquia, está obligado y debe pagarnos los perjuicios materiales y los morales subjetivados, sufridos con la muerte de aquél.

"c) Que los perjuicios materiales valen la suma de ocho mil novecientos veinte pesos, moneda legal, deduciendo la suma de quinientos tres pesos, setenta y nueve centavos, que se pagó a la cónyuge sobreviviente doña Carmen Iraídes Acosta v. de Sánchez, por este concepto, o la suma que fijen peritos dentro de aquellos límites, bien sea en este juicio o en otro distinto.

"d) Que los perjuicios morales subjetivados valen la suma de tres mil quinientos pesos, quinientos pesos para cada uno de los demandantes, o que se fije legalmente por el H. Tribunal o por la H. Corte Suprema, sumas que el mentado Departamento debe pagar dentro del plazo que se le fije".

Como hechos fundamentales de la acción, que en derecho dijeron apoyar en el artículo 2341 y siguientes del C. C., se adujeron diez y siete que sintetizados bien pueden relacionarse así:

Que los actores son hijos legítimos del matrimonio contraído, conforme al rito católico, en la Parroquia de Fredonia, por Juan de la Cruz Sánchez y Carmen Iraides Acosta; que su mencionado padre, falleció el 15 de enero de 1940, a consecuencia de lesiones sufridas en el accidente automoviliario de que fué víctima ese día en el puente de Bolombolo levantado sobre el río Cauca, cuando por allí transitaba en dirección contraria a la que llevaba un carro automotor, el que por el mal estado del maderamen o entablado del puente, al ceder o reventarse la madera, hubo de inclinarse hacia el costado derecho aprimiendo así contra la baranda a Sánchez, quien obrando con suma prudencia y con el único fin de evitar cualquier peligro se recostó sobre la baranda, para expirar bien pronto por asfixia; que la causa del accidente, según queda insinuado, se debió al mal estado del puente de Bolombolo, propiedad del Departamento y sostenido con fondos de éste, sin que le hubiera hecho las reparaciones necesarias no obstante los reclamos que oportunamente le formularon los vecinos del Corregimiento de Bolombolo; que a la muerte de Sánchez, éste vivía con su familia en la población de Amagá, dedicado al oficio de carnicero, del cual obtenía una ganancia de dos pesos diarios, con lo cual, descontando sesenta centavos que bien podía gastar en su subsistencia, atendía a las necesidades de su esposa e hijos o sea un remanente de $ 1.40 que representa el perjuicio material diario sufrido por los mismos por tal motivo, además de los morales subjetivos que dijeron estimar en $ 3.500, o sea quinientos para cada uno de los demandantes; que en el año de 1940, en virtud de demanda formulada ante la misma entidad contra el citado Departamento, por el doctor Samuel Barrientos Restrepo, el Tribunal, aceptando la culpabilidad de aquél en el accidente de que se trata, hubo de condenarlo a pagar perjuicios materiales y también morales subjetivos a la viuda de Sánchez y a los actuales demandantes en providencia que, sujeta a la revisión de esta Sala de la

Corte, en virtud de apelación interpuesta, fue modificada en el sentido de condenar al Departamento, aceptando igualmente su culpabilidad, a pagar a la viuda de Sánchez, la cantidad de quinientos tres pesos con sesenta y nueve centavos, por perjuicios materiales y a un mil quinientos pesos por los morales subjetivados, absteniéndose de hacer las declaraciones en favor de los actuales demandantes, en razón de no haberle dado éstos poder para ello al Dr. Barrientos Restrepo.

Y al referirse al perjuicio material sufrido, por la muerte de su padre en las circunstancias anotadas, dice que éste existe como claramente lo reconoció esta Sala de la Corte, en los siguientes términos de aquélla decisión: "Consta así mismo que el señor Sánchez en su oficio de carnicero ganaba diariamente la cantidad de dos pesos; igualmente consta que en sus necesidades propias gastaba sesenta centavos, dedicando el resto, un peso con cuarenta centavos para las necesidades de su esposa y de sus hijos. En tal virtud, el perjuicio material correspondería a la esposa y a sus siete hijos, es decir, a ocho personas, de lo cual se deduce claramente que los daños materiales para la demandante serían la octava parte de un peso con cuarenta centavos".

Aceptada la demanda y adelantado como fue el juicio por los trámites que le son propios con la intervención del señor Gobernador, representante legal de la entidad demandada, finalizó la primera instancia con el fallo del Tribunal, de fecha primero de septiembre de 1949, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"**Primero.** El Departamento de Antioquia es civilmente responsable de los perjuicios materiales y los morales subjetivos ocasionados a Gustavo, Albertina, Alfredo, María Delfina (Adelfa), Elvia, Blanca y Carolina (Hermana María Brígida de la Pasión), con la muerte de su padre Juan de la Cruz Sánchez, ocurrida en el puente de Bolombolo el día 15 de enero de 1940.

"**Segundo.** Condénase al Departamento de Antioquia a pagar a los mentados hijos del señor Sánchez la suma de tres mil quinientos veintiseis pesos con cuarenta y seis centavos ($ 3.526.-46), por concepto de perjuicios materiales sufridos con la muerte de su citado padre. Esta suma corresponde a los siete hijos demandantes, por iguales partes.

"**Tercero.** Condénase al Departamento de Antioquia a pagar a las personas que se nombraron en el numeral primero la cantidad de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00) por concepto de perjuicios morales subjetivos, o sea, la suma de quinientos pesos para cada una de ellas".

Contra esta decisión se alzó el señor Gobernador del Departamento de Antioquia, en razón de lo cual llegó acá el expediente respectivo, en donde una vez sustanciado legalmente el recurso, se procede a resolver, considerando al efecto:

Como pruebas demostrativas de los hechos fundamentales de la acción ejercitada por los actores, fueron aducidas las principales practicadas en aquel juicio de que se hizo mención en la relación de hechos, las cuales fueron presentadas en copia auténtica, y mandadas tener como tales con citación de la parte demandada. Además fueron presentadas las partidas o actas auténticas de nacimiento de los demandantes, la de matrimonio de sus padres, como también la de defunción de Juan de la Cruz Sánchez; y, así mismo, varios ejemplares del Repertorio Oficial y Gaceta Departamental, órgano de publicidad de los actos oficiales del Departamento de Antioquia, en donde corren publicadas las ordenanzas demostrativas del hecho de ser propiedad del Departamento el citado puente de Bolombolo.

Los demandantes han acreditado su carácter de hijos legítimos del causante Sánchez con las partidas de nacimiento respectivas y con la de matrimonio de sus padres. Tales documentos demuestran que todos aquéllos eran mayores de edad para la fecha del fallecimiento de su padre Juan de la Cruz Sánchez (15 de enero de 1940).

En relación con la culpa de la entidad demandada, suficiente es reproducir lo que sobre el particular se expresó en la sentencia pronunciada por esta Sala de la Corte, de fecha 24 de junio de 1946, a que antes se aludió, desde luego que las pruebas apreciadas entonces, son las mismas aducidas en el presente juicio, a saber:

"**De la culpa.** ...Se hallan establecidos en el juicio los siguientes hechos: **Primero.** Que el día 15 de enero de 1940 el señor Juan de la Cruz Sánchez murió a causa de la asfixia que le produjo un vehículo automotor al recostársele en el pecho cuando aquél transitaba por el puente de Bolombolo. **Segundo.** Que este hecho se debió a que las ruedas traseras del camión se hundieron en el piso del puente, produciendo con tal motivo el accidente referido. **Tercero.** Que el puente era de propiedad del Departamento de Antioquia (Declaraciones de los doctores Víctor Daniel Botero y Antonio Arrubla, folios 11 vto. y 36 vto. del cuaderno de pruebas del deman-

dante. Declaraciones de los señores Alfonso Gaviria, Ramón Ramírez, Roberto Sánchez, e informe del Director General de Caminos, folio 29 vto. de este mismo cuaderno). Todas las declaraciones apuntadas están contestes en afirmar que el puente se encontraba en estado de deterioro y que fue ésta la causa para que se hundieran las ruedas del vehículo ocasionando la muerte de Juan de la Cruz Sánchez. Hay por tal motivo establecido un hecho: el descuido o negligencia en la conservación del puente; hecho que dá lugar a la aparición de la culpa, uno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual. El accidente bien hubiera podido evitarse si el puente se hubiera conservado en buenas condiciones, si se hubiera mantenido sobre él la vigilancia y cuidado que requieren estos bienes de uso público. Por consiguiente, hállase demostrada la culpa de parte de la entidad departamental, propietaria y administradora de él".

Como demostración del perjuicio material que dicen los actores se les causó con aquella acción culposa, se adujeron los testimonios de Horacio Montoya, Eleázar Granados y Luis Angel Arango, quienes en forma acorde aseveran que Juan de la Cruz Sánchez, como carnicero de profesión que era, obtenía una utilidad diaria de dos pesos, con los cuales atendía a su propia subsistencia y a la de su esposa e hijos, en términos que para la suya destinaba sesenta centavos, y el resto, o sea un peso con cuarenta centavos para atender a la de su familia. Conforme a estos testimonios resulta evidente, que las demandantes Albertina, Blanca, Carolina, María Delfina y Elvia Sánchez Acosta, con la muerte de su padre se vieron privadas del sostenimiento y de la ayuda económica que él les prestaba, mas no así los hijos varones Gustavo y Alfredo, por la potísima razón de haber sobrepasado la mayor edad para la fecha de esa muerte y no existir en el expediente prueba categórica ya en relación con impedimento corporal o mental para subsistir de su trabajo, o bien, que por circunstancias especiales recibieran determinada ayuda económica. de su padre. En consecuencia el reconocimiento del perjuicio material únicamente se hará en favor de los prenombrados hijos de sexo femenino.

Regulación de los perjuicios materiales

En relación con este extremo, se aduce el dictamen rendido en el juicio citado, por los peritos José R. Vásquez y Pedro Claver Gómez, quienes en forma fundamentada y partiendo de la base de la edad que tenía el causante Sánchez el día de su fallecimiento, 62 años, fijaron como mayor vida probable del mismo, la de once años, acogiendo para ello las tablas adoptadas por la Cía. Colombiana de Seguros y que esta Sala en la sentencia mencionada aceptó sin reservas.

Ahora bien, como de la cantidad de un peso con cuarenta centavos diarios en que los peritos, de acuerdo con la estimación que hicieron de las pruebas, calcularon el perjuicio material sufrido por la esposa e hijos de Sánchez, se dedujo en el fallo de la referencia diez y siete centavos y medio para la esposa, es decir una octava parte, significaría ello, que la diferencia entre estas dos cantidades, o sea un peso con veintidos centavos y medio, sería lo que en total vendría a representar por día el perjuicio material sufrido por las cinco hijas demandantes, a quienes se reconoce tal derecho.

Mas, como la cantidad por concepto de perjuicios materiales, verificadas las operaciones aritméticas de acuerdo con lo que se acaba de expresar, resulta ser mayor a la que, mediante el fallo en examen, se reconoce a cada una de las mencionadas cinco demandantes, es decir, la séptima parte de $ 3.526.46 m. cte., o sean $ 503.79, del caso es aceptar tal señalamiento, desde luego que no es legalmente posible modificarlo en razón de haberse conformado con él las prenombradas demandantes.

En cuanto a los perjuicios morales subjetivos, señalados en la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) para cada uno de los siete demandantes, ninguna observación cabe hacer, por conformarse ello a lo dispuesto por el artículo 95 del Código Penal y no haber merecido objeción alguna de la parte actora.

En mérito de las consideraciones hechas, 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. El departamento de Antioquia es civilmente responsable de los daños materiales ocasionados a Albertina, Blanca Carolina, María

Delfina y Elvia Sánchez Acosta, con la muerte de Juan de la Cruz Sánchez, la cantidad, para María Brígida de la Pasión) la cantidad de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00) m. cte. por concepto de perjuicios morales subjetivos, o sea, la muerte de su citado padre;

Segundo. Condénase al Departamento de Antioquia a pagar a las prenombradas cinco hijas de quinientos pesos ($ 500.00) para cada uno.

Tercero. Condénase al Departamento de Antioquia a pagar a Gustavo, Albertina, Alfredo, María Delfina, Elvia, Blanca y Carolina (hermana de su padre Juan de la Cruz Sánchez, ocurrida en el puente de Bolombolo el 15 de enero de 1940, y así mismo, de los morales subjetivos ocasionados a aquéllas y a Gustavo y Alfredo Sánchez Acosta por el mismo motivo;

Cuarto. No se hacen las demás declaraciones cada una, de quinientos tres pesos con setenta y nueve centavos ($ 503.79) moneda corriente, por concepto de perjuicios materiales sufridos con la solicitadas en la demanda.

En los anteriores términos queda **reformada** la sentencia apelada.

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

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada— Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

PAGS.

SALA PLENA

Presenta la Corte su saludo al Excmo. Sr. Designado Encargado de la Presidencia de la República.—Texto de la resolución aprobada por la Sala Plena de la Corte en su sesión del día 8 de noviembre de 1951, con motivo de haber tomado posesión del cargo de Presidente de la República el Sr. Dr. Roberto Urdaneta Arbeláez 699

Se impone una sanción disciplinaria a un Magistrado de Tribunal Superior, por faltas incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia.—Diferencias existentes entre el derecho penal propio y verdadero y el llamado derecho penal disciplinario.—Alcance de la norma del artículo 2º del Decreto 3665 de 1950.—Resuelve la Corte suspender al Dr. Gilberto Gómez Trujillo del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Cali, por un término de 5 días, por faltas por él cometidas e incompatibles con el ejericio del mismo cargo.—Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo 700

Salvamento de voto de los Magistrado Dres. Rodríguez Peña, Gutiérrez Jiménez, Leiva Charry, Vásquez y Flórez 713

Exequibilidad del Decreto 1895 de 1948, sobre competencia de los Consejos de Guerra Varbales para conocer de ciertos delitos cometidos en los días 9 de abril y siguientes de aquel año—La Corte puede conocer y decidir de la constitucionalidad de un decreto legislativo expedido en uso de las facultades de que está investido el Presidente de la República cuando se halla turbado el orden público, aún después de que esta situación haya cesado y no rija el decreto acusado, siempre que la demanda haya sido presentada durante su vigencia.—Competencia de la justicia militar para conocer de las infracciones cometidas por los simples particulares después de declarado el estado de sitio. — Facultades del Presidente de la República durante la turbación del orden público—La Corte no puede decidir sobre la conveniencia o inconveniencia de un decreto expedido en dichas circunstancias, pero sí puede conocer de su exequibilidad; sólo que al hacerlo, deberá tener en cuenta que el imperio común de la Carta se halla condicionado, por la emergencia de la turbación del orden público, al régimen de las facultades extraordinarias— Declara la Corte que es exequible el Decreto número 1895, de 4 de junio de 1948. Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 716

Se impone una sanción disciplinaria a un Magistrado de Tribunal, por haber usado en una providencia expresiones descomedidas en relación con uno de los litigantes.—En virtud de queja formulada por el Dr. Leopoldo Uprimny, la Corte impone una multa de diez pesos ($ 10.00) moneda corriente al Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Dr. Rafael Ignacio García.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 724

Exequibilidad del artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, sobre influencia del fallo penal en el juicio civil de indemnización, e inexequibilidad del artículo 226 del mismo Código, sobre declaraciones de parientes en el proceso penal.—La autoridad de la cosa juzgada penal dentro del juicio civil descansa en el principio de orden público que lleva al juez a actuar en función de la tutela del derecho penal y que, en principio, no puede abandonarse a la actuación de los simples particulares.—Está fuera del ámbito del artículo 28 del C. de P. P. todo lo que no sea infracción penal—

PAGS.

Esta disposición sólo comprende la acción civil que se funde en dicha infracción.—Aunque no haya identidad entre la culpa civil y la culpa penal y, por lo tanto, donde no hay infracción penal culposa, puede sin embargo existir culpa civil; con todo, declarada por el juez penal la inexistencia del acto material o externo, esa decisión debe ser respetada por las demás jurisdicciones.—Cuando la condena por perjuicios, ha sido hecha en abstracto en sentencia penal, el juez competente para hacer la posterior regulación, es el juez penal—El legislador no puede ampliar válidamente el sentido de un precepto constitucional, sino cuando el principio que la Carta consagra lo ha sido en exclusivo interés de la persona o entidad a quien la ley pretende favorecer.—El artículo 25 de la Constitución, no establece una garantía en interés exclusivo del pariente que declara o de su familia; reconoce apenas una facultad de que el testigo puede libremente usar frente a dos intereses opuestos: el de la familia, de un lado, y los de la sociedad y de la víctima, de otro—Por ello, la ley no puede convertir en derecho lo que constitucionalmente es una simple facultad.—Decide la Corte que es exequible el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, y que es inexequible el artículo 226 del mismo Código.—Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña 726

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Pablo Emilio Manotas 743

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Luis Rafael Robles 745

Salvamento de voto del Conjuez Dr. Luis Eduardo Gacharná 746

Salvamento de voto del Conjuez Dr. Juan Francisco Mújica 748

SALA DE CASACION CIVIL

Acción reivindicatoria.—Para que prospere la prescripción del artículo 12 de la Ley 200 de 1936, al poseedor le basta probar la inexistencia de señales externas de dominio privado. — La Corte casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Buga, profirió en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado, por Juan Pablo Henao contra Gonzalo Gil y otra.—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 750

Acción reivindicatoria.—Para la prosperidad de esta acción, es necesario que se concreten e individualicen los inmuebles objeto de ella y que se pruebe su posesión por el demandado.—Cuando se trata de diversos demandados que son poseedores en común e indiviso, es suficiente la prueba de la posesión colectiva.—Cuando, por el contrario, son varios los demandados y ocupan, en forma independiente entre sí, parcelas de un mismo inmueble, debe individualizarse la prueba, para demostrar la posesión de cada demandado en su respectiva parcela y que ésta forma parte del globo general reivindicado.—Inspección ocular y dictamen pericial.—Casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio que Enrique Capera y otros, como descendientes de los primitivos ocupantes del terreno de "Santa Ana", dondè don Joseph Sanz de Oviedo y su esposa fundaron un patronato de legos, siguieron ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago, para que se declare que en virtud del patronato dicho se formó una comunidad entre los pobres avencidados en el sitio de "Santa Ana" y los colaterales consanguíneos de los otorgantes de la escritura de patronato, determinados en codicilo testamentario del mencionado don Joseph Sanz de Oviedo, y para que se hicieran otras declaraciones; y por los demandados, en demanda de reconvención, contra Nicolás Hernández y otros demandantes principales, sobre propiedad del lote denominado "La Palomera" o "El Oasis" y sobre reivindicación del mismo.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 754

Los hijos legítimos de un hermano premuerto del causante, tienen la representación de su padre en la sucesión de aquél, y no quedan excluídos por el cónyuge sobrevivien-

PAGS.

te.—Representación de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida.—El cónyuge supérstite no puede disponer de los bienes de la sociedad conyugal no liquidada aún, sin el consentimiento de los herederos y representantes del difunto.—En el juicio ordinario que sobre reivindicación, siguió Antonio María Viveros Espinosa contra Pablo y Epaminondas Triana B., no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 765

Acción reivindicatoria.—En casación son inadmisibles los medios nuevos.—La prescripción ordinaria requiere que quien la invoca sea poseedor inscrito—No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio ordinario que Serafina y Dévora Gálvez y otros siguieron sobre el objeto expresado, contra Camilo Jaramillo y Eduardo Estrada Domínguez.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 770

Excepción de inepta demanda.—La ineptitud de fondo toca con la personería sustantiva; la de forma con la personería adjetiva, es decir, con la representación de la parte en juicio.—La carencia de personería sustantiva y la petición de modo indebido no constituyen excepciones dilatorias.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario que sobre pertenencia de un terreno y sobre otros objetos siguió Luciano Rivera contra José Vásquez. — Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 773

Acción de indemnización de perjuicios por culpa contractual. — Características de la fuerza mayor liberatoria.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario que Luis Martínez Delgado siguió contra Juan de la Rosa Naranjo Ramírez y otras, y en su lugar se declara terminado, por incumplimiento de los demandados, el contrato celebrado entre éstos y el demandante sobre explotación de unas minas denominadas "El Yesal" y se condena a aquéllos a pagar a Martínez Delgado el valor de los perjuicios que le ocasionaron con ese incumplimiento.—Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña 779

Juicio divisorio.—Facultades del partidor.—En el juicio divisorio que Francisco León Cortés siguió contra los herederos de Juan Bautista León Cortes y otros, no se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá, desechó las objeciones propuestas y aprobó el trabajo de partición—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda ... 784

Acción de pertenencia de un predio por haberlo adquirido por medio de la prescripción.—Los certificados de los registradores no modifican ni subsanan las irregularidades en que se haya incurrido al registrar un título sujeto a esta solemnidad.—El que el opositor no aduzca prueba alguna no basta para que se haga la declaración de pertenencia por prescripción, en favor del promotor del juicio, sino que éste debe aducir sus pruebas de la posesión.—Causal segunda de casación.—Es procedente esta causal cuando por interpretación equivocada de una demanda, se deduzca una acción distinta de la ejercitada.—Conocida claramente la intención de los litigantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras empleadas al formular sus súplicas—Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el juicio ordinario que sobre el objeto expresado intentó Concepción Muñoz de Forero—Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 787

Se declara desierto un recurso de casación, porque la demanda fue presentada por el apoderado que había actuado en representación de la parte actora durante la primera instancia, pero al cual se había reemplazado expresamente por otro en la segunda, sin que este último hubiese actuado con el carácter de sustituto del primero (artículos 266 del Código Judicial y numeral 3º del 2189 C. C.).—La Corte declara desierto, por el motivo anotado, el recurso de casación que el Dr. Luis

PAGS.

Fernando Paredes A. interpuso, en su condición de apoderado de la señora Marcelina Carabalí, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario seguido por la mencionada señora contra Francisco Luis Cano y otro.—Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 798

Al demandante incumbe dar la prueba del derecho que intenta reivindicar.—Qué se entiende por norma sustantiva para los efectos del recurso de casación.—La servidumbre no es aplicable sino a bienes raíces.—La incongruencia como causal de casación.—En el juicio ordinario que Luis Restrepo Lotero siguió contra Carlos Franco para que se declare que el primero tiene derecho al uso de determinada agua y para que se hagan otras declaraciones, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 800

La declaración de nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva, sólo puede invocarla y obtenerla la parte que ha estado mal representada o que ha carecido de representación.—En los juicios divisorios, no es procedente el recurso de casación contra la providencia del Tribunal que declare probada alguna objeción a la partición y ordene rehacer ésta, sino sólo contra la sentencia que aprueba la segunda partición.—No significa esto que la primera de dichas providencias no tenga el carácter de sentencia ni que el recurrente deba limitarse a acusar la sentencia por no haber debido aprobar el segundo trabajo porque éste no se ajustaba a lo ordenado.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio de división de un bien común denominado "Doima", intentado por Elodia B. de González en su propio nombre y en representación de sus hijos menores de edad.—Magistrado ponente: Dr. Bonilla Gutiérrez 807

Venta de predios rústicos con relación a su cabida.—Qué se entiende por predio rústico para estos efectos.—Cuándo puede considerarse que la venta se ha hecho con relación a la cabida, y no como cuerpo cierto—La medida aproximada, no permite entender que la venta se ha hecho con relación a la cabida.—No es aceptable que en tratándose de predios rurales, la cabida es condición indispensable de toda venta.—La inconformidad de las partes con las tesis del fallo, no es causal de casación y no constituye incongruencia.—Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario seguido por Santiago M. Hoyos T. contra el Dr. Eduardo Garrido Campo, sobre disminución del precio de un contrato de compraventa, por haber resultado con una cabida menor de la expresada, la finca objeto de ese contrato, y por Campo contra Hoyos, en demanda de reconvención, para que se declarara resuelto por incumplimiento de una obligación por parte del comprador, el mencionado contrato de compraventa.—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 818

Acción de indemnización de perjuicios.—En el juicio ordinario que sobre indemnización de perjuicios ocasionados con el incumplimiento de una cláusula de preferencia consignada en un contrato sobre partición de un bien común, siguió Oliva Ferro contra Isabel Ferro de Buendía y María Ferro de Cleves Vargas, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá y, revocando la de primer grado, se decide que no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda y, en consecuencia, se absuelve a las demandadas de los cargos que les fueron propuestos.—Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña 829

Acción reivindicatoria.—Simulación absoluta y relativa. — Prueba de la simulación.—Cuando se trata de probar entre los contratantes y el acto simulado consta por escrito, la prueba debe ser el pacto literal oculto o la confesión de la contraparte—Los terceros gozan, en cambio, de una mayor amplitud probatoria al respecto.—Técnica de casación—Cuando es por errónea apreciación

PAGS.

de pruebas, deben señalarse las que se consideran lo fueron equivocadamente—Cuándo en casación puede variarse la apreciación que de los indicios hizo el Tribunal—No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario que sobre reivindicación siguió Julio Martín Restrepo contra Haydée Eastman, y por denuncia del pleito, contra Horacio López de Mesa.—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 834

La efectividad de la rebaja concedida por el acreedor al deudor conforme a los preceptos de la Ley 37 de 1932, no queda condicionada a que el pago se hiciera dentro del término señalado por la misma ley para la suspensión del remate.—En el juicio ordinario que Pedro Uribe Mejía siguió contra Roberto Escobar R., el Banco Central Hipotecario, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y Julio Jaramillo Alvarez, para que se hicieran varias declaraciones, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 841

Improcedencia del recurso de casación respecto de sentencias proferidas en juicios sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal.—El auto que declara admisible el recurso de casación, no obliga a la Corte a tomar luego decisión alguna de fondo, si al recurso se le ha dado cabida sin fundamento legal. —Resuelve la Corte que no es el caso de estudiar los cargos de la demanda de casación formulada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, sentencia que aprobó la partición hecha en el juicio sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal formada por Catalino Muñoz y Felisa Bravo, juicio iniciado a solicitud de la cónyuge Felisa Bravo.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 847

Acción de indemnización de perjuicios.—Los perjuicios causados directa y personalmente a la víctima antes de su muerte, pueden y deben reclamarse para la sucesión de ésta; los causados con el deceso de la víctima a personas que derivaban del difunto alguna utilidad o beneficio, únicamente pueden ser reclamados por y para los perjudicados, personal o individualmente considerados.—Cuando las demandas sean claras, no pueden ser objeto de interpretación, aunque sean descaminadas.—Causas por las cuales la sentencia desestimatoria puede negar la acción.—En el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguió Sara Llanes de Vergel, en representación de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por ella y por Miguel Angel Vérgel y en representación de sus hijos menores, quienes representan a la sucesión del mencionado Vergel, contra la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Cúcuta, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona.—Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 851

Acción de indemnización de perjuicios, por incumplimiento de un contrato de arrendamiento.—Cuando este contrato se celebra por quien no es dueño del inmueble arrendado, pero que al hacerlo obra con autorización del propietario, no hay arrendamiento de cosa ajena.—Causal primera de casación.—La amplitud observada por la Corte en la interpretación de las demandas de casación, no puede llegar hasta considerar como tal un escrito que no reúne ninguna de las condiciones que la ley exige para que ella quede configurada.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario que Bierman & Compañía Limitada y Francisco Uprimny siguieron contra Jorge E. Melo, sobre el objeto expresado.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 858

La calidad de hijo natural no proviene de la voluntad del padre que hace el reconocimiento.—El hijo natural lo es por ministerio de la ley, una vez reconocido.—No pueden, por tanto, confundirse el reconocimiento y la calidad del hijo que se reconoce. No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario

PAGS.

que María Luisa Caicedo siguió como tutora de Luis Antonio Caicedo, contra los albaceas testamenarios de Joaquín Collazos y contra los interesados en la sucesión del mismo, sobre que el mencionado Caicedo es hijo natural de Collazos; sobre que como tal tiene derecho a la mitad de los bienes herenciales de éste y sobre otras declaraciones.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 868

SALA DE CASACION PENAL

Delito de detención arbitraria.—No se puede detener a una persona con base en una sentencia que aún no está ejecutoriada.—La ignorancia de la ley o la impericia en su manejo y aplicación, no pueden ser alegadas como disculpa por los funcionarios públicos.—Confirma la Corte el auto de proceder que el Tribunal Superior de Tunja profirió, por el delito de detención arbitraria, contra el Dr. Alberto Gómez Mora, exJuez del Circuito Penal de Guateque.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 876

No puede haber abuso en el ejercicio de sus funciones cuando el hecho se contrae a la labor interpretativa que compete a los funcionarios frente a las normas legales que les corresponde aplicar.—La Corte sobresee definitivamente en favor de los Dres. José Vicente Morales, Alfonso Galvis Amado, Alejandro Venegas y Luis C. Vásquez, por cargos de responsabilidad que les formuló como Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Rafael Jiménez Montenegro; declara extinguida la acción penal contra el Magistrado Dr. Carlos Rico Morlot, por muerte de este procesado y ordena que se saque copia de lo conducente para que se averigue el posible delito de falsas imputaciones, en que haya podido incurrir el denunciante.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 880

Delito de abuso de autoridad (Intervención en debates políticos).—Se condena al Dr. Luis Enrique Conde Girón a la pena de dos meses de arresto e interdicción del ejercicio de funciones públicas por el mismo tiempo, por el delito de abuso de autoridad consumado en su condición de Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez ... 863

Improcedencia de la extradición de nacionales colombianos.—Emite la Corte concepto desfavorable a la solicitud de extradición de los ciudadanos colombianos Alejandro Perea, Marcelino Finisterra y Antonio Rodríguez, hecha por la Embajada del Perú en Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 886

Requisitos para la procedencia del desistimiento de un recurso.—Se admite el desistimiento que del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, hizo el procesado por el delito de lesiones personales, Néstor Vélez Ramírez; se declara ejecutoriada la misma sentencia y se condena en costas a la parte recurrente.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 889

Causal primera de casación.—No es pertinente esa causal, sino la segunda, cuando en casación se alega lo relativo a cualquiera de los motivos que justifiquen el hecho, siempre que se trate de juicios en que no intervino el Jurado—La legítima defensa no puede confundirse con la excusa de la provocación.— No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Neiva condenó a Rogelio Romero Calderón, como responsable del delito de lesiones personales.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 891

Delitos de detención arbitraria y de prevaricato.—Se sobresee definitivamente en favor del señor Roberto Castro Osorio, exComisario Especial de Arauca, por los cargos que le formuló en su denuncia el Dr. Plutarco Niño Espejo.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 894

Qué se entiende por interés, para que configure causal de impedimento o recusación.—El hecho de que un funcionario haya adelantado un proceso como funciona-

PAGS.

rio instructor, no configura causal de impedimento para que emita concepto como Agente del Ministerio Público en el mismo proceso, y por tener interés en él.—Si dentro de la investigación ha proferido algún auto de fondo, el impedimento que podrá existir, será por haber emitido opinión, pero no por interés.—Decide la Corte que el Dr. Julio Vengoechea no está impedido para actuar, como Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla, en un proceso contra Saúl Salazar por el delito de prevaricato.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 901

La apreciación de las circunstancias modificadoras corresponde al jurado en los juicios en que éste interviene.—Causal tercera de casación.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Quibdó profirió en el proceso contra Mauricio Ibarguen Rentería, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente Dr. Francisco Bruno 903

Improcedencia de la causal segunda de casación en los juicios en que interviene el Jurado.—Requisitos de la demanda de casación.—No se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó a Antonio José Giraldo Villa, como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 906

Para que tenga lugar el cambio de radicación de un proceso de competencia del Juez Superior, seguido contra un enfermo de lepra, es suficiente el hecho de que éste deba ser trasladado a otro distrito donde exista lazareto.—Emite la Corte concepto favorable a que se cambie la radicación del proceso que por el delito de rapto se sigue en el Juzgado Primero Superior de Cúcuta, contra Venancio Quintana.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 908

Delitos de detención arbitraria y de prevaricato.—Incompetencia de los Tribunales para conocer, en primera instancia, de causas por delitos de responsabilidad, seguidas contra jueces municipales.—Confirma la Corte el auto proferido por el Tribunal Superior de Quibdó, en la parte en que se sobresee definitivamente en favor del Dr. Agustín Rengifo Porras, ex-Juez Penal del Circuito de Istmina, por cargos de detención arbitraria y prevaricato; y revoca el mismo auto en cuanto sobresee definitivamente en favor del señor Agustín Arango Lozano, ex-Juez Promiscuo Municipal de la misma ciudad, ordenando, además, que el expediente pase al Juez Penal del Circuito de Istmina, para lo de su cargo.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 909

Requisitos para que se configure el delito de prevaricato.—Se ordena cesar todo procedimiento contra el Dr. Pedro Gutiérrez Mejía, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Manizales, por los cargos de prevaricato y de abuso de autoridad que en su denuncia le formuló Heriberto García Cano, y ordena la Corte que se saque copia de lo conducente y se pase a la autoridad competente, para que se adelante investigación criminal contra el denunciante, por los delitos de que trata el Título IV, Capítulo 1º, Libro 2º del Código Penal.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 912

Diferencias existentes entre las causales 1ª y 2ª de casación.—Es en ésta donde cabe establecer si por errada interpretación de los hechos, en la sentencia se les ha atribuido un valor probatorio que no tienen.—Improcedencia de la causal 2ª de casación en los juicios por jurado.—Técnica de casación.—Requisitos para que prospére la causal 5ª.—Esta causal tiene especial aplicación en juicios en que no intervino el jurado.—Veredicto contradictorio y veredicto contraevidente.—Lo dispuesto en la causal 7ª no es aplicable a los casos de contraevidencia del veredicto.—No se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó a Angel María Borja o Sepúlveda y a Manuel Antonio Sepúlveda Borja, como responsables de los delitos de homicidio en Moisés Borja y Carlos Navales. — Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 915

PAGS.

Aclaración del Conjuez Carlos Arturo Díaz 919

Delito de detención arbitraria.—Se confirma la providencia por la cual el Tribunal Superior de Pereira ordenó cesar todo procedimiento contra el Dr. Virgilio López Méndez, por cargos de detención arbitraria como Juez Superior del mismo Distrito.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 920

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción de reintegro de una suma que equivocadamente fue pagada por concepto de impuestos.—Enriquecimiento sin causa. — Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido por Henrique Lecompte contra la Nación.—Magistrado ponente: Dr Luis A. Flórez 923

Juicio ejecutivo.—Los artículos 121 y 122 de la Ley 167 de 1941 no establecen requisitos especiales para que las sentencias de los Tribunales de lo Contencioso presten mérito ejecutivo.—Confirma la Corte la sentencia de excepciones que el Tribunal Superior de Neiva profirió en el juicio ejecutivo seguido por Guillermo Orozco Borrero contra el Departamento del Huila.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 925

Domicilio de sociedades extranjeras con negocios en el país.—La prohibición del artículo 550 del C. J., no excluye que el juicio que haya de seguirse para ejecutar un fallo judicial pueda adelantarse ante el juez o Tribunal a quien correspondió el conocimiento del asunto, en tratándose del lugar escogido por querer de los interesados.—Este artículo debe cumplirse estrictamente en los casos en que la naturaleza del asunto o la calidad de las partes no permiten elegir o aceptar domicilio.—No accede la Corte a reponer su propia providencia, por medio de la cual confirmó el auto del Tribunal Superior de Bogotá que negó la nulidad de lo actuado en el juicio ejecutivo seguido por el Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 928

Acumulación de juicios.—Cuándo es viable por existir identidad de causa entre dos o más juicios.—Niega la Corte la acumulación de los juicios promovidos contra la Nación y el Municipio de Manizales, por Rita Robledo y otros y por José Restrepo y Restrepo, acumulación solicitada por el señor Procurador Delegado en lo Civil.—Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 935

Alcance de la disposición contenida en el Decreto-ley número 10 de 1950, sobre que tanto la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos, como la oposición a ella, han de someterse a los requisitos de forma de las demandas en juicios ordinarios.—La Sala suplicada mantiene la providencia por la cual el Magistrado sustanciador declaró infundada la excepción de inepta demanda que el señor Procurador Delegado en lo Civil propuso a la oposición formulada por Dímas Sampayo, Félix y Elías Zurek y otros, a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional ubicados en el Departamento del Magdalena, hecha por la Compañía de Petróleo de Cundinamarca—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 937

El que la liquidación presentada por el demandante no sea objetada por la contraparte, equivale a una confesión, y, por tanto, a este caso es aplicable el artículo 170 del C. J., conforme al cual las confesiones de los Agentes del Ministerio Público no perjudican a la parte que representan.—Revoca la Corte el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Barranquilla reguló la suma que la Nación debe pagar al Dr. Arturo Fabio Manotas en cumplimiento de una sentencia de la Corte y como pago de unos terrenos y, en su lugar, ordena que el incidente sea abierto a pruebas por el Tribunal de primera instancia.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles.. 940

PAGS.

Responsabilidad civil del Estado por daños ocasionados a particulares por el mal estado de un bien de uso público.—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario que sobre indemnización de perjuicios ocasionados con la caída de un puente de propiedad departamental, siguieron Dioselina Gutiérrez y otros contra el Departamento del Tolima. — Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 945

No se accede a la solicitud de aclaración de la sentencia anterior.—Una sentencia no es revisable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado.—Resuelve la Corte que no es el caso de acceder a la solicitud del apoderado del Departamento del Tolima para que se declare "sin valor ni efecto alguno" la sentencia proferida por la Corte en el juicio ordinario seguido por Dioselina Gutiérrez y otros contra el mencionado Departamento, sentencia de que dá cuenta el aparte inmediatamente anterior de este índice.—Auto proferido por el Magistrado sustanciador: Dr. Agustín Gómez Prada 953

Sobre las obligaciones civiles, aunque sean a un plazo largo, no influyen los cambios que pueda experimentar el poder adquisitivo de la moneda.—Se revoca la providencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá fijó el monto de la indemnización que por concepto de perjuicios, y en cumplimiento de la sentencia de la Corte, debe pagar la Nación a Ana Rosa Herrera de Zapata y otros, y en su lugar se fija en $ 10.633.07, el valor de esa indemnización.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 955

Se dirime una colisión de competencias para conocer de un juicio de sucesión.—Dirime la Corte la colisión surgida entre los Jueces del Circuito del Socorro y de Moniquirá, para conocer del juicio de sucesión intestada del señor Zabulón Riveros, en el sentido de que es al primero de los jueces nombrados, a quien compete conocer de ese juicio. — Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 960

Para que un apoderado tenga personería dentro de un juicio, no es indispensable que haya precedido reconocimiento expreso por parte del Juez.—El reconocimiento puede ser tácito en algunos casos.—La Sala suplicada mantiene la providencia por medio de la cual el Magistrado sustanciador negó la solicitud formulada por el apoderado de los Municipios de Sabanagrande y Malambo en un juicio sumario de oposición a una propuesta de petróleos, para que se retrotrajera el procedimiento, a partir del momento en que él había presentado la documentación comprobatoria de su personería— Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 963

Acción de indemnización de perjuicios.—En el juicio ordinario que sobre el objeto expresado siguieron Gustavo Sánchez Acosta y otros contra el Departamento de Antioquia, se reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 965

NOTA.—Con el presente número termina el Tomo LXX de la GACETA JUDICIAL, El número 2109 estará destinado al Indice y Jurisprudencia del tomo.

El Relator.

Errata advertida: En la pág. 807, línea 7ª del título, dice: "aprueba la segunda petición", debe decir: "aprueba la segunda partición".

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA" CALLE 14, Nº 1356 — TELEFONO 14-325

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono Nº 14-325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXX — BOGOTA — 1952 — NUMERO 2109

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LXX (NUMEROS 2103 A 2108 DE LA "GACETA JUDICIAL"

— A —

— 1 —

ABANDONO DEL JUICIO

Si el actor retiene indebidamente el expediente en su poder, es el demandado quien debe actuar en orden a que el juicio se mueva, y no es el demandante quien debe intervenir, porque el expediente no está abandonado desde luego que éste lo tiene en su poder y se presume que está interesado en él; de donde se desprende que el fenómeno del abandono se tiene que cumplir en la Secretaría, y no en la oficina del actor, pues si los autos se hallan en la oficina, se está cumpliendo una retención indebida de éstos por parte del actor, pero no un abandono. (Negocios Generales. Septiembre 8 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106) 630, 2ª

— 2 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Por haber actuado después de haber sido recusado)

El artículo 78 del Código de Procedimiento Penal dice que "desde que se presente" la recusación hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá el proceso, si estuviere en estado de juicio, pero que si fuere sumario, podrán ejecutarse "los actos urgentes de instrucción".

Y es natural que desde que se manifieste el impedimento o se presente la recusación no siga conociendo del proceso el impedido o recusado, mientras no se resuelva el incidente, porque los actos podrían quedar viciados por el motivo que hace apartar del negocio al funcionario. La jurisdicción, en efecto, se suspende desde que se manifiesta la causal de impedimento o desde que se presente la recusación, y se pierde cuando el funcionario ha sido separado del conocimiento, por impedimento o recusación (artículos 146 y 147 del C. de P. P.).

Ahora bien, no puede admitirse que sea el funcionario recusado quien califique en forma negativa y definitiva la existencia y calidad de los motivos alegados, porque ello sería convertirlo en juez de su propia causa.

Y sólo puede aceptarse que el funcionario dentro del sumario, practique los actos urgentes de instrucción, después de recusado, porque ello obedece a la necesidad de orden público de que la represión penal se ejercite

debidamente, para lo cual es necesario que se practiquen las pruebas que puedan perderse o demeritarse al no ser realizadas inmediatamente.

Dentro del proceso que se estudia, el juez no iba a practicar "acto urgente" ninguno de instrucción, porque como tal no puede considerarse la resolución sobre la libertad o detención del sindicado, que precisamente no quería éste que el mismo funcionario le resolviera, por considerarlo parcializado en su contra.

La arbitrariedad del funcionario consistió en haber violado flagrantemente los artículos 147 del Código de Procedimiento Civil y 78 del Código de Procedimiento Penal, al proferir providencias después de formulada la recusación contra él. (Sala Penal. Julio 31 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....617, 2ª y 618, 1ª

— 3 —

ABUSO DE AUTORIDAD (No requiere dolo específico)

La responsabilidad de los funcionarios públicos tiene límites mucho más amplios que la de los simples particulares. Estos, constitucional y legalmente, sólo son responsables por infracción de la Constitución y de las leyes, en tanto que aquéllos son además responsables por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de las mismas, y esto es precisamente lo que reglamenta el Código Penal en el capítulo del abuso de autoridad.

En lo que respecta al elemento subjetivo de los hechos que la ley penal consagra como susceptibles de sanción, la regla general, que está implícita en las disposiciones del código represivo, es la de que el dolo se presume en toda infracción de la ley penal, y a esta regla sólo escapan aquellas figuras de delito para las cuales esa misma ley exige en sus disposiciones, de modo excepcional, el dolo específico, ora empleando la expresión "a sabiendas", como cuando se trata, por ejemplo, de los delitos de prevaricato, falsas imputaciones ante las autoridades, encubrimiento, etc.; ya con otras expresiones indicativas de esa especie de dolo como en el hurto y robo, al exigir "el propósito de aprovecharse" de la cosa, o como ocurre en el delito intencional de homicidio, para cuya estructuración se exige expresamente "el propósito de matar".

Pero en lo que concierne al delito de abuso de autoridad, el Código Penal no exige el dolo específico. En casos como el investigado en este negocio, sólo son necesarios como elementos integrantes del ilícito, los siguientes: a) Que el sujeto activo del hecho sea un funcionario o empleado público; b) Que realice el hecho excediéndose en sus funciones o con ocasión del ejercicio de éstas; y c) Que el acto sea arbitrario o injusto y redunde en perjuicio de una persona o de una propiedad. (Casación Penal. Octubre 19 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106).....622, 1ª y 2ª

— 4 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Errónea interpretación de la ley)

Para que se estructure el delito de abuso de autoridad, conforme a la tipificación del artículo 172 del Código Penal, se requiere, además de los elementos que le son comunes a la noción amplia del abuso de autoridad, que el acto negativo, ya de omisión, ya de retardo o de abstención, verse sobre un deber legal originado en las funciones propias del funcionario inculpado.

Acorde con esto, es incuestionable que no puede haber abuso en el ejercicio de funciones cuando el hecho se contrae a la labor interpretativa que compete a los funcionarios frente a las normas legales que les corresponde aplicar, pues, de lo contrario, sería

proclamar la infalibilidad del funcionario, cuestión absolutamente inadmisible. (Casación Penal. Noviembre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 881, 1ª

— 5 —

ABUSO DE AUTORIDAD

Si para los actos positivos de abuso de autoridad es necesario el elemento perjuicio contra una persona o contra una propiedad, para los negativos que contempla el artículo 172 del Código Penal es también indispensable el perjuicio real o potencial porque el acto de omisión que a nadie daña, descarta en forma absoluta la intención, propósito o dolo que debe animar al sujeto activo del delito, como en todos los ilícitos, pero principalmente el acto arbitrario o injusto. (Casación Penal. Noviembre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 881, 2ª

— 6 —

ABUSO DE AUTORIDAD

Cuando un reo rematado con sus fugas periódicas permite dudar al Juez que vigila el cumplimiento de la pena si en realidad esto se ha efectuado, es apenas lógico que mientras ello no sea suficientemente esclarecido, el funcionario detenga a ese reo mientras tal averiguación se realiza. Una vez despejada la duda, la libertad incondicional decretada no puede implicar conducta delictiva alguna por parte de ese funcionario, porque de no ser así, quedaría sin efectos la facultad otorgada por la ley, de vigilar el cumplimiento de las sanciones. (Casación Penal. Diciembre 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 921, 2ª

— 7 —

ACUMULACION (Caso de que exista más de una investigación por el mismo hecho)

Cuando por un mismo hecho se ha abierto más de una investigación, es el caso de reunir los dos sumarios, no sólo por economía procesal, sino también porque esto excluye el riesgo de que el fallador de uno de los procesos no haya apreciado pruebas existentes en el otro, y viceversa, las cuales consideradas en su conjunto, pueden aportar mejores y más amplios elementos de decisión y modificar la posición jurídica del procesado. (Casación Penal. Julio 17 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 119, 2ª

— 8 —

ACUMULACION DE AUTOS (Interpretación del numeral 4º del artículo 398 del C. J.)

Para que exista identidad de causa en dos o más juicios, es indispensable que el derecho que se ejercita en cada uno de los juicios provenga de un mismo título u obligación, no importa que la acción vaya dirigida contra varias personas. La Corte ha fijado en numerosas oportunidades normas clara y precisas acerca de la interpretación y alcance que ha de darse a las reglas contenidas en el artículo 398 del C. Judicial, y al referirse al numeral 4º de dicho artículo, expresó en casación de 16 de septiembre de 1943, que él obedece a dos principios, a saber: "...evitar el que sobre un mismo punto jurídico y en ejercicio de una misma acción, respecto de personas ligadas entre sí por una conexión jurídica, pueda dar lugar a fallos contradictorios"; y en el de la economía procesal "que tiende a hacer efectivos los derechos, con el menor esfuerzo de tiempo y de dinero".

Por tanto, para que proceda la acumulación de autos con arreglo al caso definido en

el inciso 4º de que se trata, es necesario que la causa de pedir sea una misma respecto de los distintos litigantes, circunstancia que lógicamente determina el vínculo del interés jurídico entre ellos. (Negocios Generales. Noviembre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) ..... 935, 2ª y 936, 1º

— 9 —

ALCALDE MILITAR (Cuándo los delitos cometidos en ejercicio de sus funciones son delitos militares)

Para que un hecho cometido por un alcalde militar pueda tomar la denominación de delito militar, es indispensable la concurrencia de todos y cada uno de los elementos señalados por la Constitución y la ley. Cuando se trata de violaciones de la ley con imputación a un Alcalde Militar, en tiempo de paz, éste no asume o reúne en su persona al mismo tiempo la autoridad política y la militar, sino únicamente la primera, como que su nombramiento, de acuerdo con la ley, lo hace el Gobernador del respectivo Departamento, del cual es Agente, y sus funciones como empleado de la administración seccional, las reglamenta el Código de Régimen Político y Municipal. Por eso, los actos punibles que se imputen a tales funcionarios como cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, están contemplados en el C. Penal común. Y ello es así, porque en tales circunstancias los hechos no los comete el funcionario en ejercicio de sus funciones como militar, puesto que éstas se suspendieron desde que aceptó tal cargo, sino como funcionario de orden administrativo; tampoco puede sostenerse que esos hechos se realizaron por razón del servicio militar o por circunstancias inherentes al mismo, pues los servicios que prestaba no eran militares, sino administrativos civiles; ni puede hablarse de que sus funciones estén determinadas por el Código Militar, sino por el Código de Régimen Político y Municipal; ni, finalmente, el delito se comete en sitio o lugar donde actúen fuerzas militares. (Casación Penal. Octubre 5 de 1951. T. LXX. 2105-2106) .604, 1ª y 2ª

— 10 —

AGUAS

Cuando la posesión del dueño del predio inferior ha tenido siempre como objeto la totalidad de las aguas, se podrá decir que su derecho es el de dueño del manantial, pero cuando ese derecho se determina, no sólo por el título, sino por los actos posesorios que lo señalan y circunscriben, se dirá con más propiedad que es dueño de un derecho de servidumbre cuya extensión es determinada por los mismos actos que demarcan su extensión. (Casación Civil. Noviembre 19 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 805, 2ª

— 11 —

APODERADO (Ilegitimidad de la personería)

Es cierto que el artículo 258 del C. J. establece que "si el poder está otorgado y ha sido presentado en legal forma, el Juez admite la representación dictando la providencia del caso"; pero de aquí no se deduce que la personería dependa únicamente de ese reconocimiento expreso. El artículo 450 del mismo Código Judicial deja entender que ese reconocimiento de apoderado puede ser en algunos casos tácito, desde luego que dice que no hay nulidad por ilegitimidad de personería "cuando se encuentra en los autos un poder conferido en legal forma a la persona de que se trata, aunque éste no lo haya admitido expresamente". (Negocios Generales. Diciembre 7 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 963, 2ª

— 12 —

ARRENDAMIENTO (Cuándo lo hay de cosa ajena)

El artículo 1974 del C. Civil autoriza el arrendamiento de cosa ajena, al igual que el de cosa propia. Mas es claro que si la cosa no es del arrendador sino de un tercero, y se arrienda con autorización de éste, ya no se trata de cosa ajena, pues para que lo fuera se necesitaría que el arrendador obrara a espaldas del dueño, al igual de lo que ocurre con la venta de cosa ajena: en este caso, si un individuo enajena la cosa cumpliendo autorizaciones del dueño, ya no hay venta de cosa ajena; la hay cuando el vendedor ha tomado la cosa y la vende sin esa autorización, sin conocimiento del propietario y existiendo la buena fe de parte del comprador. (Casación Civil. Diciembre 11 de 1951. T. LXX. Nº 2107-2108).....863, 1ª y 2ª

— 13 —

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS (Prueba de este contrato)

Es claro que la prestación de servicios por un ingeniero comprende actividades propias de su oficio o profesión, y por tanto funciona una presunción en el sentido de que fueron de esa clase las actividades que se desarrollaron y no otras, pero en todo caso no siempre que se establezca la existencia del simple convenio, se puede afirmar que se está en presencia de un contrato de la naturaleza del de arrendamiento de obra, o del de empresa, o del de prestación de servicios profesionales, porque de la simple existencia del pacto, no se sabe si reúne o no las condiciones o características que configuran uno u otro contrato. Para poder calificarlo, es preciso demostrar en alguna forma que llena las condiciones indispensables que individualizan un acuerdo, y si no resultan acreditados los elementos que lo constituyen, mal puede darse por establecido determinado contrato. (Casación Civil. Julio 12 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104).....39, 1ª

— 14 —

ASESINATO (Cuándo puede entenderse que fue reconocido por el Jurado)

Lo esencial del hecho constitutivo de asesinato es que el victimario obre "con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad", según expresa el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal. Así, puede leerse que tal precepto añade, a modo de ejemplo, "Como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento", y no ha de olvidarse que se inicia con la expresión "con cualquier circunstancia". No es por lo tanto necesario, aunque sí conveniente, de acuerdo con el espíritu de la ley, que el veredicto exprese, previa la pregunta del Juez, cuál fue la circunstancia que determinó la indefensión o inferioridad de la víctima.

Tampoco resulta indispensable que las circunstancias sean varias, pues basta una sola para que se tenga por establecido el estado o condición de que se viene hablando. (Casación Penal. Agosto 31 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104).....206, 1ª

— 15 —

AUTOS INTERLOCUTORIOS (Cuáles providencias tienen en el proceso penal ese carácter)

Entre los autos de sustanciación —que no tienen apelación— y los interlocutorios, que sí la tienen, la diferencia es clara: los primeros —según el artículo 156 (3º)— son órdenes dirigidas al desarrollo progresivo,

coordinado e ininterrumpido del proceso, esto es, a la comprobación de los hechos enumerados en el artículo 294; los otros, los interlocutorios, son, según la enumeración no taxativa del artículo 156 (2º), decisiones sobre la detención o la libertad del procesado, la calificación del sumario, el derecho a la admisión o práctica de pruebas, y, finalmente, "los que resuelven algún incidente del proceso y los demás que contengan resoluciones análogas".

Siendo así que el estatuto procesal penal no tiene normas que precisen el contenido de los incidentes, es indispensable —en uso de la facultad del artículo 7º— recurrir al procesal civil.

El Título XII del Libro II está, precisamente, consagrado a tal cuestión. "Son incidentes —define el artículo 391— las controversias o cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso de un juicio y que requieren una decisión especial". Estas controversias se refieren a la acumulación de autos, colisión de competencias, allanamientos, impedimentos y recusaciones, nulidades y desistimientos, y están subordinadas —según el artículo 395— a un procedimiento especial denominado "articulación". (Casación Penal. Septiembre 25 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....572, 2ª

— 16 —

AUTO DE PROCEDER Y AUTO DE DETENCION (Apelación contra la providencia que los contiene a ambos)

Aunque la Corte sostuvo por un tiempo que cuando la detención preventiva se dicta dentro del auto de proceder, aquélla no produce sus efectos, hasta tanto no se encuentre en firme este auto, porque esa medida y el procesamiento forman un todo indivisible en relación con los recursos que sean procedentes, esta tesis ya ha sido rectificada, sosteniendo en cambio que en esos casos el auto de proceder comporta dos providencias, el llamamiento a juicio y la detención del procesado, y cada una de estas decisiones produce sus efectos legales independientemente: aquélla, cuando se ejecutorie, y la otra, inmediatamente, es decir, antes que el superior resuelva sobre los recursos que se hayan interpuesto, pues el recurso contra la detención procede en el efecto devolutivo, y sólo por economía procesal no se sacan copias para su diligenciamiento. (Casación Penal. Septiembre 25 de 1951. T. LXX. Nº 2105-2106) .....576, 2ª y 577, 1ª

— B —

— 17 —

BALDIOS (Cómo se adquiere el dominio sobre ellos)

Según lo establece el artículo 60 del Código Fiscal, los terrenos baldíos no son enajenables a título de venta, y este precepto se refiere —como lo ha sostenido la Corte— no sólo a la Nación, sino también a los particulares. (Casación de 1º de diciembre de 1930, Tomo 38, pág. 337). Por consiguiente, toda enajenación que de ellos se haga a título de venta, es nula.

Para adquirir el dominio de un terreno baldío, es imprescindible que se obtenga su adjudicación por parte del Estado, otorgada en las condiciones y con los requisitos determinados en las leyes sobre la materia. Ese dominio no puede adquirirse ni aún por prescripción, por disponerlo así el artículo 61 del Código Fiscal. (Casación Civil. Octubre 27 de 1951. T. LXX. Nº 2105-2106).....483, 1ª

— C —

— 18 —

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS

Las afirmaciones del peticionario y de testigos en el sentido de que es muy posible, dada la influencia social y política de los familiares del occiso, que los intereses de los procesados puedan sufrir menoscabo en la decisión de los jueces de conciencia que hayan de juzgarlos, no son razones suficientes para demostrar las circunstancias que exige el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Julio 4 de 1951. T. LXX. Nº 2103-2104) 98, 2ª

— 19 —

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS PENALES

El cambio de radicación de un proceso criminal se funda en las razones de conveniencia para la recta administración de justicia y tiene como finalidad remover todos aquellos obstáculos que se oponen a la obtención de esa finalidad. Cuando existe la posibilidad fundada de que las partes que actúan en un proceso penal puedan ser lesionadas en los derechos que les otorgan la Constitución y la ley, ya sea porque en el lugar donde se adelanta el proceso haya el peligro de que esos derechos puedan ser menoscabados por quienes deben intervenir en la tramitación y fallo del negocio, bien porque obren circunstancias especiales que se traduzcan en actos de venganza o de represalias que mermen el derecho de defensa, ora sea porque en el lugar donde deba juzgarse a los procesados exista un clima social poco adecuado para que los juzgadores puedan llenar las funciones que les confiere la ley, es no sólo conveniente, sino necesario, el cambio de radicación del proceso respectivo. (Casación Penal. Septiembre 21 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) .....565, 1ª y 2ª

— 20 —

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS PENALES

El cambio de radicación de un proceso criminal se inspira en la finalidad de obtener dos objetivos fundamentales: salvaguardiar el buen nombre de la administración de justicia y a su vez remover cualquier obstáculo que sea perturbador en la marcha adecuada del proceso, a fin de que la justicia pueda cumplir su alta misión garantizando por igual los derechos de la sociedad y los del procesado. Cuando estas finalidades no pueden cumplirse, por existir en el lugar donde se deba juzgar al procesado, factores que dificulten la obtención de tales objetivos, la ley faculta al Gobierno para cambiar la radicación de un proceso, previo el concepto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Y esta situación se presenta cuando las partes interesadas en los procesos penales no disfrutan de los derechos garantizados por la Constitución y las leyes, ya porque existan motivos fundados de que esos derechos puedan ser desconocidos por quienes deben fallar el negocio, o porque circunstancias originadas en pasiones, se traduzcan en actos de represalia o de venganza, que impidan el ejercicio de aquellos derechos o bien porque existe en el lugar donde se va a juzgar al procesado un clima social tanto de la víctima como del victimario, que aconsejen sustraer a esa acción coaccionadora el negocio respectivo, a fin de que esos factores no redunden en perjuicio de la serena e imparcial administración de justicia.

El hecho de que el denunciante y el apoderado de la parte civil son personas de prestigio profesional en el distrito donde se adelanta el proceso, no justifica por sí solo el

cambio de radicación, como tampoco lo justifica el que la cabecera del distrito sea una población pequeña. (Casación Penal. Septiembre 28 de 1951. T. LXX. Nº 2105-2106) 586, 2ª y 587, 1ª y 2ª

— 21 —

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS PENALES

En repetidas ocasiones ha expresado la Corte que el cambio de radicación de un proceso se funda en una razón de orden público y social, como es la de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial, de modo que se garanticen plenamente los derechos de la sociedad y de la persona a quien se acusa por la comisión de un ilícito. No se podría afirmar que los derechos del sindicado se hallan debidamente respaldados cuando su presencia en el lugar donde debe juzgársele se halla cohibida o intimidada por la presión o la amenaza de las personas que por una u otra causa tienen graves divergencias con aquél.

"La conveniencia para una recta administración de justicia —ha dicho la Corte— estriba en la amplitud de sistemas que garanticen los derechos de la defensa social, y los del sindicado frente al Estado que le formula cargos a nombre de la sociedad. Si las partes en los procesos penales no disfrutan de esos derechos garantizados por la Constitución y la ley, bien porque existe una hipótesis fundada de que les van a ser negados por quienes deben fallar su negocio, o porque circunstancias especiales derivadas de pasiones que muchas veces se traducen en actos de venganza o represalias, impidiendo la defensa, o bien porque esos mismos actos pueden poner en peligro la vida del procesado; en tales casos, para que los fallos sean la expresión de la justicia, es necesario e indispensable el cambio de radicación del proceso". (Concepto de 20 de noviembre de 1946, G. J. Tomo LXII, Nros. 2046-47, pág. 166). (Casación Penal. Octubre 19 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106) 624, 2ª

— 22 —

CASACION (Límites de la competencia de la Corte)

El hecho alegado en la demanda de que uno de los procesados careció prácticamente de defensa en el acto de la controversia pública, hubiera podido fundar una causal de nulidad constitucional; mas como ese procesado no interpuso casación, si la Corte no tiene competencia para considerar causales no propuestas cuando el recurso fue admitido, menos cuando el interesado se abstuvo de ocurrir ante la Corte. (Casación Penal. Agosto 24 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 184, 2ª

— 23 —

CASACION (Reformatio in pejus)

Como se ha establecido en diversas oportunidades, no es admisible en casación la **reformatio in pejus**, al menos que el recurrente sea el Ministerio Público. (Casación Penal. Julio 24 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 127, 2ª

— 24 —

CASACION (Contra sentencia que desechó objeciones a una partición)

Cuando se interpone el recurso de casación contra una sentencia en que el Tribunal en segundo grado declara infundadas las objeciones propuestas contra la partición, la misión de la Corte es la de estudiar y decidir todo lo que fue materia de las objeciones. "En la casación de un juicio de sucesión, ha

dicho la Sala, no puede alegarse ejecutoria de las decisiones del Tribunal que resuelven las objeciones de la partición. De otra suerte, el recurso de casación carecería de objeto en la mayor parte de los casos". (Sentencias de 10 de diciembre de 1915; de 8 de abril de 1938 y de 28 de abril de 1938. Véase G. J. N° 1934, pág. 321).

Mas, por el contrario, "aquello que no fue materia de las objeciones a la partición, no puede ser válidamente alegado en casación". "En casación, ha dicho la Corte, no pueden oírse ni menos prosperar objeciones que no fueron propuestas en el respectivo Juzgado" (fallo de 28 de abril de 1938, GACETA citada). Y ha agregado: "Bien es sabido que la decisión de un recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición herencial está jurisdiccionalmente circunscrita a las cuestiones propuestas como objeción a la cuenta de partición y que ante la Corte no es posible presentar nuevos reparos o aspectos no considerados ni propuestos en la articulación correspondiente". (Sentencia de 3 de octubre de 1942, Tomo LIV-bis, pág. 146).

Aplicación de la jurisprudencia anterior, es la doctrina según la cual el cargo en casación debe corresponder al reclamo concreto que se formuló en el memorial de objeciones, y no simples motivos que no constituyeron objeción, aunque se hubiesen expuesto en el mismo memorial para respaldar o vigorizar alguna objeción o con una finalidad diferente. (Casación Civil. Agosto 21 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2103-2104) . . . 67, 2ª y 68, 1ª

— 25 —

CASACION (Está vinculada a la parte resolutiva del fallo recurrido)

"Si bien es cierto que la finalidad propia del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, mediante la exposición doctrinaria, no por eso la función de la Sala de Casación Civil es académica en el sentido de que tenga libertad para ocuparse de todos los temas que se le propongan, aún de los que carezcan de influencia sobre la parte dispositiva de los fallos.

"El recurso está limitado por su finalidad secundaria de reparar el agravio que se haya cometido contra una de las partes por una interpretación equivocada de la ley. De ahí que el recurso sea de casación, es decir, de anulación de lo resuelto por el Tribunal.

"Por eso la Corte ha reiterado varias veces la doctrina de que el recurso de casación está vinculado a la parte resolutiva de la sentencia y en manera alguna a la motiva. Pues la función doctrinaria de la Corte se ejerce sobre la violación de la ley que haya conducido al Tribunal a resolver el pleito en pro o en contra de la demanda". (Casación de octubre 10 de 1945. G. J. N° 2021, pág. 707). (Casación Civil. Julio 4 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2103-2104) 30, 1ª

— 26 —

CASACION (Por perjuicios ocasionados por un delito)

El recurso de casación en cuanto a los perjuicios —por imperio de la ley procesal penal (artículo 559)— se rige por las normas de la ley procesal civil (artículo 520 y siguientes). Implica esto que las causales invocadas, su adecuación y pertinencia, la forma y contenido de la demanda, y los fundamentos que cada causal exige, según su naturaleza y objeto, se subordina a la ley, a la jurisprudencia y a la técnica de la casación civil, con las restricciones impuestas por la naturaleza del proceso. (Casación Penal Julio 3 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2103-2104). 81, 1ª

— 27 —

CASACION (Por perjuicios ocasionados por un delito. Naturaleza de la acción civil correspondiente)

El demandante no mencionó la norma sustantiva infringida mediante la errónea apreciación de la prueba, pero si esa omisión —según la doctrina de la casación civil— priva de eficacia el recurso, ella no puede acogerse en casación penal, en la cual confluyen y juegan intereses de orden público, distintos de los de orden privado que informan la casación civil. La acción para la reparación de perjuicios, no obstante que en algunas de sus etapas procesales se rige (equivocadamente) por las normas de la civil, es acción mixta en el más amplio de los conceptos, ya que —por cuanto persigue el reconocimiento de determinadas consecuencias del delito— bien puede ser considerada como pública. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 84, 1ª

— 28 —

CASACION (Por perjuicios, en proceso penal)

La casación en cuanto a la condena a título de reparación de perjuicios, de acuerdo con el artículo 559 del estatuto procesal penal, se interpone y formula de conformidad con las causales y el procedimiento de la casación civil. (Casación Penal. Julio 24 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 127, 1ª

— 29 —

CASACION (Término para fundar el recurso)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del Código Procesal Penal, el recurso de casación debe fundarse dentro del término legal o sea, el de quince días, de que habla el artículo 563, so pena de que sea declarado desierto.

La Corte ha considerado que de conformidad con el artículo 7º del Código Procesal Penal, debe aplicarse por analogía el artículo 530 del Código de Procedimiento Civil, que dice:

"La demanda puede remitirse a la Corte por la parte o por su apoderado desde el lugar de su residencia, de modo que llegue a la Secretaría dentro de dicho término".

Quiere decir lo anterior que la demanda de casación puede ser enviada de lugar distinto a donde se sigue el negocio, pero para que ella surta sus efectos es indispensable que llegue a la Corte dentro de los términos legales. (Casación Penal. Julio 19 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ... 121, 2ª y 122, 1ª

— 30 —

CASACION (Violación directa)

Los artículos 892 y 893 del C. C. determinan los derechos de los riberanos para servirse de las aguas y las limitaciones que su derecho puede sufrir. Entre ellas se tiene la del uso "en cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido por prescripción u otro título, el derecho de servirse de las mismas aguas". En el caso en estudio, el Tribunal interpretó el título del derecho a utilizar simplemente la mitad de su caudal y no el total de la fuente. Como se ve, no puede existir violación directa de los referidos preceptos y si existiera, sería a través de una errada interpretación del título del demandante, cuestión no propuesta. (Casación Civil. Noviembre 19 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2107-2108) 803, 2ª

— 31 —

CASACION (Medios nuevos)

Es doctrina jurídica que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación y que ha sido establecida en múltiples fallos, la de que no pueden proponerse útilmente, con motivo de tal recurso, cuestiones que no se hayan controvertido en las instancias del juicio, o sea que con ocasión de él no pueden introducirse medios nuevos encaminados a traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate. (Casación Civil. Noviembre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 771, 2ª

— 32 —

CASACION (Requisitos de la demanda de)

La casación, como medio extraordinario de restablecer el derecho desconocido en el fallo, fija sistemas conducentes y adecuados a obtener ese restablecimiento, y sin cuyo uso la impugnación es ineficaz. Esos sistemas comportan exigencias de tiempo y exigencias de contenido y de forma, lo que significa que si no se interpuso el recurso ni se formuló la demanda en el tiempo legal, ni ésta fue elaborada con estricta sujeción a los presupuestos de validez que la ley le fija, caduca el derecho en el primer caso y se desecha el recurso en el segundo.

La demanda de casación —prescribe el artículo 531 del estatuto procesal civil, aplicable a la casación penal por mandato del artículo 7º del procesal penal— debe contener lo siguiente:

a) La síntesis de los hechos que constituyen el tema del debate;

b) La determinación de la causal en que el recurso se sustente;

c) Los fundamentos jurídicos de la causal alegada; y

d) La referencia a las normas legales que se crea fueron violadas en el fallo. (Casación Penal. Septiembre 14 de 1951. Tomo LXX. Números 2105-2106) .....532, 2ª y 533, 1ª

— 33 —

CASACION (Requisitos de la demanda de)

Repetidas veces ha dicho la Corte que la demanda de casación, debe formularse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 531 del Código Judicial, en relación con el ordenamiento del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Cuando en casación se alega una causal, el deber del demandante no se reduce a enunciarla sino a demostrarla, es decir, a determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones que se consideren violadas por el fallador de instancia.

Constituyendo el recurso extraordinario de casación, en último término, una formal crítica a la sentencia, por haberse incurrido en un error, para que prospere la causal invocada, es necesario demostrar en qué consiste ese error, por qué se incurrió en él y por qué se violaron las disposiciones de la ley sustantiva o procedimental. Es decir, deben llevarse al debate, para que sirvan de examen ante la Corte los hechos, circunstancias y fundamentos de orden jurídico que permitan hacer un estudio de la sentencia frente a la ley. (Casación Penal. Octubre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) ...600, 2ª

— 34 —

CASACION (Requisitos de la demanda)

El escrito de demanda sólo hace la enunciación de la causal de justificación denominada legítima defensa, pero no aduce argumentos de ninguna especie encaminados a probar los postulados de esa eximente de

responsabilidad. Y como no se trata aquí de una tercera instancia, sino de un recurso extraordinario que implica una controversia sobre el fallo materia del recurso, a la Corte no le es dado suplir las deficiencias del libelo, porque el procedimiento oficioso le está vedado y toda su actuación está circunscrita a los fundamentos del recurso con relación a la estructura jurídica del fallo de segunda instancia. (Casación Penal. Octubre 16 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....610, 2ª

— 35 —

CASACION (Requisitos de la demanda de)

Ha sido doctrina sostenida por la Corte estimar las demandas de casación con cierta amplitud, con cierta generosa interpretación, a fin de no ir a sacrificar el fondo del derecho. Pero, naturalmente, ese criterio de latitud, como el que se debe usar en la interpretación de una demanda común, que no puede llegar hasta cambiar la fisonomía jurídica de ésta y definir hechos y peticiones de que la demanda no da razón, ese criterio de amplitud, se repite, no puede ir hasta considerar lo que el recurrente llama demanda de casación, como una verdadera demanda, cuando en realidad no reúne ninguna de las condiciones que la ley señala para que ella quede configurada. En la demanda común, el actor cuenta con la colaboración del juez, por decirlo así, quien puede volvérsela cuando no cumpla las exigencias legales o sea oscura, indicando las correcciones que se le deben hacer (artículo 738 del C. J.). Fuéra de esto, el actor puede corregir o aclarar su demanda dentro de cierto término (artículo 208 del C. J.). Pero de todas estas garantías no goza el recurrente en casación, y por eso éste tiene que ser muy cuidadoso al presentar su demanda, a fin de no exponerse a una descalificación de ella. (Casación Civil. Diciembre 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).. 862, 2ª

— 36 —

CASACION (Alcance del auto que admite el recurso)

En varias ocasiones ha dicho la Corte que cuando erradamente declara admisible el recurso de casación, el auto correspondiente no la obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y darse cuenta cabal de la índole del pleito. Ciertamente, si al entrar en el examen detenido del recurso propuesto advierte que le ha dado cabida sin fundamento legal, mal procedería atribuyéndole al auto admisorio de la demanda capacidad para comprometerla en el nuevo error de asumir una competencia de que carece. Porque el auto en cuestión nunca tiene fuerza de sentencia, no cohibe a la Corte para declarar en providencia posterior improcedente el recurso. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108)..850, 1ª y 2ª

— 37 —

CASACION (Improcedencia del recurso)

No es procedente el recurso de casación en sentencias proferidas en juicios sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal conforme a la Ley 28 de 1932, pues esos juicios se tramitan mediante el procedimiento breve y sumario del artículo 1203 del Código Judicial. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108)..849, 2ª

— 38 —

CASACION (Contra cuál providencia del juicio divisorio procede este recurso)

En los juicios divisorios no es procedente el recurso de casación contra la providencia del Tribunal Superior que declare probada alguna objeción al primer trabajo de partición y ordene rehacerlo. Pero esto no sucede

porque se trate de un auto interlocutorio. La providencia que resuelve sobre la partición presentada y las objeciones que se le formulen tiene, sin duda, fuerza de sentencia; no hay lógica cuando se dice que es sentencia si el fallo aprueba la partición, y que es simple auto interlocutorio si declara probada una objeción y ordena rehacer el trabajo. Lo que pasa es que en el último evento la providencia no le pone fin al pleito, como sí sucede en la primera. Así, pues, el fallo que ordena rehacer una partición es en el sentido anotado una providencia interlocutoria con fuerza de sentencia, como otras que existen en nuestro procedimiento, v. gr. las que deciden excepciones en juicio ejecutivo y la de expropiación.

Es contra la sentencia que aprueba la segunda partición por estar ésta de acuerdo con lo dispuesto al decretar la realización del segundo trabajo, que hay lugar al recurso de casación, pues es entonces cuando termina definitivamente la segunda instancia ante el Tribunal. Pero esto no significa que el recurrente en casación deba limitarse al examen de la sentencia basado únicamente en que no debió aprobar el segundo trabajo de partición por no ceñirse a las órdenes impartidas en la primera providencia que declaró probadas las objeciones a la primera partición. Si esto fuera así, las conclusiones a que llegó el Tribunal en la primera providencia, que son las que realmente resuelven sobre los derechos de las partes, quedarían sin impugnación ninguna ante la Corte, por fuéra de la casación, haciendo ineficaz este recurso para los juicios divisorios. Por los motivos expuestos, estima la Corte que en la sentencia del Tribunal que aprueba el nuevo trabajo de partición por encontrarlo de acuerdo con las órdenes impartidas en la providencia que ordenó rehacerlo, se deben considerar implícitas las conclusiones o decisiones de ésta. En consecuencia, pueden los recurrentes en casación formular sus cargos sobre la base de que la proporción aceptada por el Tribunal al decretar el nuevo trabajo de partición y en general las instrucciones que le haya dado al partidor para rehacer su trabajo, no se ajustan a la ley ni a sus derechos debidamente probados en juicio. (Casación Civil. Noviembre 20 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).....815, 2ª y 816, 1ª

— 39 —

CASACION (Aplicabilidad del Decreto 003547 de 1950)

Para los efectos de la interposición del recurso de casación, el Decreto Nº 003547 de 1950 rige desde la fecha de su expedición, o sea desde el 29 de noviembre de 1950 (artículo 5º ibidem), y por consiguiente es aplicable, en sentir de la Corte, no sólo a los pleitos que se inicien con posterioridad a la fecha, sino también a todos aquellos ya propuestos, en que no se hubiere pronunciado para la referida época la sentencia de segundo grado. (Casación Civil. Septiembre 11 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106)...419, 2ª y 420, 1ª

— 40 —

CASACION (Su procedencia en materia penal)

Para efectos de la viabilidad del recurso de casación y del acatamiento a las normas procedimentales que lo reglamentan, nada tiene que ver la circunstancia de que en determinados casos el recurso sea procedente respecto de alguno o algunos de los sentenciados en el mismo proceso y no lo sea respecto de otro u otros, pues estando todos ellos en situaciones jurídicas distintas en lo tocante a la responsabilidad y a las penas que les son imponibles, esa condición también los coloca en circunstancias distintas en lo

que respecta a aquel recurso. (Casación Penal. Septiembre 13 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) .....530, 1ª y 2ª

— 41 —

CASACION (En asuntos de competencia de la justicia militar)

De conformidad con el artículo 1° del Decreto Ejecutivo N° 1197 de 1951 y el art. 233 del Código de Justicia Penal Militar actualmente en vigencia, es procedente el recurso de casación contra las sentencias condenatorias de segunda instancia en los procesos militares de que hayan conocido en la primera los Consejos de Guerra Verbales, por delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda o sea de cinco años, y con el mismo procedimiento y las mismas causales que en los asuntos ordinarios, aunque la legislación vigente cuando se profirieron esas sentencias no consagraba el recurso de casación. (Casación Penal. Julio 23 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 123, 2ª

— 42 —

CASACION (Recurso desierto)

Cuando se invoca por lo menos una causal de casación, aunque no se la funda, no es el caso de declarar desierto el recurso, sino de desecharlo, porque entonces se trata del caso preciso del Art. 569 del C. de P. P., en vez del caso del art. 565. (Casación Penal. Julio 7 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) ..... 102, 1ª y 2ª

— 43 —

CASACION (Técnica de)

Repetidas veces ha sostenido la Corte que cuando en casación se alega una causal, el deber del demandante no se reduce a enunciarla sino a demostrarla; es decir, que debe determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones que se consideran violadas por el juzgador de instancia.

Cuando la demanda es incompleta, deficiente, o no tiene los requisitos de técnica propios del recurso extraordinario de casación, la Corte no puede tomar el lugar del demandante, para suplir su pensamiento, llenar los vacíos y defectos de la demanda, haciendo el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida tengan el carácter de perjudiciales para el acusado. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 89, 1ª

— 44 —

CASACION (Técnica de)

Cuando en una demanda de casación se alega la causal tercera, invocando el segundo miembro del numeral tercero del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esto es, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado, y al mismo tiempo se aduce también la causal primera por indebida aplicación de la ley penal, significa que en el recurso se formula de esta suerte una petición subsidiaria, puesto que la causal tercera toma entonces el carácter de principal dentro de la técnica de casación. Por lo mismo, al no prosperar las razones que se invocan con base en la causal tercera, tampoco consiguen distinta finalidad los argumentos aducidos en la primera, sobre todo cuando, no prosperando los motivos en que se sustentó la causal principal, implícitamente dejan de ser eficaces los argumentos que favorecen la tesis de que la sanción impuesta al acusado no se ajusta a los ordenamientos de la ley. (Casación Penal. Septiembre 14 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106) .....552, 1ª y 2ª

— 45 —

CASACION (Técnica de)

Según doctrina 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 de hecho al apreciarlas. (Casación Civil. Noviembre 22 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 839, 1ª

— 46 —

CASACION (Técnica de)

Son muchas las oportunidades en que la Corte ha repetido que el recurrente en casación no puede contentarse con enunciar sus tesis, sino que tiene que demostrarlas porque no puede la Sala tomar su lugar para suplir deficiencias o vacíos; que la casación no es una tercera instancia en que el Superior pueda proceder oficiosamente a revisar el proceso; y que la demanda debe ajustarse en su forma y contenido a lo que el Código Judicial establece en el artículo 531 en atención a lo prescrito en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Diciembre 11 de 1951. T. LXX Números 2107-2108) 917, 1ª

— 47 —

CASACION (Cuál es la ley cuya violación la hace prosperar)

Repetidamente ha dicho la Corte que la violación de ley erigida como motivo de casación, ha de ser de ley sustantiva; que la violación de preceptos meramente adjetivos o de procedimiento no dá lugar á tal recurso. (Casación Civil. Junio 25 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 14, 1ª

— 48 —

CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos. (Casación Civil. Julio 13 de 1951. Tomo LXX. Números 2103-2104) 46, 2ª

— 49 —

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

El error de hecho surge de la apreciación de los hechos procesales, contraria a la evidencia. La Corte no puede modificar la justipreciación de las pruebas hecha por un Tribunal, sino cuando a través de manifiestos errores de hecho que pugnen con la evidencia de los demostrados en otra forma en el proceso, se haya incurrido en error de derecho que cause transgresión de la ley sustantiva. Es necesario que resulte demostrado en forma inconcusa, de esas pruebas o de otros comprobantes allegados a los autos, que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas.

Así, pues, alegada la mala apreciación de la prueba mediante un examen lógico de su valor probatorio y del señalamiento preciso de las disposiciones sustantivas que no fueron aplicadas o tenidas en cuenta, es indispensable que el error de hecho se haga resaltar en forma ostensible. Cumplida esta

primera etapa, debe demostrarse cómo el error de hecho ha conducido a otro de derecho que ha determinado la violación de la ley sustantiva. La indicación de cada error requiere la cita de las correspondientes disposiciones infringidas, y cuando del error de derecho se trata, no puede abstenerse el recurrente de precisar si la ley ha sido quebrantada por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea. Para demostrar que la ley ha sido violada por cualquiera de estos medios, el interesado debe hacer el análisis de los respectivos textos legales. (Casación Civil. Octubre 29 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .....488, 1ª y 2ª

— 50 —

CASACION (Error de derecho en la apreciación de pruebas)

La impugnación de una sentencia por haberse incurrido en ella en error de derecho en la apreciación de una prueba, se subordina a estrictas condiciones derivadas de la misma técnica del recurso de casación. Tales condiciones —según la ley (art. 520 del C. J.) y la doctrina— son, vinculadas entre sí y ordenadas en forma sucesiva, las siguientes: primera, la determinación y la demostración del error sufrido al apreciar la prueba, con referencia a las normas que regulan esa apreciación; segunda, la expresión de la norma sustantiva violada como consecuencia de la errada apreciación; y tercera, la incidencia de la mencionada violación de la norma sustantiva sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 83, 1ª

— 51 —

CASACION (Por errónea interpretación de un contrato)

La interpretación de un contrato es una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probablemente establecidos en el juicio, de tal manera que no es posible desestimarla por la Corte sino al través de la alegación demostrada de un evidente error de hecho, que ponga de manifiesto incuestionablemente, una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes. (Casación Civil. Junio 25 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 19, 1ª

— 52 —

CASACION (Violación de los arts. 471 y 472 del C. J.)

Las disposiciones de los artículos 471 y 472 del C. J. no entrañan un precepto sustantivo que garantice un derecho de tal naturaleza, que pueda ser objeto de violación en una sentencia. Son normas de conducta a las cuales debe ceñirse el Juez, pero que no dan base para un cargo en casación, en caso de que no se hubieran teniendo en cuenta (Casación Civil. Septiembre 13 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 430, 1ª

— 53 —

CASACION (Improcedencia de la causal 2ª en juicios por jurado)

El estudio de los hechos que contempla la causal segunda de casación no puede hacerse en los juicios en que el jurado interviene, como en tantas ocasiones lo ha expresado la Corte. Y siendo la ira o el intenso dolor causados por grave e injusta provocación, la riña, la normalidad o anormalidad del delincuente, objeto de la decisión

del jurado (artículo 499 del C. de P. P.), se admitiría esa caual segunda en procesos de la clase anotada, lo que no está contemplado por el estatuto procesal penal, si en el dicho recurso se admitiera debate acerca de si el procesado obró en esas circunstancias. (Casación Penal. Julio 17 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....116, 1ª y 2ª

— 54 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Error de hecho en apreciación de pruebas)

Como lo establece el inciso 2º de la causal primera de casación, de las señaladas por el artículo 520 del C. J., en materia de pruebas y desde el punto de vista del recurso de tal índole, el error puede ser de hecho o de derecho.

La Corte ha definido el error de hecho, diciendo que consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido un hecho, cuando no es así, o al contrario, de que no ha ocurrido, siendo que está plenamente acreditado en el proceso. (Casación Civil. Julio 13 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 46, 2ª

— 55 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

En numerosos fallos ha sostenido la Corte, con base en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., que para que proceda el cargo de violación de la ley, proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario no sólo que se alegue y demuestre el error, con indicación precisa de las pruebas desestimadas o mal apreciadas, sino que se señalen las disposiciones legales sustantivas que se consideren infringidas. (Casación Civil. Septiembre 4 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 391, 1ª

— 56 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

La infracción de lo artículos 596 y 697 del C. J., que no amparan derecho alguno sustantivo, que son simples medios para hacer efectivos los derechos de esa clase, no justifica por sí sola la procedencia del recurso extraordinario de casación. Es necesario, además, el complemento de la violación de normas que tutelen un verdadero derecho subjetivo, las cuales debe el recurrente indicar con precisión.

Cuando se acusa un fallo de acuerdo con la segunda parte del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., el proceso de impugnación, para que el recurso pueda prosperar, ha de comprender la demostración del error, manifiesto, si es de hecho; la de haberse violado, por esa causa, la norma probatoria, y, finalmente, que, en consecuencia, se haya infringido determinado precepto sustantivo. (Casación Civil. Septiembre 19 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 439, 1ª

— 57 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Ley sustantiva)

El artículo 879 del Código Civil no es disposición sustantiva, en el estricto sentido de que confiera derechos a las personas. Tal precepto define qué se entiende por servidumbre predial o simple servidumbre, y sabido es que la causal primera de casación requiere, para su procedencia, la violación de un texto de la ley sustantiva que consagra un derecho (artículo 520, numeral 1º del C. J.). (Casación Civil. Noviembre 19 de 1951. T. LXX. Números 2107-2108).....802, 2ª

— 58 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

La violación de la ley sustantiva puede realizarse —según el art. 520 del C. J. y la jurisprudencia de él deducida— mediante tres modos: por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea. Se incurre en infracción directa cuando a un hecho no controvertido no se aplica la norma pertinente o cuando éste se aplica a un hecho inexistente; en aplicación indebida, si se aplica a una hipótesis distinta de la prevista en la misma ley aplicada, o si se incurre en error de derecho al darle a una prueba valor diferente del que le ha asignado la ley o si el error fue de hecho al reconocer como existente un hecho que no lo es o se desconoce el que existió; y, finalmente, en interpretación errónea cuando la que se da a la ley no coincide con su objeto y contenido y, por lo tanto, se aplica indebidamente o deja de aplicarse. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ...82, 2ª y 83, 1ª

— 59 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

En general, la causal primera de casación prospera cuando se ha violado la ley penal sustantiva, 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. Octubre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) ...599, 2ª

— 60 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Es improcedente cuando se alega lo relativo a causales de justificación del hecho)

Si la causal primera —por su naturaleza— se dirige únicamente a objetar la aplicación indebida o la interpretación errada de la ley penal no es admisible cuando se persigue, con base en los hechos acreditados en el proceso, la configuración de la circunstancia eximente de la legítima defensa, en vez de la circunstancia modificadora de la ira o intenso dolor.

La Corte, en casos análogos, ha sido explícita. "Cuando se alega en casación —ha dicho— lo relativo a la 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 segunda— la que prevé una errónea interpretación o apreciación de los hechos, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes o eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes o circunstancias que han influído en la determinación de la sanción": (Casación de 1º de marzo de 1949). (Casación Penal. Noviembre 27 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 893, 1ª

— 61 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

La causal primera de casación —violación de la ley penal— comprende dos aspectos: la interpretación errónea y la aplicación indebida, o usando de otra expresión, la ley penal puede infringirse en cualquiera de estas formas. De modo que la "indebida aplicación de la ley penal por errónea interpretación de la misma" —como lo ha expuesto el demandante— es expresión inadecuada en la técnica de casación. (Casación Penal. Noviembre 27 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 893, 1ª

— 62 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

De acuerdo con la causal 1ª de casación,

se pueden formular las siguientes acusaciones contra una sentencia: 1ª Infracción directa; 2ª Interpretación errónea; 3ª Aplicación indebida; 4ª Error de derecho; 5ª Error de hecho patentizado en los autos en forma manifiesta (ésta y la anterior acusación en relación con las pruebas, por apreciación errónea en el primer caso, y por falta de apreciación en el segundo).

Mas cada una de estas acusaciones tiene su propio ámbito jurídico y debe dar lugar a un claro proceso de razonamientos y de motivos, para desembocar en la cita de las disposiciones legales que se estiman infringidas, haciéndose de cada acusación un apartamiento sistematizado, con el fin de que la tarea de casación no se salga de su propia órbita legal, para degenerar en una alegación de instancia. Enfrentados los textos legales y los motivos y alegaciones sobre quebrantamiento de ellos, con orden y con método, al fallador ya le es posible formar convicción y determinar justamente si en verdad la sentencia recurrida adolece de las fallas que se le apuntan. (Casación Civil. Diciembre 11 de 1951. T. LXX Nos. 2107-2108) 862, 2ª y 863, 1ª

— 63 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

La causal segunda de casación del artículo 520 del Código Judicial tiene lugar cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o deja de decidir sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena a más de lo pedido, o se deja de fallar sobre algunas de las excepciones perentorias alegadas, cuando sea el caso de hacerlo. Esto es, que en los eventos de que por una interpretación equivocada de la demanda se deduzca una acción distinta de la ejercitada, condenación en más o en menos de lo pedido, o decisión ultra o extra petita, es pertinente la causal de "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". Es ésta doctrina de la Corte, suficientemente conocida. (Casación Civil. Noviembre 16 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108 .....794, 1ª

— 64 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Qué se entiende por incongruencia)

La Corte ha repetido que en el segundo motivo de casación no cabe la inconformidad de las partes con las tesis y conclusiones de la sentencia, por más disparatadas que parezcan, ni son admisibles alegaciones que se dirijan sólo a pretender demostrar, una vez más, que el interesado sí tenía la acción o la excepción propuesta. A no ser así, toda sentencia sería incongruente con la pretensión de la parte a quien perjudica, si no se conforma con haber perdido. (Casación Civil. Noviembre 21 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 827, 2ª

— 65 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Es improcedente contra sentencia absolutoria)

La jurisprudencia de la Corte ha sido constante y definida al sentar que es impertinente el recurso extraordinario por la causal segunda cuando la sentencia acusada es totalmente absolutoria; y lo ha sido también al establecer que la incongruencia entre la demanda y el fallo ha de buscarse, no èn la motivación de éste, sino en su parte resolutiva. (Casación Civil. Agosto 13 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 50, 1ª

— 66 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Su improcedencia en juicios por jurado)

Según doctrina que la Corte ha venido reafirmando constantemente desde hace varios años, la causal segunda de casación es improcedente en los juicios en que intervino el jurado, porque su admisión llevaría a la declaración de contraevidencia del veredicto con los hechos procesales, que es una causal de casación que, si existente en la ley anterior, fue expresamente eliminada de la nueva. (Casación Penal. Septiembre 14 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....536, 1ª

— 67 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Requisitos de la demanda cuando se invoca ésta)

Cuando se trata de acusar en casación una sentencia por errónea apreciación de una prueba, como lo ha dicho la Corte, "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 luégo, como su consecuencia, plantear lo relativo a la norma legal ádaptable 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". (Casación Penal. Octubre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106)..599, 2ª

— 68 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

Repetidas veces ha dicho la Corte que la causal segunda de casación no es procedente en los juicios en que el jurado interviene, porque la contraevidencia del veredicto no fue incluída entre los motivos que pueden servir de base a èste recurso extraordinario. (Casación Penal. Diciembre 4 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).....906, 2ª

— 69 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

Es en la causal 2ª de casación donde cabe establecer si por errada interpretación de los hechos, en la sentencia se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les ha negado el que sí tienen, o no se les ha tenido en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o si resulta manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción. (Casación Penal. Diciembre 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 916, 2ª

— 70 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Requisitos de la demanda cuando se invoca esta causal)

En la demanda de casación, para fundar la causal segunda, se deben plantear y sostener las siguientes premisas:

a) Cuáles fueron los hechos que se interpretaron o apreciaron erróneamente;

b) Si esas interpretación y apreciación erróneas se debieron a alguno de los motivos que reconoce la ley, sea porque se les atribuyó el valor de que carecen o se les negó el que tienen o se omitió examinar otros afirmados en el proceso, o, finalmente, porque son contradictorios entre sí; y

c) Si esos hechos erróneamente interpre-

tados o deficientemente apreciados, son elementos eximentes de la responsabilidad o modificadores de la misma; elementos constitutivos del delito, o, por último, circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104).....80, 2ª y 81, 1ª

— 71 —

CAUSAL 3ª DE CASACION

Si el veredicto no se declara contrario a la evidencia de los hechos, debe acogerse en su integridad, sin separarse de sus términos, porque el jurado se reúne precisamente para calificar los hechos, y la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con esa calificación, según los artículos 480 y 499 del código de procedimiento. Si la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado, puede invalidarse entonces, pues dicha discordancia está consagrada como causal de casación (ordinal 3° del artículo 567 del C. de P. P.). (Casación Penal. Julio 17 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104).....116, 1ª

— 72 —

CAUSAL 3ª DE CASACION (Sus diferencias con las causales 1ª y 2ª)

La calificación de las consecuencias de las lesiones es objetable por la causal primera, si se considera que con la calificación equivocada se violó la ley penal material; o por la segunda, si la equivocación se cometió al apreciar la prueba pericial; pero no lo es por la tercera. (Casación Penal. Agosto 21 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104).....169, 2ª

— 73 —

CAUSAL 3ª DE CASACION

Es doctrina de la Corte que la falta de consonancia entre la sentencia y el auto de proceder, que funda la causal 3ª de casación, se refiere, no a la especie sino al género del delito, ya que es por éste (y no por aquélla) por el que se llama al procesado a responder en juicio criminal, y ya que durante el juicio podría la especie, si no el género, sufrir modificaciones sustanciales. (Casación Penal. Agosto 21 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104).....169, 1ª

— 74 —

CAUSAL 3ª DE CASACION

El que el Juez haya incluído en su fallo determinado incidente y el Tribunal lo haya omitido, no implica la oposición, contradicción o desacuerdo que funde la causal tercera de casación. (Casación Penal. Diciembre 4 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).905, 1ª

— 75 —

CAUSAL 5ª DE CASACION

La doctrina tiene establecido que para invalidar un fallo con base en la causal 5ª de casación, es indispensable que en la sentencia acusada no se determine en manera alguna los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se dieron como probados y quién fue el autor de ellos para exigirle la responsabilidad de los mismos.

"De otra parte —ha dicho la Corte— todo parece indicar que la causal quinta del artículo 567 del Código Procesal Penal tenga especial aplicación en aquellos juicios que no se ventilan con intervención del Jurado". (Casación Penal. Diciembre 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).....917, 1ª y 2ª

— 76 —

CAUSAL 7ª DE CASACION (Veredicto contradictorio)

Una cosa es el veredicto contradictorio, objeto de la causal 7ª de casación, y otra distinta el veredicto contraevidente. La contradicción se refiere a lo inconciliable de los términos del propio veredicto, a las expresiones usadas por los jueces de conciencia, mientras que la contraevidencia se relaciona con el conjunto de pruebas del proceso. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 90, 2ª

— 77 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Prueba de las condenaciones anteriores)

Las declaraciones sobre mala conducta anterior del reo y aún la confesión de éste de haber estado detenido por infracción a las leyes, no es prueba que acredite el haber sido condenado por asuntos judiciales o de policía, con anterioridad al delito por el que se le juzga, que es a lo que se refiere claramente el artículo 37, numeral 2º del Código Penal. Con frecuencia sucede que un sujeto detenido preventivamente por hechos delictuosos que se le imputan, posteriormente es favorecido con una sentencia absolutoria o con un sobreseimiento definitivo. De ahí que haya sido doctrina constante de la Sala de Casación Penal de la Corte, la de que la prueba pertinente o principal que sirve para acreditar las condenaciones anteriores, son las copias de las sentencias ejecutoriadas expedidas por funcionarios competentes y con el lleno de las formalidades legales. (Casación Penal. Septiembre 11 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) ..... 526, 1ª y 2ª

— 78 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD. (El Juez no puede aplicar como tal una circunstancia que el art. 362 del C. P. trae como modificadora y que el Jurado negó)

Ciertamente, por mandato del artículo 37 del C. P., los jueces de derecho sólo pueden imputar circunstancias de mayor peligrosidad cuando no constituyen elementos esenciales o modificadores del delito. Esta facultad, la de apreciar las primeras, está consagrada por el artículo 499 del estatuto procesal penal, como la de apreciar las segundas corresponde al Jurado, por mandato del artículo 29 de la Ley 4ª de 1943. Del contenido de estas normas se deriva la doctrina, que no es absoluta, de que negada por el Jurado una circunstancia del artículo 362 del Código Penal, no puede aplicarse como circunstancia de mayor peligrosidad cuando entre una y otra hay identidad completa, apreciación que es privativa del Juez de derecho. (Casación Penal. Agosto 28 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 198, 1ª

— 79 —

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS (Deben ser reconocidas por el Jurado)

Tratándose de una circunstancia modificadora, es al Jurado en su caso a quien corresponde responder y precisar este aspecto de la cuestión del hecho punible en cuanto se refiere a la responsabilidad. De tal suerte que cuando el Jurado no expresa con toda claridad la circunstancia de imprevisión de la riña, y sólo, como en el caso que ocupa a la Corte, habla de "riña y en momentos de ser agredido de hecho", esta última situación tan sólo alcanza a transformarse en cir-

cunstancia de menor peligrosidad. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 89, 2ª

— 80 —

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS
(Deben ser reconocidas explícitamente por el Jurado)

Para que alguna circunstancia modificadora pueda tener validez y aceptación dentro del proceso en orden a la aplicabilidad de la pena pertinente, es preciso que sea reconocida explícitamente con sus especificaciones legales o elementos integrantes, en el veredicto del Jurado. (Casación Penal. Septiembre 14 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .....550, 2ª y 551, 1ª

— 81 —

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS
(Su apreciación corresponde al Jurado)

Según mandato del artículo 499 del C. de P. P., la apreciación y calificación de circunstancias modificadoras, como la de la riña, es función privativa del Jurado en los juicios en que éste interviene, y por lo tanto ella no compete al Juez ni al Tribunal. (Casación Penal. Diciembre 4 de 1951. T. LXX. Números 2107-2108) 905, 1ª

— 82 —

COADYUVANCIA

No es lícito ni admisible que, so pretexto de reclamos contra la posesión inscrita del ejecutado, los terceros que tengan algo que disputarle por este aspecto, se hagan parte en el ejecutivo y pretendan declaraciones que sólo son pertinentes en vía distinta. (Negocios Generales. Octubre 1º de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106) 668, 1ª

— 83 —

COMPETENCIA (Qué determina la competencia para conocer de infracciones cometidas por funcionarios públicos)

Dentro del antiguo sistema procesal, derivado del ordinal 6º del artículo 33 del Código Judicial (Ley 105 de 1931), expresamente se disponía que a la Sala de Casación en lo Criminal le correspondía conocer "de las causas que se sigan por delitos comunes y de responsabilidad cometidos en cualquiera otra época por particulares o empleados públicos que, al tiempo en que deba decidirse sobre el mérito del sumario, desempeñan algunos de los empleos especificados en el número anterior". Uno de éstos era precisamente el cargo de Magistrado del Tribunal de Distrito Judicial. No cabía, pues, la menor duda de que, de conformidad con el citado mandato, la competencia en esos casos se determinaba por el hecho de ejercer alguno de los cargos que conferían un fuero especial para el juzgamiento, cualquiera que fuese la época en que el hecho se cumpliera, desde luego que el texto legal ampliaba o extendía ese fuero, aunque al tiempo de la presunta infracción el sindicado no gozara de él. De suerte que la competencia en los juicios de responsabilidad, y aún en los delitos comunes, quedaba radicada por la circunstancia de ejercer el sindicado un cargo de los señalados específicamente en la ley, siempre que al tiempo de decidirse sobre el mérito del sumario desempeñara el acusado determinada jerarquía sujeta a fuero especial.

El Código Procesal Penal vigente no contiene una regla semejante. Nada dice al respecto. Por lo cual como todo lo que se relacione con la competencia es de orden público, debe entenderse que sin un mandato expreso de la ley que la otorgue, no puede la doctrina extenderla más allá del límite creado por el propio legislador. En consecuencia, es

la calidad del cargo que se desempeña en el momento de la infracción porque se acusa al funcionario, la circunstancia que sirve para radicar la competencia para conocer de un juicio de responsabilidad contra un empleado que al tiempo de la ejecución del hecho que se le atribuye como delictuoso no podía ser juzgado por una entidad de mayor jerarquía en la escala jurisdiccional. (Casación Penal. Septiembre 28 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .....589, 2ª y 590, 1ª

— 84 —

COMPLICIDAD

La coparticipación criminosa —de acuerdo con la doctrina de los artículos 19 y 20 del estatuto penal— presenta estas figuras: la del que toma parte en la ejecución del hecho o presta al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el delito no habría podido cometerse, y la del que coopera de cualquier otro modo o presta —en cumplimiento de promesas anteriores— una ayuda posterior. (Casación Penal. Septiembre 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106)...524, 1ª

— 85 —

COMPLICIDAD CORRELATIVA

La complicidad correlativa, como circunstancia modificadora de la responsabilidad, debe ser expresamente reconocida por el jurado con inclusión de sus presupuestos esenciales. (Casación Penal. Septiembre 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....524, 2ª

— 86 —

CONDENA CONDICIONAL

La condena condicional es una gracia especialísima. Ello quiere decir que este beneficio no puede concederse sino en casos excepcionales, como se deduce del mismo texto del artículo 80 del Código Penal, que apenas otorga una facultad potestativa al Juez para suspender la ejecución de la sentencia, cuando se reúnen las exigencias legales que ese mismo artículo determina. (Casación Penal. Julio 10 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 109, 2ª

— 87 —

CONFESION (Su valor probatorio)

Contra la confesión judicial hecha directamente por la parte misma, no es admisible prueba en contrario, mientras no se demuestre plenamente que el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable al hacerla (artículo 606 del C. J.). (Casación Civil. Septiembre 6 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 411, 2ª

— 88 —

CONFESION (Lo es la enunciación de hechos en la demanda y su aceptación en la contestación)

La enunciación de los hechos en que se apoya la demanda, no solamente constituye una exigencia imperativa a cargo de quien ocurre ante los Tribunales en demanda de justicia conforme a los preceptos de los artículos 205 y 737 del C. J., sino que la afirmación de los mismos por el demandante en lo que puedan perjudicarle, o su aceptación por el demandado, en la contestación de la demanda, en los mismos términos, implican otras tantas confesiones siempre que los hechos en cuestión sean legalmente demostrables por ese medio probatorio. Es, entre otras, por esta razón, por lo que la Corte ha

sostenido invariablemente que la demanda, peticiones y hechos de la misma constituyen de una manera especial un todo que fija las bases del litigio, determina las posiciones de las partes e inviste al Juez del poder necesario para decidir, dentro de las cuestiones que se pidieron, los hechos que se aceptaron y las pruebas producidas. El proceso no es un sistema de sorpresas, sino un ordenamiento claro, lógico y público entre las partes, que permita al juzgador una decisión "en consonancia con la demanda y demás pretensiones oportunamente deducidas por la parte" (artículo 471 del C. J.). (Casación Civil. Septiembre 13 de 1951. T. LXX. Nº 2105-2106) 429, 1ª y 2ª

— 89 —

CONFESION (La no objeción por parte del demandado de la liquidación presentada en el incidente de liquidación por el demandante, es una confesión)

Cuando se hace una condenación en abstracto, por falta de las demostraciones necesarias para hacerla en concreto, es incuestionable que subsiste para el demandante, dentro del correspondiente incidente de liquidación, la obligación que tenía inicialmente de dar la prueba sobre la cuantía determinada de sus pretensiones. Pero además, como en la demanda incidental de liquidación se hacen apreciaciones o afirmaciones motivadas sobre el monto de la regulación a que aspira, también por este aspecto correspóndele al demandante la prueba de sus afirmaciones. **Actori incumbit probatio.**

Mas si esto es evidente de acuerdo con los principios generales sobre la carga de la prueba, ¿cuál es la razón o fundamento del artículo 553 del Código Judicial, en cuanto establece que si la liquidación no es objetada por el demandado en el término del traslado, "el Juez dicta auto aprobatorio de ella"? ¿Y por qué se establece igualmente que si la liquidación es impugnada, sólo entonces se abre el incidente a pruebas?

Obsérvase que el demandado puede no objetar la liquidación en una de estas tres formas: o manifestando expresamente su conformidad con ella, o expresando simplemente que no la objeta, o guardando silencio. En todo caso, cualquiera que sea la forma que se adopte por el demandado, las consecuencias han de ser las mismas: el Juez debe aprobar la liquidación presentada, o en otros términos, debe fijar la cuantía líquida de las prestaciones de acuerdo con lo pedido por el demandante.

Pero como el actor no tiene obligación de acompañar a su liquidación ninguna prueba, hay que convenir entonces en que la ley, al ordenar que el Juez debe dictar "auto aprobatorio de ella", ha tomado en cuenta o como base aquella aceptación expresa o tácita del demandado.

A esta aserción conduce también el artículo 593 del Código citado, el cual prevé que "toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda o de la defensa, **si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostradas, de manera plena y completa, según la ley...**"; porque si no se considerara como medio de convicción la aceptación expresa o tácita del demandado, ¿en qué podría fundarse la decisión aprobatoria del Juez, que en el fondo determina la suma que éste debe pagar al demandante?

Es cierto que en estos casos podría hablarse con mayor propiedad de **allanamiento a la demanda**, como suelen hacerlo algunos doctrinantes y legislaciones extranjeras; pero a la Corte no le cabe duda que el legislador co-

lombiano, que no regula como tal esta figura procesal, lo ha considerado como una especie o modalidad de la confesión: primero, porque a las prestaciones concretas afirmadas por una parte, asiente la otra; y segundo, porque al demandado no puede serle indiferente la cuantía o monto de esas prestaciones, que indudablemente afecta sus intereses.

Y aunque en términos generales, una manifestación expresa es requisito propio de la confesión, esa tesis no es tan absoluta como lo pretende el apoderado del actor, puesto que el artículo 606 del Código Judicial también admite en casos especiales la confesión presunta o tácita, y no sólo por declaración de Juez sino por otra causa, que sin duda cobija la situación de que se viene hablando.

Por todo lo cual, como las confesiones de los Agentes del Ministerio Público no perjudican a la parte que representan, según lo dispone el artículo 170 del Código Judicial, el hecho de que la liquidación no haya sido objetada por la persona que representa la parte demandada, no es suficiente para que ella sea aprobada por el Juez cuando se trata de juicios adelantados contra una entidad de derecho público. (Negocios Generales. Noviembre 28 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) ..... 943, 1ª y 2ª y 944, 1ª y 2ª

— 90 —

CONFESION (Requisitos de la confesión en materia penal)

El valor de la confesión, o sea la declaración del infractor mediante la cual asume la responsabilidad de la infracción, la subordina la ley procesal (artículo 255) a condiciones cuyo cumplimiento funda la presunción de veracidad. Ellas son:

a) Que sea libre, esto es, que se haya hecho sin coacción externa de ninguna clase;

b) Que sea espontánea, esto es, como resultado de un acto propio del confesante, y no de otra persona;

c) Que se haya realizado ante el Juez o funcionario de instrucción y su Secretario;

d) Que el cuerpo del delito se halle plenamente comprobado; y, finalmente,

e) Que no exista en el proceso prueba alguna que la contradiga. (Casación Penal. Agosto 21 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 167, 1ª y 2ª

— 91 —

CONTECIOSO-ADMINISTRATIVO (Controversias de que conoce)

La controversia pecuniaria planteada en este proceso no es de origen civil sino de derecho público, como acontece con las que generalmente provienen de las relaciones entre el Estado y sus funcionarios. Las disposiciones constitucionales y legales invocadas por el demandante así lo indican claramente, pues ellas se refieren a los emolumentos a que tienen derecho los miembro de uno de los órganos del Estado.

De donde deduce la Sala que estas controversias, en razón de su índole y origen, son del conocimiento del Consejo de Estado, de acuerdo con la cláusula general de competencia prevista en el artículo 51 del Código de lo Contencioso Administrativo, que dice: "Toda contención administrativa para la cual no se hubiere señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores o en el Título siguiente, o en ley especial, será decidida por el Consejo de Estado en una sola instancia". (Negocios Generales. Julio 5 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) ... 220, 2ª y 221, 1ª

— 92 —

CONTRATOS (Su interpretación)

Uno de los principales aspectos o aplicación de la voluntad, es la libertad contractual que consiste en la libertad de que gozan los particulares para celebrar los contratos que les plazcan y determinar su contenido, efectos y duración.

En general, en materia contractual la ley reglamenta las relaciones jurídicas, como lo habrían hecho las mismas partes. Por consiguiente, las normas legales sólo se aplican en el silencio de éstas, que pueden no sujetarse a ellas y sustituírlas por otras reglas de su elección, con el único límite de respetar el orden público y las buenas costumbres.

Dentro del Derecho, el consentimiento se define como el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico. Intégrase por dos actos sucesivos y siempre copulativos: la oferta y la aceptación. (Casación Civil. Junio 25 de 1951. T. LXX Números 2103-2104) .....24, 1ª y 2ª

— 93 —

CONTRATOS (La violación de las normas legales de interpretación, no funda casación)

Contiene el Libro IV del C. C., en su Título 13º, un conjunto de reglas sobre la interpretación de los contratos, que se distinguen por su unidad y sabiduría. Son reglas de lógica jurídica encaminadas a dirigir la mente del juez en la mejor apreciación de los acuerdos que expresan la voluntad de las partes, que la ley ordena emplear como criterio inquisitivo de la autenticidad de aquella voluntad en la apreciación de los pactos.

No confieren esas disposiciones legales ningún derecho preciso, en forma que su violación pudiera llegar a ser la base de cargo en casación, con fundamento en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del C. J., como en varias decisiones lo tiene repetido la Corte. (Casación Civil. Junio 25 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 19, 1ª

— 94 —

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Inexistencia y nulidad de estos contratos)

El pedido de que se trata fue hecho sin la adecuada competencia por parte de la Dirección General de Marina, desde luego que el Decreto 898 de 1942, que reglamenta el FUNCIONAMIENTO del mencionado Fondo Rotatorio, establece con la debida claridad, en relación con las adquisiciones dentro del país, que "si la compra tiene un valor mayor de diez mil pesos ($ 10.000.00), será necesaria la autorización del Ministerio de Guerra", autorización que no se obtuvo en el presente caso.

Como es natural, no quiere esto decir que el pedido o contrato en cuestión sea inexistente, pues aunque a ese pedido no precedió la necesaria autorización del señor Ministro de Guerra, la expresada irregularidad no es tan flagrante o evidente que pueda equipararse a las simples vías de hecho, como acontece con los actos en que ha habido usurpación de poder y otros similares (por ejemplo, un empleado o entidad administrativa que se arroga atribuciones del órgano jurisdiccional, o a la inversa, o un simple agente de ejecución que adopta decisiones jurídicas), que son los actos que la doctrina administrativa, desde el punto de vista de la competencia de los funcionarios públicos considera como actos inexistentes.

Pero como se ha demostrado que el pedido, a pesar de que excedía de diez mil pesos se hizo sin la previa autorización del señor Ministro de Guera, o sea que no hubo la concurrencia de voluntades prevista para estos casos por el artículo 8º del Decreto 898 de 1942, ha de llegarse a la conclusión de

que ese contrato carece de valor o eficacia respecto del Estado. (Negocios Generales. Octubre 2 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 675, 1ª y 2ª

— 95 —

COPIAS

Aunque el original de un documento público se encuentre irregularmente en lugar diferente de aquel en donde debería estar, este hecho no resta valor probatorio a las copias que se tomen directamente de él. (Casación Civil. Octubre 31 de 1951. T. LXX Números 2105-2106) 493, 2ª

— 96 —

CORPORACIONES ELECTORALES (No son organismos políticos)

La corporación o corporaciones electorales no son, dentro del espíritu de la ley, organismos o corporaciones políticas, porque por expreso mandato del artículo 1º de la Ley 89 de 1948, deben ser ajenas a la influencia de los partidos. Por eso cuando los Jueces y Magistrados toman parte en esas corporaciones, en ejercicio de unas y otras de las funciones atribuídas al órgano electoral, ni están realizando actos políticos partidistas, ni tampoco están interviniendo en debates de ese carácter, lo que sí sería contrario a la prohibición del artículo 178 de la Carta. El escrutar votos no es en sí un acto político. El escrutador para ser fiel al espíritu mismo de la ley, no debe buscar el que prevalezca el interés de determinado partido, sino que debe limitarse a aplicar, con absoluta imparcialidad, las normas legales reguladoras de los escrutinios. Podría decirse que es ésta una función mecánica, en la cual nada deben influir las ideas políticas de la persona que la realiza. Es una función que en sí misma debe ser tan apolítica como la de administrar justicia, que es la propia y normal de los Jueces y Magistrados. (Sala Plena. Septiembre 21 de 1951. T. LXX. Nos 2105-2106) 363, 1ª

— 97 —

CORRUPCION DE MENORES

La norma del artículo 326 del Código Penal está estructurada con estos elementos esenciales: acceso carnal con mujer y que este agente pasivo esté comprendido entre las edades de catorce y diez y seis años. No exige nada más, como en otras legislaciones en las que se hace expresa salvedad de que dicho agente pasivo del delito no sea prostituta ni de mala conducta moral. Por lo mismo, cuando tenga estas características no se incurre en ilícito con el acceso carnal con mujer comprendida entre aquellas edades, porque la ley no tutela a quien no sea materia corruptible, como no lo es quien ya ha sido objeto de prácticas que como el coito constituye la máxima expresión del conocimiento sexual.

El Código Penal colombiano se aparta de esta concepción jurídica porque nada dice al respecto. Y donde la ley calla, el intérprete debe abstenerse de completar el pensamiento del legislador con apreciaciones que pueden servir para formar la norma, pero no para dejar de aplicarla cuando están cumplidos los presupuestos que la hacen viable en un caso dado. De otra suerte, el intérprete se convierte en legislador y puede llegar hasta el extremo —como ocurre aquí— de que también el Jurado tenga esta misma pretensión completamente ajena a sus funciones.

En parte alguna la ley penal erige la prostitución como delito. Bien mirada la norma del artículo 326 podría ella estructurar una figura que haría imputable el hecho en ella

comprendido a título de medio para FACILITAR la prostitución; y como ninguna sociedad puede ser indiferente a ese grave problema, tutela en el Código Penal como figura SUI GENERIS de corrupción —no siéndolo en sentido estricto— el acceso carnar con menor de 16 años y mayor de 14, dándole relevancia penal a las dos únicas circunstancias de la edad y el acceso carnal, como características propias para crear un tipo específico de delincuencia, dentro del capítulo de la corrupción.

La tesis de quienes critican el artículo 326 parece surgir de la opinión —infundada por cierto— de que para que exista sujeto pasivo no corrupto, es indispensable que éste sea virgen o de intachable honestidad.

"Puede corromperse —dice Soler— una persona no virgen, a la cual se induce a perversiones y degeneraciones corruptoras".

El Código Penal colombiano tutela aún a la prostituta y consagra que puede ser sujeto pasivo de delitos como la violencia carnal y el estupro, porque no otra cosa quiere decir la disminución de la pena que autoriza el artículo 321. En estos casos aquella tutela penal se otorga porque el bien jurídico violado no es otro que la libertad sexual.

Dentro de este orden de ideas bien puede el mismo estatuto estructurar una forma SUI GENERIS de corrupción, en la cual la figura básica del delito, formada de los elementos "corromper con actos erótico-sexuales diversos del acceso carnal", constituya la verdadera figura TIPICA del delito de corrupción, mientras que la otra forma ATIPICA se presente cuando se reúnan dos características del hecho —la edad y el simple acceso carnal— porque ellas bastan a ejercer la tutela jurídica no en orden a la corrupción de lo corrompido, sino en función de un amparo penal a un sujeto pasivo a quien la ley todavía no ha considerado con capacidad para el ejercicio de la libertad sexual y protege con la única consideración de impedir que el uso o abuso de esa libertad facilite la prostitución, porque a ello conduciría la impunidad de esos actos, cuando dentro de las edades comprendidas en el texto del artículo 326 no se erigiera en delito el acceso carnal consentido con tales menores.

Estas lucubraciones sobrarían para interpretar el Código Penal colombiano si a un concepto de Manizini, que no figura en el texto pertinente del estatuto, y sí en el italiano comentado por aquel ilustre penalista, no se le hubiere dado la capacidad de entrometerse en la interpretación de un código que tiene el más convincente argumento sobre la irrevalencia de ese criterio en la ley, constituído precisamente por el inciso segundo del mismo artículo 326, que no ha querido leerse bien o entenderse como debe ser, y que sin embargo es capaz de destruir todo el andamiaje de interpretaciones hechas para eludir el mandato legal.

Si el mismo Código dice que existe una agravante de la pena cuando ocurren determinadas circunstancias, señaladas en alguna de sus normas, y una de esas normas, precisamente, entre tales circunstancias calificadoras coloca la de ejecutarse el delito en la persona de una mujer virgen o de irreprochable honestidad, con ello está afirmando que cuando estas calidades no existan, no por esto deja de existir delito, sino que éste sigue teniendo existencia legal, sólo que sin una agravación específica, porque aquellas calidades no se encuentran reunidas.

Por consiguiente, la agravación punitiva que el inciso segundo del artículo 326 autoriza significa que si la ofendida no tiene las calidades físicas y morales que señala, no por ello el delito allí sancionado deja de existir legalmente. Dicho de otra manera, que si el acceso carnal se lleva a efecto con mujer mayor de 14 años y menor de 16, aún con su consentimiento, aunque no tenga los atri-

butos físicos de la virginidad ni los morales de la irreprochable honestidad, siempre hay delito de corrupción, en la forma específica consagrada por el estatuto.

Si se toma la palabra corrupción en el sentido vulgar, nada más apropiado que afirmar no se puede corromper lo que ya está corrompido, por sustracción de materia corruptible. Mas si al vocablo se le da la acepción de "pervertir", que también tiene gramaticalmente, en contraposición de seducir una mujer, que es otra de sus acepciones, puede decirse entonces que el Código castiga con agravación "hasta en una cuarta parte" la corrupción o seducción de una mujer con su consentimiento, entre las edades de 14 a 16 años. Las tutela penalmente, para impedir que sean prostituídas, en consideración de su misma edad, ya que es de presumir que precisamente por ello no tengan el grado de madurez intelectual y moral que las aparte de aquel vicio. Al mismo tiempo, sanciona también el Código, sin aumento alguno de pena, solamente con la señalada en el artículo 326, inciso primero, el acceso carnal con consentimiento de la ofendida, dentro de las edades indicadas por la disposición, aunque el sujeto pasivo no sea virgen ni de irreprochable honestidad.

Por manera que no siendo elemento constitutivo de la infracción prevista en el artículo en cita la calidad moral de la ofendida, no se ve por este concepto medio alguno para impedir la aplicación de la norma cuando esas calidades morales no existen. (Casación Penal. Agosto 10 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ...154, 1ª y 2ª y 155, 1ª y 2ª

NOTA.—Dos Magistrados salvaron el voto, y sostuvieron que "el delito de corrupción de menores existe cuando un hombre realiza el acceso carnal con mujer de 14 a 16 años, con su consentimiento, pero que no esté acostumbrada al comercio carnal, en una palabra, que no esté corrompida, de manera que siempre debe tenerse en cuenta la calidad moral de la ofendida" y que "desde luego, no es necesario que la mujer sea honesta ni virgen; puede haber perdido la virginidad y puede no ser honesta, siempre que no sea depravada o corrompida, para el caso, acostumbrada al comercio carnal". (Véase pág. 157).

El Relator.

— 98 —

CORRUPCION DE MENORES (Diferencias entre los artículos 325 y 326 del C. P.)

El Código consagra una regla general para los casos de corrupción, la que hace consistir en prácticas erótico-sexuales, distintas del acceso carnal, en presencia del menor de 16 años o con su concurso. El evento de corrupción SUI GENERIS que surge del artículo 326 es completamente diferente de aquél (artículo 325), porque el acceso carnal, contenido en la norma primeramente citada, ya juega papel en orden a la estructura del delito, lo que no sucede en la última, toda vez que margina ese acceso y lo excluye de aquella modalidad. Se explica así que los actos erótico-sexuales, distintos del acceso carnal, constituyan corrupción en menores de diez y seis años, y también que una forma del delito se presente cuando el acceso carnal, aún consentido, tenga en el sujeto pasivo la calidad de edad, que junto con el acceso forman los elementos estructurales de ese hecho delictuoso. (Casación Penal. Agosto 10 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 155, 2ª

— 99 —

COSA JUZGADA (No sólo las sentencias en juicios ordinarios hacen tránsito a ella)

En ninguna parte dice la ley que la sentencia que ha de servir para alegar la cosa juzgada debe haber sido dictada en juicio ordinario. Exige solamente que en procesos

sobre ella haya habido controversia, es decir, que hayan actuado partes en la discusión de la materia del pleito. Y lejos de tratarse en el artículo 473 del C. J. de juicio ordinario, el texto de él está mostrando que se refiere a cualquier juicio, pues se lee allí esta excepción: los fallos de juicio especial que puedan ser revisados en juicio ordinario cuando así lo disponga la ley. Lo que quiere decir que los fallos de juicios no ordinarios, cuya revisión la ley no autoriza, sí entran como componentes de la cosa juzgada. La sentencia en caso de expropiación —póngase como ejemplo— la cual no entra en la excepción, sirve de fundamento a la cosa juzgada. (Negocios Generales. Julio 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ..251, 2ª y 252, 1ª

— 100 —

COSTAS (No se puede condenar en costas a la Nación, los Departamentos y los Municipios)

El artículo 575 del Código Judicial habla de los casos en que debe haber condenación en costas, y el 576 establece la excepción de que el Estado, los Departamentos y los Municipios no deben sufrir esa condena; y resulta que el artículo 2° del Decreto 0243 de 1951 sólo habla de los casos en que debe haber dicha condenación en costas, o sea de la regla general, pero no dijo nada de la excepción, esto es, de cuándo no debía hacerse la condena. Dicho en otros términos, el decreto modificó el artículo 575, pero nada dijo sobre el 576, que hay que entender que quedó vigente. (Negocios Generales Septiembre 28 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 657, 2ª

— 101 —

CULPA (Cuándo puede infringirse por culpa una norma penal)

Gobierna el fenómeno de la culpa el principio de la imprevisión de lo previsible. El Código colombiano estructura esta figura en el artículo 12, inciso 2º, considerando dos modalidades de la misma, que traducen aquel principio: bien cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o bien cuando habiéndolos previsto, confía imprudentemente en poder evitarlos. En ambas ocurrencias se comprende lo que por ser previsible no ha podido ser imprevisto, o sea la imprevisión de lo previsible.

Mas al crear el Código el principio de la culpa en la parte general, no dejó a la jurisprudencia la facultad de señalarla en los casos en que determinada infracción fuera susceptible de aquel fenómeno, a fin de que la doctrina fijase para los delitos consagrados en la parte especial del estatuto, cuáles de ellos aceptaban la modalidad del hecho culposo. Por eso en el Código están señalados en forma taxativa, por lo precisa, los delitos que admiten la culpa. (Casación Penal. Agosto 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....161, 1ª y 2ª

— 102 —

CULPA EXTRACONTRACTUAL (Posición que el demandante puede asumir en juicio de indemnización)

De la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual puede hacer uso quien tenga interés en ella, esto es, quien ha sufrido un daño indemnizable por culpa de su autor. "El demandante en la acción de responsabilidad es por tanto la persona lesionada, pero únicamente una persona lesionada".

Cuando la culpa ha producido daño a varias personas, éstas pueden accionar conjuntamente, y pedir en un mismo juicio, y aún en una sola demanda, las reparaciones correspondientes, pero puntualizándose la cuan-

tía y naturaleza de los daños causados a cada uno de ellos, y el sentenciador debe en la sentencia hacer discriminación del caso y reconocer a cada peticionario su derecho concreto, individual o personal. Y cuando los lesionados accionan separadamente procede la acumulación en los respectivos juicios, porque si así no acontece, puede presentarse el fenómeno jurídico de la división de la continencia de la causa. Es posible el caso de que en uno de los juicios se condene al demandado y en otro se absuelva, por iguales hechos y por idéntica causa.

El acto culposo puede causar daño indirectamente, "por contragolpe". Causado el perjuicio en el patrimonio o en la persona de la víctima, se refleja consecuencialmente en otra persona o en sus intereses patrimoniales. Como sería en el caso de accidente de un familiar, ascendiente por ejemplo, que sustenta a sus parientes y que quedara incapacitado como consecuencia de un insuceso culposo. La víctima sufre perjuicios que puede reclamar ella, pero además los familiares a quienes sustenta pueden haber sufrido daño reflejo con aquel insuceso; entonces, éstos pueden reclamar su indemnización personal, no por el daño inferido directamente a la víctima, sino por el sufrido por ellos personal o individualmente.

Por otra parte, hay que mirar el aspecto de la acción cuando la víctima muere como consecuencia de la culpa del demandado. En este evento suelen distinguirse dos posiciones: 1ª El actor es la propia víctima, la cual, antes de producirse su muerte, había promovido la acción. 2ª La víctima falleció sin promover la acción.

En el primer evento la acción de reparación del daño pueden los herederos de la víctima continuarla a nombre de éste, en cuyo caso, aquélla consiste en indemnizar la incapacidad para trabajar y la disminución de la productividad, etc., desde el momento del accidente hasta el de la muerte. En el segundo no existiendo en tal evento derechos patrimoniales, o perjuicios herencialmente transmisibles, sino daño personal de los demandantes, éste no puede ser indemnizado a través de una acción ejercitada como herederos o continuadores de la persona del fallecido, o para la sucesión de éste.

De donde ha de deducirse que hay que distinguir dos clases de indemnización: la proveniente de perjuicios causados directa y personalmente a la víctima, antes de su muerte, y la originada por los causados con el deceso, a personas que derivaban alguna utilidad o beneficio del difunto, mientras vivía. Los primeros pueden y deben reclamarse para la sucesión; los segundos únicamente por y para los perjudicados, personal o individualmente considerados.

Los anteriores principios constituyen, en síntesis, el criterio seguido por algunos doctrinantes y acogido por la Corte, en lo relativo a posición jurídica del demandante en la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual. (Casación Civil. Diciembre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) . .854, 2ª y 885, 1ª

— 103 —

CULPABILIDAD (Alcance de la presunción de)

No hay duda que el servicio aéreo equivale a lo que la jurisprudencia determina como una actividad peligrosa. Si en muchas ocasiones esa jurisprudencia ha aceptado que es actividad de esa clase el manejo de un automóvil, con mayor razón hay que aceptar que es actividad peligrosa accionar una aeronave. Por eso la ley tiene definido que hay presunción de culpa por consecuencia de hechos del servicio aéreo ocurridos dentro de un aeródromo (Ley 89 de 1938. Art. 53).

De esta suerte, no corresponde a la víctima probar la negligencia o el descuido,

porque la presunción está a su favor, y toca al demandado salvarse de esta presunción de culpa, estableciendo: o un caso fortuito, o una fuerza mayor, o una intervención de elemento extraño, que puede ser la imprudencia o el descuido de la propia víctima.

Pero esa presunción, que se puede llamar de peligrosidad, no puede ser invocada por quien opera la cosa peligrosa. Quien maneja una locomotora tiene que probar que las malas condiciones de ella fueron la causa del siniestro, a fín de que la responsabilidad por éste se cargue al empresario.

Mas en éste y en aquel otro caso, bien puede suceder que las responsabilidades se compenetren y coincidan dando lugar a una concurrencia de culpas, de acuerdo con el artículo 2357 del C. C., concurrencia no sometida a reglas ni a graduaciones legales, sino que toca al Juzgador considerarla y definirla prudentemente. (Negocios Generales. Agosto 21 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 314, 2ª

— D —

— 104 —

DECRETOS (Criterio que debe seguir la Corte al juzgar de la constitucionalidad de los expedidos durante el estado de sitio)

También ha dicho la Corte: "Pero hay una modalidad especial e importante, que condiciona la legitimidad constitucional de los decretos extraordinarios a que se hace mención, y es la que mira al juicio, que parece reservado al Congreso, respecto a la conveniencia y necesidad de las medidas adoptadas por los decretos de que se trata. Para juzgar sobre este último punto es natural que el Gobierno, una vez terminado el estado de sitio, presente al Congreso la explicación de sus actos, lo que permitirá a éste conocerlos en sus causas y por sus finalidades. El juez natural del Presidente y de sus Ministros, ante quien ellos explican su conducta está capacitado especialmente para apreciar la relación en que se hallan las disposiciones de los decretos con el deber del Presidente de velar por la conservación o el restablecimiento del orden.

"Lo que no es óbice al deber general que tiene la Corte Suprema de Justicia, por razón de sus funciones, de velar por la guarda de la integridad de la Constitución y decidir respecto de la exequibilidad de los decretos legislativos. Sólo que al hacerlo habrá de tener en cuenta que el imperio común de la Carta se halla entonces condicionado, por la emergencia de la turbación del orden, al régimen de las facultades extraordinarias de que durante él queda investido el Presidente de la República..." (Sentencia de junio 12 de 1945, G. J., nos. 2019 a 2021, pág. 24). (Sala Plena. Diciembre 1º de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 722, 2ª

— 105 —

DELITO (No puede el juez modificar su estructura con figuras afines)

Cuando la ley exige determinados elementos para crear una figura jurídica con alcances dentro del juicio en orden a la mayor o menor responsabilidad que representa su existencia en un determinado caso, no es dable al fallador —cualquiera que sea, Juez de hecho o de derecho— modificar su estructura con figuras afines o con elementos que no se conjugan en todas sus partes con los creados por la ley. (Casación Penal. Septiembre 14 de 1951. T. LXX. Ns. 2105-2106) ..549, 2ª

— 106 —

DELITO MILITAR

En repetidas ocasiones ha sostenido la Corte que el delito militar está constituído

por todo hecho que viole las reglamentaciones de la justicia penal militar; que el agente de la infracción sea un militar en servicio activo o un civil al servicio de las fuerzas militares; que realice el hecho con ocasión del servicio o por causas inherentes al mismo; y que se cometa en un lugar donde se hallen o actúen fuerzas militares.

Es precisamente por lo anterior, por lo que el delito militar está integrado por los siguientes elementos:

a) Que haya habido violación de la ley penal militar;

b) Que esta violación se ralice por militares o por civiles al servicio de las fuerzas militares;

c) Que el hecho se lleve a cabo por causa o con ocasión del servicio militar o por el ejercicio de las funciones inherentes al mismo; y

d) Que en el lugar donde se cometa el delito, se hallen o actúen fuerzas militares.

Cuando estos elementos se dan con toda puntualidad, el hecho materia de la imputación se estructura como un delito de carácter militar y consecuencialmente, la jurisdicción y competencia para concer de él, corresponde a la justicia penal militar. En el caso contrario, cuando tales requisitos no se reúnen, el hecho no puede catalogarse como delito militar sino como delito común, y la jurisdicción y competencia se radica en la justicia ordinaria. (Casación Penal. Octubre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) . . .

603, 2ª y 604, 1ª

— 107 —

DELITO MILITAR (Cuándo los particulares pueden violar la ley penal militar)

Es regla general dentro de un estado de normalidad, que los particulares no pueden violar la ley penal militar, o mejor, no pueden cometer delitos de los llamados estrictamente militares, porque en tiempo de paz todo hecho constitutivo de delito, realizado por personas civiles que no están al servicio de las fuerzas militares, es de conocimiento de la Justicia Penal ordinaria y se sanciona de acuerdo con las reglas del Código Penal común. Pero esta regla tiene su excepción en tiempos de anormalidad, y en este evento los particulares que no están al servicio de las fuerzas militares sí pueden violar los preceptos contenidos en el Código Penal Militar, surgiendo en tales circunstancias, la llamada legalidad marcial, que se configura por una de estas situaciones: que la nación se encuentre en guerra exterior, conflicto armado o turbación del orden público, siempre que alguna de estas situaciones haya sido reconocida o declarada por el Gobierno, por medio de un Decreto Extraordinario de turbación del orden público.

En estos casos, a partir de ese Decreto de turbación del orden público, los particulares pueden violar las disposiciones del Código Penal Militar, y los hechos que configuran tales violaciones son de la jurisdicción y competencia de los Tribunales Militares, por virtud de lo dispuesto en dicho Código, sin que se pueda hacer la afirmación fundada de que es una ley posterior a la realización de esos hechos, pues el estatuto que tal cosa disponía era anterior a la violación de sus preceptos, y para que tuviera aplicación respecto de los particulares que los infringieran, sólo se requería que se presentara alguna de las situaciones de anormalidad a que alude la misma obra. Y esto es lo que ocurre en el caso del Decreto 1895, que somete el conocimiento de todos los delitos cometidos en el país en los días nueve de abril y siguientes, con las excepciones que en él se mencionan, al conocimiento de los Consejos de Guerra Verbales, es decir, a lo preceptuado en la Ley 3ª de 1945 (Código de Justicia Penal Militar), lo cual no implicaba la creación

de nuevos delitos ni de penas ni de jurisdicciones especiales que no existieran ya en dicha ley. Por ello, la tacha de inconstitucionalidad que por este aspecto se hace contra el mentado Decreto, carece de fundamento, y éste no puede tenerse como violatorio de las normas constitucionales invocadas en la demanda, ni es contrario a ningún otro precepto de la Ley Fundamental. (Sala Plena. Diciembre 1° de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 721, 1ª

— 108 —

DEMANDA (Requisitos de la de casación)

De acuerdo con la jurisprudencia y la ley (artículos 7° C. de P. P. y 531 C. P. C.), la demanda de casación debe contener: el resumen de los hechos que han sido objeto de controversia, la causal o causales o motivos de impugnación del fallo, la exposición clara y precisa y la cita de las normas legales que se consideren violadas.

Por otra parte, desde otro punto de vista, cada causal o motivo de casación impone un método pertinente y adecuado: la primera requiere se diga en qué consiste la errada interpretación o la indebida aplicación de la ley penal; la tercera, explicar —previa la interpretación lógica del veredicto— por qué hay desacuerdo entre éste y la sentencia; la cuarta, en fijar cuál es entre los enumerados en los artículos 198 y 199 del estatuto procesal, el motivo de nulidad del proceso; la quinta, en demostrar cuáles son las omisiones en que, según la prescripción del artículo 159 del mismo estatuto, incurrió el Tribunal en la sentencia; la sexta, en comprobar que el Tribunal es competente, en última instancia, para conocer de un recurso para cuya decisión aquél se declaró incompetente; y la séptima, en señalar y precisar los términos del veredicto entre los cuales haya contradicción. (Casación Penal. Septiembre 18 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 559, 2ª y 560, 1ª

— 109 —

DEMANDA (Su interpretación)

En el estudio y análisis y, en su caso, en la interpretación de los libelos de demanda, el sentenciador no sólo está autorizado para aplicar los principios de equidad y de verdad que rigen la interpretación de la ley y de los actos y contratos de los particulares, sino que debe obedecer los preceptos de los artículos 471 y 472 del Código Judicial que así lo preceptúan y consagran aquellos principios. De ahí que la Corte, en la interpretación de estas disposiciones, haya dicho:

"Como el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por las leyes sustantivas, según enseñan los artículos 471 y 472 del Código Judicial, y con este criterio no sólo han de interpretarse las normas procesales y probatorias conforme lo prescriben tales artículos sino también las súplicas del demandante y las defensas del demandado. Conocida claramente la intención de los litigantes, debe estarse a ella más que a lo literal de sus palabras. Los jueces han de buscar el verdadero sentido de las pretensiones expuestas por las partes, aunque tengan que desatender el tenor literal de aquellas piezas cuando traicionan la intención inequívoca de quienes litigan". (Casación de 18 de noviembre de 1937. G. J. Tomo XLV). (Casación Civil. Noviembre 16 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 795, 2ª

— 110 —

DEMORAS (Cuándo configuran delito)

La morosidad que la ley penal reprime es la nacida de la falta de asistencia a la ofici-

na, de la no dedicación a las labores oficiales, de la negligencia, pereza o desidia, pero no la morosidad causada por la verdadera imposibilidad física de tramitar y resolver un considerable número de asuntos, en un tiempo determinado, porque esto sería exigir algo contrario a la capacidad humana, y por tanto absurdo e injurídico. (Casación Penal. Agosto 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104). 144, 2ª

— 111 —

DEMORAS (Cuándo configuran abuso de autoridad)

La morosidad que la ley penal reprime es la nacida de la falta de asistencia a la oficina, de la no dedicación a las labores oficiales, de la negligencia, pereza o desidia, pero no la morsoidad causada por la verdadera imposibilidad física de tramitar y resolver un considerable número de asuntos, en un tiempo determinado, porque esto sería exigir algo contrario a la capacidad humana, y por lo tanto absurdo e injurídico. (Casación Penal. Agosto 21 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 173, 2ª

— 112 —

DEMORAS (Cuándo el excesivo recargo de trabajo excusa al funcionario)

No puede admitirse como excusa en todos los casos de abuso de autoridad por demoras en el despacho judicial el volumen de negocios de que conoce el Juez acusado, porque ello sería tanto como decretar que en todos los juzgados en donde haya recargo de trabajo, los Jueces pueden abstenerse de cumplir sus funciones. Otra cosa es que cumpliendo éstas en la medida de sus fuerzas físicas y con la constancia y asiduidad que deben caracterizar a tales empleados, aquel recargo implique una labor tal que dedicando a ella el tiempo ordenado en la ley, sea imposible lograr la evasión de todos los negocios.

Es la desidia, la negligencia en el desempeño del cargo lo que constituye el delito previsto en el artículo 172 del Código Penal, cuando el retardo en la ejecución de un acto a que el funcionario esté obligado legalmente se manifieste por cualesquiera de aquellas circunstancias que demuestran la voluntad de incumplimiento de deberes por dedicación a otros menesteres que nada tienen que ver con las funciones oficiales que se ejercen.

De suerte que, demostradas estas peculiaridades en un hecho de tal índole, la excusa de excesivo recargo de trabajo nada significa. Otra cosa es que ese recargo de trabajo se compagine con el cumplimiento exacto de los deberes, porque entonces sí puede admitirse, ya que a nadie puede obligarse a dar de sí más de lo que puede. (Casación Penal. Septiembre 4 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) .....508, 2ª y 509, 1ª

— 113 —

DEMORAS (Cuándo configuran delito)

El artículo 172 del Código Penal no sanciona todo acto de omisión o de retardo en la ejecución de aquello a que legalmente están obligados los funcionarios públicos, sino solamente aquellos hechos que sean el resultado de la pereza o desidia o de su no dedicación a las tareas oficiales que les están encomendadas. Cuando las demoras ocurren por imposibilidad física de tramitar y resolver en tiempo oportuno un gran número de negocios, ese hecho no cabe en aquella disposición represiva, porque ello sería tanto como exigir de los funcionarios una labor que está fuéra de la humana capacidad y sería absurdo e injurídico exigirles responsa-

bilidad. (Casación Penal. Septiembre 18 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) . . 562, 2ª y 563, 1ª

— 114 —

DEPOSITO (Prueba de este contrato)

Cuando el valor de la cosa depositada excede de quinientos pesos, el contrato sólo puede probarse por los medios a que se refieren los artículos 1767 y 2242 del Código Civil. (Negocios Generales. Octubre 4 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106) . . . 682, 2ª

— 115 —

DERECHO PENAL DISCIPLINARIO (En él cabe la interpretación analógica)

Sentado está por la doctrina y la jurisprudencia que en materia estrictamente penal se hace imposible al juzgador aplicar por analogía la ley de carácter sustantivo, por tener completa vigencia en esa materia el principio universal de "nullum crimen sine lege"; pero aceptado también en cambio por la ciencia del Derecho que este principio y aquella regla no inciden en el llamado Derecho Penal Disciplinario ". . . el Derecho Penal . . . tiene por fin el mantenimiento del orden jurídico y la protección social contra el delito . . . Pero junto a éste existe el llamado Derecho Penal Disciplinario, proveniente del ejercicio de la potestad disciplinaria que pertenece al Estado, cuyo fin es corregir a sus funcionarios en el caso de que infrinjan los deberes y obligaciones que su reglamentación profesional les impone. El derecho penal disciplinario es de naturaleza penal, pues conmina con males (correcciones disciplinarias) en el caso de ejecución de actos ilícitos (faltas profesionales), pero no obstante tal semejanza les separan hondas diferencias del Derecho Penal verdadero y propio, especialmente su diverso fin, pues mientras éste aspira a la conservación del orden jurídico y a su restablecimiento cuando ha sido violado por el delito mediante la conminación, imposición y ejecución de la pena, el fin del derecho disciplinario es más limitado, tiende a mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y a sancionar su infracción por medio de la imposición de medidas correctivas y disciplinarias. Otra diferencia esencial entre el Derecho Penal propio y el disciplinario consiste en que éste se caracteriza por la ausencia de figuras legales de infracción, conteniendo en lugar de éstas, preceptos de carácter general que dejan amplio espacio para la resolución del asunto, mientras que en el Derecho Penal propio la legalidad de la infracción (**nullum crimen sine lege**) es uno de sus conceptos fundamentales. Además como M. E. Mayer observa, la práctica del poder disciplinario es administración, la del poder penal es justicia, el superior que castiga disciplinariamente al subordinado cuida de un asunto administrativo, el que castiga como Magistrado de un Tribunal Penal representa la Justicia del Estado". (Eugenio Cuello Calón, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, "Derecho Penal", Tomo I, págs. 9 y 10).

Lo anterior no sólo explica el que constitucionalmente haya podido prever el artículo 2° del Decreto Extraordinario número 3665 de 1950 la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias a "hechos análogos" no contemplados expresamente en el mismo estatuto legal, sino que permite fijar la recta interpretación de la frase en él contenida: "y otros hechos análogos que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia", que en concepto de la Corte, comprende no solamente las faltas estrictamente análogas a las determinadas en la regla 1ª del artículo 2º, sino también todas aquellas contrarias a la rectitud

del comportamiento de Magistrados y Jueces. Refuerza esta interpretación la parte considerativa del Decreto en estudio, que claramente fija su finalidad de no dejar impunes "las faltas, omisiones e irregularidades en que incurran o que cometan los funcionarios con jurisdicción". (Sala Plena. Noviembre 28 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) . . 710, 2ª y 711, 1ª

— 116 —

DESISTIMIENTO (De un recurso)

Para que sea procedente el desistimiento de un recurso, deben llenarse los requisitos exigidos por la ley, que no son otros que los que determina el artículo 461 del Código Judicial, es decir, que la parte interesada debe presentar personalmente un escrito en que así lo manifieste, ante el Juez o Tribunal que conozca del recurso, solicitud que puede presentar en cualquier estado del negocio.

El acto procesal del desistimiento se funda en el principio dispositivo de que gozan las partes interesadas en el asunto, para proseguirlo hasta sus últimas consecuencias o para darlo por terminado. Cuando se trata de un proceso criminal, en que la parte que desiste es la única a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es natural que dentro de la libre disposición de sus derechos esté la facultad de desistir de los recursos intentados y acoger en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual los había interpuesto.

Por lo demás, en cuanto al trámite y requisitos que debe llenar la solicitud de desistimiento, éstos no son otros que los que consagran el mencionado artículo 461 y los artículos siguientes del Código Judicial, que son de aplicación en los procesos penales, de acuerdo con la regla consignada en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Noviembre 22 de 1951. Tomo LXX. Nros. 2107-2108) . . . .889, 2ª y 890, 1ª

— 117 —

DETENCION

La ley no autoriza en forma alguna que a un sindicado se le prive de su libertad hasta cuando el funcionario de instrucción allegue al expediente la prueba necesaria para dictar el auto de detención. Otra cosa significan de modo claro la circunstancia de haber señalado término de horas después de la captura para suspender la incomunicación de uno o varios capturados; la de haber ordenado que a la detención preceda el auto interlocutorio respectivo con las indicaciones que especifica el artículo 383 del C. de P. P.; y lo que enseñan la lógica procesal y la equidad al prescribir que si el funcionario tiene la obligación de detener al sindicado inmediatamente que exista la prueba suficiente para ello, no lo puede privar de su libertad sin que se reúna la necesaria al mismo efecto. (Casación Penal. 10 de julio de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 105, 1ª

— 118 —

DETENCION (Requisitos de la preventiva y elementos del delito de detención arbitraria)

Según el artículo 295 del Código Penal, comete detención arbitraria el funcionario o empleado público que, abusando de sus funciones, priva a alguno de su libertad.

Los elementos de este delito son, pues, los siguientes:

a) Que se prive a una persona de su libertad;

b) Que el autor del hecho sea empleado o funcionario público; y

c) Que la detención sea abusiva, esto es,

fuéra de las prescripciones de la ley en el particular.

El primer elemento es esencial, porque si el bien que la ley protege es la facultad de movimiento o locomoción y de él no se ha privado a una persona, no tendría objeto la tutela jurídica; la calidad oficial es indispensable, pues ella sirve para tipificar el hecho como delito de funcionario o empleado, esto es, que éste se halle cumpliendo una actividad oficial o que el carácter oficial juegue su papel en la detención; y, en fin, el abuso de funciones configura el ilícito, porque la privación de la libertad de un sujeto sólo se puede ordenar en los casos en que la ley la autoriza y con las formalidades que la ley ha establecido.

En la Constitución se encuentra el fundamento del precepto penal, pues se consagra allí como una de las garantías individuales la de que nadie pueda ser reducido a prisión o arresto, ni detenido, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes (art. 23).

Y en el código de procedimiento se han señalado los casos en que puede haber detención y las formalidades que al efecto han de llenarse. Sin definir cuáles sean aquellos casos, basta dejar anotado, para los fines que aquí interesan, que la detención hace suponer en general —salvo la ocurrencia del delincuente cogido **in flagranti**— la existencia de un proceso criminal; que la infracción porque se proceda tenga señalada pena de presidio o prisión, y que exista una prueba atendible sobre la responsabilidad del acusado (artículo 379 del C. de P. P.).

Además, la detención de una persona de que habla el art. 383 ha de decretarse por medio de un auto del funcionario instructor en que se exprese el hecho, su comprobación, su definición y las pruebas que militan contra la persona sindicada.

Como consecuencia de los anteriores principios se deduce que la detención preventiva es un acto jurisdiccional que sólo puede realizarse por el competente juez de instrucción, o por el juez del conocimiento, mediante un auto interlocutorio que se ajuste a las prescripciones de los artículos 379 y 383 del código de procedimiento penal. (Casación Penal, Julio 24 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106) .....500, 1ª y 2ª

— 119 —

DETENCION (Requisitos de la prevista por el artículo 28 de la Constitución)

Verdad es que según el artículo 28 del Estatuto Fundamental pueden ser aprehendidas y detenidas las personas "contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública". Pero esa medida no puede ser tomada sino "de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros", y eso cuando haya "graves motivos para temer perturbación del orden público". (Casación Penal. Julio 24 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 503, 1ª

— 120 —

DETENCION ARBITRARIA

Cuando un funcionario público decida, con base en las funciones que le han sido otorgadas, privar de la libertad a una persona, sin fundamento legal alguno, esto es, caprichosamente o arbitrariamente, dándole pábulo a una simple animadversión personal o a un interés venal, o a pesar de obrar de acuerdo con el derecho y teniendo fundamentos suficientes para ello, olvida las formalidades legales, siempre estará vulnerando el bien jurídico de la libertad personal, es decir, cometerá el delito de detención arbitraria. Pues el pretermitir una formallidad legal para privar de la libertad a un ciudadano, es vulne-

rar la garantía de la legitimidad del acto en el cual deposita el individuo su confianza de rectitud y conformidad con la ley. (Casación Penal. Noviembre 2 de 1951. T. LXX. Números 2107-2108).....878, 2ª

— 121 —

DETENCION ARBITRARIA

Según las voces del artículo 295 del Código Penal, el delito de detención arbitraria está caracterizado por tres elementos estructurales, todos los cuales deben confluir en los hechos de que nace el delito, para que ésta se tipifique:

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.

Para que en la detención arbitraria exista el elemento abuso de sus funciones por parte del empleado, tiene que surgir de los procedimientos arbitrarios con que obra quien, investido de autoridad, no cumple los preceptos legales por capricho y obstinación. (Casación Penal. Noviembre 27 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).....897, 2ª

— 122 —

DETENCION ARBITRARIA

Los hechos cumplidos en estado de sitio conllevan un ordenamiento legal, que, si bien no se aparta de los principios generales que regulan los estados de normalidad constitucional, sí presentan al menos ciertas características que impiden aplicar con idéntico rigor las normas legales. Ya ha dicho la Sala Penal de la Corte que bajo el estado de sitio pueden tomarse por las autoridades medidas preventivas, como la detención de personas peligrosas para el orden público, sin estricta sujeción a los trámites ordinarios, pues se trata de una situación anómala, que autoriza jurídicamente inclusive previsiones y acciones extremas.

No es que en tales circunstancias las autoridades puedan obrar arbitraria e ilegalmente. Sus atribuciones siguen ceñidas a las normas legales. Pero, como la misma anormalidad constitucional puede producir serias perturbaciones del orden público y es misión de la propia autoridad preservarlo de cuanto pueda ser motivo de esa perturbación, se comprende por qué, sin suspender las garantías individuales, las personas sobre quienes recaigan serias sospechas de estar atentando contra la paz pública, pueden ser objeto de especiales prescripciones, y el funcionario que las cumple, por lo mismo que obra dentro de tales circunstancias, no incurre en delito, por carencia de uno de los elementos constitutivos de la detención arbitraria, como es el abuso de funciones.

La simple omisión de una formalidad, que por lo demás no es absolutamente indispensable cuando se está en presencia de casos como los contemplados en los artículos 386 y 387 del Código de Procedimiento Penal, no constituye detención arbitraria. (Casación Penal. Noviembre 27 de 1951. T. LXX. Números 2107-2108).....898, 1ª y 2ª

— 123 —

DOCUMENTOS PUBLICOS (Valor que tienen entre las partes las contraescrituras privadas)

Es cierto que las declaraciones contenidas en instrumentos públicos hacen plena fe contra los declarantes, pero ello no significa que la verdad de ellas sea incontrovertible, que implique —digámoslo así— una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario. Quienes han hecho tales declaraciones pueden contraprobar por los medios legales, y la contraprueba, si es completa, tiene eficacia respecto de los otorgantes del

instrumento, aunque no produzca efectos contra terceros. Así se deduce rectamente del artículo 1766 del C. C., desde luego que las contraescrituras vienen a ser, en relación con los contratantes, prueba de la alteración o infirmación de lo pactado en escritura pública. Y también se desprende del artículo 1934 ibidem, que la jurisprudencia ha interpretado en el sentido de que la declaración contenida en una escritura pública de haberse pagado el precio de la venta, admite prueba en contrario entre los contratantes. La limitación probatoria que tal norma establece (nulidad o falsificación del instrumento) se refiere sólo a las acciones contra terceros poseedores. (Casación Civil. Octubre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) ...450, 2ª

— 124 —

DOMICILIO (De las sociedades extranjeras)

El domicilio de las sociedades extranjeras con negocios en el país, si bien no está subordinado "al lugar donde está situada su administración o dirección", porque a dicho lugar resulta extraño el imperio de la ley nacional, lo está PRINCIPALMENTE, al del asiento principal de dichos negocios —que es exactamente, aquel o aquellos en donde se haya hecho su incorporación o protocolizado sus estatutos y poderes de representación—; y SUBSIDIARIAMENTE, al en que deban cumplir sus obligaciones y mantengan un representante, so pena de ser tenidas como personas ausentes.

Pero tales sociedades, como las domiciliadas en el país y en general las personas naturales, pueden también elegir, para determinado negocio, un domicilio especial: expresamente, como acontece en los contratos; o tácitamente, como en las controversias de que —por razón del lugar— no está llamada a conocer determinada jurisdicción. En ambos casos la elección de domicilio legitima la competencia, no sólo respecto del juicio principal que se promueva o que se haya promovido, sino de los de ejecución de la sentencia que deban subseguir, pues que donde hay la misma razón de hecho, debe también aplicarse la misma disposición de derecho. (Negocios Generales. Agosto 24 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....322, 2ª y 323, 1ª

— 125 —

DOMICILIO (De sociedades extranjeras)

Con razón se ha dicho que el domicilio, más que el sitio donde la persona habita, su residencia, que es lo que indica el sentido etimológico del vocablo (de domus-colere, habitar en una casa), es una relación de derecho entre una persona y un punto del territorio, que puede no corresponder a aquel en que un sujeto está de asiento y ejercita realmente sus actividades. El domicilio puede definirse, así, diciendo que es el lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

De esta noción, que está consagrada por la ley, resulta que en una misma persona pueden concurrir distintas circunstancias constitutivas de diverso domicilio, tales como la residencia, el ejercicio de una profesión u oficio, la manifestación hecha ante una autoridad política, la elección voluntaria por contrato y para los efectos del mismo y el tener o adoptar una condición de dependencia o un estado civil (arts. 78 y siguientes del C. C.).

Este fenómeno ocurre también respecto de las compañías comerciales, como quiera que así lo demandan la naturaleza misma de las cosas y las actividades a que se dedican; como acontece igualmente en relación con las compañías extranjeras con negocios en Colombia, sin que "el único criterio" para determinar su domicilio sea el del asiento

principal de sus negocios, por ser el lugar donde tienen que protocolizar sus estatutos y donde han de tener un apoderado para que las represente ante las autoridades (Decretos 2 y 37 de 1906, y art. 272 del C. J.).

Ese lugar donde las compañías extranjeras tienen el asiento principal de sus negocios es el domicilio primario, si así puede llamarse, en que la ley considera establecida la sociedad y que determina la competencia de los jueces para los asuntos judiciales. Pero también pueden concurrir circunstancias distintas constitutivas de domicilio, como el domicilio de elección expresa o tácita, o de aceptación, o de prórroga de competencia para los efectos judiciales. (Negocios Generales. Noviembre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) ...930, 2ª y 931, 1ª

— 126 —

EJECUCION (Mérito ejecutivo de las sentencias proferidas por el Contencioso Administrativo)

Estima la Corte que los artículos 121 y 122 de la Ley 167 de 1941 no establecen requisitos especiales para que las sentencias de los Tribunales de lo Contencioso presten mérito ejecutivo, por lo cual en estos casos deben aplicarse simplemente el artículo 549 y demás disposiciones pertinentes del Código Judicial. Aquellos artículos apenas tienen por objeto que las autoridades administrativas correspondientes tomen a la mayor brevedad las medidas adecuadas para el cumplimiento de los fallos de lo contencioso, mediante el lleno de los procedimientos fiscales necesarios. En este sentido, aunque la Corte en otras ocasiones ha sostenido tesis diversas al respecto, estima ahora que los artículos 121 y 122 de la Ley 167, ni por su letra ni por su espíritu, establecen fueros especiales para las entidades secundarias de derecho público.

Tan cierto es esto, que no se ve razón alguna para que las sentencias contra los Departamentos o Municipios tuvieran de inmediato una fuerza ejecutiva diferente, según fueran dictadas por la justicia ordinaria o por la justicia contencioso-administrativa. (Negocios Generales. Noviembre 8 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) .....926, 1ª y 2ª

— 127 —

ELECCION (Qué debe entenderse por tal)

Como el significado genuino del vocablo elección hace referencia a la designación de una persona determinada, cuando ella se realiza por medio de votos y de escrutinio subsiguiente dentro de una corporación, o como dice Gastón Jeze: "elegir es designar un funcionario mediante la manifestación de voluntad de varios individuos", es manifiesto que en este orden de ideas no puede hablarse de que la forma impersonal determinada por el artículo 3º de la Ley 89 de 1948 corresponda con exactitud a aquel concepto, y, por tanto, no teniendo tal carácter, que es el contenido en el texto constitucional, no puede hablarse de violación de éste, porque precisamente no está dentro de las circunstancias que el artículo 172 de la misma obra prefija, esto es, cuando se trate de elección popular o se vote por más de dos individuos en una corporación pública.

Lo que la ley hace en su artículo 3º es señalar determinada calidad de cargos para que las personas que en un momento dado los ejerzan o hayan ejercido tengan también la categoría de miembros de la Corte Electoral. No designa precisamente una persona física individualizada con su nombre y apellido para aquella corporación. Se limita a señalar los cargos que ejercen o han ejercido para que tengan la categoría de miembros de dicha Corte. Siendo ello así, no puede decirse que existe elección directa por la

ley, y, por tanto, el texto constitucional no puede considerarse como infringido, por ausencia de las condiciones exigidas para que opere en un caso dado. (Sala Plena. Septiembre 21 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .. 359, 2ª y 360, 1ª

— 128 —

EMBARGO

Si como lo expresa el inciso 2º del artículo 1008 del C. J., el Juez debe decretar inmediatamente el desembargo, si del certificado del Registrador aparece que el ejecutado no es poseedor inscrito del inmueble, es obvio que en el caso contrario debe mantenerse el embargo. (Negocios Generales. Octubre 1º de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 668, 1ª

— 129 —

EMPRESA (Qué se entiende por tal)

El término empresa encierra pluralidad de conceptos: generalmente indica "una actividad profesional y organizada en la producción de bienes o servicios para el mercado. De aquí la subdivisión de las distintas empresas según sus distintos objetos. También se recurre al concepto de empresa como equivalente de establecimiento, para indicar un conjunto de bienes organizados para un determinado fin económico; o para indicar el de una actividad sistemática condicionada a través de una organización compleja y de notables proporciones".

En todo caso, el concepto de empresa se configuró con el resurgimiento de la actividad industrial en el mundo, aun cuando ya había aparecido discretamente en la actividad agrícola en masa, anterior históricamente a la industrial y comercial. Pero fue en aquel resurgimiento cuando el concepto de empresa, y como afirmación del derecho comercial, tomó el sentido o uso doctrinario y el legislativo de implicar: "toda actividad sistemáticamente dirigida a la conclusión de determinados contratos, sea respecto del consumidor de productos y servicios, sea respecto del trabajador, sea respecto a intereses públicos generales". De aquí que la jurisprudencia universal, así como las legislaciones, entre ellas la colombiana, hayan adoptado como concepto de empresa el de "toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas conexas o complementarias". (Casación Civil. Julio 12 de 1951. T. LXX. Ns. 2103-2104) ..38, 1ª y 2ª

— 130 —

ENEMISTAD (Como causal de impedimento)

La enemistad, desde un punto de vista general, es la aversión u odio entre dos o más personas, pero como causal de impedimento o de recusación para que un funcionario del orden judicial se separe del conocimiento del respectivo negocio, su existencia está subordinada a ciertas y determinadas condiciones, que la Corte ha precisado en la siguiente forma:

"...que sea grave, esto es, que su origen o causa sea de tal entidad, que haya bastado a crear, con caracteres de intensidad extraordinaria, los sentimientos que la constituyen, tales como la aversión y el odio, manifestados en propósitos de venganza, en amenazas de daño o en otras intenciones y hechos sintomáticos o demostrativos de tales sentimientos; y que éstos sean mutuos, es decir, que vinculen con igual fuerza a recusante y recusado, o excepcionalmente que si no lo son, provengan del juzgador (no del juzgado), de modo que en tal evento, funde la presunción de que puedan de-

terminar a aquél a la violación de las normas tutelares de los derechos del procesado...". (Casación Penal. Julio 27 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....134, 1ª y 2ª

— 131 —

ENEMISTAD (Cuál prueba se requiere para que configure impedimento o recusación)

De acuerdo con el ordinal 5° del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, para que la recusación por causa de enemistad prospere, ha de tener el carácter de grave. Y como la Corte lo ha expresado en varias ocasiones, esa calidad de grave no la reviste la antipatía o repulsión que haya entre dos o más personas sino el deseo vivo de causar daño a otro, manifestado en hechos que sirven de base para presumir que el funcionario atenderá menos a los dictados de la justicia que a los de su ánimo enconado.

La grave enemistad, para que pueda incidir sobre la causal 5ª de recusación del artículo 73 del Código Procesal Penal, es menester que establezca un sentimiento de antipatía o animadversión recíprocas entre el Juez y alguna o algunas de las partes, porque de otra manera, más que un motivo para dudar de la imparcialidad del funcionario, se convertiría en un cómodo recurso para arrebatar al fallador el conocimiento de un proceso, del que se tiene el presentimiento de sus peligrosos resultados y se busca con el cambio una nueva posibilidad de que la decisión que en él recaiga sea más favorable.

No basta, pues, que se alegue y que inclusive se cite, la posible causa determinante de enemistad, porque, fuera de que no toda enemistad conlleva a manifestaciones de odio, capaces de onnubilar la más recta conciencia, debe tener, además, como se ha dicho, la característica de ser grave, para que pueda producir los efectos de separar al Juez del conocimiento del negocio en el que medie una circunstancia de que de todos modos implicaría el peligro de una presunta parcialidad del funcionario, peligro que la ley quiere eliminar, permitiendo que con la recusación no se presente aquel inminente riesgo.

Mas, la prueba no puede dimanar de las propias aseveraciones del recusante. Tiene que provenir de otros elementos que demuestren que en realidad la imparcialidad del Juez puede sufrir alguna quiebra, y como estos recursos tienen por finalidad impedir toda duda sobre la rectitud e imparcialidad del funcionario, tan pronto como esto pueda ser posible, la separación del Juez se impone como única medida para evitar que la justicia sufra mengua con la consciente o inconsciente parcialidad de un fallador. (Casación Penal. Octubre 2 de 1951. T. LXX. Ns. 2105-2106) .....594, 2ª y 595, 1ª y 2ª

— 132 —

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

La noción jurídica del enriquecimiento sin causa está regulada en parte dentro de nuestra legislación, en el capítulo 2°, Título 33, Libro 4° de nuestro Código Civil. Tal teoría se basa en el principio de equidad de que a nadie es lícito enriquecerse a costa ajena, ocasionando en otro un empobrecimiento o desmedro patrimonial injusto. (Negocios Generales. Noviembre 6 de 1951. T. LXX. Números 2107-2108) .....923, 2ª y 924, 1ª

— 133 —

ERROR (De derecho en la apreciación de pruebas)

Ordinariamente hay error de derecho en la apreciación de una prueba —según la doctrina— cuando se le da determinada fuerza que la ley no le atribuyó, o se desconoce la que se le asignó o se permite su producción sin los requisitos legales, reconociéndole lue-

go la fuerza propia de la prueba practicada con sumisión a la ley y a las condiciones por ella exigidas. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 83, 1ª

— 134 —

ERROR DE HECHO (Sus diferencias con el error de derecho)

El error de hecho, como lo tienen repetido la jurisprudencia y la doctrina, no es sino la manera equivocada como, independientemente de toda consideración jurídica, se aprecia la existencia o inexistencia de un suceso cualquiera; a diferencia de lo que sucede con el error de derecho, que consiste en juzgar equivocada o falsamente de una prueba, a la luz de la ley, ya por dejarla de aplicar al caso controvertido, o por aplicarla indebidamente, o a través de una interpretación errónea de sus disposiciones. (Casación Civil. Octubre 17 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .. 478, 2ª

— 135 —

ERROR DE HECHO (Como causal de casación)

La alegación por error, en casación, no puede consistir simplemente en la disparidad del juicio del Tribunal con el recurrente, sino en la discrepancia con la realidad evidente, en el caso del error de hecho. (Casación Civil. Julio 13 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 46, 2ª

— 136 —

ESTADO (Su responsabilidad civil por malas condiciones de bienes de uso público)

En tratándose de actividades privadas, cada cual puede ejecutar acciones peligrosas asumiendo el riesgo que pueda correr en su aventura, mientras con ella no quebrante derechos ajenos; pero en tratándose de bienes del Estado cuyo uso y goce corresponde por derecho a los particulares (art. 674 del C. C.), el Estado tiene la obligación de mantenerlos en condiciones de ser usados sin riesgos innecesarios y previsibles, sin que valga la excusa de que haciendo la advertencia de ese riesgo se libra de responsabilidad culposa: eso lo veda el primordial deber de velar por la seguridad de las personas y de su patrimonio, que es más imperiosa en lo que se refiere a la administración de los bienes que forman el dominio público y que están destinados para el uso o servicio público. (Negocios Generales. Octubre 26 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 950, 2ª

— 137 —

ESTADO DE SITIO (Alcance de las facultades del Gobierno durante este estado)

En estado de sitio no desaparece el orden jurídico ni las autoridades pueden hacer lo que a bien tengan, pues, como lo ha dicho la Corte en varias providencias, y lo expresa la Carta, todas las leyes siguen vigentes; y las facultades del Gobierno se limitan a suspender el imperio de "las que sean incompatibles con el estado de sitio"; y las medidas que tome, de las cuales responderá ante el Congreso, deben tener por objeto únicamente el restablecimiento de la normalidad, en armonía con la letra y el espíritu del artículo 121. (Casación Penal. Julio 24 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) ...502, 2ª y 503 1ª

— 138 —

ESTADO DE SITIO (Alcance de las facultades del Presidente, durante este tiempo)

Como lo dijo la Corte en sentencia de 12 de junio de 1945: "Establece el artículo 120

de la Constitución de 1886, hoy 115 (en la nueva codificación 120) que "corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:... 7º Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado", y el artículo 33 del Acto Legislativo n. 3 de 1910, hoy 117 del Estatuto (en la Constitución actual 121), otorga al Presidente la facultad de declarar que se ha turbado el orden público y de adoptar las medidas ordenadas a su restablecimiento. Los dos preceptos se hallan íntimamente vinculados, porque el deber que la Constitución le impone al Presidente de conservar el orden público y de restablecerlo, debía corresponder a la potestad de aplicar los medios conducentes al cumplimiento de aquella obligación. La paz pública descansa conforme al Estatuto Fundamental, en la actitud vigilante del Jefe del Estado para evitar que se altere o en su acción enérgica y fuerte, si preciso fuere, para que vuelva a la normalidad. Tan ponderoso encargo corre parejas con el ejercicio prudente de los medios excepcionales que la Carta le da al Presidente para que llene la más delicada de las funciones como suprema autoridad administrativa. La declaración sobre turbación del orden público envuelve máximos atributos de poder, paralelos con una responsabilidad eminente. Obrando el Presidente en el marco amplísimo de sus prerrogativas cuando confronta la República estados de zozobra por la turbación del orden público, sin tomar determinaciones persecutorias contra una o más categorías de ciudadanos, sino en un plano elevado, que por la generalidad de aplicación a todos, excluya el carácter que los reformadores de 1910 quisieron evitarles a las providencias del Gobierno durante el estado de sitio, los decretos que éste expida en aquellas circunstancias difíciles, sin quebrantar las normas estatutarias de obligatorio imperio en todo tiempo, con el requisito de su generalidad y si se acomodan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden, llevan por esas condiciones básicas, esenciales y únicas contempladas por la Carta, el sello de su legitimidad constitucional...". (G. J., Tomo LVIII, números 2019 a 2021, pág. 24). (Sala Plena. Diciembre 1º de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) ...721, 1ª y 2ª y 722, 1ª

— 139 —

EXCEPCIONES (Petición de modo indebido y carencia de personería sustantiva)

Como ha dicho la Corte, "Ni la carencia de personería sustantiva, ni la petición de modo indebido constituyen excepciones dilatorias porque no tocan con el procedimiento para suspenderlo o mejorarlo. Son, pues, 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 difieren el ejercicio del derecho en el curso del juicio o la contestación de la demanda". (G. J., T. XLVII, pág. 683). (Casación Civil. Noviembre 12 de 1951. T. LXX. Números 2107-2108) 777, 1ª

— 140 —

EXHIBICION (De documentos)

De conformidad con lo dispuesto por el art. 300 del C. J., para que pueda decretarse la exhibición de un documento, es necesario, entre otras cosas, que por el peticionario se haya acreditado "plenamente en oportunidad" que el documento está en poder de la persona de quien se exige. (Negocios Generales. Junio 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 279, 2ª

— 141 —

EXTRADICION (No puede concederse la de colombianos)

El artículo 9° del Código Penal dispone que no se concederá la extradición de colombianos ni la de delicuentes político-sociales.

Sobre el particular ya ha dicho la Corte:

"Obvio es el motivo que existe para prohibir la extradición de los propios nacionales por demanda de otro Estado, y consiste en que se considera expuesto a posibles peligros, graves y humanos, el juzgamiento de ellos en el extranjero cuando habiendo delinquido fuera del país se encuentren de nuevo en su patria.

"Y en Colombia la prohibición descansa también en la base de que esos posibles riesgos son innecesarios, pues esta República, en un intento o principio de internacionalización del Derecho Penal con el propósito laudable de empezar a hacer efectiva la solidaridad de las naciones en la represión de la delincuencia, consignó en el artículo 7º del Código de 1936 precisas reglas para aplicar la ley penal colombiana a nacionales y extranjeros que hayan perpetrado en el Exterior algún delito; sin contar la contingencia especial de que trata el artículo 5° ibidem.

"Semejantes reglas de aplicación de la ley penal en el espacio equivalen a una extensión provechosa de la extraterritorialidad de la misma ley en busca de la defensa social de todas las naciones". (Casación Penal. Noviembre 16 de 1951. T. LXX. Ns. 2107-2108) 887, 2ª y 888, 1ª

— 142 —

EXTRADICION (Acuerdo Bolivariano)

La extradición debe concederse teniendo en cuenta, principalmente, los tratados públicos, y con Ecuador, tiene Colombia celebrado el llamado Acuerdo Bolivariano de 1911, aprobado por la Ley 26 de 1913.

Entre las condiciones positivas de ese Acuerdo, se encuentran las siguientes:

a) Que la solicitud, hecha por vía diplomática, sea acompañada del auto de detención dictado por el Juez competente, con designación exacta del delito, la fecha de su consumación y de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado la detención;

b) Que las pruebas de la infracción sean tales que las leyes del lugar donde se encuentra el extraditando justifiquen su detención o sometimiento a juicio si el hecho hubiérese realizado en dicho país;

c) El hecho debe ser punible "por la ley de la nación requerida".

Entre las condiciones negativas o en que no se puede conceder la extradición se encuentran las de que se trate de delito político, o si la pena no excede de seis meses de privación de la libertad personal, o cuando ha prescrito la acción penal, o cuando el individuo cuya extradición se pide ya ha sido juzgado o ha sido objeto de indulto o amnistía.

Consecuencia de lo anterior es que si con la solicitud de extradición no se acompañan por ejemplo, las pruebas que fundaron el auto de detención, no puede darse concepto favorable a la extradición solicitada, porque no puede saberse si ellas serían suficientes de acuerdo con la ley procesal penal colombiana para fundar una orden semejante. (Casación Penal. Octubre 30 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) 626, 2ª

— 143 —

EXTRADICION

De acuerdo con el artículo 9º del Código Penal colombiano, la extradición se ofrece o se concede, teniendo en cuenta los trata-

dos públicos, y, a falta de éstos, el Gobierno puede conceder u ofrecer la extradición observando los trámites establecidos por el Código de Procedimiento Penal, previo el concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia.

Entre Colombia y el Ecuador, rige un acuerdo sobre extradición, suscrito por países bolivarianos el 18 de julio de 1911, que nuestro país ratificó por la Ley 26 de 1913 y de ahí que sean aplicables de modo preferente las normas de dicho Acuerdo, al caso presente.

Los estados que suscribieron el Acuerdo en cita, convinieron en entregar a los individuos condenados o precesados por las autoridades judiciales de los respectivos países, en calidad de autores, cómplices o encubridores que busquen asilo o se encuentren en territorio de alguno de ellos. Pero este principio no se consignó en el tratado público en mención como una norma absoluta y libre, sino como un precepto restringido o condicionado, unas veces a la calidad de la persona cuya extradición se solicita, otras veces a las especiales modalidades que hayan podido acompañar la perpetración del hecho y que den lugar a tipificarlo como delito común o como delito político o bien a la cuantía de la pena imponible, con que cada Estado reprima la infracción de que se trate. (Casación Penal. Agosto 25 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....192, 1ª y 2ª

— 144 —

EXTRADICION (Acuerdo con el Ecuador)

Las condiciones requeridas para que la extradición sea legalmente procedente, son —de conformidad con el Acuerdo de 18 de julio de 1911, suscrito por los Plenipotenciarios de Colombia y Ecuador— las siguientes:

a) Que el delito ejecutado por el extraditando se halle incluído entre los determinados en el Artículo II del Convenio;

b) Que se haya dictado auto de detención o sometimiento a juicio;

c) Que las pruebas de la infracción sean tales que la ley colombiana justificaría la detención o enjuiciamiento si el delito se hubiere cometido aquí:

d) Que el máximun de la pena imponible exceda de seis meses de privación de la libertad;

e) Que según la ley colombiana no haya prescrito la acción penal; y, finalmente,

f) Que a la solicitud de extradición se hayan anexado copias auténticas de la disposición penal infringida y de la providencia mediante la cual se decretó la detención o el enjuiciamiento. (Casación Penal. Julio 6 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 100, 1ª y 2ª

— F —

— 145 —

FUERZA MAYOR

Según lo tiene consagrado invariablemente la jurisprudencia, dos son las características que, por definición, conforman la fuerza mayor: la imprevisibilidad del hecho y su irresistibilidad por parte del obligado. Que dada la naturaleza de las cosas y el modo como de ordinario se suceden, no fuera razonable en el momento de formalizarse el contrato ninguna probabilidad contra la cual tuviere el deudor que precaverse; y que al producirse contra toda previsión, no haya estado en sus posibilidades impedir la consumación de sus efectos. (Casación Civil. Noviembre 15 de 1951. T. LXX. Números 2107-2108) 781, 2ª

— H —

— 146 —

HEREDERO (Quién tiene ese carácter y cuál es la prueba)

El carácter de heredero de una persona se adquiere por la defunción del DE CUJUS, que lo haya instituído como tal en su testamento, sin condición, o porque por los lazos de la sangre se halle en el caso de ser considerado como tal. Estos conceptos se refieren a los hechos generadores del derecho, es decir, a la institución del heredero, que debe probarse mediante el testamento en su caso, y a los lazos de la sangre, que es necesario establecer, con las partidas pertinentes del estado civil, demostraciones que dan la investidura correspondiente y con ellas transmiten las respectivas obligaciones.

Además, hay que recordar que el hecho de que un individuo reúna los requisitos para ser heredero, como ser descendiente del causante, o estar instituído tal por acto testamentario, no basta para considerarlo como heredero, porque siempre se requiere la aceptación de ese carácter, como se infiere de los artículos 1289 y 1290 del C. C. y aún de lo dispuesto por el artículo 1304 del mismo Código. (Casación Civil. Agosto 13 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) ....378, 2ª y 379, 1ª

— 147 —

HERENCIA (Derecho de)

La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, según el artículo 673 del C. C. De ahí que en el momento de morir la persona, su patrimonio —noción que comprende todos sus bienes y obligaciones valorables económicamente — se transmite a sus herederos, quienes adquieren por tanto, en la medida que la ley o el testamento les asignen, el derecho de suceder al causante en la universalidad jurídica patrimonial. Bien puede decirse que sucesión, en sentido estricto, es la prolongación de la persona del difunto en sus herederos, con todas sus vinculaciones jurídicas transmisibles, es decir, como sujeto activo y pasivo de derecho privado. El patrimonio pasa, pues, por el fenómeno de la sucesión, de muerto a vivos, pero desde el momento en que el derecho de éstos dice relación o está vinculado a la universalidad herencial, no puede recaer sobre bienes determinados, como tampoco ser ellos, en principio, responsables de determinadas obligaciones del causante. Será necesaria la concurrencia del título para que el modo de adquisición del dominio se singularice respecto de cada heredero y respecto de especies o derechos determinados, pues el título traslaticio es el que viene a complementar la eficacia de los modos de adquirir, hasta el punto de que, mientas la sucesión está ilíquida, no puede hablarse con verdad de derecho de dominio de los herederos en los bienes relictos, desde luego que la propiedad supone cosa corporal (artículo 669 del C. C.). Y la universalidad patrimonial es un simple ente jurídico, que escapa a la percepción de los sentidos (artículos 653 ibídem).

Por eso, en el sistema de nuestro Código, ninguno de los herederos puede disponer de inmuebles de la sucesión, sin cumplir previamente ciertas formalidades (artículo 757). Y si lo hace, se considerará que la enajenación versó sobre cosa ajena, si ésta se adjudica en la partición a persona distinta del vendedor (artículo 1401). Lo cual se explica también por el aspecto de la posesión, que, durante la iliquidez, es simplemente de ficción legal y recae sobre la herencia (artículos 757 y 783), y sólo se convierte en regu-

lar mediante la partición, para versar entonces sobre las especies o derechos singulares asignados en ella a cada copartícipe.

Distinta cosa es el derecho de herencia, que es el que realmente tienen los herederos durante la indivisión herencial; enajenable por ellos libremente en todo o en parte, no vinculado a determinados bienes, por lo cual su enajenación — contrato aleatorio — no afecta, como la de cosas singulares, el interés de los demás causahabientes, como quiera que el enajenante sólo responde de su calidad de heredero. (Casación Civil. Agosto 13 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ... 52, 2ª y 53, 1ª

— 148 —

HERENCIA (Personería para representarla en juicio)

Establecida la existencia de una heredera de mejor derecho que las demandantes, éstas carecían de legitimación o personería sustantiva para formular demanda en representación de la herencia, y, en consecuencia, no era el caso de fallar sobre sus peticiones. (Casación Civil. Octubre 29 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106).....488, 1ª

— 149 —

HERENCIA YACENTE (Para que una herencia sea considerada yacente, se requiere declaración judicial)

No parece discutible que la yacencia herencial es un estado de hecho que existe mientras la herencia no haya sido aceptada, siempre además que no haya albaceazgo aceptado y con tenencia de bienes. La ley es clara al respecto (artículos 569 y 1297 C. C.). Lo que hace el Juez, cuando aplica esta última disposición, a petición del interesado o de oficio, es reconocer y declarar la existencia de esa situación de hecho, para el efecto de nombrar representante a la herencia que no lo tiene, y para los demás efectos legales. Por eso, al decreto respectivo ha de dársele la mayor publicidad, insertándolo en el periódico oficial y en carteles que se fijan en tres de los parajes más frecuentados del distrito en que se hallen la mayor parte de los bienes hereditarios, y en el del último domicilio del difunto.

Pero la declaración judicial de estar la herencia yacente es indispensable, en concepto de la Sala, para que ese estado entre a producir los determinados efectos que la ley señala. La simple situación de yacencia, es decir, la que no ha sido declarada como tal por el juez que conoce del juicio de sucesión, ni produce efecto alguno, ni goza de ningún beneficio legal. En el sistema de nuestro código la herencia está yacente cuando así lo ha declarado el juez del conocimiento, quien está en capacidad de conocer el hecho negativo que justifica e impone la declaración: la falta de representante. A no ser así, sería inexplicable que el artículo 1297 le ordene al Juez **declarar la yacencia.** Se habría limitado a ordenarle el nombramiento de curador, de oficio o a petición de interesado.

El legislador ha sido consecuente al respecto, pues habiéndoles atribuído a los herederos la posesión legal del patrimonio del causante, desde el momento mismo de la muerte de éste y aunque aquéllos ignoren la delación (artículos 757, 783 y 1013 del C. C.), no podía desatender la posibilidad de que ninguno se presente a aceptar la herencia o retarde su aceptación, o que todos la repudien, con lo cual la falta de representante de la sucesión traería un estado de estancamiento económico, a todas luces inconveniente y perjudicial para los asociados, que el legislador ha querido evitar. Porque la sucesión implica un proceso de liquidación, en-

caminado a cubrir el pasivo del causante y a distribuir su activo neto, adjudicando a quienes corresponda, mediante el título traslaticio de la partición, los bienes relictos. Son muchas las disposiciones del Código que revelan claramente ese propósito legal de que la sucesión no se estanque, que tienda siempre a liquidarse, para que siga en movimiento productivo la riqueza privada, base de la pública. Por eso, sin perder de vista aquella posibilidad proveyó el legislador, respecto de la herencia no aceptada dentro de cierto plazo, en una forma similar a la que había adoptado en relación con las personas ausentes, considerando como tales a los herederos que dentro de cierto término no se han presentado a aceptar la herencia o una cuota de ella.

No basta, pues, que según la definición legal, se considere yacente la herencia no aceptada. Es necesario también, según nuestro Código, que el estado de yacencia sea declarado judicialmente para que produzca efectos legales, lo cual en nada se opone a la definición. (Casación Civil. Septiembre 7 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....417, 2ª y 418, 1ª

— I —

— 150 —

IGNORANCIA DE LA LEY

El funcionario debe conocer la ley; el olvido de ésta se presume doloso, no importa que aquél no sea, por sus antecedentes, idóneo para el desempeño expedito de su cargo. Desde el momento en que acepta libremente recoger de sus manos la potestad soberana de la República de ejercer rectamente sus funciones, y, por lo tanto, jura cumplir su deber, igualmente el Estado atiende a su obligación de pagar sus servicios, el funcionario no tiene disculpa alguna para alegar olvido o impericia en el manejo y aplicación de la ley. (Casación Penal. Noviembre 2 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).....879, 2ª

— 151 —

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA (El demandante no tiene obligación de probar la personería del representante del demandado)

Expresa el artículo 232 del C. J. que 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. Y agrega: "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".

Esto no quiere decir, naturalmente, que la persona designada como representante del demandado no pueda alegar en excepciones dilatorias que no tiene tal carácter, pues en su propio interés está que el proceso no siga adelante afectado con ese vicio, como se desprende de la disposición en referencia. (Negocios Generales. Julio 24 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104).....274, 2ª

— 152 —

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA (No puede ser objeto de la causal 6ª de casación)

El que la parte demandante carezca del derecho que invoca, o no lo haya demostrado debidamente, al igual que el hecho de que la parte demandada, o alguno o algunos de sus miembros, carezcan de la situación jurídica que se le atribuye en la demanda, son cuestiones sustantivas cuya decisión presupone estudio de fondo; y no cuestiones simplemente adjetivas, como las contempladas en el artículo 448, regla 2ª del C. Judicial que considera "la ilegitimidad de la personería

en cualquiera de las partes o quien figure como su apoderado o representante"; en el sentido de "presupuesto procesal de la capacidad para comparecer en juicio" como causal de nulidad del juicio, o, lo que es lo mismo, de invalidez del procedimiento.

La ilegitimidad de personería de que trata la regla 2ª del artículo 448 del C. Judicial equivale a la incapacidad para comparecer en juicio, y difiere fundamentalmente de la llamada ilegitimidad de personería sustantiva, personería ésta que se confunde entre nosotros con la legitimación para obrar. De allí que la Sala haya dicho: "El defecto de personería adjetiva, que también es susceptible de alegarse como excepción dilatoria, según el artículo 330 del C. J., por su misma naturaleza de vicio procedimental no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado por alguna deficiencia o informalidad del poder, o en que el demandante o el demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en juicio por ser incapaces o personas jurídicas". (G. J., Tomo XLVII, pág. 119).

De consiguiente, la falta alegada de derecho en la parte demandante y en algunos miembros de la parte demandada, o la ausencia de demostración de la legitimación para obrar, de uno y otro lado, no se halla considerada como causal de nulidad en el artículo 448 del C. J.; y no está por tanto contemplada en el motivo VI de casación del artículo 520 del mismo Código. La ilegitimidad de personería sustantiva o carencia de legitimación para obrar no es materia de previo y especial pronunciamiento, sino, como antes se dijo, cuestión de fondo que sólo puede resolverse en la sentencia. Cuando una u otra parte carece de la capacidad sustantiva indispensable, según la acción de que se trate, para demandar o ser demandada, así lo debe declarar el Juez o Tribunal en la sentencia, y si no lo hace viola la ley sustantiva que consagra el respectivo derecho o define la situación jurídica de que se trata. Y entonces, si la resolución judicial está sometida al recurso de casación, debe el interesado atacarla debidamente ante el Tribunal de Casación como violatoria de la ley sustantiva, alegando el motivo primero del artículo 520 del C. Judicial, ya citado. (Casación Civil. Agosto 21 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2103-2104) ... 66, 2ª y 67, 1ª

— 153 —

IMPEDIMENTOS (Son personales. Los del Procurador Delegado no comprenden al Procurador General)

Aunque el Procurador Delegado en lo Penal no comparece ante la Corte "por sí", sino como la expresión lo indica y la propia ley lo enseña, "bajo la dirección del Procurador General", cuando el primero de estos dos funcionarios está impedido para actuar en un determinado proceso, porque en él concurre alguno de los motivos o causales previstos por el Código de Procedimiento Penal, el impedido es sólo el Procurador Delegado, mas no también el Procurador General, porque los impedimentos son de carácter eminentemente personal, como lo enseña la doctrina. (Casación Penal. Septiembre 7 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 520, 2ª

— 154 —

IMPEDIMENTOS (Prueba del hecho que configura la causal)

De acuerdo con el artículo 73, numeral 5°, del C. de P. P., no basta la simple amistad que radica en el afecto personal, desinteresado, que nace y se fortalece con el trato, entre alguna de las partes interesadas en el negocio y el Magistrado que se declara im-

pedido; es necesario que la amistad sea íntima para que pueda ser constitutiva de causal de impedimento y para que tenga esa calidad, debe ser estrecha y con persona muy querida y de absoluta confianza.

Los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Penal, lo que realmente consagran es una limitación a la competencia de los funcionarios judiciales para conocer de determinados procesos criminales, por motivos de incompatibilidad, de recusación y de abstención.

Las causales de recusación o de impedimento en cualquiera de las especies enumeradas, en cuanto a su existencia estrictamente legal, están rígidamente subordinadas a la probanza de los motivos que las originan y ello tiene que ser así, porque de lo contrario se correría el riesgo de aceptar como tales, circunstancias de carácter aparente que encubren el interés de las partes o el capricho de los funcionarios, pues éstos con fútiles pretextos podrían separarse del conocimiento de determinados asuntos.

Pero el criterio antes enunciado, tiene su excepción con respecto a las causales de impedimento por abstención, cuando envuelven un sentimiento de carácter estrictamente subjetivo y su manifestación se hace por los propios funcionarios que se sienten incapacitados por esa causa para conocer de determinado proceso. Entonces no se puede ser muy exigente en la prueba encaminada a demostrar esa situación porque es precisamente quien se encuentra en esas condiciones el que puede hablar de los obstáculos de orden interno que perturban su recto criterio de juzgador, debiendo aceptarse como ciertas esas manifestaciones y separarlo del conocimiento del asunto.

Las causales de recusación o de impedimento por abstención de que antes se habla, son las que se comprenden en el numeral 5º del artículo 73, o sean la amistad íntima o la enemistad grave, entre algunas de las partes o su apoderado o defensor con el Juez o Magistrado que conoce o debe conocer del asunto, las cuales encierran un sentimiento de orden subjetivo y por esta razón, ante la dificultad de la prueba encaminada a establecer esa situación, debe darse un valor probatorio especial a la manifestación que haya hecho el funcionario acerca de la clase de amistad o enemistad que lo liga con las partes o con sus representantes. (Casación Penal. Agosto 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104).....147, 1ª y 2ª

— 155 —

IMPEDIMENTOS (Para conocer del recurso de revisión, por haber intervenido en el proceso cuya revisión se solicita)

No considera el Magistrado Ponente, del caso separarse del conocimiento del recurso de revisión, por el hecho de que él intervino en algunas diligencias del proceso cuya revisión se solicita, entre otras la confirmación del auto de proceder, porque fundada la demanda de revisión sobre la causal 5ª del artículo 571 del Código Procesal Penal, de prosperar el recurso tendría que ser como consecuencia de la apreciación probatoria de hechos no tenidos en cuenta al tiempo de los debates, lo que implica que por esa misma circunstancia no ha podido expresarse una opinión, desde luego que la dada aquí durante las instancias constituye una manifestación distinta que no conlleva a apreciaciones antes hechas, sino a la valoración de otros elementos que de estar probados servirían para que prosperara la revisión, pero no para determinar que los existentes en el momento de la calificación del proceso no tuvieran en ese entonces el valor probatorio que se les otorgó. (Casación Penal. Octubre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....607, 2ª

— 156 —

IMPEDIMENTOS (Por haber sido apoderado o defensor)

El numeral 4º del artículo 73 del Código Procesal Penal señala como causal de impedimento o recusación —entre otras— la circunstancia de haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas. Pero esta circunstancia sólo tiene operancia cuando el funcionario ha tenido tal carácter dentro del proceso que legalmente le corresponde conocer y que, precisamente por haber actuado en alguna de esas calidades, la ley le otorga el derecho de declararse impedido. Pues, en tal evento, el funcionario ha creado o podido crear un vínculo intelectual que lo liga a determinadas apreciaciones jurídicas dentro del proceso, circunstancia que moral y legalmente lo inhabilita para obrar con la imparcialidad e independencia que la justicia requiere. (Casación Penal. Octubre 2 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) . . . . 592, 1ª y 2ª

— 157 —

IMPEDIMENTOS (Cuál es el interés que constituye causal de impedimento)

Todas las causales de recusación o impedimento que señala el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal puede decirse que derivan de una clasificación general que las comprende dentro de determinados sentimientos o afectos, de orden individual o económico, que por tener estos caracteres hacen presumir y presumen que restan independencia e imparcialidad al Juez para conocer de determinado negocio judicial. Son, pues, el afecto, el interés, la animadversión o el odio y hasta el amor propio u orgullo de las propias ideas, los factores determinantes que la ley erige en otros tantos motivos o causales que señala de modo taxativo, para que el funcionario en quien exista una o alguna de ellas, o las mismas partes, puedan hacer uso de la facultad de declararse impedido o de exigir la separación por recusación del funcionario en quien concurran, cuando no hace por propio impulso o no considera del caso hacer aquella declaración de impedimento.

La causal 1ª del artículo 73 está muy lejos de servir de pretexto para separar al juzgador del conocimiento de un negocio judicial, tachándolo de interesado en el proceso, por el solo hecho de haber participado con rectitud y honorabilidad, previo estudio y análisis, en las resoluciones tomadas en la Sala de Decisión, las cuales, por el mismo número de funcionarios que actúan, es de presumirse, y así lo presume la ley, que llevan el sello de la más absoluta imparcialidad y justicia, porque son variados los criterios que participan en el examen de la cuestión, y del choque mismo de las distintas ideas, resulta generalmente mejor y más completo discernimiento en la solución de las cuestiones **subjudice** que les corresponde por ministerio de la ley.

Si pudiera hablarse de interés en el negocio por parte del Magistrado que participa de las apreciaciones de sus compañeros de Sala para decidir determinada situación procesal, sin duda alguna habría siempre la posibilidad de declarar separados del conocimiento del proceso a todos los funcionarios que en él intervinieron, porque sobre todos ellos pesaría la duda de su parcialidad. No es precisamente éste el criterio del Código, el cual al consagrar el interés como motivo de recusación, entendió que ese interés tiene que hacer referencia a algo que afecte, bien sea directa o indirectamente, el patrimonio del Juez o el de sus próximos parientes por consanguinidad o afinidad, dentro de

ciertos grados. Pero un patrimonio de origen económico o de esta misma categoría, porque el patrimonio moral del fallador en orden a estas cuestiones tiene que hacer referencia a distintas circunstancias. También tenidas en cuenta por la ley para erigirlas en causales de recusación o de impedimento, como provenientes de otros sentimientos derivados del amor propio o de la pretensión fundada en que no podría sobreponerse al criterio ya expresado y no variará de concepto, cualesquiera que sean las circunstancias en que le corresponda decidir o actuar. Para estos casos están aquellas causales que hacen referencia al consejo o asistencia que haya podido prestar el Juez antes de serlo o aún siéndolo, a alguna de las partes (numeral 4º del artículo 73) o haber dictado la providencia de cuya revisión se trata (numeral 7º ibidem), o ser pariente dentro de los grados de la ley, del funcionario inferior que dictó la providencia que se va a revisar (parte final del mismo numeral 7º). (Casación Penal. Septiembre 25 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....580, 1ª y 2ª

— 158 —

IMPEDIMENTOS (Por enemistad)

Una simple frialdad en las relaciones que antes existían entre el funcionario y el procesado, no es síntoma que demuestre que de parte del primero haya aversión u odio hacia el otro, tanto más si el juzgador manifiesta que de su parte no ha habido reciprocidad en cuanto a los sentimientos de enemistad que para su persona pueda tener el procesado. (Casación Penal. Julio 27 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104).....134, 2ª

— 159 —

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Cuando un Tribunal considere que no es competente para conocer de un juicio, debe entonces declarar nulo lo actuado, al tenor del artículo 448 del Código Judicial. (Negocios Generales. Septiembre 13 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....636, 1ª

— 160 —

INCONSONANCIA (Cuándo es causal de casación)

La Corte al referirse a la incongruencia de una sentencia con la demanda, como causal de casación, dijo en fallo de 10 de agosto de 1937: "Esa falta no puede consistir y esto lo ha conceptuado sostenida y uniformemente la Corte, en que el Tribunal haya considerado las cosas de modo diferente a como las considerara tal o cual de las partes litigantes o en que se haya abstenido de tal o cual de ellas. El cargo es procedente cuando se ha dejado de decidir sobre puntos puestos **subjudice** por demanda y respuesta, en caso de ésta desoyendo los artículos 471 y 481 del C. J., o cuando decide sobre algo no sometido al litigio, fallando así extra o ultra petita".

Y en fallo de 28 de abril de 1939: "La incongruencia en un fallo, que cuando existe y se formula la respectiva acusación, le confiere a la Corte facultad para casarlo, consiste en que se haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos en la demanda y su contestación, o cuando decide sobre lo que no está en discusión, o con exceso o con defecto".

En el presente caso, el Tribunal se limitó a confirmar el fallo del Juez, y éste contiene en su parte resolutiva una absolución lisa, llana y plena de los demandados "de todos lo cargos de la demanda"; es decir, que como lo dice la Corte en otro pasaje del último fallo citado, no es incongruente la sentencia que "decide dentro de la órbita del pleito", como está dentro de tal órbita una absolu-

ción de todos los cargos de la demanda, aun cuando al demandante le parezca injurídica la absolución. (Casación Civil. Agosto 28 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....384 2ª y 385, 1ª

— 161 —

INCONSONANCIA (Cuándo es causal de casación)

Es cuestión muy repetida por la Corte, la de que la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado, tan sólo puede consistir en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia, o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio; o porque se condenare a más de lo pedido; o porque no se fallare sobre alguna de las excepciones oportunamente deducidas como medio defensivo. (Casación Civil. Noviembre 19 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2107-2108).....805, 2ª y 806, 1ª

— 162 —

INDICIOS (Cuándo hay error de hecho en su apreciación)

Cuando se trata de valorar o estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho, sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial el artículo 662 del C. J., que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar.

Deja de esta manera el derecho positivo a la conciencia del juez la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica, en materia de probanzas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa. (Casación Civil. Noviembre 22 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).....839, 2ª

— 163 —

INELEGIBILIDAD (De funcionarios públicos)

En las incompatibilidades en materia electoral no puede prescindirse de tres elementos o factores: el tiempo, la persona y el lugar. En este orden de ideas la inelegibilidad puede provenir de que se esté desempeñando un cargo público incompatible con cargos de elección o representación popular. Tal ocurre con el artículo 129 de la Carta, según el cual no podrá ser elegido Presidente de la República ni Designado el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia dentro del año inmediatamente anterior a la elección. En cuanto a la persona, la ocurrencia se presenta cuando la misma Constitución ordena que los empleados con mando y jurisdicción no pueden ser elegidos mientras duran en el ejercicio de sus atribuciones, y, por último, en cuanto al lugar, los ejemplos pueden resultar en los casos del artículo 108 de la Carta. Por consiguiente, como la misma Constitución en su artículo 108 limita la inelegibilidad de ciertos funcionarios para los cargos de representación popular, es obvio que por estar previsto en la misma Constitución el lapso de seis meses posteriores a la dejación del cargo, a este período de tiempo debe circunscribirse la prohibición, ya que la razón para imponerla es la única circunstancia de ejercer autoridad o jurisdicción, como es el caso del Registrador Nacional del Estado Civil, y el solo motivo para

que aquella incompatibilidad lo comprenda. (Sala Plena. Septiembre 21 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106) .....367, 1ª y 2ª

— 164 —

INEPTA DEMANDA (Cuándo es excepción perentoria y cuándo dilatoria)

No es cosa fácil y de inmediata percepción mental distinguir en ciertos casos si la excepción es dilatoria o es perentoria; y menos clara se presenta la cuestión tratándose de la excepción dilatoria de inepta demanda, en su segundo caso, o sea cuando la demanda se dirige contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o el hecho demandados, caso éste que no se puede dejar desviar hacia el fondo del asunto litigioso, pues se refiere sólo a la identidad del demandado, como cuando se demanda a un sujeto diciéndose que es gerente de la compañía que debe responder en juicio, y no lo es, o se cita a un individuo considerándosele guardador de quien debe figurar en el juicio como opositor, y no tiene ese carácter de guardador. En estos casos se trata, como dicen con razón los expositores de la materia, de simples presupuestos procesales.

La ineptitud, pues, puede ser de fondo o de forma. Es de fondo cuando falta la personería sustantiva, mientras que la ineptitud de forma toca con la personería adjetiva, es decir, con la representación de la parte en juicio. Existe en aquel caso lo que puede llamarse imposibilidad de fallo, como cuando se demanda la nulidad de un contrato y no se citan al juicio a todos los contratantes, o cuando se impetran unas nulidades y no se ha demandado a quien intervino en los actos o contratos que sirven de materia a esas solicitudes de nulidad. En este caso se trata de una excepción perentoria.

Es preciso, pues, hacer distinción de los dos casos que pueden creerse comprendidos dentro de la generalidad del inciso segundo del artículo 333 del C. J., que se refiere a una demanda dirigida contra diversa persona de la obligada a responder, ya que de ese inciso puede deducirse o una ineptitud sustantiva, o una adjetiva. (Casación Civil. Noviembre 12 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2107-2108) 776, 2ª

— 165 —

INEXEQUIBILIDAD (Cuándo hay sustracción de materia)

La Corte ha mantenido en forma constante la jurisprudencia de que no es el caso de decidir sobre exequibilidad o inexequibilidad de disposiciones acusadas que en el momento del fallo hayan cesado de regir, porque ha considerado que en tal evento no existe materia sobre la cual pueda producirse el fallo. (Sala Plena. Junio 26 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2103-2104) .....1, 2ª y 2, 1ª

— 166 —

INEXEQUIBILIDAD (De disposiciones derogadas)

La Corte, en multitud de fallos, ha sostenido de manera constante su jurisprudencia de inhibirse de conocer de las demandas de inexequibilidad, cuando ellas se proponen contra leyes y decretos no vigentes, máxime si la demanda contra la ley acusada, se ha presentado cuando dicha disposición había dejado de regir, como en el caso en estudio. (Sala Plena. Septiembre 26 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 369, 1ª

— 167 —

INEXEQUIBILIDAD (Competencia de la Corte para conocer de la de Decretos expedidos durante el estado de sitio, después de levantado éste)

La Corte ha sostenido que, de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo 214 de la Carta, tiene jurisdicción para conocer de las demandas de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, cuando han sido propuestas durante el estado de sitio, pero no han sido consideradas o no se pudieron considerar durante esa época, sino más tarde, cuando el orden público se ha restablecido y las normas acusadas han dejado de regir. (Sala Plena. Diciembre 1° de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).....719, 2ª

— 168 —

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL (Cuándo debe suspenderse éste)

La suspensión del juicio civil sólo puede ordenarse cuando, a juicio del Juez, la investigación criminal **pueda influir** en la controversia civil, como lo dice el artículo 11 del C. de P. P., y, **a contrario sensu**, obraría ilégalmente el Juez suspendiendo el proceso civil cuando se vea en forma patente que la investigación criminal no va a influir en modo alguno en la solución de la controversia civil. (Negocios Generales. Septiembre 28 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....656, 2ª

— 169 —

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL (Exequibilidad del art. 29 del C. de P. P.)

Las dificultades que se suscitan con motivo de la preeminencia de la justicia penal sobre la civil, que nuestro legislador creó en las proposiciones jurídicas que forman los artículos 28 y 29 del C. de P. P., pueden solucionarse metódicamente de acuerdo con estas dos fórmulas, que son parelelas y recíprocamente se limitan: a) Los Jueces penales tienen la función privativa de decidir sobre la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal; si ese hecho le es física y legalmente imputable al sindicado; y, en fin, si se produjo con las características exigidas para motivar la aplicación de una determinada norma del Código Penal; b) En general, los jueces penales no están llamados a estatüir sobre hechos determinantes de simple responsabilidad civil; excepcionalmente lo están sobre las consecuencias civiles provenientes del ilícito penal que ellos califican.

La doctrina y jurisprudencia francesas se han desenvuelto con motivo de la interpretación del artículo 1351 del Código Civil, el cual reza: "La autoridad de la cosa juzgada sólo tiene lugar respecto de lo que fue objeto de la sentencia. Se requiere que la cosa demandada sea la misma; que la demanda se haya fundado sobre la misma causa; que la demanda se formule entre las mismas partes y que éstas tengan idénticas calidades". El artículo 3° del Código de Instrucción Criminal francés suspende el juicio civil mientras se decide el penal.

La Corte de Casación Francesa, a partir de 1912 (sentencia de 18 de diciembre) consagró el principio de la unidad de la culpa civil y de la culpa penal, el rigor del cual, sin embargo, ella misma ha venido atenuando en sucesivas sentencias posteriores, especialmente desde 1924:

El legislador colombiano ha deslindado la culpa penal de la culpa civil. Nuestros artículos 8° y 27 del Código de Procedimiento Penal contribuyen a demostrar este concepto. Los artículos 11, 25, inciso 2°, 28 y 29 ibidem configuran la interdependencia de las

acciones civil y penal. El artículo 12 del Código Penal, delimita la culpa penal. No cabe duda por lo tanto de que, conceptualmente, la apreciación de la conducta humana que contradice el ordenamiento jurídico, es distinta cuando viola un mandato o una prohibición del Derecho Penal que cuando la violación se refiere a un mandato o una prohibición del Derecho Civil.

Florián observa que son tres las características que distinguen la acción penal de la civil: a) La acción civil es **privada,** porque corresponde a la persona lesionada u ofendida y para un interés particular de la misma: las relaciones jurídicas que forman su contenido son privadas...; b) La acción civil tiene carácter **patrimonial,** lo que quiere decir que representa un derecho patrimonial aún en los casos en que el daño sea puramente moral, o el resarcimiento tenga lugar de modo que no consista en el pago de una suma de dinero; pues la acción civil, en verdad, se refleja siempre sobre el patrimonio, al cual debe poner en su príxtino estado o aún mejorarlo... c) La acción civil es CONTINGENTE, lo que quiere decir que puede nacer del delito, o no nacer, sea porque se trate de delito que no causa daño patrimonial resarcible..., sea porque el titular no quiera ejercitarla".

En la práctica la jurisprudencia considera que la culpabilidad civil proviene de la infracción de un deber jurídico preexistente, ya sea legal contractual o profesional, y el contenido de la obligación violada se determina como de resultado, o como de simple diligencia y previsión.

Desarrollando este principio la jurisprudencia civil ha sido en verdad fuente del derecho; ha forjado la norma jurídica, creado la obligación. Tal sucede con la interpretación dada al artículo 2356 del C. C., y con las que contrariando el contenido de determinados contratos, les asignan determinadas obligaciones de seguridad. A la inversa, en la jurisprudencia penal sigue vigente el conocido aforismo: "No hay delito ni pena sin una ley previa".

En cambio la infracción penal se funda en los tres conocidos principios de notoriedad, predeterminación legal e ilicitud; de ahí que la exigencia de la predeterminación por una ley penal del comportamiento exterior, sea esencial para la existencia del ilícito penal. De esta suerte la responsabilidad consiguiente a la infracción tiene también su fundamento en la culpabilidad del actor, por la razón política del carácter retributivo de la pena. Este fundamento político de la culpabilidad exige que ella se conciba normativamente. "La retribución penal presupone, por su esencia, que el destinatario de la pena sea un ser conciente que actúe como tal en la comisión del delito cuyo mal la pena retribuye". En el ilícito civil el criterio esencial para el resarcimiento se encuentra en el daño causado al patrimonio. Desde este punto de vista, indemnizar quiere decir: "poner a uno, en tanto sea posible, en la misma situación patrimonial en que se encontraría si no se hubiera producido el acontecimiento que obliga a la indemnización. Lo cual no excluye la reparación del daño moral siempre que éste pueda traducirse en un valor pecuniario, pues de otra suerte, sólo quedaría vigente la reparación material.

El delito es, pues, condición necesaria, pero no suficiente, para la indemnización.

Desde el ángulo de la exégesis del artículo 28 del C. de Procedimiento Penal, se ve que está fuéra de su ámbito de aplicación todo lo que no sea la infracción penal, pues sólo comprende la acción civil que se funde en la infracción penal.

Las diversas hipótesis contempladas por esa norma pueden reducirse, para los efectos que se estudian, a un solo caso: el de no encontrarse probada la infracción imputada al sindicado. Esto es así porque cuando se establece que la infracción no se ha reali-

zado, queda al mismo tiempo establecido que el sindicado no la ha cometido; y si se establece que el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, lo que se establece es algo más que la ausencia de la culpa: la exoneración de responsabilidad.

Nuestro Derecho inspirado en el francés y en la doctrina tradicional de los expositores, no dedudce responsabilidad alguna contra el autor del daño por los simples hechos u omisiones, porque el derecho no actúa en función de las relaciones entre las cosas sino de las que se producen entre los hombres. Dicha responsabilidad se configura a través del delito o de la culpa (artículo 2341 del C. C.); o de la sola negligencia, imprevisión o descuido en que consiste la culpa, en todos los casos de responsabilidad indirecta, como acontece con la de los padres, maestros, preceptores, etc., por el hecho de las personas que están bajo su cuidado (artículos 2346 a 2349 ibidem), y la del dueño, por el hecho de sus animales (artículo 2353), o por el daño de las cosas arrojadas de la parte superior de su edificio (artículo 2355). La llamada responsabilidad objetiva, defendida por algunos expositores como Demogue y Josserand, por los daños causados en ejercicio de actividades naturalmente peligrosas, no tiene fundamento alguno dentro de nuestra legislación; la responsabilidad que la Jurisprudencia ha estado deduciendo del principio contenido en el artículo 2356 por los daños ocasionados en virtud de dichas actividades, sigue el mismo concepto subjetivo que se deja expuesto, modificado apenas en cuanto a la prueba de culpabilidad que, por obra de la presunción que ampara a la víctima, queda pesando sobre quien se ocupa de esas actividades para establecer que el evento se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, o en razón de un hecho extraño.

Así las cosas, precisa ahora establecer si el elemento psicológico determinante de la culpabilidad civil es o no distinto del que configura la infracción penal.

En tratándose de infracciones intencionales, no puede darse tal identidad, puesto que la culpa excluye, por definición, el acto intencional de hacer el daño, que es esencial en la infracción penal intencional. Pero si se trata de una infracción culposa el elemento psicológico viene a ser el mismo, como se deduce de lo establecido por el inciso segundo del artículo 12 del Código Penal. Lo cual no quiere sinembargo significar que haya identidad entre la culpa civil y la infracción penal culposa, porque en tanto que la última no puede producirse sin una norma legal previa que la haya establecido, la culpa civil existe por la sola violación de una norma de conducta diligente, extraña desde luego a toda previsión legal, y aún a las de simple policía o a las que configuran las contravenciones.

Resulta de lo dicho que donde no hay infracción penal culposa puede con todo existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual la decisión favorable que en el campo penal se pronuncie respecto de la primera, no conlleva la absolución de la segunda, ya que, aún sin una norma legal preestablecida, puede haber un hecho u omisión dañinos —en el sentido puramente patrimonial— determinados por negligencia, descuido o falta de previsión de un objeto previsible y que debió preverse, que es exactamente lo que configura la culpa.

En consecuencia, es conforme en un todo con los principios que externa y psicológicamente configuran del mismo modo la culpa civil y la infracción culposa penal, sostener que cuando el Juez penal ha declarado la inexistencia del acto material o externo, esa decisión deba ser respetada por las demás jurisdicciones; de otra suerte el Estado quedaría en la posibilidad de proferir sentencias contradictorias, porque es contradictorio el

fallo de la inexistencia del hecho pronunciado por el Juez penal, con la declaratoria de existencia que respecto de ese mismo hecho pudiera hacer otra jurisdicción.

Como es desacertada, por contraria a los principios expuestos y a los que rigen el procedimiento para casos que no han sido expresamente previstos, la práctica generalizada —cuando la condena por perjuicios ha sido hecha en abstracto— de declararse el Juez penal incompetente para hacer posteriormente la respectiva regulación, con el pretexto de estar finalizada su función por virtud del fallo que hizo dicha condena. Pues el artículo 7º del C. de P. P. enseña que "Son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código y en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el código de procedimiento civil". Y el artículo 550 de esta última obra establece que "El juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponde el conocimiento conforme a las reglas generales. "En el caso de que para cumplir el fallo no se requiere otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o segunda instancia". Pero, como en el caso de condena en abstracto, la regulación del quantum no requiere un nuevo juicio, sino la simple tramitación de un incidente (art. 553 del C. de P. C.), síguese entonces que es el propio Juez penal que pronunció la condena, el llamado a hacer la correspondiente regulación, y el Juez civil es competente para conocer del juicio ejecutivo que haya de seguirse posteriormente para el cobro de la suma correspondiente.

Por lo dicho hasta aquí se comprende que es justificada la norma contenida en el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, lo mismo cuando la controversia civil se suscita entre quienes fueron partes en el juicio penal, que cuando ocurre con personas extrañas a dicho procedimiento; pues que así como los motivos de una disposición sirven para medir su alcance, de igual manera la necesidad de impedir sentencias contradictorias sirve para determinar el del artículo 29 citado; por ello, cuando quiera que el Juez no se aboque al peligro de dos sentencias contradictorias, goza de completa autonomía para calificar el fondo de la contienda que se le propone por las consecuencias de una culpa civil, que por no haber alcanzado la categoría de infracción penal culposa, determinó para su autor la absolución del Juez Penal.

Otro tanto ocurre con los que, indirectamente, son responsables de los daños ocasionados por personas que están bajo su custodia o por los hechos de los animales o de las cosas inanimadas. No pueden ellos discutir si existió o no el hecho o la omisión que el Juez penal declaró haber o no existido, sin alcanzar la categoría de infracción culposa; eso está juzgado; pero sí pueden discutir todos los otros aspectos determinantes de la culpa civil no comprendidos por el fallo penal dentro de la órbita de las atribuciones del Juez que lo pronunció.

Quejarse de que no se le permita a algunos de esos responsables indirectos revivir la discusión sobre la existencia del hecho que encontró y declaró probado el juez penal, es quejarse de que el legislador no haya consentido la posibilidad de sentencias contradictorias; y esa queja no es de recibo ni conduce a demostrar la inexequibilidad del artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, que sabiamente impide el absurdo, y que, por lo tanto, debe ser declarado acorde con la constitución. (Sala Plena. Diciembre 6 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) ...734, 2ª; 735, 1ª y 2ª; 736, 1ª y 2ª y 737, 1ª.

— 170 —

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN MATERIA CIVIL (Valor que tiene en este juicio la cosa juzgada penal)

Desde luego la identidad de objeto, causa y partes que conforman la cosa juzgada dentro del campo civil, no es la base con que en estos juicios cabe apreciar el influjo de la cosa juzgada en lo penal, ya que por su naturaleza, no es posible la concurrencia de aquella triple identidad en uno y otro. La autoridad de la cosa juzgada en lo penal dentro del proceso civil descansa en el principio de orden público que lleva al Juez a actuar en función de la tutela del derecho penal, y que en principio no puede abondonarse a la actuación de los particulares. Por este motivo, las situaciones de la vida humana que son materia del proceso penal tienen por objeto el delito, como causa pública cuyo castigo interesa a toda la comunidad, distintamente a lo que sucede con el juicio civil, donde el Juez actúa en guarda de un simple interés particular; y es por ello también, por lo que el fallo penal hace tránsito a cosa juzgada, ERGA OMNES, no sólo en cuanto al hecho en que la acción penal se funda, su calificación y la participación y responsabilidal del sindicado, sino también respecto de todas aquellas acciones que, como la del resarcimiento del daño, tienen su fundamento en hechos enjuiciados por el Juez penal. (Sala Plena. Diciembre 6 de 1951. T. LXX. Números 2107-2108) .....734, 1ª y 2ª

— 171 —

INSPECCION OCULAR (Requisitos de la)

De las enseñanzas de los artículos 724 y 727 del C. J. ha deducido la jurisprudencia que dos son los elementos o extremos que deben concurrir en la diligencia de inspección ocular para su completa eficacia probatoria: el examen 'propio visu' que hace el juez, de las cosas objeto de la controversia, y la apreciación y reconocimiento de su estado actual. En tal virtud, el juez, en el acta en que se haga constar la diligencia correspondiente, debe dejar consignado su concepto, ya directamente, ya haciendo suyo el dicho de los testigos o aceptando el de los expertos, dado en forma de dictamen, cuando la diligencia se practica en esta última forma. No pueden considerarse como prueba de la inspección ocular las simples disertaciones de las partes litigantes y las exposiciones de testigos, que el juez se limita a escuchar pasivamente, sin que se produzca su concepto sobre el estado actual de las cosas o hechos motivo de la diligencia de inspección ocular. (Casación Civil. Septiembre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106)... 404, 2ª y 405, 1ª

— 172 —

INSPECCION OCULAR (Valor probatorio de las actas de)

La Corte en varias ocasiones ha puesto de manifiesto el alcance de las actas de inspección ocular, en el sentido de estimarlas como plena prueba de los hechos y circunstancias observados por el juez, pero siempre y cuando que las conclusiones o constancias consignadas en este acto procesal o judicial, constituyan el resultado de las apreciaciones personales y directas del mismo, respecto de las objetividades de la cosa materia de la diligencia, pues, si para la apreciación de esos hechos y circunstancias, es necesario y conveniente el auxilio o cooperación de expertos, la eficacia de la prueba queda subordinada a la del dictamen de los expertos cuya intervención se ha estimado como indispensable. (Casación Civil. Septiembre 5 de 1951. T. LXX Nos. 2105-2106) 404, 2ª

— 173 —

INSPECCION OCULAR Y PERITAZGO

Cuando se trata de la simple verificación de hechos, es al Juez o Magistrado que practica la diligencia, a quien corresponde investigarlos o reconocerlos, y si lo hace y de ello se deja constancia en el acta, la prueba es plena. Solamente cuando existen hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales, deben intervenir los peritos, según el claro tenor del artículo 705 del Código de Procedimiento Civil. Su dictamen constituye entonces una prueba separada pero conexa con la de inspección ocular, cuyo valor no es el mismo que el del acta, y que se estima conforme a las reglas propias de esta clase de pruebas. (Casación Civil. Noviembre 6 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) ....762, 2ª y 763, 1ª

— 174 —

INTERES (Cuál es el que constituye causal de impedimento y recusación)

El interés a que se refiere la ley procesal en la causal 1ª del artículo 73 del C. de P. P., significa el provecho, la utilidad, tanto de orden moral como material que la persona pueda tener del adelantamiento o desenlace del litigio. Interés que se demuestra por la inclinación más o menos vehemente del ánimo de la persona hacia el objeto del proceso y se realiza por su intervención real o como coadyuvante en la defensa o persecución del sindicado, siempre que el provecho o la utilidad sean claramente perceptibles para los juzgadores y puedan necesariamente determinar un error en la equidad y justicia del fallo. (Casación Penal. Noviembre 30 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 902, 1ª

— 175 —

INTERESES (Cuándo se deben los legales)

La regla del artículo 1617 del C. C. es de excepción en materia de indemización de perjuicios y sólo se aplica a las obligaciones de pagar una cantidad de dinero, cuando el deudor se ha constituído en mora. Los intereses legales se deben sin tener en cuenta el daño emergente ni el lucro cesante. Basta el hecho de la mora.

Aquí la obligación que el demandado le incumplió al actor es una obligación de hacer y no de pagarle suma de dinero: luego el caso no está gobernado por la norma de excepción acabada de citar, sino por las generales de los artículos 1613 y 1614. (Casación Civil. Agosto 14 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) .....62, 2ª y 63, 1ª

— 176 —

INTERESES (Su rebaja conforme a la ley 37 de 1932)

Como lo entendió la Corte al decidir sobre la exequibilidad de la Ley 37 de 1932, el artículo 1º de ésta consagra bajo la denominación antitécnica de impuesto "un mandato imperativo de rebaja, a un tipo determinado de los intereses no sólo futuros sino también pendientes" con relación al momento en que ella se profirió. (Casación Civil. Noviembre 23 de 1951. T. LXX. Ns. 2107-2108) ...845, 2ª

— 177 —

INTEPRETACION (De demandas)

En reiterada jurisprudencia ha sostenido la Corte que "Es acertado decir, para alinderar debidamente la facultad judicial de interpretación de las demandas, que cuando sean claras aun cuando descaminadas, no se desatienda su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, como dice el Código tratando de la interpretación de la ley". (Casación Civil. Diciembre 5 de 1951. T. LXX. Números 2107-2108) 856, 1ª

— 178 —

INTERPRETACION (Del veredicto del jurado)

Es doctrina de la Corte la de que el veredicto puede y debe interpretarse cuando sus términos ofrezcan motivo de duda, aunque con interpretación muy restringida y acudiendo, entre otras fuentes, a la inmediata cuya culminación es, o sea, a lo expuesto en la audiencia pública. (Casación Penal. Agosto 31 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ... 206, 2ª

— 179 —

INTERVENCION EN POLITICA (Cuándo es delito)

Ni la Constitución ni la ley privan a los funcionarios o empleados públicos del ejercicio del sufragio, que es a la vez un derecho y una función constitucional, según el artículo 179 de la Carta, que aquellos ciudadanos pueden ejercer libremente. El artículo anterior de la misma obra exceptúa expresamente el derecho del sufragio como una función que pueden cumplir sin restricción alguna los funcionarios o empleados públicos, sea cual fuere su categoría.

En otro orden de actividades la ley determina o señala cuáles son las prohibiciones a esos ciudadanos y las limita a dos exclusivamente:

Hacer parte de directorios políticos o intervenir en debates de ese carácter. Fuera de éstas, y si se quiere taxativas prohibiciones, los otros hechos pueden ser causales de mala conducta, pero no acciones penalmente reprimidas.

De manera que si la actividad que se señala en el empleado o funcionario dentro de la ingerencia en materias políticas, está marginada de aquellas dos modalidades delictuosas, es porque escapa al control penal. (Casación Penal. Junio 15 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....177, 2ª y 178, 1ª

— 180 —

INTERVENCION EN POLITICA (Alcance de la prohibición contenida en el art. 178 de la Constitución)

Una cosa es la prohibición de ser miembro activo de determinado partido político y otra muy distinta es tener determinada filiación política. La prohibición constitucional del artículo 178 de la Carta se refiere a lo primero y deja a salvo lo segundo, pues a nadie se le ha ocurrido pensar que alguien, por el hecho de ser empleado judicial tenga que abjurar de sus ideas políticas. Ser miembro de un partido político significa actuar con criterio partidista en el campo de sus actividades públicas atacando o defendiendo o coadyuvando al taque o a la defensa, intelectual o material, hasta el punto de que a la persona de que se trata se le pueda calificar de "político".

Ni de la letra ni del espíritu del artículo 178 de la Carta puede deducirse rectamente que lo que con él se pretendió fue establecer que los Magistrados o Jueces deban carecer de filiación política, pues la misma Constitución en su artículo 173 señaló la pauta para hacer ciertas elecciones o nombramientos, teniendo en cuenta la filiación de los elegidos o nombrados. (Sala Plena. Septiembre 21 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) ...361, 2ª y 362, 1ª

— J —

— 181 —

JUECES MUNICIPALES (Quién juzga las infracciones cometidas por éstos)

En lo que se relaciona con el sobreseimiento dictado a favor del Juez Municipal por

los delitos de detención arbitraria y falsedad, la Corte carece de competencia para revisar esa determinación, pues el Tribunal tampoco la tenía para calificar la situación jurídica de aquel procesado en primera instancia. Ha debido ordenar sacar copia de lo conducente para que separadamente las autoridades judiciales correspondientes hubieran calificado lo relacionado con dicho sindicado, ya que los Jueces Municipales carecen de fuero especial para que los hechos punibles que se les imputen por los delitos llamados de responsabilidad, en cuanto a la jurisdicción y competencia, se hallen fuera de las reglas ordinarias. Por lo consiguiente, en el estado actual del negocio, procede la revocación de tal sobreseimiento, para que los Jueces de Circuito en lo Penal resuelvan lo que fuere legal. (Casación Penal. Diciembre 7 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) ..911, 1ª y 2ª

— 182 —

JURADO (Alcance de la norma del art. 29 de la Ley 4ª de 1943)

La ley (artículo 29 de la Ley 4ª de 1943) impone ciertamente al jurado la obligación de responder con un "Sí" o con un "No" las cuestiones que el Juez le propone; pero lo que ello significa es la afirmación o negación en una forma tal, que excluya la posibilidad de una respuesta equívoca o ambigua. (Casación Penal. Septiembre 11 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) 523, 2ª

— 183 —

JURADO (Sus atribuciones)

La ley autoriza a los jueces de conciencia para que si juzgan que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en la pregunta, así lo manifiesten en la contestación (artículo 29 de la Ley 4 de 1943). (Casación Penal. Julio 17 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 116, 1ª

— 184 —

JURADO (Sus atribuciones)

Las atribuciones del Jurado en las causas de que conoce, no van más allá del límite que les señala el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943 sobre la forma de contestar el cuestionario que le somete el Juez del proceso.

"Los Jurados —dice la disposición aludida— deberán contestar cada uno de los siguientes cuestionarios con un SI o un NO; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación".

De manera que la misión del Jurado no tiene más alcance que la apreciación de los hechos y de las circunstancias que rodean el delito, los cuales "brevemente" deberán consignar en la respuesta que constituye el veredicto. Ello implica que al tribunal de conciencia le está prohibida toda calificación jurídica del hecho delictuoso y, sobre todo, arrogarse la facultad de negar su existencia, ya reconocida por providencias inmodificables del proceso.

Al tribunal popular le es permitido calificar los hechos sobre que se le interroga en cuanto a la responsabilidad de los autores o partícipes, pero no darles denominación jurídica, ni menos negarles la que les fue dada en las providencias calificadoras, las que por ser ley del proceso, resultan intocables hasta para el mismo Juez de derecho, a menos que se declare la nulidad por error en la denominación jurídica del delito.

Por otra parte, si al mismo Juez de la causa, por virtud del mandato contenido en el artículo 28 de la misma Ley 4ª de 1943, antes citada, se le ordena formular el cuestionario que debe someter a los jueces de

conciencia, determinando apenas el hecho o hechos materia del juicio conforme al auto de proceder, con las circunstancias que lo constituyen, pero sin darle denominación jurídica, es porque en los juicios con intervención del Jurado, apenas son los hechos mismos los que juegan papel preponderante en la calificación de la responsabilidad, y por lo tanto la denominación jurídica que ellos tengan queda marginada, pues esta materia, por ser de índole estrictamente de puro derecho, apenas corresponde a otras etapas del juicio, que son de exclusiva competencia de los jueces de derecho. Así se explica por qué el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal ordena que la sentencia en los juicios de que conoce el Jurado, "se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate", y también por qué razón la ley en todas estas ocurrencias, siempre se refiere a los hechos que constituyen la responsabilidad, dejando al margen la apreciación jurídica del delito, que es siempre privativa del juez de derecho. (Casación Penal. Agosto 10 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) .....153, 1ª y 2ª

— 185 —

JUSTICIA MILITAR (Competencia para juzgar a particulares durante el estado de sitio)

Es cierto que la Constitución Nacional, en su artículo 170, establece un fuero especial para los militares en servicio activo y la Ley 3ª de 1945 extiende ese privilegio a los civiles al servicio de las fuerzas militares, pero siempre que se trate del juzgamiento de delitos previamente contemplados por el Código de Justicia Penal Militar, los cuales son aquellos que se cometen por razón del servicio o por funciones inherentes al mismo.

En épocas de turbación del orden público, por haberse declarado el estado de sitio en todo el territorio de la República o en parte de él, los Tribunales Militares conocen de los procesos por delitos cometidos durante esa época de anormalidad, lo que quiere decir que la jurisdicción se amplía en esos casos por una razón de orden público, basado en el ejercicio de la soberanía de la Nación en sus aspectos interno y externo, sin que en tales casos exista incompatibilidad para que en una misma persona puedan reunirse la autoridad política y la militar. (Casación Penal. Octubre 5 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) 604, 1ª

— L —

— 186 —

LEGITIMA DEFENSA (Sus requisitos)

En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que para que la defensa sea legítima, debe ser clara, objetiva y subjetivamente, y que cualquier matiz que la perturbe o haga borrosa u oscura, no le da esa apariencia favorable para quien la alega, sino que por el contrario, es demostrativa de que esa actitud justificable no existió. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ... 94, 1ª

— 187 —

LEGITIMA DEFENSA

Los postulados de la legítima defensa son los que se deducen del contenido del artículo 25 del Código Penal, es decir, que haya una violencia o un ataque injusto contra un derecho legítimamente protegido; que esa violencia sea actual e inminente; y, finalmente, que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se exige que se esté en presencia de una

violencia injusta contra un derecho legítimamente protegido, porque no puede haber legitimidad en la defensa cuando el que la alega no se encuentra en aquellas condiciones de legalidad que le dan una situación jurídica favorable al ejercicio de ese derecho, como ocurriría respecto de quien primero ofende y ataca el derecho ajeno protegido por la ley.

Se requiere la actualidad e inminencia de la agresión injusta, porque antes de que ésta aparezca, no existe peligro para el bien o el derecho que se quiere proteger o también, porque cuando ha cesado ese peligro, su ejercicio es completamente innecesario.

Finalmente, debe haber proporción entre la agresión y la defensa, puesto que lo que justifica el ejercicio de ésta es precisamente la necesidad de repeler la violencia o el ataque al derecho legítimo, y esta necesidad está circunscrita a los límites de lo indispensable y suficiente para conseguir ese resultado, de suerte que, si se traspasan esos límites, se convierte en un exceso que la ley no autoriza, sino que sanciona, si bien en forma atenuada por las circunstancias en que actúa el agente. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) ... 94, 1ª y 2ª

— 188 —

LEGITIMA DEFENSA (Sus elementos deben ser reconocidos por el jurado)

Tanto el estado de legítima defensa, como el de ira o intenso dolor, para que constituyan la circunstancia eximente, el primero, y la modificadora, el otro, una y otra de la responsabilidad, es indispensable que sean reconocidos en toda su integridad, esto es, con todos los elementos que les son esenciales, y no fragmentariamente.

Esto se desprende del contenido jurídico de los arts. 28 de la Ley 4 de 1943 y 480 del C. de Procedimiento Penal, así como también de las excepcionales facultades de que el Jurado goza en relación con la adquisición de la verdad procesal. (Casación Penal. Agosto 28 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ... 196, 2ª

— 189 —

LEGITIMA DEFENSA

La sola circunstancia de que los hechos se hubieran consumado en predios del procesado, no constituye una prueba demostrativa de que éste hubiera obrado, al lesionar a su contrario, en las condiciones de una legítima defensa, pues ésta, para darle el valor que le asigna la ley, debe estar acreditada plenamente, tanto objetiva como subjetivamente, y, como lo ha sostenido en numerosos fallos la Corte, cualquier matiz que la haga borrosa o la perturbe no da lugar a considerarla como eximente para quien la alega, sino más bien para demostrar que esa situación justificable no tuvo realidad. (Casación Penal. Octubre 16 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) 610, 2ª

— 190 —

LEGITIMA DEFENSA (Por lo general, la riña excluye la legítima defensa)

El hecho de que los sucesos hubieran tenido ejecución dentro de una riña de carácter imprevisto, no lleva a la conclusión de que el sentenciado hubiera causado las lesiones en ejercicio del derecho de legítima defensa.

Al respecto la Corte ha dicho y reiterado que la riña excluye generalmente la legítima defensa, pues la pelea o combate que aquélla significa, requiere en los contrincantes el propósito de emplear violencia para lesionar al otro, mientras que la defensa, para ser legítima, de suyo tiene que excluir esa inten-

ción de ocasionar daño, ya que con ella sólo se pretende la tutela del derecho propio, y en alguna ocasión (casación de septiembre 5 de 1947), acogió la hipótesis de "subsistencia de la excusa del peligro sobreviniente", planteada por el Maestro Carrara, siempre que se demuestre que uno de los empeñados en la lucha o riña cambió substancialmente sus condiciones rompiendo la continuidad de los actos. (Casación Penal. Octubre 16 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....610, 2ª y 611, 1ª

— 191 —

LEGITIMA DEFENSA Y PROVOCACION

La legítima defensa no puede confundirse con la excusa de la provocación, por la diversidad y aún oposición de sus elementos esenciales, pues si la primera requiere la existencia de una amenaza, agresión o violencia inminente, actuales e injustas cuya defensa es inaplazable, no así la segunda, que exige, ella sí, la frase o acto provocador grave e injusto creador del impulso emocional o pasional, pero que no entraña el peligro y la amenaza inminentes y actuales de la otra. Más destacada es la diferencia de contenido, si se trata, ya no de la legítima defensa de la vida, sino de aquélla, peculiar y específica, que es la del honor, prevista en el artículo 25, como también excepcionalmente en el artículo 382 del C. P. (Casación Penal. Noviembre 27 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) .893, 1ª y 2ª

— 192 —

LEPROSOS (Competencia para juzgar delitos cometidos por ellos)

La circunstancia de que la ley (artículo 12 de la Ley 20 de 1927) haya dado al juez de circuito de los lazaretos competencia como de juez superior, significa que ante éste han de seguirse los juicios contra los enfermos de lepra, aunque debieran corresponderle al juez superior de su distrito. (Sala Penal. Septiembre 11 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) 527, 2ª

— 193 —

LEPROSOS (Competencia para su juzgamiento)

La facultad consagrada por el inciso 2º del artículo 391 del C. de P. P., en lo referente a las notificaciones a los enfermos de lepra, no puede extenderse al cumplimiento de diligencias en las que, como la audiencia pública, de acuerdo con la disposición del artículo 466 del mismo Código, la presencia del procesado es de carácter obligatorio. (Casación Penal. Diciembre 4 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2107-2108) 908, 2ª

— 194 —

LESIONES PERSONALES (Perturbación funcional)

Como lo ha dicho la Corte, "Lo grave de la perturbación no es aquí la cuantía de la disminución del funcionamiento del miembro u órgano afectado, sino su duración o permanencia. Quiere decir que si la perturbación no es muy considerable, y no hay motivos diferentes para agravar la sanción, debe imponerse el mínimo señalado en el artículo 374 del Código Penal". (Casación Penal. Octubre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .. 600, 1ª

— 195 —

LEY 68 DE 1946 (Es interpretativa)

En sentencia de 2 de febrero de 1948, al resolver sobre la demanda de inexequibilidad de la Ley 68 de 1946, la Corte, en Sala Plena, dejó nítidamente establecido que tal Ley

es simplemente interpretativa del estatuto sobre nuevo régimen patrimonial en el matrimonio. (Casación Civil. Agosto 28 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106)..383, 2ª y 384, 1ª

— 196 —

LEY PENAL FAVORABLE (Inaplicabilidad de este principio a leyes procesales)

Las leyes de procedimiento son de aplicación inmediata, y por consiguiente, entran a regir tan pronto como están en vigencia, aunque se trate de procesos ya iniciados, porque en primer término, corresponde al orden público esta materia de la ritualidad en los juicios, y, además, tiene aquí aplicación el principio de que la ley nueva debe considerarse como una mejor protección a los derechos de los procesados, que la antigua, motivos bastantes para tener por inexistente cualquier razón que se adujera en orden a que no sea de aplicación inmediata tan pronto como ocurra su vigencia.

El principio constitucional —adoptado también en los Códigos Penal y de Procedimiento— de que en materia criminal la ley permisiva o favorable prefiere a la desfavorable o represiva, aunque sea posterior al acto que se juzga, debe entenderse como aplicable sólo a las leyes sustantivas penales, bien se encuentren en el Código Penal o de Procedimiento, siempre eso sí que tengan aquel carácter. En cuanto a las de simple procedimiento o ritualidad en los juicios, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 desarrolla ese principio, y en él se apoya precisamente la argumentación básica y fundamental para sustentar la doctrina de que en cuanto a ritualidad de los juicios el fenómeno de la favorabilidad de la ley no tiene vigencia.

Este principio lo consagran también las legislaciones extranjeras y lo aceptan los expositores más autorizados de la ciencia procesal. (Casación Penal. Julio 27 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104).....138, 1ª y 2ª

— 197 —

LIBERTAD PROVISIONAL (Puede concederse por la Corte en casación)

De las constancias procesales aparece que el solicitante ha cumplido ya en detención preventiva el tiempo que se le impuso como pena en la sentencia. De otro lado, esa sentencia se encuentra ya en firme o ejecutoriada por lo que toca con la situación de este procesado, porque él no interpuso contra ella el recurso de casación, lo que quiere decir que la pena corporal a que fue condenado dicho sujeto, no es ya susceptible de cambio de ninguna especie. (Casación Penal. Septiembre 17 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) 556, 2ª

— M —

— 198 —

MAGISTRADOS (No compete a la Corte juzgar los de los Tribunales del Trabajo)

En parte alguna de la ley se encuentra la disposición que determina por qué entidad habrán de ser juzgadas las infracciones penales que puedan cometer los Magistrados del Tribunal del Trabajo en cualquiera de sus jerarquías. El nuevo Código de Procedimiento Penal vigente, por ser anterior a la creación de la justicia especial del trabajo menos podía incluir en sus textos normas sobre la competencia para juzgar a quienes delincan en el ejercicio de dicha Magistratura especial, bien por actos de responsabilidad o por delitos comunes. En tales condiciones, no existiendo regla alguna que atribuya a la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Penal— el juzgamiento de estos funcionarios,

y siendo la competencia de orden público, no podría por vía de simple interpretación asignarse la Sala la atribución de juzgar a funcionarios públicos determinados, sin expreso mandato de la ley. (Casación Penal. Septiembre 28 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .. 589, 1ª y 2ª

— 199 —

MAGISTRADOS DEL TRABAJO (Su juzgamiento compete a los Jueces de Circuito)

No existiendo en la ley regla alguna que atribuya a la Corte el juzgamiento de los Magistrados de la justicia del Trabajo, el conocimiento de los hechos delictuosos cometidos por estos funcionarios en su calidad de Magistrados, corresponde a los Jueces del Circuito en lo Penal, de acuerdo con la regla del numeral 1º del artículo 47 del Código de Procedimiento Penal, que dice que aquellos funcionarios conocen en primera instancia "en las causas por infracciones penales cuyo conocimiento no esté atribuído a otras autoridades". (Casación Penal. Octubre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 608, 2ª

— 200 —

MORA (Sus efectos)

La mora es el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación. En tal virtud, lo que constituye la mora no es el simple retardo, sino el retardo culpable. El artículo 1608 del C. C. indica cuándo el deudor está culpablemente en mora.

La mora produce el efecto legal de hacer al deudor responsable de los daños que cause al acreedor en el cumplimiento de la obligación. De aquí que el artículo 1595 del C. C. siente el principio, y lo reafirme en el 1615, de que no se debe indemnización de perjuicios sino desde que el deudor se ha constituído en mora, si la obligación es positiva; o, si negativa, desde el momento de la contravención, esto es, desde que se ejecute el hecho objeto de la obligación de abstención del deudor. Este principio general tiene como excepción la consagrada en el artículo 1617 del mismo código, si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, caso en el cual el acreedor no tiene necesidad de acreditar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo. (Casación Civil. Julio 12 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .. 42, 2ª

— N —

— 201 —

NOTIFICACION (Cuándo es nula la hecha por edicto)

El haberse omitido en el expediente la certificación de haberse fijado el edicto, no es omisión que anule la notificación, si en el edicto mismo consta que fue fijado y la hora en que se hizo la fijación, que es lo esencial, según lo tiene previsto ya la Corte. De donde se infiere que, si la omisión de la certificación de la fijación del edicto en el expediente no invalida la notificación, jurídicamente sucede lo mismo cuando la certificación de la desfijación, que es el otro extremo señalado en el artículo 309 del C. J., se hace sin la anotación de la hora, pero sí expresa del día de la desfijación en el edicto mismo, por cuanto no actúa en este caso el concepto hora, sino el de día, de acuerdo con la disposición citada, en relación con el artículo 59 del C. de R. P. y M. Aquí lo esencial es también la certificación del secretario de haber permanecido fijado el edicto cinco días hábiles, es decir, por el término legal. (Casación Civil. Julio 12 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 36, 1ª

— 202 —

NULIDAD (Quiénes deben intervenir en el juicio de invalidez de un acto creado por acuerdo de voluntades)

Constituído un acto mediante un acuerdo de voluntades, no cabe la posibilidad de deshacerse sino en la misma forma, a través del concurso —espontáneo o forzado— de quienes comparecieron a su perfeccionamiento. O habría que aceptar que la declaración de ineficacia e invalidez que en tales condiciones se hiciera, es susceptible de afectar la posición jurídica de quien no ha sido oído ni vencido en juicio con violación flagrante de la garantía consignada en el artículo 26 de la Constitución Nacional. (Casación Civil. Octubre 31 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106) 494, 2ª

— 203 —

NULIDADES (Quién puede pedir la declaración por ilegitimidad de la personería adjetiva)

Jurisprudencia constante de la Corte ha sostenido que no puede invocar y obtener la declaración de nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva sino la parte mal representada o que ha carecido de representación, lo que está de acuerdo con la doctrina de los principales autores de derecho procesal. (Casación Civil. Noviembre 20 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).....812, 1ª

— 204 —

NULIDADES (Incompetencia de jurisdicción)

Cuando el fallador carece de competencia para conocer de la controversia, lo procedente no es desestimar las peticiones de la demanda, sino que debe declararse la nulidad de todo lo actuado. (Negocios Generales. Julio 5 de 1951.T. LXX. N° 2103-2104) .221, 2ª

— 205 —

NULIDADES (Por no haberse notificado judicialmente a los herederos los títulos existentes contra el difunto)

Como consecuencia de la responsabilidad universal de los herederos como continuadores de la persona del difunto, es por lo que procede contra ellos, no sólo la acción ordinaria que tengan los acreedores contra el causante, sino también la ejecutiva. Respecto de los títulos que prestan mérito de tal índole, es de observar que, aunque la ley les conserva su pleno vigor contra los herederos, sin embargo, para que éstos no sean sorprendidos con el cobro por la vía coercitiva de una obligación, o la correspondiente acción hipotecaria, cuya existencia pudieran ignorar, el artículo 1434 del C. C. dispone que los acreedores no podrán entablar o llevar adelante su ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos.

Se trata de un simple plazo de ocho días, que no puede dañar al acreedor y que en cambio, protege al heredero contra una posible sorpresa.

Así, pues, la falta de notificación a los herederos de los títulos contra el difunto, impide la iniciación del juicio, o lo paraliza, cuando la muerte del ejecutado sobreviene durante la secuela del pleito.

La falta de cumplimiento del requisito señalado en el memorado artículo, o sea la notificación de la existencia del crédito a los herederos para poder iniciar la ejecución, o continuarla, si ya estuviere el juicio propuesto, al tenor del inciso 3º del artículo 451 del Código Judicial, es causal de nulidad.

Esta nulidad meramente procesal, en la cual no se trata de una formalidad en que

estén interesados el orden público y las buenas costumbres, no puede ser alegada sino por la persona o personas en cuyo favor ha sido establecida, quienes pueden efectuar su convalidación.

El precepto consignado en el artículo 1434 del C. C., es una formalidad establecida en interés de los herederos; se trata, como ya se vio, de un simple plazo suspensivo, que los protege contra una posible sorpresa.

Y si esto es así, si es susceptible tal nulidad de allanarse por los respectivos interesados, por estar instituída con la mira de proteger un interés particular de los herederos, y no un interés público, es necesario concluir que no se da acción sino a los no notificados o emplazados para demandar su anulación.

Así lo ha resuelto la Corte en innumerables fallos. (Casación Civil. Agosto 13 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....375, 2ª y 376, 1ª

— 206 —

NULIDAD (Por haber actuado después de haber prescrito la acción penal)

El vicio de nulidad por carencia de jurisdicción podría ser considerado teniendo en cuenta que la prescripción de la acción penal determina una verdadera y propia extinción de esa acción por parte del Estado, a quien compete privativamente de conformidad con el artículo 9º del Código Procesal Penal, ya que siendo ésta pública, menester es que corresponda a los órganos representativos del Estado, jurisdiccionalmente encargados de realizar, de una parte la facultad en abstracto del Juez para el ejercicio de la jurisdicción, y de otra la facultad en concreto del mismo funcionario para resolver el caso **sub judice** que se le ha planteado. Por consiguiente, si el derecho del Estado de hacer valer su pretensión de aplicar la ley penal, caduca por extinción de la acción, debida al fenómeno de la prescripción, es notorio que la incompetencia de jurisdicción se traduzca en la incapacidad subjetiva y objetiva del fallador para proseguir una acción penal ya fenecida por producirse el hecho de la prescripción.

Aparte de este razonamiento, el numeral 3º del artículo 147 del Código de Organización Judicial, habla de que la jurisdicción se suspende "por haber suspensión del asunto en los casos de la ley". Es claro que uno de estos casos es el relativo a la prescripción, porque de conformidad con el artículo 104 del Código Penal, tanto la acción como la condena penales se extinguen por la presencia de aquel fenómeno legal; luego se está en presencia de uno de los casos que la ley contempla para que se produzca la suspensión de la jurisdicción, de acuerdo con el Código de la materia.

Por otra parte, "la competencia —como lo dice Eugenio Florián— por razón de la materia es de derecho público en cuanto afecta la estructura fundamental del proceso". Si eso es así, nada más procedente que vincular a un vicio de nulidad la circunstancia misma de que la prescripción de la acción no se haya operado de oficio, como lo ordena la ley y a pesar de ello el Juez siga conociendo de un proceso en el cual por aquel fenómeno se ha extinguido la acción penal. (Casación Penal. Julio 10 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....107, 2ª y 108, 1ª

— 207 —

NULIDAD CONSTITUCIONAL (Por haber un miembro del jurado incurrido en una falta de discreción)

En varias sentencias la Corte ha sostenido que si en la celebración del juicio y en relación con las partes que en él intervinieron, se observan todas las formalidades procedimentales y además aquellas disposiciones

que reglamentan los juicios por Jurado, es indudable que en esa clase de actos se llenan todas las condiciones exigidas por la ley, y si algún Jurado viola una norma de conducta, esto sólo dá lugar a la responsabilidad personal de éste, pero no implica el cercenamiento de las garantías constitucionales a que el acusado tiene derecho. También ha dicho la Corte que la falta de discreción de los ciudadanos encargados transitoriamente de la misión de juzar, puede resultar extravagante o reñida con su elevada misión, pero no conduce necesariamente a declarar la nulidad del juicio en que ocurre un incidente de esta naturaleza.

En los juicios en que interviene el Jurado, al Juez de derecho corresponde únicamente aplicar las sanciones al delincuente, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que acompañen al agente y su personalidad, pero en lo tocante a los hechos con las circunstancias que los especifiquen o modifiquen, tiene que atenerse rigurosamente a la calificación que haga el Jurado. Así lo ha repetido la Corte en numerosos fallos. (Casación Penal. Septiembre 14 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106) . . . .543, 1ª y 544, 1ª

— 208 —

NULIDADES (Por notificaciones hechas ilegalmente)

La Corte estima que no puede declararse la nulidad de lo actuado, por notificaciones hechas ilegalmente, cuando en forma escrita y expresa se dá por hecha la notificación (artículos 7º del C. de P. P. y 321 del C. J.), o cuando ha habido aquiescencia tácita o conocimiento y consentimiento presunto, por tanto, de lo que ha debido notificarse (ordinales 3º, 4º y 5º del artículo 198 y ordinales 1° y 2º del artículo 199 del C. de P. P.). (Casación Penal. Agosto 31 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) . . . . . .205, 1ª y 2ª

— 209 —

NULIDADES (Por incompetencia de jurisdicción)

Para que pueda hacerse el cargo de nulidad de un proceso por incompetencia de jurisdicción, es necesario probar que el Juez decidió una controversia o conoció de un negocio que la ley había atribuído expresamente a otro Juez. (Casación Penal. Septiembre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) . . 513, 1ª

— 210 —

NULIDADES (Manera como deben presentarse los cuestionarios al Jurado)

La presentación de dos cuestionarios en vez de uno solo, en los casos en que el delito se cometió en estados distintos a los del artículo 29 del Código Penal, no implica violación del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. Lo estrictamente legal es presentar una sola cuestión, que comprenda no sólo el hecho material sino también las circunstancias que lo especifican, pero si el hecho material y las circunstancias se propusieron separadamente, ello no afecta los intereses del procesado. (Casación Penal. Agosto 24 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2103-2104) 185, 1ª

— 211 —

NULIDADES (Ilegitimidad de personería de la parte civil)

Aún en el supuesto de que la persona constituída en parte civil no fuere legítima, y así se declarare judicialmente, ello no incidiría en la validez del proceso ni tampoco en el derecho a la reparación de perjuicios: lo primero, porque —por expresa creación legal

(artículo 122 del estatuto procesal penal)— la decisión del superior relativa a la apelación contra el auto que admite o niega la demanda de constitución de parte civil, no implica nulidad ni retrotrae el procedimiento, y lo segundo, porque siendo pública (o mixta, transaccionalmente) la acción para la reparación de perjuicios, están obligados el Ministerio Público y el Juez, en su caso, a proveer a la fijación (en abstracto) cuando los interesados no participaron en el proceso. (Casación Penal. Agosto 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104).....142, 1ª y 2ª

— 212 —

NULIDADES (Ilegitimidad de personería del querellante)

La ley (artículo 198 del C. de P. P.) erigió en nulidad la ilegitimidad de la personería del querellante, pero subordinada a una condición: la de que "el asunto sea de aquellos en que no pueda procederse de oficio". (Casación Penal. Agosto 3 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2103-2104).....141, 2ª

— 213 —

NULIDAD (El auto que la declara es interlocutorio)

El auto que declara la nulidad de todo o parte de la actuación procesal es un auto interlocutorio, conforme a la definición que de esta clase de providencias contiene el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, en caso de que sea proferido por un Tribunal, en su pronunciamiento deben intervenir todos los magistrados de la correspondiente Sala de Decisión, según lo manda el artículo 161 del mismo Código, y si es dictado por un solo magistrado, como él carece de facultad legal para hacerlo, el auto carece de fuerza legal y las ordenaciones contenidas en él, lo mismo que la actuación procesal llevada a cabo por virtud de ellas, deben considerarse como inexistentes. (Casación Penal. Septiembre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....512, 2ª

— 0 —

— 214 —

OBLIGACIONES CIVILES (No influye el cambio de valor adquisitivo de la moneda)

Como lo dijo la Corte en providencia que core publicada a páginas 915 y siguientes del número 2057-2058 de la G. J., "Las obligaciones civiles se contraen en moneda corriente, y de este modo, aunque ellas sean a un plazo largo, en nada influyen o pueden influir los posibles cambios que durante ese plazo tenga el poder adquisitivo de la moneda, para que aumente o disminuya su monto, sino que éste será siempre el que se estipuló o tuvo origen en el momento de nacer la obligación por cualquiera de los hechos que pueden ser fuente de la misma". (Negocios Generales. Diciembre 5 de 1951. T. LXX. Números 2107-2108).....957, 1ª

— 215 —

OBLIGACION DE HACER (Perjuicios por su incumplimiento)

En este pleito, con fundamento en el incumplimiento de una obligación de hacer, se ha pedido una indemnización de perjuicios. Esta comprende —según regla general de que no está exceptuado el caso de autos— tanto el daño emergente como el lucro cesante. Por aquél se entiende el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de esas mismsa tres circunstancias (artículos 1613 y 1614 del C. C.). (Casación

Civil. Agosto 14 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 62, 2ª

— P —

— 216 —

PARTICION (Distribución de gastos de división de bienes comunes)

De acuerdo con el artículo 1142 del Código Judicial, si no hay especial convenio entre las partes, los gastos comunes de la división se distribuyen entre los dueños a prorrata de sus derechos; o se representan en un lote especial; o se sacan de la parte de bienes que se remate. Si uno o varios comuneros hacen los gastos que a todos corresponden, se les reembolsan con parte de los bienes comunes o con el producto de la venta parcial del bien común.

El mencionado artículo 1142 del C. Judicial reglamentó, pues, claramente todo lo tocante a la distribución de los gastos comunes de las particiones, en forma de evitar que éstas no se lleven a cumplido término por falta de fondos, indicando medios varios, igualmente adecuados para su obtención previa o ulterior y su equitativo reparto, directo o indirecto entre los interesados todos.

En síntesis, de acuerdo con los preceptos contenidos en el C. Civil sobre gastos causados por las particiones de bienes comunes (C. C., 1390; 2338, regla 4ª), entendidos como los entiende el Código Judicial al reglamentarlos en su artículo 1142, es legal su distribución entre los interesados ya sea que se sufraguen proporcionalmente por los mismos o que se representen en uno o más lotes de terreno que cubran su valor. (Casación Civil. Agosto 21 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) .....69, 1ª y 2ª

— 217 —

PARTICION

Al partidor no le es posible legalmente otra cosa que acomodar la partición a los términos en que una resolución judicial en firme dispone que se lleve a cabo. Efectuada de conformidad con lo resuelto, al Juzgado y al Tribunal no les queda otro camino a seguir que impartirle su aprobación, siempre que la situación probatoria que la determinó no sufra modificación posterior. (Casación Civil. Noviembre 16 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 785, 2ª

— 218 —

PECULADO (El Juez responde por la pérdida de valores efectivos dependientes de una determinada acción judicial)

Como lo ha dicho la Corte, "Los valores efectivos que cursan como dependientes de una determinada acción judicial, son parte del juicio que están bajo la custodia del Juez, como el juicio mismo sometido a su dirección, y aún puede decirse, a su administración, cuya etapa final es el fenómeno de la distribución. Aun cuando los dineros deben ser depositados en determinados bancos, jurídica y prácticamente están depositados a su orden que mueve libremente, en ejercicio de sus funciones, como que el banco sólo tiene la tenencia de esos dineros, pero la administración y custodia corresponden principalmente al Juez". (Casación Penal. Agosto 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ... 163, 2ª

— 219 —

PECULADO

El principio de que nadie puede ser responsable de hechos de terceros no es absolu-

to. Se rompe en varias contingencias que constituyen excepciones al mismo: la participación criminal, sui generis, en el caso del peculado culposo, es una de ellas. Así lo consagra el artículo 154 del Código Penal, en el cual no puede decirse que de manera exacta se patentice el principio de una responsabilidad de persona distinta de aquella a quien se atribuye, porque si aparentemente así parece ser, la realidad es que en el caso de esta disposición, la culpa del empleado o funcionario público, si bien surge del hecho de un tercero, éste no habría podido realizarlo sin la omisión o descuido del funcionario que, por su negligencia, imprevisión o falta de atención, dio lugar a que los caudales o efectos puestos bajo su custodia fueran enviados a otros fines o sufrieran alguna pérdida.

De forma que en este evento la responsabilidad sigue siendo personal, pero a título distinto en relación con el tercero responsable, quien la sufre por otro concepto, constitutivo del peculado doloso, mientras que la responsabilidad surgida de la norma del artículo 154 es sólo a título de culpa, porque la actuación del funcionario en este caso, no derivada de la actividad del otro, permitió negligentemente el extravío o pérdida de esos efectos o caudales por él custodiados.

Es claro que debe haber en estas ocurrencias un directo responsable por dolo, de aquel extravío o pérdida, pero no se sigue de ahí que el empleado o funcionario a cuyo cargo se encuentre la custodia de esos caudales o efectos, tenga que estar sujeto a la acción penal que en contra de ese tercero se ejerza. Las acciones pueden ser diferentes y lo son legalmente por los distintos títulos sobre que surge la responsabilidad de cada uno de los comprometidos en el hecho. (Casación Penal. Agosto 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104)

162, 2ª y 163, 1º

— 220 —

PECULADO CULPOSO

Establecidos en un hecho determinado los elementos constitutivos del peculado culposo, que sanciona el Código en consideración al descuido o negligencia con que el funcionario obra en el ejercicio de su cargo y en virtud de las cuales se produce el fenómeno de que otra persona, distinta al funcionario mismo, a cuyo cargo están los caudales o efectos que custodia, aprovechándose de la imprevisión previsible de aquél, consuma hechos que dan por resultado el extravío de dichos efectos o caudales, resulta entonces un fenómeno de cooperación criminal que se gobierna por un principio específico, esto es, sin sujeción a las reglas generales, pero que en todo caso merece sancionarse, porque la negligencia o descuido del funcionario son las causas determinantes de un hecho que por omisión se traduce en un daño patrimonial, bien de los mismos particulares que por cualquier motivo llevan dinero o efectos a la custodia de los funcionarios públicos, o bien que dichos dineros o efectos sean directamente administrados por los mismos funcionarios, como empleados de manejo.

La doctrina de los penalistas señala estos elementos al peculado culposo:

1º Que el sujeto activo del delito no puede ser sino funcionario público, que tenga a su cargo caudales o efectos bajo su custodia;

2º Que exista un hecho de abandono o negligencia inexcusable por parte del funcionario en lo referente a su deber de vigilar los caudales que están a su cargo. Dicho abandono o negligencia han de ser inexcusables, es decir, no han de poder ser disculpados ni justificados. Semejante actitud de descuido no ha de provenir de acuerdo o concierto con el que verifica la sustracción, pues entonces el hecho sería imputable a dolo y constituiría un delito distinto; y

3º Que haya una sustracción de aquellos caudales o efectos por parte de otra persona, la cual al consumarla lo haga sin acuerdo o concierto con el funcionario, pues si este acuerdo o concierto existen, el delito no sería culposo, sino doloso. (Casación Penal. Agosto 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 161, 2ª y 162, 1ª

— 221 —

PENA (Su determinación)

Dentro de la técnica del Código para efectos de la aplicabilidad de la pena, no se puede prescindir de aquellos factores que el mismo estatuto tiene en cuenta para individualizar la sanción a los delincuentes, dentro de la pauta que fija el artículo 36 de esa obra.

En efecto, en dicho artículo se determina que dentro de los límites señalados por la ley debe aplicarse la sanción al delicuente, teniendo en cuenta:

a) Gravedad y modalidades del hecho delictuoso;

b) Los motivos determinantes del mismo;

c) Circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen; y

d) La personalidad del agente.

Es entendido que todas estas modalidades deben entrar en juego para el cómputo o cálculo de la pena en la tarea de individualización que corresponde al Juez. Por ello, si en determinado proceso puede suceder que no se presenten circunstancias de mayor o menor peligrosidad que hagan necesario aumentar la pena por este concepto, de conformidad con las circunstancias de uno y otro carácter que determinan los arts. 37 y 38 del Código, puede sin embargo ocurrir que los otros aspectos que contiene el artículo 36 a que se ha hecho referencia impliquen la necesidad de que el Juez los tome en cuenta para determinar la pena.

Así se comprende por qué en el caso el Tribunal por no encontrar circunstancias de mayor peligrosidad en contra de los reos tomara como pena base el mínimo del señalado en el artículo 363, es decir, 15 años de presidio. Pero como existe una concurrencia delictuosa, producida por los varios delitos cometidos por los procesados, la norma del artículo 33 necesariamente debía tenerse en cuenta para señalar el monto de la pena; y una vez señalado éste, hacer la disminución prevista en el artículo 385. (Casación Penal. Agosto 31 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) .....211, 2ª y 212, 1ª

— 222 —

PERITAZGO (Valor en juicio civil de uno practicado en proceso penal)

En materia civil, el dictamen uniforme de dos peritos, explicado y debidamente fundamentado, tiene el valor de plena prueba; pero para asignarle ese mérito es menester que además de que reúna esas calidades se hayan observado antes y después de rendirlo ciertas formalidades que la ley establece como garantía de verdad y como tutela del derecho de defensa, tales como las siguientes: que los peritos se nombren en forma legal (arts. 705 y 706 del C. J.); que su designación sea puesta en conocimiento de las partes a fín de que ellas puedan ejercitar el derecho de tacharlos o recusarlos, cuando los estimen faltos de idoneidad e imparcialidad (arts. 708 y 709 ibídem); y que del dictamen, una vez rendido, se dé traslado a las partes, a efecto de que si lo consideran oportuno y procedente pidan su aclaración, explicación o ampliación o lo objeten por error, fuerza, dolo, cohecho o seducción (arts. 719 y 720 ibídem).

En el caso de autos, se trata de una prueba trasladada del proceso penal, en donde se practicó sin intervención del demandado, carente, por lo mismo, de todas las condiciones

y requisitos ya indicados que la ley exige en materia civil para su producción adecuada, y a la cual, en consecuencia, no puede conferírsele pleno valor probatorio. (Casación Civil. Octubre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .....445, 1ª y 2ª

— 223 —

PERITAZGO

Cuando se trata de avalúo pericial de la indemnización debida por perjuicios civiles, los preceptos aplicables al caso son los que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil, y, en consecuencia, no es suficiente para que el juzgador acoja un dictamen en estos casos, el hecho de que no haya sido objetado en tiempo. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 83, 1ª y 2ª

— 224 —

PERJUICIOS

Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del C. Civil, en armonía con el artículo 1751 del mismo Código. (Negocios Generales. Agosto 21 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ..317, 1ª y 2ª

— 225 —

PERJUICIOS

Frente a la prueba de una causa conocida, no cabe ya la presunción de que otras, más o menos probables, hayan sido las determinantes del daño cuya reparación se demanda. (Casación Civil. Octubre 17 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 479, 2ª

— 226 —

PERJUICIOS (Por mora en cumplir una obligación de hacer)

Cuando el deudor se constituye en mora de ejecutar una obligación de hacer, el acreedor tiene derecho a ejercitar la accción directa de indemnización de perjuicios que le resulten de la infracción del contrato, tal como lo consagra y permite el numeral 3º del artículo 1610 del Código Civil.

Así lo entendió la Corte en dos sentencias anteriores, en que dijo:

"Si no se obliga al cumplimiento del contrato al que no lo haya cumplido, o si no se decreta contra él la resolución, no hay causa efectiva de la cual deriven los perjuicios. Salvo que en casos especiales la ley establezca la acción para éstos, sin subordinarla a la de efectividad o extinción del contrato, como parece que lo hace el artículo 1610 del Código Civil, para cuando no se cumpla la obligación de hacer". (Casación de 30 de abril de 1920 y de 17 de marzo de 1931. G. J. Tomo XXXIII, pág. 325 y Tomo XXXVIII, pág. 564). (Casación Civil. Agosto 14 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 61, 2ª

— 227 —

PERJUICIOS (Por abuso del derecho de litigar)

Si no es protuberante la sinrazón de la acción, se sentaría un precedente funesto al considerar que el simple fracaso de la acción condujera a la condenación de la parte actora al pago de perjuicios por abuso del derecho, pues se traduciría en que los tribunales de justicia quedaran desiertos y se vie-

ra tentado el particular a hacerse justicia por su propia cuenta, por temor a que el fracaso de su acción condujera a la condenación por perjuicios con base en la teoría nombrada. (Negocios Generales. Agosto 31 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 336, 2ª

— 228 —

PERJUICIO FUTURO

No es aceptable, porque carece de toda justificación, que para liquidar el perjuicio futuro se prescinda de incluir dentro de lo que forma hoy el sueldo mensual de un Teniente de Aviación, las primas de vuelo y alojamiento y el sobresueldo, y que se tome únicamente el sueldo fijo, para hallar la renta anual de la víctima. Este sistema lo encuentra la Sala desprovisto de todo fundamento, una vez que las primas y el sobresueldo mencionado integran con el sueldo fijo, la remuneración mensual que el Gobierno ha venido pagando a los pilotos de la Fuerza Aérea por sus servicios a la Nación. (Negocios Generales. Septiembre 19 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 642, 1ª

— 229 —

PERJUICIOS MATERIALES (Cuándo hay lugar a su pago)

Ha sido jurisprudencia constante de la Corte, que para efectos de la condenación de perjuicios materiales en juicios sobre responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, ha de probarse que la víctima del accidente o del daño, efectivamente estuviera prestando algún apoyo económico a las personas que quieran beneficiarse con la condena a perjuicios materiales. Si no existe de parte de la víctima ningún apoyo económico hasta la fecha de producirse el accidente que lo imposibilite para seguir prestándolo, es claro que los perjuicios materiales no se han causado. (Negocios Generales. Septiembre 27 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 648, 2ª

— 230 —

PERMUTA

La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan a dar una especie o cuerpo cierto por otro y en la cual el justo precio de la cosa a la fecha del contrato que da cada permutante, se mira como el precio que paga por la que recibe en cambio. Es, por consiguiente, un contrato bilateral, oneroso y conmutativo que, como tal, está sujeto a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, sobre condición resolutoria tácita, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

La obligación esencial que nace de una convención de esa índole es la de dar la cosa permutada. (Casación Civil. Agosto 14 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 61, 1ª

— 231 —

PERTURBACION FUNCIONAL

El Tribunal consideró que la lesión descrita produjo la perturbación funcional permanente del órgano de la aprehensión, y, en consecuencia, aplicó el inciso 2º del artículo 374 del Código Penal. Aplicación correcta, pues, aunque dicho órgano de la aprehensión no fue lesionado integralmente, hay que tener en cuenta que la disposición penal citada mira únicamente el aspecto funcional o fisiológico del órgano o miembro afectado por la lesión, y no la integridad anatómica y estética de los mismos.

Cosa diferente ancontece cuando la lesión produce la pérdida de un órgano o miembro, pues, en tal evento, ya no se trata de la per-

turbación funcional transitoria o permanente de un órgano o miembro, sino de la destrucción completa del uno o del otro, caso sancionado por el artículo 375 del Código Penal, que constituye una sanción mayor. (Casación Penal. Octubre 5 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) 600, 1ª

— 232 —

PERTURBACION FUNCIONAL Y DEFORMIDAD FISICA

Tratándose de la pérdida de un dedo, como el pulgar, elemento tan importante del órgano de la aprehensión, especialmente si el lesionado es obrero agrícola, hay —es cierto— deformidad física por la falta estética que la amputación dejó, pero también —lo que es más importante— la falta o perturbación de la función, por cuanto es ésta el criterio directivo de la calificación de la lesión. (Casación Penal. Agosto 21 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 169, 2ª

— 233 —

PETROLEOS (La justa prescripción de las tierras)

De conformidad con la aplicación que la doctrina ha dado a los principios legislativos que rigieron la adquisición del dominio territorial por el modo de la justa prescripción durante la Colonia, la posesión de las tierras debía precisamente consistir en actos de explotación económica, o sea, en plantaciones o cultivos, pastos, ganadería, etc., sobre las tierras en que aquélla se ejercitaba.

La ley de 11 de octubre de 1821 no modificó ese principio, ya que al reconocerle determinados derechos a "los que poseyeren tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción" (artículo 5º), sin especificar el modo como dicha posesión debía ejercitarse, de hecho la subordinó a las condiciones que establecían las leyes españolas, cuyos mandatos continuaban en todo su vigor, mientras no resultaran opuestos a las disposiciones de la Carta, o a otras leyes posteriores. (Negocios Generales. Julio 16 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....270, 2ª y 271, 1ª

— 234 —

PETROLEOS

Las exigencias del decreto-ley número 10 de 1950 para que tanto el aviso como la oposición se sometan, en su caso, a los requisitos de forma prevenidos por el Código Judicial para las demandas sobre inmuebles no tienen otro alcance que el de imponer a los interesados la obligación de identificar con exactitud y precisión el inmueble a que refieren sus pretensiones, y determinar precisamente los hechos de donde derivan esa pretensión, y el derecho con que las respaldan, para que de esta suerte queden también claramente preestablecidos los límites dentro de los cuales ha de agitarse la controversia judicial que puede subseguir. (Negocios Generales. Noviembre 23 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 938, 2ª

— 235 —

PLAZO

Se designa por término un acontecimiento futuro, pero cierto, al cual está subordinada la exigibilidad o extinción de un derecho. En otras palabras, el plazo está constituído por un acontecimiento no realizado aún, pero que según las previsiones humanas, fatalmente ha de realizarse. El establecimiento de un plazo en un contrato, y por consiguiente en las obligaciones que de él se derivan, rige la exigibilidad o extinción

de dichas obligaciones. (Casación Civil. Junio 25 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ... 25, 1ª

— 236 —

POSESION (Cuándo tiene lugar la unión de posesiones)

"La unión e incorporación de posesiones de que hablan los artículos 778 y 2521 del C. C. tienen que realizarse a través del vínculo jurídico del causante a sucesor, que es el puente por donde el primero transmite al segundo, a título universal, por herencia, o singular, por contrato, las ventajas derivadas del hecho de una posesión que se ha tenido. No puede concebirse el fenómeno de incorporación de posesiones en las que están aisladas unas de otras, en que no haya mediado transmisión de una persona a otra, bien por herencia, o legado, o bien por contrato o convención. De ahí el artículo 778 del C. C. De consiguiente, terminada por cualquier causa, aún voluntaria, la posesión de una persona sobre la cosa, si otra la toma, sin trasmisión de dominio no hay lugar a unión de posesiones. Será el caso del artículo 778". (Casación de 14 de agosto de 1946, G. J. Tomo LX, pág. 810). (Casación Civil. Septiembre 6 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .....412, 1ª y 2ª

— 237 —

PRECIO (Cuándo hay lugar a su reducción)

La ley no ha definido lo que ha de entenderse por aproximación de una medida ni ha dado al respecto regla alguna. La general que contiene el artículo 1870 del C. C., que da al comprador el derecho opcional de desistir del contrato o de darlo por subsistente abonando el precio a justa tasación, exige que falte una parte CONSIDERABLE de la cosa vendida. Pero en la venta de predios rústicos con relación a su cabida, rige la norma excepcional del artículo 1888, que sólo autoriza al comprador para desistir del contrato cuando el PRECIO de la cabida exceda de una décima parte de la real, o cuando el precio de la cabida que falte alcance a más de una décima parte de la cabida completa.

Cuando la venta se hace como de cuerpo cierto —rústico, se entiende— la cabida no importa. Sea cual fuere, ninguna de las partes tendrá derecho de pedir rebaja o aumento del precio, y el desistimiento del contrato por parte del comprador sólo será posible cuando, habiéndose vendido con señalamiento de linderos, no se entregue todo lo comprendido en ellos, caso en el cual se aplica lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1888. (Casación Civil. Noviembre 21 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) .....825, 1ª y 2ª

— 238 —

PRESCRIPCION (Reconocimiento de dominio ajeno)

Quien reconoce dominio ajeno durante el tiempo de la prescripción, no renuncia el derecho que no ha adquirido; abdica simplemente del carácter real o aparente de poseedor, o se descubre como mero tenedor, perdiendo o confesando no tener la calidad de poseedor, esencial a la prescripción. (Casación Civil. Septiembre 4 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 390, 2ª

— 239 —

PRESCRIPCION ADQUISITIVA

Cuando la declaración de prescripción adquisitiva es resultado de una acción directa, no es necesario pedir que se ordene la cancelación del registro de los títulos del

dueño anterior. La inscripción de la sentencia que reconoce la prescripción, aunque deje formalmente vigentes tales registros anteriores los cancela en realidad, en forma tan absoluta que el Registrador al expedir, por ejemplo, un certificado sobre tradición del dominio de determinada finca raiz, debe considerar que el registro de la sentencia que declaró la prescripción de ella en favor de cierta persona, canceló tácitamente la inscripción del título del dueño anterior. Así se deduce rectamente de los artículos 789, 2534, 2652, ordinal 2°, y 2681 del C. C. (Casación Civil. Septiembre 7 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 416, 2ª

— 240 —

PRESCRIPCION (Cuándo se suspende la que corre contra una herencia yacente)

Para la Corte es acertado el concepto de que la suspensión de la prescripción en favor de la herencia yacente se cuenta desde la delación, pero siempre sobre la base indispensable de que la yacencia haya sido declarada. El decreto respectivo retrotrae sus efectos al momento de la muerte del causante, como es obvio, desde luego que la no aceptación de aquélla es la base de la declaración.

La yacencia declarada judicialmente produce el efecto de suspender la prescripción desde la delación de la herencia, es decir, durante todo el lapso en que ésta careció de representante y también durante el período en que esté representada por el curador, pero no se puede pretender que el estado de yacencia opere sin decreto que lo declare, porque precisamente es a la declaración de herencia yacente o a la herencia declarada yacente a la que la ley atribuye efectos jurídicos. (Casación Civil. Septiembre 7 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .....418, 1ª y 2ª

— 241 —

PRESCRIPCION (Requisitos para que tenga lugar la especial del art. 12 de la Ley 200 de 1936)

Para que tenga lugar la prescripción especial de que habla el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, son necesarias estas condiciones:

1°—Que la posesión se ejercite de acuerdo con el artículo 1°, o sea mediante la explotación económica del suelo;

2°—Que exista en el poseedor la creencia fundada de que no hay más dueño del terreno que el Estado y que, por lo mismo, el verdadero dueño no se haya apersonado a ejercer actos de dominio, a significarlo por medio de requerimientos o por medio de acciones de lanzamiento o posesorias que existe un derecho anterior que es necesario respetar;

3°—Que la posesión del presunto prescribiente no abarque la reserva de otra explotación;

4°—Que el globo de terreno del cual forma parte el poseído, no esté o haya estado demarcado con cerramientos artificiales, ni existan señales inequívocas de propiedad particular;

5°—Que todo el terreno materia de la prescripción esté cultivado o aprovechado con trabajos agrícolas, industriales o pecuarios y que se haya poseído quieta y pacíficamente durante cinco años continuos; y

6°—Que el dueño del terreno del cual haga parte el que se pretende prescribir, no sea absolutamente incapaz o menor adulto.

La salvedad establecida por la última parte del artículo, en contra de la presunción de buena fe, y que fue introducida por la comisión del Senado como modificación al proyecto originario que no la traía, es de incalculable trascendencia, porque es indiscu-

tible que con la presunción general establecida por el artículo 2° de la Ley, de que las tierras incultas se consideran baldías, y, por otra parte, con la presunción escueta a favor de quien las entra a poseer de buena fe, se crearía un grave problema con respecto a quienes ocupen con cultivos tierras ajenas. (Casación Civil. Septiembre 13 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 431, 1ª

— 242 —

PRESCRIPCION (Diferentes requisitos de la ordinaria del Código Civil y la especial del art. 12 de la Ley 200 de 1936)

La prescripción ordinaria del Código Civil exige justo título y buena fe y una posesión material de diez años; la prescripción extraordinaria establecida en el propio Código Civil, requiere simplemente la posesión treintenaria; y la señalda por el artículo 1° de la Ley 50 de 1936, la posesión material por sólo veinte años, aún sin buena fe, en ambos casos. En cambio, la prescripción especialísima de la Ley 200 de 1936, exige buena fe y una posesión material de sólo cinco años.

Por esto, dice el artículo 12 de la mencionada Ley 200: "Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno está o ha estado demarcado por cerramientas artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular". (Casación Civil. Septiembre 13 de 1951. T. LXX Nos. 2105-2106) ...431, 2ª y 432, 1ª

— 243 —

PRESCRIPCION (Cuándo se interrumpe la de la acción penal)

Dentro del sistema del Código, como surge del inciso 3° del artículo 105 del Código Penal, para el cómputo de la prescripción, se toma un tiempo igual al máximo fijado en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte. En las mismas actas de la Comisión Redactora se fija el alcance de esta norma aduciendo la necesidad de reemplazar la frase "pena imponible" por otra que se refiera al máximo de la sanción que se fije en el texto legal, "para evitar en esta forma las dificultades que suelen surgir en la práctica durante los procesos o juicios para determinar cuál es la pena imponible. Lo mejor es dar un criterio completo determinando que la prescripción tiene lugar en un tiempo igual al máximo fijado en la respectiva disposición penal".

Por otra parte, el artículo 107 del Código Penal dice que la prescripción de la acción penal se interrumpirá por el auto de proceder, que fue dictado antes de transcurrir el tiempo prescriptivo para el delito.

Tres distintos sistemas se disputan el campo en lo tocante con la prescripción de la acción penal:

Algunos sostienen que el efecto interruptor debe provenir de la sentencia condenatoria; otros atribuyen este mismo efecto a los simples actos de procedimiento y, finalmente, no faltan quienes adopten un sistema intermedio, consistente en dar virtud interruptora no a todos los actos de procedimiento sino exclusivamente a aquellos de verdadera y propia jurisdicción.

No fueron ajenas las Comisiones de la Reforma Penal entre nosotros a este problema y en la Comisión Redactora del Código Penal vigente apenas se dio el carácter de interruptor de la prescripción al auto de proceder.

De manera que nada menos que la providencia que cierra el ciclo sumarial para dar comienzo al juicio penal propiamente dicho,

es la que tiene virtualidad suficiente para producir el mismo efecto de la demanda en el proceso civil, esto es, interrumpir la prescripción ya iniciada para que comience de ahí en adelante una nueva etapa prescriptiva. (Casación Civil. Julio 10 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....108, 2ª y 109, 1ª

— 244 —

PRESCRIPCION (Cuándo comienza la liberatoria en caso de prestaciones sucesivas)

La prescripción liberatoria de las acciones y derechos ajenos se consuma en plazos muy variables, reglamentados en los capítulos 3º y 4º del Título XLI del C. C., que empiezan a contarse a partir del día en que la obligación se haya hecho exigible, según los precisos términos del artículo 2535 de la obra citada, y no se principia a ralizar antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición. De aquí que cuando se trate de prestaciones sucesivas, como en el caso de los que ejercen cualquier profesión liberal, médicos, ingenieros, agrimensores, etc., haya de estimarse que el crédito por concepto de honorarios comprende todos los servicios profesionales prestados en desarrollo de una misma actividad y con miras a la consecución de un determinado objetivo: curación de una enfermedad, ejecución de una determinada obra, etc. (Casación Civil. Julio 12 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 40, 2ª

— 245 —

PRESCRIPCION (Requisitos para que se consume la del art. 12 de la Ley 200 de 1936)

La prescripción del artículo 12 de la Ley 200 de 1936 recae sobre terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación por otro, ni comprendidos dentro de las reservas de la misma explotación. Pero ¿cómo opera esa excepcional prescripción de cinco años? Opera sobre el recto convencimiento de que se trata de tierras baldías. La buena fe se presume. Es la regla general (artículo 769 C. C.). Pero en este caso la buena fe no se presume, si hay en el terreno signos exteriores de propiedad particular. ¿Significa esto que la presunción se invierte? ¿Presúmese entonces la mala fe? No necesariamente. Es cuestión probatoria. Al poseedor le basta, para que prospere su prescripción probar la inexistencia de señales externas de dominio privado (explotación económica, cerramientos artificiales, edificios). De lo contrario deberán probar su buena fe (artículo 47 del Decreto 59 de 1938) (Casación Civil. Noviembre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) .. 752, 1ª y 2ª

— 246 —

PRESCRIPCION ORDINARIA

Para la prescripción ordinaria se requiere, entre otras circunstancias, que quien la invoque sea poseedor inscrito. (Casación Civil. Noviembre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 771, 2ª

— 247 —

PRESTACIONES SOCIALES (No son descontables de la indemnización civil)

No considera la Corte que del monto total a que ascienda la indemnización deban descontarse las sumas que los demandantes hubieran recibido por concepto de prestaciones sociales por los mismos hechos en que se funda la acción indemnizatoria civil, porque les prestaciones sociales (seguro de vida, in-

demnización por accidente de trabajo, etc.) se deben por causas distintas a la culpa del demandado. Ellas se deben por el solo hecho de ocurrir el accidente; en cambio la indemnización de que se trata en este juicio se debe por culpa de la parte demandada. (Negocios Generales. Julio 6 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 236, 2ª

— 248 —

PREVARICATO

Para que se configure el delito de prevaricato, es necesario que el funcionario o empleado público dicte, a sabiendas, sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o que rehuse, niegue o retarde un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados, o animadversión hacia otros.

Es, pues, inadmisible que los empleados de la rama judicial sean acusables, simplemente porque sus fallos no estén de acuerdo con las pretensiones de las partes. Si los jueces tuvieran que acceder siempre a lo pedido por los solicitantes, no sólo sobraría la institución de las instancias, sino que la misma administración de justicia carecería de objeto. La falta de consonancia entre lo concedido y lo demandado no acarrea responsabilidad sino cuando la decisión, en vez de fundarse en la ley, lo está en el capricho del funcionario, o en sentimientos personales ajenos a la equidad. (Casación Penal. Diciembre 7 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).....913, 1ª y 2ª

— 249 —

PREVARICATO

Los elementos constitutivos del prevaricato estructuran este delito sobre la base de que el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, a sabiendas, dicte sentencia, resolución o dictamen contra la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehuse, niegue o retarde un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia un interesado o animadversión a otro.

De manera que deben conjugarse ambas circunstancias, acto arbitrario o manifiestamente injusto, junto con los motivos determinantes de ese acto, para que pueda exigirse responsabilidad al funcionario que a sabiendas viola la ley con actuaciones de esa índole, viciadas por lo arbitrario, lo injusto y por la índole de los factores que así lo hacen obrar. Mas, es entendido que éstos deben estar acompañados de un dolo específico, que es el que traduce "la conciencia de la injusticia cometida en virtud de la violación deliberada de la ley". (Casación Penal. Noviembre 27 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).. 900, 1ª

— 250 —

PREVARICATO

La atinada aplicación de la ley demuestra el buen criterio jurídico del juzgador, sin que ello quiera decir que hay dolo y responsabilidad penal en el funcionario que, en un caso igual, la interpreta en forma diferente, por error o falibilidad. (Casación Penal. Julio 10 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104)... 118, 2ª

— 251 —

PREVARICATO

La discrepancia de tesis —aunque pueda significar error en la interpretación— no puede constituir infracción, al menos que la tesis sostenida y adoptada tenga un origen y un propósito de favor o de perjuicio hacia determinada persona. (Casación Penal. Sep-

tiembre 28 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106) 583, 2ª

— 252 —

PREVARICATO (Errónea interpretación de la ley)

Cuando el funcionario aplica su propio criterio en la solución de algún negocio sub judice y decide en consecuencia, errando de buena fe, ello no puede acarrearle responsabilidad, porque el código represivo no ha erigido en delito la disparidad en la apreciación de las disposiciones legales. La responsabilidad para el funcionario surge cuando el tenor literal y el espíritu de la ley no ofrecen dificultad y prácticamente se omite su aplicación, pero no en aquellos casos en que la interpretación de las normas legales da lugar a criterios opuestos, porque entonces la equivocación escapa a las reglamentaciones penales, por ausencia del propósito, de la intención, que esencialmente es parte integrante de todo hecho punible. (Casación Penal. Septiembre 25 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) 577, 1ª

— 253 —

PREVARICATO

El hecho de que la Sala que confirmó el auto de proceder —aunque no se hubiera modificado en sus miembros integrantes— anuló posteriormente el proceso, no es prueba de infracción alguna, sino de la obligación de subsanar oportunamente los errores procesales. (Casación Penal. Septiembre 25 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 570, 2ª

— 254 —

PROPORCIONALIDAD DE LOS PARTIDOS (Interpretación del artículo 172 de la Constitución)

Para que se asegure la representación proporcional de los partidos, de que habla el artículo 172 de la Constitución, no es indispensable que la organización electoral no sea ajena a la influencia de los partidos, sino que, por el contrario, sí esté sujeta a esas influencias.

No cabe duda que una organización electoral que en realidad fuera ajena a la influencia de los partidos políticos, tal como se manifiesta el deseo del legislador, anhelo expresado en la norma que es objeto de acusación, esa organización electoral aplicaría con absoluta imparcialidad, o bien el sistema de cuociente electoral o cualquier otro sistema de escrutinio, con el cual se persiga la debida representación de los partidos en las corporaciones públicas, y entonces, como consecuencia, se obtendría precisamente lo que manda la Constitución.

La proporcionalidad de los partidos como sistema constitucional no consiste en que a determinados grupos políticos se les otorgue una participación electoral en una determinada función de esta clase; sino en que las distintas parcialidades de tal índole tengan asegurada su representación, sin que sea dable negársela aplicando normas de escrutinio o elección que hagan nugatoria aquella prerrogativa constitucional.

De la letra, del espíritu y de los antecedentes del artículo 172 de la Constitución, que corresponde al 77 del Acto Legislativo número 1° de 1945, fácilmente se deduce que el principio de la representación proporcional de los partidos debe aplicarse rigurosamente a dos hipótesis:

a) Cuando en la elección popular, es decir, en aquella en que intervienen todos los ciudadanos aptos para sufragar, se va a votar por más de dos individuos.

b) Cuando en una corporación pública, o sea en un cuerpo colegiado que tenga funciones públicas, se va a votar por más de dos individuos.

Fuéra de las dos hipótesis anteriores, la

elección o nombramiento de funcionarios y empleados públicos no está, constitucionalmente, regida por el principio de la proporcionalidad de los partidos. (Sala Plena. Septiembre 21 de 1951. T. LXX. N° 2105-2106) 358, 1ª y 2ª

— 255 —

PROVOCACION (Diferencias entre los artículos 28 y 38, num. 3° del C. P.)

A la provocación, o sea al acto ajeno capaz de crear estados pasionales o emocionales, la ley penal le da un doble contenido y un doble alcance: o es aquella que, conjunta y simultáneamente grave e injusta, produce estados de ira o intenso dolor que impulsan al delito y constituye la típica circunstancia modificadora del artículo 28, o es otra provocación, también injusta, creadora de estados emocionales o pasionales, como la ira o el dolor, que igualmente impulsan al delito, que sin tener la gravedad exigida por el artículo 28, constituye la circunstancia de menor peligrosidad del art. 38 (numeral 3°).

El ultraje en sí, según la acepción académica, es injuria o desprecio de obra o de palabra, y la injuria es agravio u ofensa a la honra o fama con algún dicho o hecho contra razón y justicia; en suma, la injuria, la ofensa, el agravio, son hechos o palabras que afectan la honra o fama. Pero el ultraje, como ataque al honor y a la fama, tiene sus grados o matices, así como la persona ultrajada puede ser más o menos sensible según su idiosincrasia, temperamento o índole al ultraje, y tener, por ello, diferentes reacciones.

Si dentro de lo ordinario, aún en el orden psicológico, ello es así, es decir, si hay grados, también lo es dentro de lo legal y jurídico; se explica así —desde el punto de vista de la provocación— la diferencia entre los elementos esenciales de la del artículo 28 y la del artículo 38, uno y otro —evidentemente— creadores de estados emocionales y pasionales, pero en grado distinto. Esta es una de las razones por las cuales la Corte, en todos los casos en que se le ha propuesto, por deficiencia o ambigüedad del veredicto, su interpretación extensiva, ha exigido el reconocimiento explícito e integral de lós elementos determinados en el artículo 28, esto es, la provocación grave e injusta, como consecuencia de ella los estados de ira o intenso dolor y, finalmente, la agresión ejecutada en tales estados. Si el Jurado no reconoció expresa y claramente todos estos elementos y omitió los esenciales, se configura entonces la circunstancia de menor peligrosidad, no la excusa de la provocación; si es lógico, por otra parte, que al Jurado —ente colectivo integrado por ciudadanos inexpertos en las disciplinas jurídico-penales— no es posible exigirle la rígida fórmula legal, tampoco es lógico, frente a la función del mismo, exigirle al Tribunal supla las fallas de claridad y precisión en que aquél, en su decisión o veredicto, incurrió. (Casación Penal. Julio 13 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) . . 113, 1ª y 2ª

— 256 —.

PRUEBAS (Cuándo pueden practicarse en juicio ordinario)

Conforme a lo estatuído por el artículo 597, numeral 3°, del Código Judicial, para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiere tal formalidad, y de no, antes de proferirse la sentencia. De acuerdo con esta disposición el referido auto de citación para sentencia cierra o cancela definitivamente la posibilidad de practicar válida o eficazmente pruebas en el juicio or-

dinario, con la sola salvedad de que las que se evacuan o agregan inoportunamente en la primera instancia, sirven para ser consideradas por el Superior cuando llega a conocer del negocio por apelación o consulta, por ordenarlo así en tal caso el artículo 598 ibidem. Pero esta norma de excepción a la regla general contenida en la disposición antes citada, no puede extenderse, como es obvio, al evento de las pruebas pedidas ante el Superior y allegadas al proceso fuéra de la oportunidad legal, o sea después de haberse citado a las partes para sentencia, pues esta situación está regulada por el precepto del numeral 3º del artículo 597.

Como lo ha dicho la Corte, "el imperio de las normas de procedimiento es de orden público. En su observancia reposa la garantía de los derechos que tienen los litigantes a lo largo del proceso, de manera que si el juzgador deja de lado en favor de alguna de las partes la aplicación de los principios que consagran las normas procedimentales incurre en violación de los derechos amparados por esas normas y por consiguiente falta a sus deberes de rectitud e imparcialidad. El artículo 597 antes citado encierra el principio procesal de la eventualidad en materia probatoria, conforme al cual, pasada la oportunidad de aducir las pruebas, las que se presenten no pueden ser estimadas por el Juez en la decisión de la controversia jurídica. Los medios de defensa que llevan las partes al proceso deben reunir las formalidades legales para que surtan el efecto que las leyes les señalan. Vencido el período de prueba que para el juicio ordinario de mayor cuantía otorga el artículo 758 del C. J., durante la segunda instancia, precluye, o lo que es lo mismo, se cierran las posibilidades de pedir las pruebas, en cuanto hace a los litigantes, y en relación con el Juez la de decretar la práctica de ellas. Las que se aduzcan sin pasar por estos trámites son inadmisibles por ser legalmente ineficaces para obrar en el juicio (artículo 596 del C. J.)". (Sentencia de 26 de julio de 1945, Sala de Negocios Generales. G. J., Tomo LIX, pág. 1082). (Casación Civil. Julio 4 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2103-2104) .....28, 2ª y 29, 1ª

— 257 —

PRUEBAS (Su práctica en proceso penal)

No hay disposición procedimental dentro de la rama penal que prohiba a las partes presentar las pruebas que consideren convenientes durante la audiencia pública. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 88, 2ª

— R —

— 258 —

RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL

El reconocimiento es una cosa, y otra la calidad del hijo que se reconoce. Lo uno proviene de la voluntad del padre manifestada por testamento o en otra de las formas autorizadas por la ley, y lo otro depende exclusivamente de la ley. El hijo natural lo es por ministerio de la ley, una vez reconocido, como el hijo legítimo lo es aunque se niegue esto, si nació dentro de las condiciones prescritas por las disposiciones legales. El demandante, hijo de padres que podían contraer matrimonio antes de su concepción, era hijo natural del testador desde que éste lo reconoció. El testamento, que en tal caso contemplado apenas es acto declarativo de los vínculos familiares, no hizo otra cosa que aceptar de grado esa creación legal, confesarla. Después del testamento el demandante fue ya un hijo natural reconocido. Se puede decir en el testamento, como se dijo, que aquél es hijo ilegítimo simplemente, y éste sigue siendo hijo natural, desde que en el testamento se le reconoció. Y se pudo en ese tes-

tamento haber hablado simplemente de un reconocimiento de hijo, sin calificarlo, porque la calificación la da la ley: ese hijo reconocido sin calificación sería hijo natural. (Casación Civil. Diciembre 6 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2107-2108).....870, 2ª y 871, 1ª

— 259 —

RECUSACIONES (No pueden formularse de palabra)

La recusación no puede presentarse oralmente durante la práctica de una diligencia, así quede constancia escrita de ella, porque la ley ordena al recusante presentarla por escrito y con las pruebas en que se funde (artículo 76 del C. de P. P.). Pero de ninguna manera puede servir el anuncio verbal de una recusación como medio de hacer suspender la práctica de una diligencia, porque sería un medio expedito de frustrar la averiguación de un delito: bastaría que a todo juez de instrucción que avocara el conocimiento le formulara el sindicado oralmente la recusación en el momento de realizar cualquier prueba en que pueda o deba intervenir para que hiciera suspender el acto, lo que resulta inadmisible. (Sala Penal. Julio 31 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....615, 2ª y 616, 1ª

— 260 —

RECUSACIONES (Cuáles actuaciones puede realizar el funcionario después de haber sido recusado durante un sumario)

El texto del artículo 78 del C. de P. P. es perfectamente claro y no dá lugar a dudas de ninguna especie ni mucho menos a interpretarlo en el sentido de que el funcionario recusado puede resolver junto con la recusación todas las demás solicitudes pendientes. La norma que se examina, se repite, es muy clara y el simple tenor literal de ella está diciendo cuál es su contenido y alcance, es decir, suspender el proceso desde que se presente la recusación hasta que ésta se resuelva, o en otros términos, que el funcionario recusado no puede dictar ninguna providencia ni resolver ningún pedimento hasta tanto el incidente de recusación no se resuelva en forma definitiva. Sólo consagra dicho artículo una excepción cuando de sumarios se trata, cual es la de poder ejecutar los actos urgentes de instrucción. (Casación Penal. Octubre 19 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106). 621, 2ª

— 261 —

REDUCCION DE CREDITOS (La rebaja regulada por la Ley 37 de 1931 es definitiva)

No hay en la Ley 37 de 1932 ninguna disposición que establezca, ya expresa o implícitamente, que la efectividad de la rebaja aceptada por el acreedor sólo podría tener lugar siempre que el pago se hiciera durante el término en aquélla señalado para la suspensión del remate. Esa distinción no la estableció el legislador, y conocido es el antiguo aforismo que enseña que donde la ley no distingue no cabe al juzgador distinguir.

Por el contrario, lo que se desprende del texto claro del artículo 8º, es que la rebaja de la acreencia al setenta por ciento concedida por el acreedor al deudor, en juicio o fuéra de él, es de carácter definitivo, puesto que esa norma perentoriamente prescribe que en caso de que el pago no se hiciere dentro del plazo de diez meses que señala el inciso 3º del artículo 3º, el acreedor podía iniciar o proseguir el juicio para con el producto de los bienes embargados cubrirse "el crédito reducido" en la cuantía ya expresada. De la voluntad del acreedor dependía, pues, iniciar o proseguir el juicio una vez vencido aquel plazo; pero no quedaba condicionada a la presteza o actividad que pusiera en iniciarlo o proseguirlo la efectividad de la re-

baja que concedió, puesto que una vez otorgada ésta de su propia y libre determinación, la ley sólo le concedía el derecho de cubrirse el crédito reducido y no el monto inicial del mismo. (Casación Civil. Noviembre 23 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).....845, 2ª y 846, 1ª

— 262 —

REGISTRO (De títulos mineros)

La Corte ha sostenido que la falta de registro de un título minero, o su registro irregular, lo afecta de nulidad, teniendo en cuenta el numeral 2º del artículo 94 del Código de Minas, pero de acuerdo con el artículo 98, es una nulidad que puede sanearse haciendo el registro, lo cual es permitido aún durante el curso del juicio en el cual se haga valer el título, según lo prescrito en el artículo 100 del C. de M. (GACETA JUDICIAL, Nº 1984, pág. 533).

Mas ello no sería posible cuando en el interregno surgen derechos de terceros sobre los mismos minerales, o cuando la tradición del dominio no pueda tampoco operar porque en el mismo lapso se hubieren expedido disposiciones legales que imposibiliten la tradición. (Casación Civil. Junio 25 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104).....11, 2ª y 12, 1ª

— 263 —

REGISTRO (Retroactividad del)

El principio de la retroactividad del registro es inoponible a terceros, respecto de quienes ningún título sujeto a él surte efecto legal, sino a partir de la fecha de su inscripción. (Casación Civil. Junio 25 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104).....11, 2ª

— 264 —

REGISTRO (Valor de los certificados de los registradores)

Los certificados de los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados no constituyen sino elementos probatorios complementarios de los títulos que están sujetos a la solemnidad del registro, pero en nada modifican ni subsanan las irregularidades que pudieran haberse cometido en el registro de esos títulos. (Casación Civil. Noviembre 16 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).....792, 1ª y 2ª

— 265 —

REGISTRO (Su alcance antes de la vigencia del Código Civil)

Es obvio que antes de la vigencia del Código Civil Nacional de 1873, que asignó al registro el importante papel de transferir los derechos reales inmuebles, la inscripción no perseguía directamente la transferencia; pero como ésta era uno de los efectos legales que el título debía producir, ello no se realizaba si no se hacía la inscripción, ya que según el artículo 22 de la Ley 1556 de 1º de junio de 1844, sobre registro de instrumentos públicos y anotación de hipotecas, "ningún documento o acto público de los expresados en el artículo 4º de esta ley tendrá efecto legal, ni hará fe en juicio, ni ante ninguna autoridad o funcionario público, si no ha sido previamente registrado con las formalidades establecidas en la presente ley". (Casación Civil. Junio 25 de 1951. T. LXX. Nº 2103-2104).....8, 2ª

— 266 —

REGISTRO (De traspaso de derechos hereditarios)

"Al someter la ley a la formalidad del registro —ha dicho la Corte— ciertos títulos,

actos o documentos, no por mero capricho ordena que lleve el Registrador varios libros, en cada uno de los cuales han de inscribirse los diversos actos, no de modo arbitrario, sino de acuerdo con la naturaleza de cada uno de ellos. Ella se propone por este medio realizar los fines que consigna el artículo 2637 del Código Civil: no sólo dar mayor publicidad y autenticidad a los actos o contratos que mudan o limitan el dominio de bienes raíces, sino servir de medio de tradición de dichos bienes. Por tanto, no hay tradición del dominio de esta clase de bienes mientras no se registren debidamente los respectivos documentos o títulos, es decir, no sólo en el lugar de la ubicación del inmueble, sino también en el libro respectivo". (Sentencia de 26 de julio de 1930. G. J., Tomo 36, pág. 91).

El artículo 2641 establece que el Registrador debe llevar separadamente los siguientes libros: el Libro de Registro número 1º, para la inscripción de los títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los inmuebles, o varíen el derecho de administrarlos; el Libro de Registro número 2º, para la inscripción de todos los demás títulos, actos o documentos que deban registrarse y que no queden comprendidos en las clasificaciones del inciso anterior (el referente al Libro 1º) ni del posterior, o sea el Libro de Anotación de Hipotecas, ni en cualquiera otro de los libros creados por leyes posteriores para llevar en ellos determinados registros especiales.

Como lo expresa el artículo 2637 del C. C., los fines de la institución del registro son los de dar publicidad, autenticidad y seguridad a los títulos registrados, tanto respecto de las partes otorgantes, como de terceros, y estos fines no se cumplirán debidamente si la inscripción se hace en el Libro que no corresponde, pues la división establecida por la ley, tiene por objeto hacer más fácil o expedita la búsqueda de los extractos o registros en los libros correspondientes.

En esta materia no pueden ser aceptables las dudas o las vacilaciones, ni se puede presumir que la ley sea equívoca en cuanto a los libros competentes para efectuar el registro. La ley ha sido clara, precisa e inequívoca, porque sería de una extraordinaria gravedad admitir lo contrario. No es posible, por tanto, que se diga que la enajenación de derechos hereditarios en abstracto, quede bien hecha lo mismo en el Libro 1º, que en el Libro 2º, que en el Libro de Causas Mortuorias, y que siendo dudoso el asunto, hay que admitir la eficacia o validez de la inscripción en uno cualquiera de esos Libros.

La jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme en la materia, pero en los últimos fallos, a partir de mil novecientos cuarenta y dos, ha considerado que las escrituras de traspaso de derechos hereditarios han de registrarse en el Libro número 2º, porque no versan sobre traspaso, modificación, gravamen o limitación del dominio de inmuebles, para ser inscritos en el Libro 1º, ni menos sobre actos constitutivos de hipotecas o de cancelación de éstas, para que pudieran inscribirse en el Libro especial sobre la materia. No podrían inscribirse en el Libro de Causas Mortuorias, porque tal Libro está destinado exclusivamente para los títulos o actos que tengan origen en **un juicio de sucesión.** (Casación Civil. Octubre 16 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....471, 1ª y 2ª y 472, 1ª

— 267 —

REIVINDICACION (Demanda dirigida contra varios poseedores)

Jurisprudencia muy repetida de la Corte ha dicho que en la acción reivindicatoria es absolutamente necesario que se concreten e individualicen los inmuebles objeto de ella y se pruebe su posesión por el demandado. La circunstancia de existir un número plural de

demandados no exonera en forma alguna de tal requisito, que se deduce de la letra y el sentido de los artículos 946 y 952 del Código Civil.

Al respecto es necesario distinguir dos casos completamente distintos: cuando se demanda a diversas personas como poseedoras en común e indiviso de un terreno, y cuando se trata de diversos demandados que ocupan porciones separadas de un mismo inmueble, en forma independiente entre sí y con sus respectivas alinderaciones singulares. En el primer caso sí es suficiente la prueba de la posesión colectiva o de que el globo ocupado en común se halla dentro del inmueble cuyo dominio se establece en el juicio. Pero en el caso segundo, por el contrario, es indispensable que dicha prueba se individualice con el objeto de demostrar la posesión de cada uno de los demandados en su respectiva parcela y que ésta forma parte del globo general cuyo dominio pertenece al reivindicante. Y es porque en este último caso se está en presencia simplemente de una acumulación de acciones, iguales pero separadas, contra diversos demandados, cada uno de los cuales debe responder por la que contra él se dirige y a cada uno de los cuales se debe vencer en el juicio, mediante la comprobación de los elementos constitutivos de la acción incoada, en lo que a él se refiere. El actor podría en tal situación formular demandas distintas para cada uno de esos poseedores, y éstas podrían tramitarse en juicios separados, lo que no sería posible en la primera hipótesis. (Casación Civil. Noviembre 6 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2107-2108).....763, 1ª y 2ª

— 268 —

REIVINDICACION

El demandante es quien debe dar la prueba del derecho que intenta reivindicar, y no el demandado. (Casación Civil. Noviembre 19 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) .804, 2ª

— 269 —

REIVINDICACION (Identificación del inmueble)

Cuando de reivindicación de finca raíz se trata, la identificación de ella ha de estar conforme con el título del demandante, ya que es el dominio de éste el que ha de ser declarado en la sentencia, o rechazado por falta de alguno de los requisitos de la acción. (Casación Civil. Octubre 16 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2105-2106).....466, 2ª

— 270 —

REIVINDICACION (Prueba de la posesión por el demandado)

Como lo dijo la Corte, en sentencia publicada en los números 2048-2049, Tomo LXII, de la GACETA JUDICIAL, "De la acción reivindicatoria responde el poseedor actual de la cosa singular o de la cuota determinada proindiviso de cosa singular materia de aquélla. Si quien la ocupa niega tener ese ánimo, sencillo sería que toda acción reivindicatoria se frustrase, si esa sola negativa del demandado bastara como prueba de la falta de ese elemento, sin el cual, como queda dicho, no puede reputársele poseedor, aunque ocupe la cosa o esté ejecutando en ella actos que, vistos en sí se supongan posesorios. De otro lado, si a esta apariencia se atribuyera desde luego esa calidad, si esos actos hubieran de tenerse por sí solos como prueba de posesión, quedaría identificada con ésta la mera tenencia. Uno y otro extremo son un peligro para la justicia. A esquivarlo conduce el análisis de esos hechos, no limitado a su simple materialidad, sino extendido a cuanto revele si efectivamente van acompañados del

ánimo de dominio indispensable para que constituyan posesión". (Casación Civil. Septiembre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 405, 2ª

— 271 —

RESERVA DEL SUMARIO (Cuándo se viola)

La reserva del sumario solamente se quebranta cuando se revela, en todo o en parte, el texto o contenido de las piezas que forman el sumario, como perentoriamente lo dice el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal que regula la materia. El simple hecho de informar qué clase de delitos son aquellos por los cuales se sindica al procesado y el estado en que se encuentran los procesos correspondientes, no implica revelación del texto o contenido de las piezas que forman el sumario, para estructurar el ilícito de violación de la reserva del sumario. (Casación Penal. Julio 27 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 132, 1ª

— 272 —

RESERVA DEL SUMARIO (Cuáles datos pueden publicarse sin violarla)

La ley de prensa, en su artículo 34, no prohibe la publicación de la noticia de que se ha dictado auto de detención o de excarcelación, aunque sin indicar los "fundamentos de hecho o de derecho" en que se apoyen tales providencias, y los títulos y comentarios del periódico no se le pueden cargar al funcionario de instrucción, mientras no se demuestre que han sido hechos o siquiera inspirados por él. (Sala Penal. Julio 31 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 617, 1ª

— 273 —

RESPONSABILIDAD CIVIL (Diferencias existentes en cuanto a la prueba y al fundamento de las culpas contractual y extracontractual)

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han reconocido siempre dos clases de responsabilidad: la subjetiva, que acoge nuestra legislación, y se funda siempre en la culpa, probada o presunta, del autor, o de la persona de quien éste depende, o a quien pertenece el objeto con que se produjo el perjuicio, o en una presunción de peligrosidad que la conlleva, cuando el daño se causa por razón de actividades naturalmente peligrosas. Y la responsabilidad objetiva, o del riesgo creado, en la cual no cabe examinar si existió o no la culpa en el agente, sino que se deduce por el solo hecho del daño ocasionado. Del estado de culpabilidad a que conducen aquellas presunciones, se libra el responsable mediante la prueba de la ausencia de culpa, o demostrando fuerza mayor o caso fortuito, o intervención de un hecho extraño. De la responsabilidad objetiva, en cambio, no puede exonerarse: **ubi emolumentum ibi onus,** quien recibe el provecho, debe asimismo soportar las cargas.

Por lo tanto, no son equivocados los conceptos del Tribunal, cuando afirma que la responsabilidad extracontractual radica siempre en una culpa, y que para conformarla, no cabe acudir a las normas que rigen la responsabilidad por culpa contractual.

La responsabilidad que se origina en el "hecho de las cosas" se funda precisamente en los presuntos descuidos e imprevisión con que su propietario o poseedor las guarda o conserva. Y en cuanto al modo como debe acreditarse cada una de estas dos culpas, su naturaleza impone tan claras diferencias, que no es posible identificarlas: la responsabilidad extracontractual supone que, fuéra

de toda convención o acuerdo, se ha causado culposamente un daño a otro, por lo cual tiene éste derecho a ser indemnizado. La víctima tiene entonces que acreditar, real o presuntivamente, de acuerdo con lo expuesto hasta aquí, el hecho culposo, y, además, que ese hecho fue la causa determinante del daño. En cambio, la responsabilidad contractual parte de la base de que el deudor dejó por su culpa de cumplir una obligación previamente estipulada. Así, el acreedor sólo está obligado a probar el contrato, correspondiendo al primero, para liberarse, demostrar, contra dicha presunción, que lo cumplió, o que ha estado en imposibilidad de hacerlo (artículos 1604, 1730 y 1757 del C. C.). De esta suerte, la presunción de culpabilidad, que es principio general en la responsabilidad contractual, constituye apenas una excepción en la extracontractual, susceptibles las dos de ser desvirtuadas, en conformidad con los principios que gobiernan una y otra. (Casación Civil. Octubre 17 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) ..... 480, 1ª y 2ª

— 274 —

RESPONSABILIDAD CIVIL (De empleadores o patronos)

La responsabilidad civil en que incurren los empleadores o patronos por la culpa o hecho de sus agentes, no proviene directamente de un acto personal suyo, sino de la presunción de culpabilidad en que la ley les coloca, por la mala elección o por la falta de vigilancia y control sobre el modo como cumple el dependiente con las funciones que le han sido encomendadas. De ese estado de culpabilidad pueden sin embargo descargarse, probando una de dos cosas: su **ausencia de culpa**, esto es, que "con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no habrían podido impedir el hecho", o que su agente se comportó de un modo impropio, que "no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente" (artículos 2347 y 2349 del C. C.); o acreditando también, como es forzoso hacerlo cuando el daño se ha causado en el ejercicio de actividades naturalmente peligrosas, que éste se produjo por **fuerza mayor o caso fortuito**, o por la **intervención de un elemento extraño**, como la propia culpa de la víctima. (Casación Civil. Octubre 17 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 479, 1ª

— 275 —

REVISION

Como no pudo lograrse la ratificación de las declaraciones extrajudiciales traídas con la demanda, requisito indispensable para la apreciación del testimonio, de conformidad con el artículo 693 del C. J., aplicable por virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, y como no se aportaron otros elementos de prueba, tendientes a demostrar la irresponsabilidad del procesado, la Corte no encuentra base sobre qué situar el estudio del recurso de revisión interpuesto. (Casación Penal. Octubre 5 de 1951. T. LXX. Nº 2106-2107) 607, 1ª

— 276 —

RIÑA

La riña —según explícita doctrina de la Corte— consiste, no en un mutuo intercambio de expresiones injuriosas, sino en el de golpes.

Además, como la riña, en la categoría de imprevista, es circunstancia modificadora su reconocimiento —en procesos fallados por Jueces Superiores con intervención del Jurado— corresponde al Jurado —de acuerdo con la Ley 4ª de 1943 (artículos 28 y 29 y 499 del C. P. P.)— y no a los falladores de ins-

tancia. (Casación Penal. Julio 13 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) . . . 113, 2ª y 114, 1ª

— 277 —

RIÑA E INTENSO DOLOR

No basta que una riña sea precedida de ofensas o de injurias contra el autor del atentado contra la vida o contra la integridad personal, para que a los hechos concurran simultáneamente dos atenuantes especiales de la responsabilidad: la ira o el intenso dolor por grave e injusta provocación, y la riña imprevista. La tesis contraria es demasiado general, porque hay casos en que la ofensa o la provocación no es más que la causa generadora de la riña y carece de capacidad para producir en el agente ese estado psíquico especial que constituye la ira o el intenso dolor, caso en el cual sólo la riña, cuando tiene los caracteres de imprevista, se estructura como elemento modificador de la responsabilidad. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 96, 1ª

— 278 —

RIÑA IMPREVISTA

Bien sabido es que la imprevisibilidad de la riña es lo que da al homicidio o a las lesiones, dentro de ella causados, el carácter de circunstancias modificadoras de que trata el artículo 384 del Código Penal. La riña asume los caracteres de imprevista cuando se presenta de modo tan inesperado y casual que el combatiente no haya tenido tiempo para presumir siquiera su ocurrencia porque lógicamente ella —la riña— dentro de normales circunstancias no debía producirse. Por manera que no puede considerarse imprevista la riña para el que en cualquier forma la suscitare o para quien habiendo podido evitarla incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda.

Habrá homicidio y lesiones personales cometidos en riña imprevista, cuando el combate singular que produjo esos resultados, ocurrió sorpresivamente para el acusado, de tal suerte que ni el tiempo, ni el lugar, ni la circunstancia del momento le hicieran temer o esperar ese choque violento con la víctima. La riña imprevista, en una palabra, coloca al individuo dentro de un suceso fortuito que lo pone en trance de tener que aceptar un combate singular que, en otras normales circunstancias, hubiera seguramente rechazado. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) . . . . . 89, 1ª y 2ª

— 279 —

RIÑA (Cuándo puede considerarse imprevista)

No es doctrinariamente aceptable que toda riña provocada por el occiso equivalga, técnica y jurídicamente, a una riña imprevista, señalada en el Código Penal (artículo 384) como circunstancia modificadora de la responsabilidad, porque precisamente ese hecho de la provocación significa que los elementos estructurales de la riña imprevista, esto es la no querida con antelación al hecho, ni buscada por el delincuente, se encuentran comprobados, desde luego que si existe alguna clase de provocación por parte del occiso, en forma alguna el contendor en el lance dentro del cual se cumple el delito, se halla desprevenido o indiferente al ataque que pueda venirle de su ocasional adversario. (Casación Penal. Septiembre 14 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) 549, 1ª

— 280 —

RIÑA (El jurado debe reconocer explícitamente la imprevisión, para que se pueda considerar como imprevista)

Si en el veredicto se afirma la riña y se omite o calla lo concerniente a la imprevisión, elemento esencial que la califica, para catalogar el hecho en el artículo 384 del Código Penal, es porque el Juri deliberada y expresamente calló esa circunstancia, pues en su ánimo no estuvo el reconocerla. Si en la respuesta se reconoce el factor riña, sin afirmar que ella se suscitó de un modo imprevisto para el acusado, esa declaración sólo puede tenerse como una circunstancia de menor peligrosidad, pero en ningún caso como elemento sustancial que atenúe la pena. (Casación Penal. Septiembre 14 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 551, 1ª

— S —

— 281 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (Normas a que deben ajustarse los funcionarios para imponerlas a quien les falte al debido respeto)

De cómo debe ejercerse la facultad de imponer sanciones correccionales a quienes les faltan a los funcionarios al respeto cuando se hallan en ejercicio de sus atribuciones y el ultraje o injuria se deben precisamente a actos oficiales, trata el artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal.

Para que el ejercicio de esa facultad se ajuste al mencionado precepto, es preciso desarrollar la sanción sobre esas dos bases: la existencia del hecho irrespetuoso cometido contra el funcionario en ejercicio de sus funciones y por razón de ellas; y la sujeción a los términos y modalidades de procedimiento que una ley preexistente determine y concrete. (Casación Penal. Agosto 24 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....188, 2ª y 189, 1ª

— 282 —

SEGUNDA INSTANCIA (Competencia del juzgador de)

Tanto en el escrito de oposición presentado ante el Ministerio, como en la demanda con que aquélla se formalizó, la compañía opositora refirió sus pretensiones de dominio a doce minas, claramente identificadas por su nombre y linderos. En tales circunstancias, el Tribunal tenía legalmente la obligación de pronunciarse sobre el dominio de todas y cada una de dichas minas, tal como se le demandaba. Sin embargo no lo hizo, limintando su pronunciamiento a las siete primeras de las doce que enumera la demanda, para reconocerlo respecto de cinco y negarlo en cuanto a las otras dos; por lo cual la controversia sobre las otras minas ha seguido **sub judice** dentro de la primera instancia, por la sola consideración, expuesta en la parte motiva, de "no estar comprendidas dentro del terreno delimitado en la solicitud de concesión" a la cual se opuso la compañía que actúa como demandante en este juicio; sin parar mientes en que ese simple hecho en manera alguna puede equipararse a un desistimiento, que el Tribunal tampoco reconoció, y que, en definitiva era el único medio como legalmente habría podido justificarse esa omisión de la sentencia.

Pero como de acuerdo con el artículo 471 del C. J., en la parte resolutiva de la sentencia debe hacerse, con la debida separación, "el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, dando su derecho a cada una de las partes", síguese entonces, que al incurrir el Tribunal en el defecto anotado, violó de hecho el contenido de esta

norma legal, creando así la imposibilidad jurídica de un segundo fallo sobre materia que aún no ha sido calificada en primera. (Negocios Generales. Agosto 10 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104).....310, 2ª y 311, 1ª

— 283 —

SENTENCIAS (No puede revisarlas el Juez que las profiere)

No es posible la revisión de una sentencia por el mismo Juez o Tribunal que la ha proferido, porque a ello se oponen preceptos claros y expresos del procedimiento, tales como el que permite alegar las nulidades solamente hasta "antes de que se dicte la sentencia" (artículo 456) y, principalmente, el que estatuye que "la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado" (artículo 482). (Negocios Generales. Noviembre 30 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108).....953, 2ª

— 284 —

SENTENCIAS (Su cumplimiento.—Alcance de la norma del artículo 550 del C. J.)

La prohibición del artículo 550 del C. J. no excluye que el juicio que haya de seguirse para ejecutar un fallo judicial pueda seguirse ante el juez o tribunal a quien correspondió el conocimiento del asunto, en tratándose del lugar escogido por querer de los interesados.

El artículo 550 debe cumplirse estrictamente en las ocurrencias en que la naturaleza del asunto o la calidad de las partes no permiten elegir o aceptar domicilio, esto es, siempre que resulte inadmisible que intervenga la voluntad de las partes: la aceptación o elección tácita de domicilio o prórroga de competencia, sólo puede tener cabida en lo referente al lugar, al menos en principio, pero no en lo atañadero a la naturaleza de ciertos asuntos atribuídos a determinadas autoridades judiciales, por tanto, a la cuantía de las acciones, ni a la calidad de ciertas personas que sólo pueden ser juzgadas por determinados jueces.

Esto es lo que consagran los artículos 151 y 153 del Código Judicial al expresar 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 disposición expresa, y que, menos en algunos casos, "la competencia que se fija por razón del lugar es prorrogable". Que es lo mismo que decir que los interesados en un proceso pueden escoger un sitio u otro del territorio nacional para acudir a las autoridades judiciales competentes por la naturaleza del asunto o por la calidad de las partes, sin que por ello se quebrante el orden público.

No sucedía así en el antiguo código judicial, en el cual conocía de la ejecución de una sentencia el propio juez del conocimiento, aun cuando para el momento de iniciarse este juicio de ejecución la cuantía y aún la misma calidad de las partes hubieran determinado otra competencia, con lo cual quedaba de hecho prorrogada la que por su naturaleza era improrrogable. Para que tal resultado no pudiera producirse, para que en lo sucesivo no fuera posible entender prorrogada una jurisdicción que CONFORME A LAS REGLAS GENERALES no puede prorrogarse, se dictó en el nuevo código el artículo 550, cuyo sentido queda de esta suerte limitado a su verdadera y exacta finalidad. (Negocios Generales. Noviembre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) ...932, 2ª y 933, 1ª

— 285 —

SENTENCIA DESESTIMATORIA

La sentencia desestimatoria puede negar la acción por dos causas:

Primera. Porque el Juez considere como inexistente un hecho constitutivo del derecho o de la acción, o porque, sin negar el hecho afirmado por el actor, niegue su idoneidad para producir los efectos jurídicos afirmados por el demandante; y

Segunda. Porque el Juez, aún admitiendo la existencia del hecho constitutivo de la acción, considera al mismo tiempo como existente un hecho impeditivo o un hecho extintivo.

En el primer caso el Juez desestima pura y simplemente la demanda; y en el segundo caso, desestima la acción porque reconoce el hecho impeditivo o extintivo que la paraliza, esto es, una excepción. (Casación de mayo 31 de 1938, G. J. Tomo XLVI). (Casación Civil.—Diciembre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 856, 2ª

— 286 —

SERVIDUMBRE (Requisitos de la)

La servidumbre, según el artículo 879 del C. C., es una carga impuesta sobre una heredad para el uso y provecho de otra heredad perteneciente a otro propietario. De la definición se deduce que la servidumbre no es aplicable más que a los bienes raíces y que su existencia requiere dos inmuebles distintos, pertenecientes a dos propietarios diferentes. (Casación Civil. Noviembre 19 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) ...805, 1ª

— 287 —

SIMULACION (Diferencia con la nulidad)

Una de las diferencias sustanciales entre el contrato nulo y el ficticio es la de que en éste la voluntad de las partes persigue un fin distinto del contrato mismo, el cual surge como una simple cortina de humo, para ocultar el verdadero objetivo. En aquél, en cambio, el acuerdo de voluntades —que puede ser legalmente imposible por incapacidad absoluta de las partes o de alguna de ellas—, persigue en todo caso la efectividad del acto, pero éste surge viciado radicalmente en su causa o en su objeto, o sin la solemnidad exigida por la ley para que nazca a la vida del derecho. Lleva en sí el vicio que lo destruye. (Casación Civil. Agosto 29 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 74, 1ª

— 288 —

SIMULACION (La del contrato no conlleva la nulidad del instrumento)

Se pide en la demanda que, como consecuencia de la simulación, se declare nula la escritura que contiene el contrato ficticio, pero esta súplica es improcedente, pues la nulidad o inexistencia del acto o contrato nada tiene que ver con la del instrumento en que se hace constar, el cual será válido si reúne los requisitos que la ley determina (artículos 2595 del C. C. y 333 de la Ley 57 de 1887), por más viciado que aquél aparezca. Pero sí habrá de decretarse, como está pedido, la cancelación parcial del registro de tal escritura. (Casación Civil. Agosto 29 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 76, 2ª

— 289 —

SIMULACION ABSOLUTA

La simulación absoluta o integral o de esencia, ocurre cuando se celebra un acto ju-

rídico sólo en apariencia, sin contenido real alguno; la relativa, llamada también parcial o disimulación, consiste en encubrir los efectos jurídicos de un acto real que las partes han querido, con otro solamente realizado en apariencia.

El negocio absolutamente simulado carece de realidad jurídica. Apartada la apariencia engañosa que lo presenta como serio, nada queda de él; se ha roto el encanto, y la ilusión desaparece. Resultan, por ende, efímeras las transferencias y adquisiciones que tuvieron por base el acto simulado, ya que el enajenante no se despojó de los derechos transmitidos; inútiles los vínculos jurídicos contraídos. Ninguna modificación jurídica se realiza por virtud del acto simulado; la posición de las partes queda como antes, y los cambios ocurridos en las relaciones jurídicas resultan ilusorios, carecen de realidad, de contenido real. (Casación Civil. Noviembre 22 de 1951. T. LXX. Números 2107-2108) 840, 1ª

— 290 —

SIMULACION (Prueba de la)

Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe, en absoluto, o porque es distinto de como aparece.

El acto jurídico se estima verdadero, y por tanto, con fuerza material capaz de producir efectos, mientras la ficción o el disfraz no se prueben; y aún más: debido a la presunción de legitimidad que lo acompaña, basta su alegación para que produzca consecuencias jurídicas, correspondiendo a otros demostrar su ilegitimidad, ya que el derecho, como la vida, distingue lo normal de lo que no lo es y parte siempre del principio de la normalidad.

La simulación del negocio jurídico es un fenómeno anómalo, puesto que, normalmente, la voluntad manifestada corresponde a la voluntad verdadera. Incumbe, pues, a quien pretenda restar eficacia, o lograr una distinta de la que dimana normalmente de un contrato, probar el hecho anormal del conflicto entre la voluntad y su manifestación.

La prueba de la simulación incumbe, pues, a quien la alega y pretende sacar de ello consecuencias a su favor: ya al contratante que impugna el contrato contra la otra parte o a los terceros que dirijan su impugnación contra las partes contratantes.

Es lo mismo que la simulación se alegue por vía de acción o de excepción, pues el que excepciona debe probar, a su vez, el fundamento de su pretensión en contrario.

Si bien corresponde la prueba de la simulación a quien la alega, la jurisprudencia ha establecido diferencia para demostrarla, entre quienes otorgan el acto señalado como ficticio, o mejor, entre quienes lo llevaron a cabo y terceros de buena fe.

"Tratándose de demostrar ENTRE LOS CONTRATANTES la existencia de una simulación —ha dicho la Corte— 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 que entonces puede complementarse con testigos, presunciones e indicios, y con todo medio probatorio". (G. J. Tomo 43, pág. 830).

Cosa muy distinta sucede en tratándose de terceros que ya en su acción, como en caso de excepción por ellos propuesta, tienen amplio margen para utilizar, en defen-

sa de sus derechos, todos los medios legales establecidos para demostrar la verdad de sus afirmaciones.

Son terceros, todos aquellos que no han tomado parte en el contrato simulado y, por tanto, no deben sufrir legalmente sus efectos; es decir, que no son partes contratantes, ni herederos de éstas o sus representantes legítimos.

Son autores de la simulación, los que han realizado el contrato simulado. En igual situación se encuentran sus representantes y sus herederos. Aquéllos, por efecto de la representación, son considerados como verdaderos autores del contrato simulado; los otros, por título de sucesión universal, se colocan en la misma situación jurídica de sus causantes, continuando su personalidad.

Respecto a terceros, por consiguiente, ajenos a la simulación, la prueba no sufre restricciones: todo medio de establecer la verdad es admitido para descubrir la apariencia o la falsedad del contrato por el cual reciben un daño presente o la amenaza de otro futuro. No sería justo, en efecto, prohibir a los terceros la prueba testifical o de presunciones, puesto que se hallan siempre en la imposibilidad de procurarse una prueba escrita de la ficción llevada a cabo por otros, sin su intervención o consentimiento.

No sería lógico tampoco, dejar la prueba de su derecho sujeta a la eventualidad de que su contraparte confesara la simulación del acto que se le imputa. (Casación Civil. Noviembre 22 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) .....837, 2ª y 838, 1ª y 2ª

— 291 —

SINDICO DE SUCESIONES (Cuándo debe dársele aviso conforme al art. 79 de la Ley 63 de 1936)

El art. 79 de la Ley 63 de 1936 se refiere a juicios distintos del mortuorio mismo en los cuales alguien se haya apersonado como representante o sucesor de *un litigante o gestor en virtud de la muerte de éste.* Es decir, contempla el caso de que al morir una persona que actuaba en un juicio como litigante o gestor, pasa a representarla, por virtud de su muerte, otra persona que tenga el carácter de representante o sucesor del difunto.

Los juicios a que alude la demanda, según se afirma en los hechos, fueron entablados contra una sucesión, una vez muerto el causante. En ellos únicamente actuó en calidad de demandado uno de los herederos, como representante de la sucesión, sin que hubiera sucedido en la litis al causante. No era, por tanto, el caso de dar aviso al juez de la causa mortuoria ni al Síndico Recaudador del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

La anterior interpreación halla su confirmación aún más en la frase siguiente del artículo citado en la que se expresa que inmediatamente que tenga conocimiento el juez de la causa, del fallecimiento del gestor o litigante, debe dar aviso al juez de la causa mortuoria y al Síndico, en el mismo auto que sustancie la solicitud para que se reconozca al representante o sucesor del litigante. Es decir, contempla el caso de la muerte del litigante y la solicitud de su sucesor o representante para apersonarse en el juicio, al ocurrir la muerte de aquél. (Negocios Generales. Agosto 31 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....335, 2ª y 336, 1ª

— 292 —

SOCIEDAD (Aporte de bienes inmuebles)

La prueba del dominio en el demandante es uno de los requisitos indispensables para la prosperidad de la acción reivindicatoria y cuando ésta versa sobre un inmueble, aquella prueba, necesaria y legalmente tiene que consistir en la escritura pública debidamen-

te registrada (artículo 630 del C. J.), que acredite el derecho de propiedad en cabeza del reivindicante, ya que con ella, y sólo con ella, demuestra que por ese medio legal —la tradición— radica en él la condición de dueño alegada en la demanda.

Y el aporte en propiedad de bienes inmuebles a una sociedad entraña una enajenación que debe constar y ser hecha por medio de escritura pública, debidamente inscrita en el respectivo libro de registro de instrumentos públicos. Sólo así adquiere eficacia legal el aporte y se verifica la tradición del dominio del inmueble (artículos 749, 756, 1500, 1760, 2577 y concordantes del C. C.). (Casación Civil. Septiembre 18 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 435, 1ª

— 293 —

SOCIEDAD CONYUGAL

Al declarar la Ley 68 de 1946 que respecto de ciertos bienes continuarían aplicándose las disposiciones del Código, entendió que la Ley 28 de 1932 NO las había derogado en cuanto al patrimonio social existente desde antes de esa ley; es decir, que al referirse a dichas disposiciones, no pretendió revivirlas, sino que se aplicaran porque no se habían abolido. (Casación Civil. Agosto 28 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....384, 1ª

— 294 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Procedimiento que debe seguirse para su liquidación)

La liquidación de la sociedad conyugal— exceptuada la provisional que autoriza el artículo 7° de la Ley 28 de 1932 para que las sociedades existentes cuando entró a regir pudieran amoldarse al nuevo régimen patrimonial— no es objeto de una acción directa o principal. Viene siempre como consecuencia de la disolución del matrimonio, o del divorcio, o de la nulidad de aquél, o de la separación total de bienes, que son, todas ellas, causas de disolución de la sociedad (artículos 148, 152, 1821, 1830 y 1832 C. C.).

Con la sola excepción de la provisional del citado artículo 7°, que se tramita por el procedimiento breve y sumario del artículo 1203 del C. J., la liquidación de la sociedad conyugal se sujeta siempre a las disposiciones pertinentes de la sucesión por causa de muerte (artículos 203 y 1821 C. C., 795 y 802 del C. J.).

De suerte que en ningún caso la liquidación de sociedades conyugales se efectúa por el procedimiento ordinario, y no es aceptable que la liquidación definitiva "conlleva necesariamente el procedimiento señalado por la ley para ejercitar las acciones de nulidad de matrimonio o divorcio, de acuerdo con los artículos 782 y 784 del C. J.". Estas acciones se tramitan por la vía ordinaria, según lo disponen expresamente tales artículos, pero ya se ha dicho que la liquidación —consecuencial de ellas— tiene también, por disposición expresa, procedimiento especial, a lo cual puede agregarse que la separación de bienes, que no por ser simple deja de ser total, no necesita la base de una sentencia de nulidad del matrimonio o de divorcio (artículo 197 C. C.), aunque conlleva, como es obvio, la liquidación definitiva de la sociedad. (Casación Civil. Septiembre 12 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106).....422, 1ª y 2ª

— 295 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Responsabilidad del marido por las deudas)

Como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos, el marido, dentro del régimen jurídico de la sociedad conyugal imperante antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, era el único responsable respecto de terceros, durante la

sociedad, de todas las deudas, sin distinción de las sociales, de las personales suyas, personales de la mujer o contraídas por ella con mandato o autorización expresa o tácita del marido o nacidas de contrato celebrado de consuno por los cónyuges (artículos 1796, 1806, 1807, 1834 del Código Civil). El marido era el único deudor respecto de los terceros, como consecuencia natural y lógica de un régimen administrativo en que él disponía como señor y dueño de todos los bienes que integraban el patrimonio social. (Casación Civil. Octubre 16 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 461, 2ª

— 296 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Requisitos para disponer de bienes que pertenecían a ella, después de disuelta y antes de su liquidación)

Jurisprudencia inveterada ha establecido que una vez disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los contrayentes, no puede el supérstite disponer de los bienes que pertenecían a la sociedad conyugal, sin el consentimiento de los herederos y representantes legítimos del cónyuge fallecido. Para la validez del acto dispositivo, es indispensable la aceptación de estos últimos, cualquiera que sea el cónyuge por cuyo conducto los bienes hubieren ingresado a tal sociedad. Sin el cumplimiento de este requisito, se trataría de una venta de cosa ajena, que si bien es válida al tenor del artículo 1871 del Código Civil, lo es sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por prescripción, como el mismo texto lo advierte. (Casación Civil. Noviembre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108)... 768, 1ª y 2ª

— 297 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Su representación después de disuelta)

En varias ocasiones ha dicho la Corte que una vez disuelta la sociedad conyugal, se forma una comunidad a la cual representan, en caso de muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente y los herederos del fallecido. (Casación Civil. Noviembre 9 de 1951. Tomo LXX. Nos. 2107-2108).....768, 1ª

— 298 —

SUCESION (Los descendientes legítimos de un hijo natural premuerto representan a éste)

El artículo 1043 del Código Civil es absolutamente claro en cuanto determina que siempre hay derecho a la representación en la descendencia legítima de los hijos o hermanos naturales. No es, pues, cierto, como lo consideró el Tribunal que el demandante, por ser hijo de un hermano natural del causante estuviera excluído de su herencia por la cónyuge supérstite. Casualmente, en virtud del artículo citado, debido a su calidad de hijo legítimo, el demandante ocupa, en el orden sucesoral el lugar que le hubiera correspondido a su padre como hermano natural del causante. (Casación Civil. Noviembre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) .768, 1ª

— 299 —

SUCESION (Competencia para conocer del juicio de)

Tres son las condiciones que exige el artículo 152, ordinal 5º del Código Judicial, para determinar la competencia en los juicios sucesorios: a) la competencia se determina para estos juicios por razón del lugar; b) es competente, de manera privativa, el Juez del último domicilio del causante; y c) si el causante al morir tuvo su domicilio en diferentes municipios, será competente para conocer del juicio sucesorio, el juez del lugar donde el causante tuvo el asiento principal

de sus negocios. (Negocios Generales. Diciembre 6 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 961, 1ª y 2ª

— 300 —

SUFRAGIO (Alcance de este derecho)

No es inconstitucional el artículo 43 de la Ley 89 de 1948, en cuanto hace obligatoria para las elecciones presidenciales de 1950 la revisión de las cédulas de ciudadanía, en forma tal que quien no se haya sujetado a ella no tendrá derecho a votar, por cuanto teniendo el derecho de sufragio un carácter relativo en orden a su reglamentación legal, es obvio que el legislador pueda exigir determinadas calidades y condiciones para su ejercicio. Generalmente las leyes electorales implican una reglamentación o el sometimiento a determinados requisitos para ejercer el sufragio, comenzando por la necesidad de que el sufragante figure en las listas, hasta la moderna exigencia de que posea una cédula de ciudadanía. Aún antes de la vigencia de la ley acusada, si el ciudadano no tenía cédula o si no la había revalidado en el lugar donde quería votar, no podía ejercer aquel derecho; y aún teniendo cédula, si no figuraba en los registros, era imposible que pudiera votar. Y sin embargo a nadie se le ocurrió pensar que esas exigencias fueran contrarias a la Constitución no sólo porque la naturaleza del derecho de sufragio lo hace relativo, sino porque la misma Constitución, en su artículo 180, autoriza al legislador para reglamentar estas materias. (Sala Plena. Septiembre 21 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) ...363, 2ª y 364, 1ª

— 301 —

SUPLICA (Recurso de)

Propiamente hablando, lo que se pretende en este caso no es que se reforme o modifique el auto suplicado, por medio del cual el Magistrado sustanciador se limitó a decretar la exhibición de algunos documentos y a señalar fecha para la práctica de esa diligencia. Lo que en realidad se persigue es que se adicione el expresado auto, en el sentido de fijar para la práctica de la inspección ocular pedida por separado la misma fecha en que debía efectuarse la exhibición de documentos. Pero ésta es una cuestión que no se relaciona con el auto reclamado, sino que debe ser objeto de decisión del Magistrado sustanciador. (Negocios Generales. Julio 27 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ...281, 2ª

— 302 —

SUSPENSION (Cuándo hay lugar a la de un juicio civil por estar en curso un proceso penal)

El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal reglamenta el caso de una suspensión del proceso civil cuando se considere, en vista de una documentación que debe aparecer en el curso de ese proceso, que el fallo sobre "algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio" puede influir en la solución de la controversia civil.

Ese artículo 11 expresa que "cuando en el curso de un proceso civil se presentare algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio", se dará noticia a la autoridad correspondiente. Al Juez Civil corresponde CONSIDERAR el caso, es decir estudiarlo, y estudiarlo a la luz de las informaciones, autos y documentos de que trata el mismo artículo. (Negocios Generales. Julio 4 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 215, 2ª

— T —

— 303 —

TERMINOS (Suspensión de)

De acuerdo con el artículo 370, inciso 3°, del Código de Procedimiento Civil, los términos no corren en un determinado negocio, por enfermedad grave del apoderado de alguno de los litigantes o de su cónyuge, norma ésta que además otorga al Juez la facultad de hacer cesar la suspensión, conciliando la prudencia con los intereses de la otra parte. (Casación Penal. Septiembre 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 506, 2ª

— 304 —

TESTAMENTO VERBAL

Nuestro Código Civil ha establecido que las personas en ciertas circunstancias graves, en que no es posible observar los preceptos que rigen los testamentos solemnes u ordinarios, pueden testar con menos formalidades que las exigidas para aquellos, con el fin de asegurarles el ejercicio de un derecho importante, pero sin comprometer la verdad de las disposiciones testamentarias, los cuales actos se designan como privilegiados, por las especialísimas condiciones en que se realizan y permiten.

Entre los testamentos de tal índole, nuestra ley civil reconoce el verbal, que es aquel en que el testador hace de viva voz sus declaraciones y disposiciones, de manera que todos los testigos instrumentales le vean, oigan y entiendan, y que sólo puede otorgarse en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne (artículos 1090, 1091, 1092, del C. C.).

"La base de este privilegio es la CONDICION de que el testamento verbal sólo se otorga en caso de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne, y en efecto, el testamento verbal caduca sin necesidad de revocación y no tendrá valor alguno, si el testador falleciere después de los treinta días subsiguientes al otorgamiento o si habiendo fallecido antes, no se hubiere puesto por escrito el testamento, con las formalidades que van a expresarse, dentro de los treinta días subsiguientes al de la muerte". (Véase GACETA JUDICIAL, Tomo 49, pág. 561).

El estamento verbal será presenciado por tres testigos a lo menos (artículo 1090 del C. C.). Dada la redacción del precepto, se desprende que tácitamente, el legislador aconseja, siendo posible, emplear más de tres. No pueden ser menos de tres, pero sí mayor número.

Para poner el testamento verbal por escrito, el Juez del Circuito en donde se hubiere otorgado, a instancia de cualquiera persona que pudiera tener interés en la sucesión, y con citación de los demás interesados residentes en el mismo Circuito, tomará declaraciones juradas a los individuos que lo presenciaron como testigos instrumentales y a todas las personas cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer los puntos siguientes: 1° el nombre, apellido y domicilio del testador, el lugar de su nacimiento, la nación a que pertenecía, su edad y las circunstancias que hicieron creer que su vida se hallaba en peligro inminente; 2° el nombre y apellido de los testigos instrumentales y el lugar de su domicilio; 3° el lugar, día, mes y año del otorgamiento (artículo 1094 del C. C.).

Los testigos instrumentales depondrán sobre los puntos siguientes: 1° si el testador parecía estar en su sano juicio; 2° si manifestó la intención de testar ante ellos; y 3° sus declaraciones y disposiciones testamentarias (artículo 1095 del C. C.).

El Juez del último domicilio del testador, si no lo fuere el que ha recibido la información y si encontrare que se han observado las reglas prescritas y que en la información aparece claramente la última voluntad del testador, fallará que según dicha información el testador ha hecho las declaraciones y disposiciones, que expresará, y mandará que éstas valgan como testamento del difunto y que se protocolice como tal su acto (artículo 1096 del C. C.).

"No se mirarán —termina el artículo— como declaraciones y disposiciones testamentarias sino aquellas en que los testigos que asistieron por vía de solemnidad, estuvieren conformes".

Don Fernando Vélez, en su obra de Derecho Civil, refiriéndose al testamento verbal, dice:

"El Juez no debe declarar como disposiciones testamentarias sino las que claramente se comprendan y respecto de las cuales estén conformes los tres testigos instrumentales. Así es que disposición que no se entienda, o que un testigo diga de un modo y otro de otro, no será disposición testamentaria. Si los testigos no están de acuerdo en nada, lo que puede hacer presumir mala fe, entonces no habrá testamento, porque no se sabría con seguridad cuál era". (Tomo IV, página 204, número 292).

De lo indicado en los artículos 1094 y 1095 del C. C. se desprende, pues, que en el acto del testamento verbal pueden existir dos clases de testigos los que comparecen o son llamados a solemnizar el testamento, que el legislador llama testigos INSTRUMENTALES, y las otras personas que estuvieren también presentes en el momento del otorgamiento, por cualquier circunstancia, y a quienes el Juez puede llamar a testificar cuando lo estime necesario, para esclarecer alguno o algunos de los puntos atrás enumerados. Estas últimas personas son llamadas por los autores testigos "ilustrativos" o "informativos".

Como ya se vio, tratándose de declaraciones y disposiciones testamentarias, basta que haya contradicción de los testigos instrumentales para que desaparezca lo controvertido. Es decir, para desechar por ello aquella parte en que los testigos instrumentales no estuvieren acordes. (Casación Civil. Septiembre 4 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .....396, 2ª y 397, 1ª y 2ª

— 305 —

TESTIMONIO (Su improcedencia para establecer cuestiones técnicas o científicas que requieren peritazgo)

La prueba testimonial sólo es idónea cuando tiende a demostrar hechos perceptibles directamente por los sentidos. Ella no lo es cuando se trata de una cuestión técnica o científica que no puede ser establecida sino mediante dictamen pericial, en debida forma practicado y rendido (art. 705 del C. J.)

Sobre el particular se ha expresado así la Corte: "la comprobación de hechos sobre que declaran facultativos no se hace por medio de declaraciones. Es la prueba pericial la única aceptable en orden a establecer en procesos civiles la incapacidad de una persona como consecuencia de lesiones orgánicas. Los testigos no están habilitados para dar conceptos. Cuando se requiere establecer en un proceso civil hechos referentes a cuestiones técnicas o científicas, se recurre a la prueba pericial, que es fundamentalmente distinta de la testimonial (sentencia de agosto 29 de 1947. G. J., Tomo 62, pág. 874). (Casación Civil. Octubre 9 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) ...446, 2ª

— 306 —

TESTIMONIO DE PARIENTES EN ASUNTO CRIMINAL (Interpretación del art. 25 de la Constitución e inexequibilidad del 226 del C. de P. P.)

El propósito del constituyente no fue, ni mucho menos, el de rechazar imperativa y absolutamente la declaración de los parientes más próximos del sindicado, en consideración a la natural repugnancia que ofrece el hijo declarando contra su padre, el consorte contra su cónyuge, etc., sino la de asegurar a dichas personas el derecho de que carecen los particulares para elegir libremente entre los dos extremos de declarar o abstenerse a hacerlo, según la superioridad de los motivos que en los lindes infranqueables de su conciencia le compelan a obrar en un sentido o en otro.

Por esto, considera la Corte, que dentro del principio constitucional, que el artículo 227 del Código de P. P. reproduce, le está prohibido al investigador que conoce alguno de tales parentescos, hasta el simple acto de obtener la comparecencia del pariente para que diga si declara o no en la causa contra su pariente, porque, en el hecho, tal procedimiento implica una especie de coacción moral incompatible con la libertad que aquel principio garantiza, como base de la estructura y convivencia familiares que la sociedad es o debe ser la la primera interesada en mantener. No sucede lo propio con relación al mismo sindicado en cuyo favor sólo milita la consideración de su personalísimo interés, asegurado de hecho con la sola facultad que se le reconoce para contestar, libre de toda prisión o apremio, a las preguntas que se le formulen. Las declaraciones que en las circunstancias anotadas rindan aquéllos o éste, presentan mérito probatorio en conformidad con las reglas generales sobre crítica del testimonio.

La conducta del hijo declarando contra su padre, por ejemplo, es naturalmente repugnante a los más íntimos sentimientos de toda familia bien organizada. Por ello se comprende que se le reciba con desfavor en la comprobación de crímenes e infracciones que deban ser penalmente sancionados. Pero de la exactitud de este concepto no puede seguirse que por efecto de dicha repugnancia, aquella declaración exceda los límites morales que enmarcan la admisibilidad del testimonio humano, y por lo tanto, que no pueda constitucionalmente ser apreciada por el Juzgador. Porque —para seguir el ejemplo propuesto— no siempre el testimonio del hijo contra el padre está libre de móviles que en su conciencia son superiores a los deberes de solidaridad que la sangre le ha impuesto para con éste; como cuando se encuentra precisado a elegir entre el silencio con que el uxoricida justifica su delito, y el honor de la madre a quien aquél sacrificó. Entonces lo antinatural no sería por cierto la declaración con que el hijo se apresurara a salvar la memoria de su madre, sino el rechazo que la sociedad le diera a su testimonio, en guarda de una convivencia familiar que el delincuente destruyó.

Antes de toda ley, el individuo y la sociedad en que por naturaleza debe desarrollar sus actividades, actúan libremente, sin otras limitaciones que las que impone el Derecho Natural.

Al organizarse en estado, crea ya un orden jurídico positivo, que en su funcionamiento se rige por las normas y principios que configuran la ley fundamental, y que, desde luego, establecen un nuevo límite a la acción de quienes dentro de él deben moverse: individuo, familia, sociedad civil y autoridad, comprendidos en este último concepto no sólo el funcionario propiamente dicho sino en general todos los organismos del Estado.

Dentro de esa organización constitucio-

nal, los sujetos que la componen no pueden actuar ya sino dentro de la norma positiva fundamental, y apenas son libres para hacerlo sobre materia ajena a la previsión de sus textos o de los principios en que éstos se inspiran. Pero, como dentro del estado de relación en que se mueve el organismo jurídico, el derecho siempre es correlativo, resulta entonces que el sentido de la norma no puede ser rectamente interpretado y aplicado sino en función y sobre la base del respeto por los derechos que, correlativamente, se originan en aquélla.

Por esta razón, para que el legislador pueda válidamente ampliar el sentido de un precepto constitucional, es condición indispensable que la facultad o derecho que éste reconoce lo haya sido en interés exclusivo de una persona; porque si correlativamente a él funcionan intereses opuestos, entonces la ampliación con que se pretendiera favorecer al primero, automáticamente habría de traducirse en desconocimiento o violación del derecho de los otros, asímismo garantizado por el sentido exacto de la norma constitucional.

Esto supuesto, váase ahora cuál es el sentido de las normas que rigen dentro de la Carta la presentación del testimonio humano como elemento de prueba.

Desde luego el principio fundamental del orden jurídico en que se traduce la organización constitucional del Estado, determina para el individuo el deber ineludible de presentarse a declarar dentro de las causas en que se halla comprometido el interés social y, como consecuencia, el particular de la persona que recibe un daño; sin el concurso forzoso de su actividad, el mayor número de infracciones quedarían ocultas a los ojos de la justicia, y el orden jurídico seriamente comprometido por obra de la impunidad; por ello, quien se abstiene de cumplir dicha obligación, puede ser compelido por la autoridad, y hasta ser tenido como encubridor.

Sucede sin embargo, en gran número de casos, que el descubrimiento del delito y consiguiente responsabilidad de quien lo ejecutó se encuentra subordinado por modo principal o exclusivo al conocimiento de personas íntimamente ligadas por los vínculos de la sangre y del afecto familiar, para quienes el deber legal de declarar, pugna abiertamente con los derechos de solidaridad y convivencia armónica en que descansa la familia, y que el Estado es o debe ser el primer interesado en mantener. Para desatar esa pugna, la Constitución podía escoger uno de los dos caminos: el de prohibir total y absolutamente la posibilidad de que alguna vez el pariente declarara contra su pariente; o el de convertir en facultad lo que para los particulares, se ha visto, constituye un deber, a fín de remitir a los fueros de la concincia del propio interesado el derecho de escoger en cada caso la norma de su propia conducta. Y al efecto optó por el segundo, en los términos prescritos por e lartículo 26 que el demandante considera violado: "NADIE PUEDE SER OBLIGADO, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consaguinidad o segundo de afinidad".

Para el constituyente, pues, la familia no es el simple hacinamiento de seres humanos, a quienes la naturaleza unió con los lazos de la sangre, y la necesidad obliga a convivir bajo la sombra de un mismo techo; ello apenas representa la materia de la institución. La familia, en el concepto jurídico-social, es el núcleo organizado a través de los afectos en que se traduce toda una gama de obligaciones y deberes, de sacrificios y de privaciones, dirigidas al mejor estar y perfeccionamiento de todos y de cada uno de los miembros que le integran.

Pero acontece que no siempre ese conjun-

to de factores espirituales y morales que forman el alma de la familia logra supervivir a la acción delictuosa de quien estaba en el deber de cultivarlos, como cuando es el propio padre o hermano quien a través del incesto con la hija o con la hermana han acabado con la solidaridad espiritual en que naturalmente debieran convivir. Entonces no hay ni podía existir en la voluntad del constituyente propósito alguno de obligado silencio en el pariente, para que aquella familia pueda moralmente reconstruirse a través de un estado de corrupción garantizado por la sociedad, antes que con el correspondiente castigo que es también un medio de regeneración, y porque es el mismo presunto declarante la única autoridad que en su conciencia pueda balancear las repercusiones del ilícito dentro de la organización de su familia, la constitución le entrega la facultad de proceder en cada caso, en conformidad con los dictados a que ella misma le determine.

Se comprende así como, dentro del espíritu que inspiró al constituyente, en el precepto que se analiza, la facultad excepcional en que se traduce la prohibición prescrita al funcionario, ha de ejercitarse precisamente dentro de un estado de relación forzosa de intereses opuestos: los de la familia del responsable para que su pariente no declare contra él, con menoscabo de la armónica convivencia de sus miembros; y los de la sociedad y de la víctima, para que lo haga, y por este medio obtengan la sanción del delicuente.

Así las cosas, se ve muy claramente cómo la ley no puede, sin violar el mandato de la Carta, ni ampliar dicha facultad hasta los extremos de la prohibición, ni limitar su imperio a casos o circunstancias específicos; precisamente porque ejercitada la facultad en función de intereses opuestos, por el mismo hecho, cualquiera modificación que en su alcance natural pudiera hacerse conduciría al desconocimiento de un estado de derecho que la Carta le garantiza al favorecido con la libre determinación del presunto declarante.

Supuestas estas consideraciones, no puede entonces aceptarse, como lo estima el señor Procurador, que al prohibir la ley ordinaria el recibo del testimonio del pariente que de manera libre y espontánea se presenta a declarar en causa contra su pariente, apenas se limitó a ampliar la garantía establecida por la Constitución en obsequio de la unidad y convivencia familiares. Porque si la verdad no es, como se supone, que el fin constitucional sea simplemente el de proteger los derechos de la familia, sino que también ha tenido en cuenta los de la sociedad para castigar y del perjudicado para obtener la reparación civil correspondiente, entonces ya no puede mirarse la prohibición que el artículo 226 establece, como una simple ampliación de la garantía constitucional, sino más exactamente como la privación absoluta de los derechos que a estos últimos asiste, cuando quiera que el testigo encuentre en su conciencia, que son superiores éstos y otros intereses a los de la particular convivencia de la familia, y prefiera, en consecuencia, deponer contra su pariente. Por la sencillísima razón de que prohibida al Juez la facultad de recibir el testimonio, como lo hace el texto legal que se acusa, queda de hecho cerrada la posibilidad de sanción para gran número de delitos que, por su índole misma, no pueden comprobarse generalmente sino a través del dicho del pariente que quiere revelarlo. (Sala Plena. Diciembre 6 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) .....739, 2ª; 740, 1ª y 2ª; 741, 1ª y 2ª y 742, 1ª

— 307 —

TESTIMONIO

No toda manifestación de una persona,

cualesquiera que hayan sido las circunstancias en que la hubiera exteriorizado, le da a esa persona el carácter de testigo y a sus dichos el valor de prueba testimonial. Es necesario, para que esa manifestación asuma este carácter, que esté acompañada de aquellas condiciones y formalidades establecidas por la ley, con miras a conseguir la veracidad y sinceridad de las afirmaciones de quien depone y su absoluta imparcialidad acerca de la realidad objetiva de sus percepciones.

De ahí que, en el caso presente las manifestaciones hechas por un miembro del Jurado en el curso de la audiencia pública, no tengan el carácter de un testimonio ni pueda sostenerse que al hacerlas, aquel Jurado asumiera la calidad de testigo en el negocio dentro del cual se llevaba a cabo la audiencia. (Casación Penal. Septiembre 14 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 542, 2ª

— 308 —

TESTIMONIO

Para los efectos legales, equivale a lo mismo contestar "es cierto el contenido de la pregunta", que la reproducción del texto de la misma, ambas cosas prohibidas por el artículo 239 del C. de P. P., porque lo que la ley quiere es que el testimonio humano sea la expresión de una realidad que el testigo debe producir en su declaración, dejando en ella su propia personalidad, su propia sensibilidad, y no que se limite a afirmar lo mismo que se le pregunta. (Casación Penal. Julio 4 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 99, 2ª

— 309 —

TIERRAS (Aplicabilidad del art. 4º de la Ley 200 de 1936)

El artículo 4° de la Ley 200 de 1936 sólo se aplica a quienes, con dos años de anterioridad a su vigencia, se hubieran establecido en terreno inculto, sin reconocer dominio distinto al del Estado, y no a título precario. (Casación Civil. Noviembre 5 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 752, 2ª

— 310 —

TIERRAS (Requisitos de la prescripción especial regulada por el art. 12 de la Ley 200 de 1936)

(Véase "PRESCRIPCION (Requisitos para que tenga lugar la especial del art. 12 de la Ley 200 de 1936)" en este mismo Indice). (Casación Civil. Septiembre 13 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 431, 1ª

— 311 —

TRABAJOS PUBLICOS (Competencia de la justicia ordinaria para conocer de juicios por expropiaciones de hecho)

En varios fallos ha aceptado esta Sala que la justicia ordinaria es competente para conocer de la acción declarativa de dominio sobre terrenos ocupados por razón de trabajos públicos, pero agregando, en algunos de estos fallos, que no lo es para conocer de la indemnización o pago de tales terrenos, con fundamento en que esta última acción le está atribuída a la justicia contencioso-administrativa, de acuerdo con especiales disposiciones de la ley 167 de 1941.

Esta misma tesis acoge en su alegato el señor Procurador Delegado en lo Civil, pues al solicitar que se declare la excepción perentoria de petición de modo indebido, lo hace fundándose en que la justicia ordinaria es competente para conocer de la acción declarativa de dominio y de la acción reivindicatoria, pero no para conocer de la reclamación sobre pago de la zona ocupada.

Todos estos antecedentes jurisprudencia-

les y los muy importantes alegatos de las partes, llevan ahora a la Sala a plantearse los siguientes interrogantes:

¿Es caso congruente que la justicia ordinaria pueda declarar el dominio privado sobre terrenos ocupados por la Administración para trabajos públicos, pero que no pueda deducir ninguna de las consecuencias inherentes a ese derecho?

Y más concretamente todavía: ¿Si se demuestran los hechos necesarios para la reivindicación pero se llega a la conclusión de que ésta no puede decretarse por razones superiores de interés público, es posible que la justicia ordinaria carezca de competencia para ordenar el pago de los terrenos ocupados de hecho por la Administración, aún habiéndosele pedido subsidiariamente?

Planteado así el problema, estima la Sala que la cuestión suscitada por la Procuraduría no puede desatarse a la luz de las simples normas legales, sino tomando especialmente en cuenta los preceptos constitucionales que garantizan la propiedad privada frente a la Administración, como en seguida ha de verse:

Dice el artículo 76 del Código Judicial que 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...", entre las cuales indudablemente están comprendidas las que se relacionan con la propiedad; pero como la ley 167 de 1941, que es posterior a dicho Código, establece que la justicia contencioso-administrativa conoce privativamente de las indemnizaciones a cargo de la Administración por causa de trabajos públicos, incluyendo de modo expreso el pago de las zonas ocupadas por este motivo (artículo 33, ordinal 2º; artículo 52, ordinal 7º, y capítulo XXII del C. de lo Contencioso), de ahí se ha venido deduciendo que la justicia común no tiene hoy competencia para ordenar el pago de esas zonas.

Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es el poder judicial o justicia ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o interés social.

En efecto: el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o interés social no puede realizarse sino mediante SENTENCIA JUDICIAL E INDEMNIZACION PREVIA. Y el artículo 33 estatuye que "en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial..."; agregando además, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable de las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Corte cualquier acción que tienda a que se respete por la Administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella, debe ser del conocimiento de la justicia común.

Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de estas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la Administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en

otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

"La jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la autoridad judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la Administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien, desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la Administración en condiciones regulares y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir A FORTIORI cuando tales formalidades se han omitido". (Curso elemental de lo Contencioso-Administrativo, pág. 153). (Negocios Generales. Julio 6 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ...226, 2ª; 227, 1ª y 2ª y 228, 1ª

— 312 —

TRABAJOS PUBLICOS (Cuándo hay competencia en el Contencioso-Administrativo para conocer de acciones originadas en su ejecución)

La viabilidad o procedencia de las acciones declarativas no está determinada por el estado de incertidumbre en que respecto del derecho, pueda hallarse quien la ejercita; sino por la forma como en el juicio pueda acreditar la razón o fundamento del derecho que pretende. Ni ejercitadas contra la Administración las de restitución o la compensatoria de indemnización el fuero para decidirlas puede hallarse subordinado a aquel concepto, para así establecer si corresponde al de la Justicia Administrativa, más bien que al de la Ordinaria, o al contrario. Si así fuera, forzosamente tendríase que admitir la posibilidad de dos jurisdicciones respecto de acciones de la misma naturaleza, de una misma cuantía, y entre las mismas partes, con la consiguiente facultad para el actor de elegir entre las dos, en función del personal estado de certeza que tuviera a bien manifestar respecto del derecho cuya declaración demanda.

La acción de dominio o reivindicatoria es por su naturaleza restitutoria: "para que el poseedor —de una cosa singular— sea obligado a restituírla", según lo enseña el artículo 946 del C. C.; la propiedad, en estos juicios, apenas cumple la función de un hecho jurídico fundamental, no constitutivo, que el actor debe probar en el juicio. Pero como dentro de la organización constiucional de la función pública, les está asignada a los jueces ordinarios la potestad de decidir sobre todas las cuestiones que se susciten respecto de la propiedad, y entre ellas se encuentran naturalmente comprendidas las que dicen relación con sus atributos de uso y libre disposición, es obvio entonces que la aquí planteada no puede constitucionalmente desatarse sino por tales funcionarios, independientemente del estado de certeza que tenga el interesado sobre la titularidad misma de su dominio.

. . . . . .

Dentro de los principios de organización funcional en que se inspira la Constitución, corresponde al Organo Judicial el conocimiento y decisión de todas aquellas controversias que versan sobre el derecho de propiedad privada, o sobre cualquiera de sus atributos; y a la Justicia Administrativa, la de aquellas que se relacionan con actos de la Administración, propiamente dicha; todo ello, conforme a la reglamentación que para el efecto hace la ley, como así lo enseña expresamente la Carta Fundamental.

En desarrollo de tales principios, el Có-

digo de Organización Judicial estableció en su artículo 76, que corresponde a los Tribunales Superiores el conocimiento "de los asuntos contenciosos en que sea parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado...", sin excluir desde luego, los que versan sobre la propiedad privada; y posteriormente otra ley, la 167 de 1941 llamada también Código Administrativo, adscribió a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la facultad privativa para conocer de los litigios relacionados con indemnizaciones a cargo de la Administración, originadas en trabajos públicos, con alusión expresa a las zonas ocupadas por este motivo. Con lo cual ha venido a crearse un estado de contradicción respecto de la competencia del Organo Jurisdiccional llamado a conocer de estos problemas, orientado primero por la de la Justicia Administrativa, y rectificado luégo por la del Organo Judicial. Sobre el particular expresó esta Sala en su sentencia de 23 de mayo del año en curso, ratificándolo en otras posteriores proferidas a propósito de problemas análogos al que aquí se contempla, lo siguiente:

"Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión (la de la competencia administrativa), se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es al Poder Judicial o Justicia Ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicio de utilidad pública o interés social.

En efecto, el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o de interés social no puede realizarse sino mediante SENTENCIA JUDICIAL E INDEMNIZACION PREVIA. Y el artículo 33 estatuye que "En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al Organo Judicial...", agregando además, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del Poder Judicial o Justicia Ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la Administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de esas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la Administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

"La Jurisdicción ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la Autoridad Judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la Administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien, desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger

la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la Administración y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir A FORTIORI cuado tales formalidades se han omitido'. (Curso Elemental de lo Contencioso-Administrativo, página 163)".

De esta suerte bien puede concluírse que los preceptos de la ley 167 de 1941, relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causan en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos, sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una SIMPLE REPARACION DE DAÑOS producidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que —desde luego— no pueden considerarse extraños los que se siguen de una **ocupación** que, por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de INDOLE PURAMENTE TRANSITORIA o TEMPORAL; pero que son absolutamente inaplicables, cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante. Porque —vuelve a repetirse —tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (artículo 955 del C. C.), antes que de una acción puramente indemnizatoria, por el perjuicio producido, es a la Justicia Ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla.

Se comprende así cómo, limitado en esta forma el alcance de la acción administrativa en el particular, la prescripción bienal de que habla el artículo 263 de la expresada ley 167 de 1941 no puede entenderse sino para las que, de acuerdo con lo expresado anteriormente, resultan ser de la competencia contencioso-administrativa; y cómo también, respecto de las que ante ella se promuevan por concepto de simples ocupaciones temporales el término de dicha prescripción no puede comenzar desde que se "verifica la ocupación", como podría pensarse a la luz del segundo supuesto consignado en tal artículo, sino desde la fecha misma en que la ocupación termina, o sea, "dentro de los dos años de ocurrido el daño", según lo prevenido por este mismo precepto. La prescripción de las acciones indemnizatorias por ocupación indefinida o definitiva de la propiedad, y de que conoce la Justicia Ordinaria, sigue la norma general de las demás acciones civiles establecidas por el derecho privado. (Negocios Generales. Agosto 4 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) ...292, 1ª y 2ª; 293, 1ª y 2ª y 294, 1ª

— 313 —

TRABAJOS PUBLICOS (Competencia para conocer de juicios de indemnización por daños ocasionados con su realización)

La Sala de Negocios Generales de la Corte había sentado la doctrina de ser incompetente la justicia ordinaria para conocer de problemas relacionados con indemnizaciones a cargo de la Administración, originadas por trabajos públicos y en relación con zonas de terreno ocupadas por este motivo. Mas últimamente, a partir del fallo pronunciado con fecha 20 de mayo de 1951, hubo la Sala de rectificar tal doctrina para declarar la competencia de la justicia ordinaria para conocer de todos los asuntos o litigios atinentes a la propiedad privada en cuanto ésta pueda ser necesaria para un servicio de utilidad pública o interés social, doctrina ratificada en fallos posteriores y precisada en sus alcance y aplicación estricta. (Negocios Generales. Octubre 1º de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .....661, 1ª y 2ª

— 314 —

TRANSPORTE (Perjuicios por pérdida de mercaderías)

El artículo 308 del C. de Co. que es especial para el contrato de transporte no estatuye pago de intereses, y por lo mismo la estimación de los perjuicios debe hacerse sobre la base que ofrezca la carta de porte.

Sobre el particular la Corte, en sentencia de 27 de agosto de 1947, sentó la siguiente doctrina:

"Cuando se trata de pérdida de las mercaderías, la obligación indemnizatoria del transportador la concreta expresamente la ley al pago del precio que aquéllas tuvieron, a juicio de peritos, en el día y lugar en que debió verificarse la restitución, prescindiendo con esa regla fija y clara, del principio general del derecho civil que establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante y de toda la serie de complejos problemas que de ordinario suscita el definir ante los hechos hasta dónde llega el uno y el otro". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXII, pág. 719). (Negocios Generales. Agosto 8 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....306, 2ª y 307, 1ª

— U —

— 315 —

USUCAPION (Requisitos de la)

Para usucapir se requiere ante todo ser verdadero poseedor, esto es, haber tenido la cosa CON ANIMO DE SEÑOR O DUEÑO por el término exigido en la ley; y es claro que quien la tiene en representación de otra persona, a la que considera dueña, no ejerce posesión en su propio nombre, sino en nombre y provecho de la persona que representa.

El art. 2531 del C. C., regla 3ª, establece una presunción que califica la doctria de "mixta", por ser intermedia entre la DE DERECHO y la LEGAL. Sólo se admite en contrario la prueba de que concurren las dos circunstancias que la disposición enumera, y ninguna otra prueba, y por tanto, cuando en casos de prescripción extraordinaria se comprueba "la existencia de un título de mera tenencia" en el pretendido prescribiente, éste, para destruir la presunción de mala fe, debe establecer estas dos circunstancias: 1ª) Que en los últimos treinta años no ha reconocido expresa o tácitamente el dominio de quien se pretende dueño; y 2ª) Que ha poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo. (Casación Civil. Septiembre. 4 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) .....389, 2ª y 390, 1ª

— 316 —

USUCAPION (Prueba necesaria para la declaración judicial de)

El Código Civil y los artículos 5º y 8º de la Ley 120 de 1928 exigen de quien aspire a una declaración judicial de pertenencia, por prescripción adquisitiva, la presentación de las pruebas de que ha poseído realmente el inmueble, por el tiempo requerido por la ley para la prescripción y por medio de los hechos positivos que dan derecho al dominio según el Código citado. La misma exigencia rige para el opositor, porque hay una a manera de juicio doble, de tal modo que el deber que tiene cada parte de probar su derecho o los hechos que le incumben no exime a la otra parte de la carga de la prueba en lo que le corresponde, pero si ninguna prueba aduce el opositor, ello no basta para hacer la respectiva declaración de pertenencia por prescripción en favor del promotor del juicio, por la circunstancia anotada de que debe probar la posesión por el tiempo

y con las condiciones requeridas por la ley. (Casación Civil. Noviembre 16 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 793, 1ª

— 317 —

USURPACION DE JURISDICCION (Cuándo configura delito)

La usurpación de jurisdicción, estudiada en la extensión que le dá el art. 148 del Código de Orgánización Judicial, para que sea delito, requiere contenga los elementos, sea del prevaricato, sea del abuso de autoridad, ya que no guarda relación con el de usurpación de funciones públicas que define el estatuto penal. (Casación Penal. Septiembre 28 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) ...583, 2ª

— V —

— 318 —

VENDEDOR (Su responsabilidad por no entregar oportunamente la cosa vendida)

Hay presunción de culpa en el vendedor que no hace la entrega oportunamente.

Para exonerarse de responsabilidad debe destruir esa presunción, probando caso fortuito sobrevenido sin su culpa antes de estar constituído en mora (artículo 1604 del C. C.). Sin esa prueba, responde por los perjuicios que el retardo en la entrega haya causado al comprador (inciso 2º del artículo 1882). Ahora bien: respecto de los frutos que la cosa vendida haya producido o podido producir durante el retardo, no basta —para que el vendedor no esté obligado a restituírlos o a pagar su valor— que una fuerza mayor le haya impedido entregar la cosa en el tiempo debido, pues la imposibilidad de entregar puede ser independiente de la percepción de los frutos y de la posibilidad de producirlos. Sería preciso entonces que el caso fortuito, sobrevenido antes de la mora y sin culpa del deudor, recayera también sobre los frutos, es decir, que los destruyera o hiciera imposible su producción. Sólo así podría el vendedor liberarse de la obligación de satisfacerlos.

La obligación de indemnizar perjuicios, emana, pues, siempre de la culpa del deudor. La de restituir frutos o pagarlos surge de la mora en entregar lo vendido, aunque el retardo sea inculpable. Si lo primero, el deudor se defiende con el caso fortuito, que imposibilitó la entrega. Si lo segundo, tendría que probar además que la fuerza mayor refluyó también sobre los frutos e imposibilitó la producción. Quien está obligado, por ejemplo, a entregar la finca vendida dentro de cierto plazo, y sobreviene, antes de vencerse, un caso fortuito que se lo impide (un secuestro, v. gr.), no deberá perjuicios al comprador, porque no responde de lo imprevisto a que no pudo resistir; pero deberá los frutos que haya percibido o los que por su cuenta haya percibido, o podido percibir el secuestre, porque el caso fortuito no impidió la percepción. Pero si la fuerza mayor (inundación, v. gr.), no sólo imposibilitó la entrega, sino también la percepción y producción de frutos, no estará obligado a responder por éstos. Juega en esto el principio de que nadie puede enriquecerse sin causa justa y el de que somos responsables de toda negligencia que afecte el derecho de terceros. Porque si el deudor, o el secuestre que lo sustituye legalmente, en el ejemplo propuesto, se cruza de brazos y nada hace para percibir los frutos o para que la cosa los produzca, está perjudicando con su incuria al dueño de la cosa, con quien está en mora —culpable o inculpable— de entregar.

Por lo demás, la culpa es el resultado de una omisión, en tesis general. El deudor que quiera destruírla ha de probar el hecho contrario al negativo, en la medida que la ley determine, según la clase de contrato: el cuidado o diligencia que puso para cumplir

su obligación. Y desde luego la diligencia y cuidado han de emplearse oportunamente, antes de que la obligación se haga exigible, ya que la mora, por sí, implica culpabilidad. La prueba de la diligencia incumbe al que debió emplearla. La del caso fortuito al que lo alega (artículo 63 y 1604 del C. C. y 1º de la Ley 95 de 1890). (Casación Civil. Octubre 9 de 1951. T. LXX. Números 2105-2106) 452, 1ª y 2ª

— 319 —

VENTA (Acciones que nacen en caso de venta con relación a la cabida)

Los arts. 1887, 1888 y 1889 del C. C. generan las acciones allí previstas, en los casos varios que contemplan, en favor de la parte lesionada por la mayor o menor extensión real en relación con la cabida expresada en el contrato de compraventa; y, por ende, como es obvio, tales acciones exclusivamente competen al vendedor o al comprador, según sea el caso, y no pueden hacerse valer por personas extrañas al mismo contrato. (Casación Civil. Septiembre 4 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 392, 1ª

— 320 —

VENTA (Con relación a la cabida)

La medida aproximada no permite entender que la venta se ha hecho con relación a la cabida, pues ésta según el artículo 1877, debe, lo mismo que el precio total, resultar en todo caso de los datos del contrato, es decir, aparecer determinada o determinable, y lo aproximado significa indeterminación. Por eso, en sentencia de 31 de octubre de 1947 (G. J. Tomo LXIII, página 93) dijo la Corte: "La expresión de una cabida aproximada no es propiamente una estipulación contractual, porque sobre ella no pueden generarse obligaciones ni derechos, los cuales nacen en relación a la cabida cuando ésta es el motivo o móvil determinante del consentimiento, tomada aisladamente o en conjunto con otros particulares del inmueble; no siendo posible identificar jurídicamente este móvil, la referencia a un tamaño aproximado del predio es apenas una de las circunstancias a que se acude para individualizarlo, como la mención del paraje en donde se encuentre, del material empleado para sus cerramientos, etc.".

No es aceptable, pues, que la cabida aproximada sea factor funcional o determinante del precio, ni mucho menos que en tratándose de inmuebles rurales la cabida sea condición indispensable de toda venta, por costumbre inveterada en la vida económica de nuestro pueblo, afirmación que, sin base alguna en la ley, vendría a agregar un requisito esencial a la compraventa de esa clase de predios. (Casación Civil. Noviembre 21 de 1951. T. LXX. Ns. 2107-2108) 825, 2ª

— 321 —

VENTA (Cuándo se entiende hecha con relación a la cabida)

El artículo 1887 del C. C. habla de predio rústico, únicos a los cuales son aplicables ésa y la siguiente disposición, según lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia, fundándose, entre otras razones, en que el texto legal emplea el vocablo, como lo hacen los otros del Código Civil (496, 1813, 2036 y ss), cuando quiera que el legislador contrapone lo predios urbanos a los de aquella naturaleza para establecer distinciones entre ellos para determinados fines. Pero a falta de definición legal de lo que ha de entenderse por rústico, el significado propio de esta palabra, no siempre fácil de precisar, ha de buscarse acudiendo a su sentido

natural y obvio, según el uso general, aplicando las reglas del artículo 28 del C. C. y de allí aparece que la rusticidad de los predios se caracteriza por su destinación permanente a explotarlos por sus frutos naturales, a diferencia de los predios urbanos, en que el beneficio resulta de sus frutos civiles. El predio rústico, por ejemplo, no deja de serlo porque se acostumbre darlo en arrendamiento, si los arrendatarios lo toman para una explotación natural, ni influye necesariamente en su calidad el hecho de la ubicación, pues se comprende que dentro de los límites de una ciudad pueden existir fundos rústicos, del mismo modo que en el campo predios urbanos. Y si las dos modalidades se reúnen en un inmueble, éste será rústico o urbano según el elemento predominante, estimándose como tal el que tenga mayor valor económico. Una heredad se mirará como rústica si la buena calidad y el precio de sus tierras prevalece sobre las edificaciones en ella existentes, y al contrario, si éstas son más importantes y valiosas que aquéllas, la heredad deberá considerarse como urbana. Pero no se pierda de vista que estas ideas son simples pautas para ayudar a resolver, en cada caso concreto, en que pueden influir circunstancias diversas, lo que está más de acuerdo con la realidad y finalidad de las cosas.

Las disposiciones del Código que reglamentan la venta de predios rústicos con relación a su cabida son preceptos de excepción, en cuanto se apartan de las reglas generales. Así se explica que si lo vendido mide más que lo declarado, el comprador hace suyo el exceso con sólo aumentar proporcionalmente el precio, sin que pueda el vendedor evitarlo alegando que no ha vendido el excedente. Del mismo modo, si lo vendido mide menos y no puede el vendedor completar la cabida declarada, el comprador ha de conformarse con una disminución proporcional del precio, sin que le sea posible desistir del contrato cuando la diferencia no alcanza al límite señalado por la ley.

Y son también dichas disposiciones excepciones de las que regulan la venta de predios como cuerpo cierto, en que ni el vendedor ni el comprador tienen derecho de pedir aumento o rebaja del precio, sea cual fuere la cabida y aunque ésta se haya declarado en el contrato (artículo 1889 C. C.). El artículo 1887 establece en qué casos se entiende hecha la venta con relación a la cabida, para terminar diciendo que "en todos los demás se entenderá venderse el predio o predios como cuerpo cierto", lo cual constituye la regla, a que debe inclinarse el juzgador en los casos dudosos, en virtud del principio de que la disposición excepcional es de interpretación estricta. No es permitido extenderla a casos no comprendidos claramente en ella.

El artículo 1887, aunque impropiamente dice que se vende con relación a la cabida "siempre que ésta se expresa de cualquier modo en el contrato", da la pauta o criterio indipensable para que pueda considerarse que el fundo se vendió en atención a la medida de su extensión. Dicha pauta no es otra que la influencia determinante de la cabida en la estipulación del precio. Por eso, aunque el área se indique exactamente en el contrato, la venta será como de cuerpo cierto si no hay duda de que para los contratantes la cabida mayor o menor fue indiferente, no sirvió de factor decisivo en la fijación del precio. Y, a la inversa y con aplicación del mismo criterio, si en el contrato no hay dato alguno revelador de que los contratantes atribuyeron importancia principal a la medida superficiaria del terreno para convenir el valor de la venta, ni esa intención se demuestra por otros medios, no habría base legal para deducir que el negocio se pactó con relación a la cabida. Y mucho menos la habría si del contrato y de las otras pruebas del proceso puede inferir-

se rectamente la intención contraria. No habría entonces razón, para aplicar las normas de excepción en vez de la regla general, por más que la cabida exacta se haya expresado en el contrato.

La tarea del juzgador en tales casos es interpretativa de la convención, en busca de la intención de los contratantes, cuando el pacto no sea claro al respecto.

En sentencia de 31 de octubre de 1947 (G. J., Tomo LXIII, pág. 93) dijo la Corte: "se entiende efectuada una compraventa con relación a la cabida cuando es la extensión del predio móvil determinante que induce a contratar, y tal móvil se expresa en el contrato con entera certeza para que pueda reflejar en las regulaciones legales que dirigen esa modalidad del contrato; si el motivo o estímulo de la declaración de voluntad permanece extraño a la contratación, si se mantiene en el ánimo del comprador sin manifestarse legalmente, no puede comunicar ni imprimir al contrato ningún aspecto en cuya virtud el fin inexpresado obre más tarde para condicionar, para disminuir o para ampliar la eficacia de alguna de sus cláusulas. El artículo 1887 del C. C. destaca la compraventa por cabida como un fenómeno más o menos excepcional, reglamentado por la ley en previsión de su posible ocurrencia, pero que para adquirir virtualidad propia en el dominio contractual ha de manifestarse con inequívocos caracteres; entre estos actos es desde luego el más importante, como que absorbe toda la expresión del consentimiento condicionado, la exactitud en la enunciación de la cabida, sin la cual no es posible determinar el móvil ni darle consecuencias ulteriores en caso de discrepancia de lo pactado con la realidad objetiva, gobernada por el precepto subsiguiente al citado". (Casación Civil. Noviembre 21 de 1951. T. LXX. Números 2107-2108) .....822, 2ª, 823, 1ª y 2ª y 824, 1ª

— 322 —

VEREDICTO

Como ya lo ha dicho la Corte, una mera hipótesis, una duda, una opinión expresada por el Jurado, no puede obligar al Juez, porque "calificar" es apreciar o determinar las circunstancias de las personas, las cosas o los hechos, definir en suma, fallar o decidir. Si el Juez estuviera obligado a aceptar las hipótesis o dudas sugeridas por el Jurado en su veredicto, querría decir que la atribución conferida por la ley al Jurado para calificar los hechos podría dividirse, y así los Jueces de conciencia apreciarían parte de los hechos según su íntima convicción, dejando otra que tendría que ser apreciada por el Juez de derecho de acuerdo con la estimación legal de las pruebas, lo cual no consulta la naturaleza de la acción penal en los juicios por jurado. El Jurado debe, pues, afirmar o negar la responsabilidad del sindicado sobre los hechos, pues las conjeturas no pueden servir para condenar ni para absolver. (Casación Penal. Julio 27 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....130, 1ª y 2ª

— 323 —

VEREDICTO (Cuándo puede ser objeto de interpretación por parte del juez y qué alcance puede tener ésta)

En el Código Penal vigente no se da el carácter de circunstancia modificadora de la responsabilidad sino a la riña imprevista y reconocida de esta suerte, nítida y rotundamente por el Jurado, sin el empleo de expresiones vagas, porque esa modalidad, para tener tal alcance dado por la ley, no puede quedar sujeta a la libre y arbitraria interpretación de los Jueces de derecho, cuando el Jurado por no atreverse a decidir de plano la controversia judicial para

que se le convoca, como es su deber, se limita a dar una respuesta que en ningún momento ha sido objeto de encontrados pareceres, pues es apenas natural que su decisión deba recaer sobre hechos y circunstancias que por tener esa virtualidad y por estar dentro de la órbita precisa del juicio en conciencia, es procedente que al ser sometida a los Jueces de este carácter, sean ellos quienes la resuelvan, pero sin reticencias de ninguna especie, evitando así prolongar una controversia, en lugar de decidirla, como es su misión legal.

Pretender que en casos como éstos puede el Juez de derecho entrar en el examen de la realidad procesal para confrontar la decisión del Jurado con las pruebas del proceso, es desnaturalizar la misión de éste y equivale también a asumir una arbitraria actividad por parte del funcionario que debe decidir de conformidad con el derecho. Se desnaturalizaría la misión del Jurado, entre otros motivos porque al Juez le sería fácil prescindir de los términos del veredicto, tal como fueron consignados, para escudriñar su sentido íntimo con interpretaciones que en todo caso serían acomodaticias y que quitarían toda seriedad a la justicia, porqué mientras unos Jueces así las consideran, otros, con idénticas razones o por diferentes causas, les negarían ese alcance, provocando entonces la inseguridad de las decisiones penales, que tendría graves repercusiones en la lucha contra el delito. (Casación Penal. Septiembre 14 de 1951. T. LXX. Nos. 2105-2106) 549, 2ª

— 324 —

VEREDICTO (Alcance de la interpretación que del veredicto del jurado puede hacer el Juez de derecho)

Si el Jurado, interrogado sobre un hecho y sus circunstancias específicas, los admite o rechaza total o parcialmente o cambia por otros, los falladores no pueden por causa de los diversos criterios de apreciación y valoración probatorias —impuestos a los Jueces del hecho y del derecho— rechazar o admitir lo que el Jurado admitió o rechazó, ni restringir o ampliar lo que aquél amplió o restringió, al menos que su decisión contraríe en forma y grado tales la verdad procesal, que haga necesario e imprescindible la integración de un nuevo Jurado que corrija los yerros del primero. La preeminencia del Jurado es, pues, tánta en estos procesos, que sólo otro Jurado puede reafirmar o modificar su decisión, al menos que pueda ser interpretada en forma que no afecte tales preeminencia o soberanía.

Lo único que puede hacerse cuando no hay contradicción con los hechos probados, es interpretar esa decisión, esto es, desentrañar, con el recurso que dan los datos del proceso (las actas de la audiencia especialmente), cuál fue la intención del Jurado, cuál el alcance de su decisión o veredicto. (Casación Penal. Agosto 28 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) .....196, 2ª y 197, 1ª

— 325 —

VEREDICTO (En casación no puede declararse contrario a la evidencia de los hechos)

Si el veredicto es contrario a la evidencia procesal —veredicto contraevidente— sólo en las instancias del juicio puede tratar de subsanarse tal fallo, haciendo el Juez uso de la facutad que le confiere el artículo 537 del Código citado, declarándolo contrario a la evidencia de los hechos y convocando nuevo jurado, cuya decisión es definitiva. Pero tal cosa no puede hacerse en este recurso extraordinario de casación, porque la ley no ha consagrado entre las causales propias del recurso, la de ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos lo cual significa —co-

mo ya se dijo —que tal declaratoria es atribución exclusiva de los juzgadores de instancia. (Casación Penal. Julio 3 de 1951. T. LXX. Nos. 2103-2104) 87, 2ª

— 326 —

VEREDICTO (La Corte no puede declarar su contraevidencia)

La causal 2ª de casación no es aplicable en los juicios en que el Jurado ha intervenido, no sólo porque excluye el riesgo de desnaturalizar el objeto fundamental de la casación, que es el juicio sobre la sentencia, sino también porque su conclusión lógica sería la declaración de notoria injusticia del veredicto, hoy veredicto contrario a la evidencia de los hechos, causal ésta eliminada del nuevo estatuto procesal. (Casación Penal. Diciembre 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) 916, 2ª

— 327 —

VEREDICTO (Diferencias entre el contradictorio y el contraevidente)

La Corte, en reiterada jurisprudencia, ha distinguido siempre entre el veredicto contraevidente y el contradictorio, señalándole a cada cual su verdadero contenido.

La contradicción resulta de afirmar y negar a un mismo tiempo. Caso típico de un veredicto contradictorio es el de aquel que en su primera parte, por ejemplo, acepta la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio voluntario, y en la segunda lo declara irresponsable de ese mismo homicidio. Porque la contradicción está en la imposibilidad de conciliar el contenido de dos proposiciones una afirmativa y otra negativa, no pudiendo ser verdaderas y falsas a un mismo tiempo.

Veredicto contraevidente es, en cambio, el que enunciado en forma coordinada, con pensamientos claros, lógicos, en los cuales se advierte una uniformidad de expresión, sin embargo está en desacuerdo con la realidad de los hechos procesales. Y esta errada interpretación o apreciación de los hechos, fundamento y esencia de la causal segunda de casación, no es admisible en los juicios en que interviene el jurado, sencillamente porque la ley no ha consagrado la contraevidencia del veredicto como causal de casación. (Casación Penal. Diciembre 11 de 1951. T. LXX. Nos. 2107-2108) .....918, 1ª y 2ª

— 328 —

VEREDICTO CONTRADICTORIO (Su diferencia con el veredicto contraevidente)

Según la doctrina, hay veredicto contradictorio cuando lo integran dos proposiciones que se excluyen, que no pueden lógicamente coexistir, afirmativa la una, negativa la otra, como ser responsable y no serlo. Pero esto es muy distinto del veredicto contrario a la evidencia de los hechos del proceso, irregularidad ésta que no compete a la Corte subsanar, porque —como tanto se ha repetido— implicaría la restauración, de JURE CONDENDO de una causal expresamente eliminada en la nueva ley procesal. (Casación Penal. Agosto 28 de 1951. T. LXX. Números 2103-2104) 197, 2ª

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES LEGALES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXX DE LA GACETA JUDICIAL

NOTA: Las cifras de la columna "números" se refieren a los apartes de doctrina que componen este Indice. Los guiones que apa recen en la columna "artículos", indican que la correspondiente doctrina cita globalmente el Código, la ley o el decreto en referencia.

Artículos	Números
CONSTITUCION DE 1886	
120	138
ACTO LEGISLATIVO n. 3 DE 1910	
33	138
ACTO LEGISLATIVO n. 1 DE 1945	
77	254
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE	
23	118
26	202; 306
28	119
30	311; 312
33	311; 312
108	163
120	138
121	137; 138; 167
129	163
170	185
172	127; 254
173	180
178	96; 180
179	179
180	300
——	107; 254
CODIGO CIVIL NACIONAL DE 1873	
——	265

Artículos	Números
CODIGO CIVIL	
28	321
63	318
78 y sigts.	125
148	294
152	294
197	294
203	294
569	149
653	147
669	147
673	147
674	136
749	292
756	292
757	147; 149
769	245
778	236
783	147; 149
789	239
879	57; 281
892	30
893	30
946	267; 312
952	267
955	312
1013	149
1043	298
1090	304
1091	304
1092	304
1095	304
1203	294

Artículos	Números
1289	146
1290	146
1297	149
1304	146
1351	169
1390	216
1434	205
1500	292
1546	230
1595	200
1604	273; 318
1608	200
1610	226
1613	175; 215
1614	175; 215
1615	200
1617	175; 200
1730	278
1751	224
1757	273
1759	290
1760	290
1766	292
1797	295
1805	295
1806	295
1813	321
1821	294
1830	294
1832	294
1834	295
1870	237
1871	296
1877	320
1882, inciso 2º	318
1887	319; 321
1888	237; 319
1889	319; 321
1934	123
1974	12
2036	321
2038, regla 4ª	216
2341	169
2342	114
2344	224
2347	274
2349	174
2521	236
2531, regla 3ª	315
2534	239
2535	244
2577	292
2595	288
2637	266
2641	266
2652, ord. 2º	239
2681	239
Libro IV, Tit. 13	93
Libro IV. Tit. 33, cap. 2º	132
Título XLI, caps. 3º y 4º	244

CODIGO JUDICIAL

33, ord. 6º	83
146	2
147	2; 206
148	317
151	284
152, ord. 5º	299
153	284
170	89
205	88
258	11
232	151
272	125
300	140
309	201
321	208
330	152
333	164
370	303
391	15
398, num. 4º	8
448	159
448, regla 2ª	159
450	11
451	205
456	283
461	116
471	52; 88; 108; 160; 282
472	52; 108
473	99
481	160
482	283
520	50; 54; 58; 152
520, ord. 1º	55; 56; 57; 93
520, ord. 2º	63
520, ord. 6º	152
520 y sigts.	26

Artículos	Números
530	29
531	32; 33; 46; 108
550	169; 284
553	89
575	100
576	100
593	89
596	256
597	256
598, num. 3º	256
606	87; 89
630	292
662	162
693	275
705	173; 222; 305
706	222
708	222
709	222
719	222
720	222
724	171
727	171
737	88
738	35
758	256
782	294
784	294
795	294
1008, inciso 2º	128
1142	216
1203	37; 294
Lib. II, Tit. XII	15

CODIGO DE COMERCIO

308	314

CODIGO PENAL

5	141
7	141
9	141; 143
12	101; 169
19	84
20	84
25	187; 191
28	255
29	210
36	59
33	221
37	78; 221
37, num. 2º	77
38	221; 255
80	86
104	206
105	243
107	243
154	219
172	4; 5; 112; 113
295	118; 121
321	97
325	98
326	97; 98
362	78
363	221
363, ord. 5º	14
374	194; 231
375	231
382	191
384	278; 279; 280
385	221
——	107; 196

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

7	15; 29; 32; 33; 46; 108; 116; 169; 208; 275
8	169
9	206
11	168; 302
25	169
27	169
28	169
29	169
47, num. 1º	199
58	18
72	154
73, num. 1º	174
73, num. 5º	131; 154
73, num. 7º	157
76	259
78	2; 260
122	211
156	213
156, num. 2º y 3º	15
159	108
198	108; 212
198, num. 3º, 4º y 5º	208
199	108
199, num. 1º y 2º	208

Artículos	Números
226	306
227	306
239	308
255	90
276	271
294	15
379	118
383	117; 118
387	122
391	193
466	193
480	71; 184; 188
499	53; 71; 78; 81; 276
537	325
559	26; 28
563	29
565	29; 42
567, num. 3º	44; 71
569	42
571, ord. 5º	155
——	83; 196
CODIGO DE REGIMEN POLITICO Y MUNICIPAL	
59	201
310	281
——	282
CODIGO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	
33, ord. 2º	311
51	91
52, ord. 7º	311
121	126
122	126
263	312
——	311; 312
CODIGO DE MINAS	
94, num. 2º	262
100	262
CODIGO DE JUSTICIA MILITAR	
(Ley 3ª de 1945)	
233	41
——	107; 185

Artículos	Números
CODIGO FISCAL	
60	17
LEYES ESPECIALES	
Ley de 11 de octubre de 1821	
5º	233
Ley 1556 de 1844	
2º	265
Ley 57 de 1887	
333	288
Ley 153 de 1887	
40	196
91	290
Ley 95 de 1890	
1º	318
Ley 26 de 1913	
——	142; 143
Ley 20 de 1927	
12	192
Ley 120 de 1928	
5º y 8º	316
Ley 28 de 1932	
——	37; 293; 295
Ley 28 de 1932	
7º	294
Ley 37 de 1932	
1º	176

Artículos	Números
Ley 37 de 1932	
3º	261
Ley 50 de 1936	
1º	242
Ley 63 de 1936	
79	291
Ley 200 de 1936	
2º	241
4º	309
12	241; 242; 245
Ley 89 de 1938	
53	103
Ley 4ª de 1943	
28	188; 210; 276
Ley 4ª de 1943	
29	78; 182; 183; 184; 276
Ley 68 de 1946	
——	195; 293
Ley 89 de 1948	
1º	96
3º	127
43	300
DECRETOS	
Decreto Nº 2 de 1906	
——	125
Decreto Nº 37 de 1906	
—	125
Decreto 59 de 1938	
47	245
Decreto 898 de 1942	
——	94
Decreto 10 de 1950	
——	234
Decreto 003547 de 1950	
——	39
Decreto 3665 de 1950	
——	115
Decreto 0243 de 1951	
2º	100
Decreto 1197 de 1951	
——	41

INDICE ALFABETICO

- A -

Aclaración del Conjuez doctor Carlos Arturo Díaz a la sentencia de la Sala de Casación Penal que decidió el recurso de casación de Angel María Borja o Sepúlveda y otro ... 919

Acosta M. Francisco Luis y otro contra Marco A. Mejía y otra.—Juicio ordinario sobre pago de los frutos naturales y civiles de una finca vendida y no entregada oportunamente 448

Afanador Portila José o José Antonio.—Casación por homicidio..... 539

Alandete José Luis.—Cesación del procedimiento contra él y otros por cargos de prevaricato y abuso de autoridad como Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla 582

Albornoz Humberto contra Julia Guzmán.—Juicio ordinario sobre pago de unos honorarios profesionales 31

Alvarez Peña Pedro.—Sentencia condenatoria contra él por delito de concusión 537

Alvarez Peña Pedro.—Juicio contra él por concusión 596

Amador Electo Cádiz y otros.—Sumario contra ellos por abuso de autoridad 119

Antioquia (Departamento de) contra "Roldán & Cía. Ltda.".—Juicio ordinario sobre restitución de unas mercancías entregadas en depósito 678

Arango Juan de la Cruz y otros contra Luis E. Maya Arango.—Juicio ordinario sobre pertenencia de un inmueble 408

Araujo Grau Ramiro.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de prevaricato y de abuso de autoridad 567

Ardila García Hernando. — Recurso de hecho 528

Arias Emiliano contra José Crisanto Arias y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de la partición realizada en las sucesiones acumuladas de Cerbeleón Arias e Isidra Gamboa 468

Avella, Julia González de, contra Mario Avellaneda.—Juicio sobre separación de bienes. Recurso de hecho..... 421

- B -

"Barreneche Hermanos" contra María Cardona v. de Osorno y otros.—Juicio ordinario sobre renvindicación. 433

Barrero César Dimas.—Impedimento para conocer como Magistrado del Tribunal Superior de Tunja, de un proceso contra Josué N. Rojas y otros por delitos contra la salud e integridad colectivas 591

Barriga María contra Nelson Rodríguez Acosta y otros.—Juicio ordinario sobre ineficacia de unas cláusulas del testamento de Elena Barriga Samper de Rodríguez 44

Bernal María del Carmen contra José del Carmen Bernal y otros.—Juicio ordinario sobre simulación 71

Betancourt, Feliciana Insignares de, y otros contra Víctor M. Betancourt y otro.—Juicio ordinario sobre nulidad de una donación y sobre reivindicación 380

"Bierman & Cía. Ltda." y otro contra Jorge E. Melo.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por culpa contractual ... 858

Borja o Sepúlveda Angel María y otro.— Casación por homicidio 915

Botero Bernardo.—Impedimento para conocer, como Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, de un proceso contra el doctor José Salazar Restrepo por abuso de autoridad 133

Bravo Escobar, Encarnación Uribe de, y otros contra Argemiro Yepes y otros.—Juicio sobre carencia de efectos del juicio de venta y remate de un inmueble, seguido por el Banco Hipotecario de Bogotá contra Carlos A. Bravo Uribe..... 413

Bravo Felisa contra Catalina Muñoz.—Juicio sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal 847

Bula O. José A. contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pertenencia de unos terrenos y sobre reivindicación 287

- C -

Caicedo María Luisa contra los albaceas testamentarios de Joaquín Collazos.—Juicio ordinario sobre filiación natural 868

Capera Enrique y otros, como descendientes de los primitivos ocupantes del terreno de "Santa Ana", contra los colaterales consanguíneos de don Joseph Sanz de Oviedo, fundador del patronato de legos.—Juicio ordinario sobre reivindicación y sobre otros objetos 754

Carabalí Marcelina contra Francisco Luis Cano y otro.—Juicio ordinario.—Recurso desierto 798

Castañeda Elías.—Casación por lesiones personales 125

Castaño Antonio José. — Casación por robo.— Recurso desierto 121

Castillo Rodríguez Policarpo.—Casación por lesiones personales 609

Castro Osorio Roberto.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de detención arbitraria y prevaricato, como Comisario Especial de Arauca 894

"Compañía Explotadora del Nechí" contra la Nación.—Juicio ordinario sobre propiedad privada de unas minas 308

"Comunidad de Turipana" contra la Nación. Juicio ordinario.—Caducidad del juicio ... 629

Conde Girón Luis E.—Juicio contra él por el delito de abuso de autoridad (intervención en política) 174

Conde Girón Luis E.—Recurso de reposición contra la providencia anterior 181

Conde Girón Luis E.—Sentencia condenatoria por abuso de autoridad (intervención en política) como Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona 883

Conjueces de la Sala de Casación Civil 442

Constaín Alfredo.—Cesación del procedimiento contra él 569

Córdoba Tomás contra Roberto Pastrana.— Juicio ordinario sobre adquisición de unos inmuebles por medio de la prescripción ... 424

Correa Borja Ricardo.—Casación por el delito de injuria 606

Cristo Abraham contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos 669

Cuéllar Jaime.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad como Comisario Especial del Amazonas ... 186

- D -

Dávalos Cajas Raúl.—Solicitud de extradición 626

Decreto 1265 de 1941 (art. 60) y Decreto 1123 de 1942 (art. 53), acusados como inexequibles 1

Decreto 1895 de 1948, sobre Consejos de Guerra Verbales, acusado como inexequible ... 716

Decreto 1857 de 1951, sobre reorganización de la Corte 685

Díaz Granados Domingo (herederos de).—Excepciones en el juicio por jurisdicción coactiva seguido por el Juez de Ejecuciones Fiscales de Bogotá contra Rafael Suárez Girón y otros..... 632

Duque Gómez Antonio. — Recusación contra este Magistrado del Tribunal Superior de Manizales, para conocer de un proceso contra el doctor Octavio Londoño Ruiz 593

- E -

Escobar González Hernando.—Cambio de radicación de un proceso contra él, por homicidio 585

Escobar Lucy Cortés de, contra la Nación.—Juicio ordinario sobre perjuicios 312

- F -

Ferro Oliva contra Isabel Ferro de Buendía y otra.—Juicio ordinario sobre perjuicios 829

Ferrocarril del Pacífico contra "Estrada G. Hermanos".—Juicio ejecutivo. — Apelación de un auto 666

Fierro, María Antonia García v. de, y otros contra Francisco Alberto Sánchez o Fierro y otra.—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento 26

Flórez Pabón Ricardo.—Solicitud de libertad provisional 556

Forero, Concepción Muñoz de.—Juicio ordinario sobre adquisición de un bien por medio de la prescripción 787

Franco Justo. — Sobreseimiento definitivo en su favor y en favor de otros Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, por cargos de prevaricato 553

- G -

Gálvez Serafina y Dévora y otros contra Camilo Jaramillo y otro.—Juicio ordinario sobre reivindicación 770

Galvis Simón F. y otra contra la Nación.—Juicio ordinario sobre perjuicios 647

García H. Andrés y otros contra la Nación.—Solicitud de aclaración de la sentencia ... 301

García Luis Felipe y otro.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad (demoras), como Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué 561

García Francisco.—Casación por lesiones personales 165

García Rafael Ignacio.—Se impone una sanción disciplinaria a este Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá 724

Giraldo Villa Antonio José.—Casación por homicidio 906

Gómez Prada Agustín. — Impedimento para conocer, como Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte, de un proceso contra Hernando Ardila Gómez y otros ... 146

Gómez Mora Alberto. — Juicio contra él por el delito de detención arbitraria, como Juez del Circuito Penal de Guateque 876

Gómez Trujillo Gilberto. — Se impone una sanción disciplinaria a este Magistrado del Tribunal Superior de Cali 700

Gómez Manuel Ernesto contra Filomena Hernández de Gómez y otro.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa 490

Gómez L. Simón y otros contra la Nación.—Juicio ordinario sobre que unos terrenos y unos yacimientos petrolíferos son de propiedad privada 283

González, Aquilina López de, contra César Escobar y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento 393

González Elodia B. de.—Juicio sobre división de un bien común 807

González Emiliano contra el Departamento de Caldas.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 683

Grajales José M. contra Domingo González Juicio ordinario sobre reivindicación 481

Gutiérrez Dioselina y otros contra el Departamento del Tolima. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 945

Gutiérrez Dioselina y otros contra el Departamento del Tolima .—Solicitud para que se declare sin valor la sentencia 953

Gutiérrez Esteban y otros.—Casación por homicidio y otros delitos 208

Gutiérrez Mejía Pedro.—Cesación del procedimiento contra él por cargos de prevaricato como Magistrado del Tribunal Superior de Manizales 912

- H -

Henao Vanegas Heliodoro contra Rafael Piedrahita y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de uno ejecutivo y de un remate 370

Henao Juan Pablo contra Gonzalo Gil y otra. Juicio ordinario sobre reivindicación 750

Holguín Lloreda Jorge. — Proposición aprobada con ocasión de su fallecimiento 4

Hoyos T. Santiago M. contra Eduardo Garrido Campo.—Juicio ordinario sobre disminución del precio de una finca vendida por éste a aquél 818

- I -

Ibarguen Rentería Mauricio. — Casación por homicidio 903

Infante Rangel Luis.—Sobreseimiento definitivo en su favor por varios cargos y llamamiento a juicio por el delito de abuso de autoridad, como Magistrado del Tribunal Superior de San Gil 613

Infante Rangel Luis. — Recurso de reposición 619

- J -

Jaramillo Bernardo y otros.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad 143

Jiménez Hipólito.—Casación por homicidio 111

Jiménez Justino.—Casación por homicidio 140

Joya Sandoval Pedro Damián.—Casación por homicidio 558

Juyó Alfonso y José del Carmen.—Casación por corrupción de menores 148

- L -

Lecompte Henrique contra la Nación.—Juicio ordinario sobre reintegro de una suma de pesos 923

León Cortés Francisco contra los herederos de Juan Bautista León Cortés y otros.—Juicio divisorio 784

Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal) acusada como inexequible en sus arts. 29 y 226 726

Ley 88 de 1948, acusada por inconstitucional 368

Ley 89 de 1948, acusada por inconstitucional ... 353

López Méndez Virgilio.—Cesación del procedimiento contra él por cargos de detención arbitraria 920

- M -

Mafiol, Rafaela Armenta v. de, contra la Nación.—Incidente de liquidación de perjuicios 639

Maldonado Escudero David.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad (demoras) 171

Manotas Arturo F. contra la Nación.—Juicios ordinarios acumulados sobre perjuicios ocasionados por trabajos públicos 222

Manotas Arturo F. contra la Nación.—Incidente de liquidación de perjuicios 940

Mariscal Julio C. — Solicitud de extradición de este ciudadano ecuatoriano 191

Márquez Eurípides y otros.—Admisión del recurso de casación por rebelión militar 123

Martín Jorge contra Ana Forero de Gouffray. Juicio ordinario sobre pertenencia de unos terrenos, por haberlos adquirido por prescripción 386

Martínez Delgado Luis contra Juan de la Rosa Naranjo Ramírez y otras.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por culpa contractual 779

Martínez Landínez Jorge contra la Nación—Juicio ordinario sobre liquidación de una participación en unos bienes ocultos..... 245

Martínez Landínez Jorge contra la Nación.—Solicitud de aclaración de la sentencia anterior 253

Martínez Muñoz Ricardo y Rodríguez Narváez Alfonso.—Acusación contra ellos por cargos de responsabilidad como Magistrados del Tribunal del Trabajo de Pasto 588

Marulanda Alberto contra la Nación.—Acción ordinaria sobre pertenencia de unas tierras y unos yacimientos petrolíferos 276

Mayorga Ordóñez Pedro.—Casación por homicidio 521

Miranda José Dolores y otros.—Cambio de radicación de un proceso contra ellos por homicidio 527

Monje o Salamanca Olga contra la Nación. Incidente de liquidación de perjuicios 650

Morales P. Aníbal contra Eduardo L. Gerlein & Co.—Recurso de hecho 419

Morales José Vicente y otros Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. — Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de responsabilidad 880

Morales Nabor.—Casación por robo 514

Muñoz Celiano.—Casación por lesiones personales 101

Muñoz, Ernestina Dulce de, contra Leonilde Figueroa. — Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa 484

Muñoz Jesús. — Cesación del procedimiento contra él, por cargos de prevaricato como Juez de Menores de Medellín 117

Muñoz Realpe Teófilo.—Casación por homicidio 194

Murcia Francisco D. y otro.—Cambio de radicación de un proceso contra ellos por homicidio 97

Murcia Jorge Alberto y otro.—Cambio de radicación de un proceso contra ellos 623

- N -

Nación (La) contra el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, y otros.—Juicio ordinario 333

Nvarra Ludovico y otros Magistrados del Trabajo de Barranquilla. — Acusación contra ellos por cargos de responsabilidad 608

Nieto, Isabel Malo de, y otra contra la Nación.—Juicio ordinario 279

Nieto, Isabel Malo de, y otra contra la Nación.—Recurso de súplica contra el auto anterior 281

Nieto José A.—Casación por homicidio 534

Niño Aníbal.—Casación por lesiones personales 79

Núñez Ismael y otra contra Zacarías Luna V. Juicio ordinario sobre pertenencia de un inmueble por haberlo adquirido por prescripción 437

- O -

Ocampo José J. contra Joaquín Castrillón—Juicio ordinario sobre reivindicación 454

Oliveros Deogracias. — Casación por homicidio 183

Orozco Borrero Guillermo contra el Departamento del Huila.—Juicio ejecutivo 925

Ortega Tomás.—Solicitud de extradición ... 100

Ortega Víctor.—Sentencia condenatoria contra él por peculado culposo 159

Osorio Juan de J. contra Vicente Osorio.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 55

- P -

Parga Aquiles contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pago de unos emolumentos como miembro del Congreso Nacional..... 219

Perea Alejandro y otros.—Solicitud de extradición 886

Pérez Pacífico y Departamento de Antioquia contra Raimundo Moreno.—Juicio ordinario sobre reivindicación 328

Pérez, Sofía Delgado de, contra Plutarco Rueda Olaya y otra.—Juicio ordinario sobre derecho a una parte del valor líquido de los frutos de una casa 48

Pérez Vidal.— Casación por homicidio 115

Perilla Pompeyo contra la Nación.—Incidente de liquidación de perjuicios 234

Perilla Pompeyo contra la Nación.—Recurso de reposición contra el auto anterior 243

Pomar Alfredo.—Recurso de Casación.—Restitución de un término 506

Pretelt Mendoza Leonidas.—Juicio contra él por el delito de detención arbitraria 496

- Q -

Quintana Venancio.—Cambio de radicación de un proceso contra él por el delito de rapto 908

Quintero Ulises.—Casación por homicidio.... 204

- R -

Ramírez Hoyos Fabio.—Recusación para conocer, como Magistrado del Tribunal Superior de Manizales, de un proceso contra Heriberto García Cano 578

Restrepo Aureliano contra el Departamento de Antioquia.—Juio ordinario sobre devolución de unas sumas de dinero consignadas en depósito 634

Restrepo Julio Martín contra Haydée Eastman y otro.—Juicio ordinario sobre reivindicación 834

Restrepo "Luis Restrepo Isaza & Co." contra José Cozza.—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato 21

Restrepo Lotero Luis contra Carlos Franco. Juicio ordinario sobre el derecho al uso de una agua 800

Rengifo S. Abel y Timoteo contra Gregorio Rueda.—Juicio ordinario sobre reivindicación 401

Rengifo Porras Agustín.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de detención arbitraria y prevaricato 909

Richmond Petroleum Company y otros. — Aviso sobre exploración y explotación de unos yacimientos petrolíferos de propiedad privada en los municipios de Piedras y Venadillo (Tolima) 255

Rivera Luciano contra José Vásquez.—Juicio ordinario sobre pertenencia de un terreno ... 773

Riveros Zabulón.—Colisión de competencias para conocer del juicio de sucesión del mismo 960

Robledo Ricardo y otros contra la Nación y el Municipio de Manizales.—Solicitud de acumulación de juicios 935

Rojas Alejandro.—Casación por lesiones personales 531

Roldán Calle & Cía. Ltda. contra el Depar-

tamento de Antioquia. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 302

Romero Calderón Rogelio.—Casación por lesiones personales 891

Rubiano Jesús Alejandro.—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra él 602

Rueda Amorocho Alberto. — Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad 574

Russi R. Manuel Vicente contra el Departamento de Boyacá.—Juicio ordinario sobre cobro de una suma de pesos 654

- S -

Saavedra Isaías contra María Pinzón v. de Franco y otro.—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato 15

Sabanagrande (Municipio de). — Juicio sumario de oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos—Solicitud de restitución de términos 963

Salazar Albán José María.—Se sobresee definitivamente en su favor por cargos de detención arbitraria como Gobernador de Nariño 103

Salvamento de voto de los doctores Bruno y Gómez Prada a la sentencia de la Sala de Casación Penal en el proceso contra Alfonso y José del C. Juyó 157

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Rodríguez Peña al auto de la Sala de Negocios Generales que fijó el monto de la indemnización que la Nación debe pagar a Pompeyo Perilla y otros 242

Salvamento de voto del Magistrado doctor Rodríguez Peña en el juicio ordinario de Simón Gómez de Lavalle contra la Nación 286

Salvamento de voto del doctor Luis Rafael Robles a un auto de la Sala de Negocios Generales en el juicio ejecutivo del Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company 326

Salvamento de voto de los Magistrados Rodríguez Peña y Robles al auto de la Sala de Negocios Generales que declaró nulo lo acutado en el juicio ordinario de Pacífico Pérez y el Departamento de Antioquia contra Raimundo Moreno 332

Salvamento de voto de los Magistrados Rodríguez Peña, Gutiérrez Jiménez, Leiva Charry, Vásquez y Flórez, a la providencia de la Sala Plena que impuso una sanción disciplinaria al doctor Gilberto Gómez Trujillo 713

Salvamento de voto del Magistrado doctor Pablo Emilio Manotas a la sentencia de la Sala Plena que declaró inexequible el artículo 226 del C. de P. P. 743

Salvamenoto de voto del Magistrado doctor Luis Rafael Robles a la misma sentencia .. 745

Salvamento de voto del Conjuez doctor Luis Eduardo Gacharná a la misma sentencia.. 746

Salvamento de voto del Conjuez, Dr. Juan Francisco Mújica a la misma sentencia ... 748

Sampayo Dímas y otros.—Oposiciones a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional formulada por la Compañía de Petróleo de Cundinamarca 937

Sánchez Acosta Gustavo y otros contra el Departamento de Antioquia. — Juio ordinario sobre indemnización de perjuicios 965

Sánchez Tadeo y otra contra Hersilia González.—Juicio ordinario sobre nulidad de una hipoteca y sobre reivindicación 458

Sánchez Rivera Trino o Urbano.—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio 564

Santacruz Rita T. de, contra Pedro y Cayo Cardoso.—Juicio divisorio 64

Santander Héctor. — Cesación del procedimiento contra él por cargos de violación de la reserva del sumario 131

Santander Héctor y otros Magistrados del Tribunal Superior de San Gil. — Cesación del procedimiento contra ellos por cargos de responsabilidad 571

Soler Carlos J. contra "Gaseosas Limitada". Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 475

Soto Juan M. y otra contra "Parrish & Compañía S. A.".—Acción de indemnización de perjuicios 443

Suárez Julio.—Casación por homicidio 136

Suárez, María Ramírez de, y otra contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos .. 658

- T -

Taborda Arturo contra Matilde Neira y otro. Juicio ordinario sobre reivindicación 463

Talero, Marina Gutiérrez de, contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. Apelación de un auto 214

Tarud Jorge. — Cesación del procedimiento contra él, por cargos de falsedad y prevaricato 200

Tolima (Departamento del) contra The Dorada Railway Company Ltd.—Juicio ejecutivo.—Apelación de un auto 320

Tolima (Departamento del) contra The Dorada Railway Company Ltd. Recurso de reposición contra el auto anterior 928

Torres Rito Antonio.—Casación por homicidio 546

- U -

Urdaneta Arbeláez Roberto. — Proposición aprobada por la Corte con ocasión de haberse encargado de la Presidencia de la República 669

Uribe Díaz Iván.—Casación por homicidio ... 510

Uribe Mejía Pedro contra Roberto Escobar R. y otros.—Juicio ordinario sobre varios objetos 841

- V -

Valdivia (Municipio de) y otro.—Juicio sobre adjudicación de una mina que se encuentra vacante 5

Valencia Gómez Adán.—Casación por lesiones personales 598

Valencia Gallego José E.—Casación por homicidio 525

Valencia Echeverri Luis y otro.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad (demoras) 507

Vanegas Luis Alfonso y otro.—Casación por lesiones personales 106

Vélez Ramírez Néstor.—Casación por lesiones personales 889

Vengoechea Julio. — Impedimento para actuar, como Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla, en un proceso contra Saúl Salazar 901

Vergel, Sara Llanes de, contra la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Cúcuta. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 851

Villate Rafael.—Casación por homicidio 85

Viracachá Campo Elías.—Casación por lesiones personales 91

Viveros Espinosa Antonio María contra Pablo Triana B. y otro.—Juicio ordinario sobre reivindicación 765

- Z -

Zafra Luis.—Impedimento para actuar, como Procurador Delegado en lo Penal, en un proceso 520

Zalamea Lleras Enrique y otros contra la Nación. — Declaración de nulidad del juicio 217

Zapata, Ana Rosa Herrera de, y otros contra la Nación. — Incidente de liquidación de perjuicios 955

Zúñiga Jorge.—Casación por homicidio 126

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS MANOTAS Y SILVA REBOLLEDO

Hemos puesto a salvo nuestro voto en la decisión que precede, ante las siguientes consideraciones sobre el caso, objeto de ella:

El testador, acogiéndose a las disposiciones legales sobre testamento solemne abierto, dictó sus declaraciones de última voluntad al Notario, a presencia de tres testigos. Presenciaron el acto también, con ocasión del ejercicio de sus respectivas profesiones, el sacerdote confesor, el médico del paciente y el abogado que asesoraba al mismo en la confección del testamento. El testador falleció luego de hacer verbalmente las declaraciones y disposiciones del caso, pero antes de que ellas se hicieran constar en el instrumento que apenas si se encabezó.

Aunque aceptamos que, en general, el testamento solemne frustrado como el del caso que se contempla, valga como testamento verbal (esto es, en cuanto a las declaraciones del testador **en que estén conformes los testigos instrumentales**); consideramos que es testigo instrumental, y de primera categoría si se quiere, quien en su carácter de testigo oficial (Notario) escuchó las declaraciones de última voluntad, de labios del testador, ya que quien testa en casos como éste se dirige principalmente al Notario y es éste quien debe tomar más atenta, clara y precisa nota de ellas.

En el caso de estudio —insistimos en ello— no hubo dos testamentos: uno solemne otorgado ante Notario y tres testigos; y otro privilegiado verbal dictado sólo a quienes intervenían como "testigos instrumentales" del testamento solemne. No. Hubo **un solo** acto que se otorgó ante **cuatro personas**: la del Notario y las de los tres más llamados a escuchar la última voluntad del moribundo. Estas cuatro personas escucharon directamente las declaraciones que admitimos tengan, en principio, el valor de testamento verbal y las cuatro tienen, por tanto, el carácter de "testigos instrumentales" (C. C. 1904).

Mas como el testimonio de la persona del Notario no está de acuerdo en todo con el de las otras personas que escucharon el querer del testador, concluímos que el testamento sólo vale según la ley en aquello en que todos los **cuatro testigos estén conformes** (Reconocimiento de hijos naturales).

En síntesis, nuestro punto de vista es éste: la persona del Notario intervino realmente en el acto como primer testigo, como testigo oficial depositario de la fé pública; ese acto no se consumó solemnemente, y se admite que vale como testamento privilegiado. Pero siendo el acto uno solo (testamento solemne "frustrado", que vale como testamento verbal) hay que analizarlo en sí mismo, sin desfigurarlo, y, por tanto, considerarlo como acto que se surtió ante cuatro personas que deben calificarse de "testigos instrumentales" (C. C. 1094). No podemos aceptar, pues, que la persona del Notario, que escuchó como principal figura de la escena al testador, sea o llegue a ser considerada como persona extraña al acto que ante él principalmente se cumplió, ni aceptar tampoco que a dicha persona del Notario se le califique de simple testigo ocasional, al igual que al sacerdote o al médico que realmente no tuvieron parte principal en el acto.

En nuestro concepto, "testigos instrumentales" son en el testamento solemne las personas de que se asocia el Notario, **testigo por excelencia**, para dar fé del acto; y en el verbal las personas (tres o más, según el Código) a quienes se dirige especialmente el testador para hacerlos sabedores de sus disposiciones. En consecuencia, repetimos, si el otorgante se dirigió especialmente a la persona del Notario, figura central de la escena, es ilógico no reputar a éste como á testigo **instrumental** y de **excepción**, o pesar su declaración como la de simple testigo ocasional, para restarle o quitarle el valor frente a lo depuesto por los demás testigos principales del acto. (V. arts. 1094 y 1095 inciso final, del C. Civil).

La aceptación de nuestra tesis habría hecho,

como es obvio, cambiar el sentido del fallo, y esta consideración nos obliga a salvar el voto y a hacer la breve exposición anterior.

Pablo Emilio Manotas.—Arturo Silva Rebolledo.

Nota: Por un olvido, no fue pasada en oportunidad copia de este salvamento de voto a la Relatoría de la Corte, motivo éste por el cual la sentencia que aparece a las págs. 393 y sigts. de este Tomo LXX, fue publicada sin el anterior salvamento de dos de los Magistrados que integraban la Sala, y como su conocimiento es de importancia doctrinaria, y no sólo para el caso, éste el motivo de su inserción en el Indice del Tomo.

El Relator

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS «MUNDO AL DIA» CALLE 14, Nº 13-56 — TELEFONO 14-325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono Nº 14-325, y será atendido inmediatamente.