REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

'Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento'

(Siete Partidas: Partida 1a, Título I, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:
JULIAN MOTTA SALAS

'Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite'.

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LXIII - BOGOTA, COLOMBIA - NOVIEMBRE - DICIEMBRE DE 1947 - NUMEROS 2053 - 2054

SALA PLENA

ACUSACION DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º Y 7º DEL DECRETO NUMERO 928 DE 1943

El Decreto acusado fue sustituído por el 2004 de 17 de junio de 1947, y el artículo 7º del Decreto demandado fue derogado por mandato del artículo 1º del Decreto número 2010 de 1945. Y como ha sido constante jurisprudencia de la Corte el inhibirse de conocer de las demandas de inexequibilidad cuando ellas recaen sobre actos que han sido derogados, pues es obvia la sustracción de materia para decidir sobre ellos, la Corte Plena debe decidir en consecuencia absteniéndose de decidir la demanda de inexequibilidad presentada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, septiembre tres de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

El doctor Ignacio de Guzmán, ejercitando la acción que otorga a los ciudadanos el artículo 214 de la Constitución Nacional—antes artículo 149—ha solicitado que la Corte declare la inexequibilidad de los artículos 1º y 7º del Decreto número 928 de 1943 por medio del cual se dictaron disposiciones sobre control de precios.

Los textos demandados dicen:

"Artículo 1º No podrá ser materia de indebidas especulaciones, de precios excesivamente altos o irregulares, ni de acaparamiento, los artículos y elementos de uso y consumo diario. Se entiende como tales, los víveres, ropa, calzado, materiales de construcción, drogas y elementos de sanidad, combustibles, herramientas de trabajo, repuestos para maquinaria, semillas y demás utensilios agrícolas, textos y útiles escolares, alquileres de almacenes, tiendas y habitaciones urbanas".

"Artículo 7º El interventor tendrá, además, las siguientes funciones:

"Dictar disposiciones para establecer precios máximos; prevenir acaparamientos; organizar sistemas de racionamiento, ordenar la compra y venta de artículos de comercio; expedir y cancelar licencias de venta, impedir la expedición de licencias de importación y exportación; determinar la continuación o aumento de la producción de elementos de primera necesidad; decretar exenciones y ajustes en casos determinados, cuando lo crea necesario, y tomar todas las demás medidas convenientes para la adecuada ejecución

de las providencias contempladas en el presente Decreto".

El demandante considera que las disposiciones transcritas violan los artículos 26, 28, 38 y 39 de la Constitución Nacional, los cuales a raíz de la reforma del Acto Legislativo número 1º de 1945, corresponden a los números 30, 32, 39 y 76, respectivamente, de la Carta Fundamental vigente.

Respecto de la guarda constitucional, dice la Carta en su artículo 214:

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

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

"En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación".

Esta norma establece la competencia de la Corte Suprema para conocer de las demandas de inexequibilidad de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Constitución.

Mientras se discutía en la Corte el proyecto que había de resolver la situación planteada en la anterior demanda, el Gobierno Nacional, sustituyó el artículo 1º del Decreto número 928, en virtud del Decreto número 2004 de junio 17 de 1947, el cual, se publicó en el **Diario Oficial** número 26457 del 21 de junio del presente año.

La disposición nueva dice lo siguiente:

"Artículo 8º No podrán ser materia de indebidas especulaciones, de precios altos o irregulares, ni de acaparamiento, los artículos y elementos de uso y consumo ordinario. Se entienden como tales, los víveres, ropa, calzado, materiales de construcción, drogas y elementos de sanidad, combustibles, herramientas de trabajo, repuestos para maquinaria, semillas, abonos y demás utensilios agrícolas, textos y útiles escolares. La enumeración anterior está hecha por vía de ejemplo.

"Tampoco podrán ser objeto de indebida especulación: a) los alquileres de casas y departamentos residenciales urbanos, piezas de habitación aisladas, o en casas particulares o en casas de inquilinato; b) casas o locales para escuelas, colegios, clínicas o establecimientos de beneficencia; y c) locales y oficinas para usos profesionales, comerciales o industriales..."

De la confrontación del texto demandado del Decreto número 928 de 1943, con el que acaba de transcribirse, se deduce que éste sustituyó a aquél en todas sus partes.

Igualmente, se halla derogado el artículo 7º del mismo Decreto demandado número 928 de 1943, y lo fue, por mandato del artículo 1º del Decreto número 2010 de 1945, que dice:

"Artículo 1º A partir de la fecha queda suprimida la Interventoría de Precios, creada por el Decreto número 928 de 1943..."

Ha sido constante jurisprudencia de la Corte el inhibirse de conocer de las demandas de inexequibilidad cuando ellas recaen sobre actos que han sido derogados, pues, es obvia la sustracción de materia para decidir sobre ellos.

En el presente caso, se halla comprobada la inexistencia de los artículos 1º y 7º del Decreto número 928 de 1943, por lo cual, la Corte Plena debe decidir en consecuencia.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación, se abstiene de decidir de la demanda de inexequibilidad presentada por el doctor Ignacio de Guzmán en contra de los artículos 1º y 7º del Decreto número 928 de 1943.

Cópiese, notifíquese al señor Procurador General de la Nación, dése aviso al señor Ministro de la Economía Nacional y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro Castillo Pineda — Víctor Cock—Francisco Bruno — Agustín Gómez Prada, Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Hinestrosa Daza—Ricardo Jordán Jiménez—Alvaro Leal Morales—Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca—Domingo Sarasty—Eleuterio Serna—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

El artículo 1036 del Código Judicial es disposición meramente adjetiva o procedimental.

Si el remate, al traspasar la finca del dominio del deudor primitivo a las manos del rematador no altera en manera alguna el derecho del acreedor hipotecario a perseguirla, no se halla razón para que el acreedor no citado demande la anulación del remate. El acreedor hipotecario citado debidamente tiene en favor de la efectividad de su crédito las ventajas de estar alerta y presente en su día; la falta de citación, haciéndole perder esa oportunidad y con ella las consecuencias de su presencia en ese juicio, es de suponerse desde luego que lo perjudica; pero esto es muy distinto de lo atañedero a la influencia de esa falta sobre el juicio y el remate. El acreedor hipotecario no puede demandar la nulidad del remate porque carece de interés jurídico, puesto que, cabalmente por no haber sido citado, ni el rematador queda exento de la acción persecutoria. En firme el remate, el rematador mismo o cualquiera persona a quien él traspase la finca responderá de la acción hipotecaria, en poseyéndola, según el artículo 2452 del Código Civil. Y anulado el remate, de idéntico modo la finca es perseguible por el acreedor hipotecario, sea que se conserve en manos del deudor primitivo o que éste la haya traspasado a otros. Así las cosas, si no importan esos posibles cambios para que, quienquiera que sea el poseedor, la finca se persiga, ningún interés jurídico asiste al acreedor hipotecario para demandar que el remate se invalide.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali de 18 de septiembre de 1946, confirmatoria de la del Juzgado Civil del Circuito de Palmira, en el presente juicio ordinario seguido por Manuel Higinio Salazar contra Julio Pizarro y Adolfo y Juan Jacob Camacho con los fines que se verán adelante.

Antes de entrar en materia, se anota la censurable lentitud con que cursó la segunda instancia. Cada auto de mera sustanciación requirió más de un mes para dictarse, y cuando al fin entró el asunto al despacho para sentencia el 1º de julio de 1942, pasaron años enteros sin proyecto, que se presentó en junio de 1945 y que no quedó acogido hasta septiembre de 1946. En verdad una actuación atropellada puede poner en peligro el acierto, necesitado siempre de meditación y reposo; pero no puede ni debe ser éste tan excesivo que lo sacrificado sea la justicia misma, cuya tardanza suele equivaler a su falta.

Más aún deplora la Sala un sistema de discusión, si acaso así puede llamarse, de los proyectos como el atestiguado por las notas de la Secretaría del folio 10 del cuaderno 2º, según las cuales en el presente juicio el proyecto pasó y volvió individual y singularmente a cada Magistrado, sin deliberación conjunta, sin estudio colectivo, sin que todos ellos se comunicasen verbalmente sus opiniones como la ley manda, sin duda por ser esto lo indicado y hasta indispensable para llegar con el mayor acierto posible al establecimiento corporativo de los precedentes y de la doctrina jurisprudencial, en forma, por otra parte, más cordial y expedita.

Para el cobro de una suma de dinero que aparece contraída por los Camachos en favor de Pizarro, éste les siguió juicio ejecutivo y les persiguió un inmueble que acabó por aparecer rematando por cuenta del crédito. Ese inmueble estaba hipotecado en favor de tercero cuya citación a ese juicio se ordenó pero no se llevó a cabo, a pesar de lo cual se procedió al remate.

Del crédito asegurado con tal hipoteca es dueño Salazar como cesionario, y en esta calidad y

en el concepto de que la falta de citación antedicha causa nulidad, entabló el presente pleito contra Pizarro y los Camachos para que se le reconozca su calidad de dueño del crédito como cesionario y para que se declare nulo el remate, su aprobación y su registro y la sentencia de pregón y remate del mencionado juicio ejecutivo, y para que se les condene a indemnizarle perjuicios y pagarle las costas.

La sentencia del Juzgado decretó todo lo demandado, salvo tan sólo la indemnización de perjuicios. No habiendo apelado Salazar, esta acción y problema quedaron fuera del debate. La apelación de los demandados llevó el asunto al Tribunal, quien confirmó el fallo del Juez, como ya se dijo.

El Tribunal se funda en que el artículo 451 del C. J. erige en causal de nulidad en el juicio ejecutivo "la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes" y en que una de esas formalidades es la referida citación al acreedor hipotecario, ordenada en el artículo 1036 **ibídem**; de suerte que la omisión de esta cita produce aquel efecto.

El abogado recurrente opina que la citación no es formalidad de dicha clase y que al reputarla tal y hacerle producir este resultado, el Tribunal interpretó y aplicó indebidamente ese artículo 1036, por lo cual acusa, aduciendo como causal de casación, la primera de las establecidas en el artículo 520 de esa obra.

El abogado de su contraparte se opone a que se tenga por demanda de casación la que así se formula, porque este motivo 1º consiste en violación de disposiciones legales sustantivas y el artículo 1036 no tiene este carácter.

Efectivamente, es procedimental y atiende al lleno de una formalidad de este orden. Más todavía: la citación es la de tiempo atrás establecida por el artículo 2452 del C. C. Como es sabido, cuando lo embargado en una ejecución es un inmueble, debe presentarse certificado del Registrador sobre su propiedad y los gravámenes que tenga, y si de ese certificado resulta que hay créditos hipotecarios, a los respectivos acreedores debe citárseles. A esto proveía la Ley 105 de 1890 en sus artículos 239 y 240, advirtiendo que ello con el objeto de que hicieran uso de sus derechos mediante tercería. Esa ley en su artículo 241 agregaba: "Sin que conste haberse hecho estas citaciones no se procederá al remate de la finca".

Hoy el C. J. (Ley 105 de 1931) provee a la certificación en el artículo 1008 y a la orden de citación en el 1036, concebido en estos términos: "Si del certificado del Registrador expedido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1008 aparece que el inmueble que se va a rematar tiene hipotecas, el Juez debe cumplir lo prevenido en el artículo 2452 del Código Civil".

Es, pues, evidente la calidad de meramente procedimental del artículo 1036. Por tanto si la acusación fuera tan sólo la de violación de él, se impondría la conclusión aludida del opositor sobre ausencia de una demanda de casación propiamente dicha. Pero el recurrente no se limita a ese cargo, sino que lo extiende en forma de deducir de él el quebranto de disposiciones inequívocamente sustantivas, como son los artículos 2452 y 756 del C. C., en cuanto de la falta de citación deriva el Tribunal la nulidad del remate y no la consecuencia que a esa falta asigna el primero de estos artículos, y en cuanto con la anulación invalida el título de dominio nacido del remate y de su inscripción por el Registrador.

Éstas circunstancias bastan para demostrar que sí hay demanda de casación, es decir, materia de estudio por la Sala para decidir el recurso. A este fin se considera:

Las formalidades a que se refiere el artículo 451 del C. J. para erigir su falta en nulidad son las que miran al remate en sí mismo, a las solemnidades de este acto, algunas de las cuales son, por decirlo así, hasta materialmente indispensables, como el avalúo de los bienes que se van a rematar; también figuran entre ellas, según los casos, los anuncios de la licitación con la anticipación que la ley detalla, los pregones, etc.; y no es de entenderse que entre tales formalidades figure lo que no atañe a ese acto y su solemnidad, como por ejemplo, la citación de terceros.

El remate es un acto solemne y, desde el punto de vista del traspaso de los bienes rematados al dominio del rematador, es una compraventa en que el vendedor está representado legalmente por el Juez. (C. C., artículo 741).

Este artículo del C. C. establece que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada "sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido". Exceptúa al tercero que la haya adquirido en pública subasta ordenada por el Juez, advirtiendo, eso sí, que "para que esta excepción surta efecto a favor del tercero, deberá hacerse la subasta con citación personal en el término de emplazamiento de los

acreedores que tengan constituídas hipotecas sobre la misma finca".

Mientras rigió la Ley 105 de 1890, era de indagar si la redacción prohibitiva de su transcrito artículo 241 determinaba nulidad del remate hecho sin esa citación, por transgredir una disposición legal; pero desaparecida esa disposición y rigiendo hoy tan sólo la del citado artículo 1036 que se limita a ordenar la citación prevenida en el artículo 2452, el problema cambia, pues ya no cabe algo distinto de lo que esta última disposición establece tan claramente como acaba de verse al transcribirla.

Si el remate al traspasar la finca del dominio del deudor primitivo a las manos del rematador no altera en manera alguna el derecho del acreedor hipotecario a perseguirla, no se halla razón para que el acreedor no citado demande la anulación del remate. Conviene recordar que, conforme al artículo 2440 del C. C., "el dueño de bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario".

No se ocultan a la Sala las razones que llevaron al legislador a ordenar la citación de los acreedores hipotecarios; más aún, aun sin detenerse en esas razones, le bastaría hallar que esa citación está ordenada por la ley, para reconocer que es un deber del Juez proveer a ella y que en manera alguna es plausible que se omita. Simplemente se estudian las consecuencias de la omisión en relación con el remate mismo y con la tramitación del juicio en que se llevó a cabo.

El acreedor hipotecario citado debidamente tiene en favor de la efectividad de su crédito las ventajas de estar alerta y presente en su día; la falta de citación, haciéndole perder esa oportunidad y con ella las consecuencias de su presencia en ese juicio, es de suponerse desde luego que lo perjudica; pero esto es muy distinto de lo atañedero a la influencia de esa falta sobre el juicio y el remate. Acerca de perjuicios, ya se vio que esta súplica de la demanda quedó descartada de la controversia.

Lo contendido es la nulidad del juicio ejecutivo y del remate, en relación con los cuales queda visto que la falta de citación del acreedor hipotecario no puede producir aquel efecto y, cardinalmente, que este acreedor no puede demandarlo, porque carece de interés jurídico, puesto que, cabalmente por no haber sido citado, ni el rematador queda exento de la acción persecutoria. En firme el remate, el rematador mismo o cualquiera persona a quien él traspase la finca responderá de la acción hipotecaria, en poseyéndola, según el citado artículo 2452. Y anulado el remate, de idéntico modo la finca es perseguible por el acredor hipotecario, sea que se conserve en manos del deudor primitivo o que éste la haya traspasado a otras. Así las cosas, si no importan esos posibles cambios para que, quienquiera que sea el poseedor, la finca se persiga, ningún interés jurídico asiste al acreedor hipotecario para demandar que el remate se invalide.

Lo dicho hasta aquí, no sólo impone la admisión del recurso y la consecuencial invalidación de la sentencia recurrida, sino que impone que la que ha de reemplazarla sea absolutoria.

Numerosas pruebas y alegaciones distintas de las aquí estudiadas o aludidas, obran en el proceso. Estudiado éste por la Sala con el detenimiento debido, a nada de eso se refiere aquí, porque en todo es ajeno a lo que constituye la sujeta materia del litigio, a la cual debe concretarse el sentenciador como prescriben los artículos 471 y 593 del C. J. Que fueran ficticias la deuda de los Camachos en favor de Pizarro y la ejecución seguida para su cobro; que hubiera confabulación también en no actuar como ejecutado sino uno de los Camachos para poder ser secuestre el otro; que el secuestro se aprovechara por ellos indebidamente a fin de despojar a quien tenía la finca en arrendamiento por escritura pública, son hechos que, ciertos o no, pueden tener suma trascendencia, pero ninguna para lo que forma materia del pleito. Otro tanto ocurre con que el aludido arrendatario vendiera sus mejoras a una persona que después las vendió a Salazar incluyendo el arrendamiento, o que la dueña y arrendadora al contraer la deuda hipotecaria manifestara autorizar al arrendatario para que la pague.

Esas circunstancias y otras más traídas innecesariamente al debate, dan por de pronto a éste una apariencia de complicación. Al estudiarlo se destaca con sencillez su problema efectivo que, por lo ya dicho, si cifra simplemente en si la falta de citación del acreedor hipotecario anula el remate, o más aún y con mayor simplicidad, si esa falta de citación inviste al dueño del crédito hipotecario de la acción correspondiente, es decir, si éste tiene personería sustantiva para incoarla, caso de que tal acción exista.

Ya se vio cuál es la respuesta que debe darse a estas cuestiones.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de dieciocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis y, revocando la del Juzgado Civil del Circuito de Palmira de veintidós de julio de mil novecientos cuarenta y uno, falla este pleito así: no hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda inicial, de cuyos cargos se absuelve a los demandados.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez — Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

OPOSICION A LA POSESION DE UNAS MINAS

En nuestro derecho la pretensión de propiedad particular sobre las minas no se configura sobre las mismas bases que el dominio sobre el resto de los bienes susceptibles de apropiación; aquélla se instituye con fines de utilidad general representada por el Estado; éste, ante la imposibilidad de explotar por sí mismo los minerales, para provecho común confía tal labor a los particulares a quienes recompensa reconociéndoles sobre las mismas diversas clases de derechos, precarios todos, sujeto el más estable a eventos resolutorios previstos en interés del Estado y que sólo guarda semejanza, pero en caso alguno identidad, con lo que en derecho civil se llama dominio. En esta ordenación nuestra ley apenas encauza la herencia conceptual recibida al respecto de la Corona Española; ésta desde las Ordenanzas de Felipe II, quien las promulgó en San Lorenzo el 22 de agosto de 1584, y que forman la ley 4ª, título 18 de la Novísima Recopilación, partía del principio regalista y declaraba las minas de propiedad del Soberano; cuando por la evolución política que en España, como en el resto del mundo, se sustituyó al monarca de derecho divino por la entidad colectiva del Estado el principio en mención vino a quedar reemplazado por otro expresivo del dominio del subsuelo por parte del Estado; dicho concepto informaba la legislación minera de la metrópoli española en el momento de la liberación americana y fue recogido por nuestra organización legislativa según el artículo 188 de la Constitución de 1821. Con ligeras modificaciones subsiste actualmente el mismo espíritu que reserva para el Estado los principales atributos y proventos de la minería, y es así como en Colombia pertenecen a la Nación gran parte de los minerales, unos en dominio eminente, y otros como bienes patrimoniales. De esto se deduce muy claramente que si en el ejercicio de todos los derechos ha de proceder el titular teniendo en cuenta que su propio interés cede al público o general, en materia de minas tal idea prima eminentemente porque las reservas a favor del Estado, ya como entidad de derecho público o de derecho privado, no hallan su origen en el beneficio egoísta de su patrimonio fiscal o civil sino en la necesidad de mantenerlas para impulsar la actividad de una industria cuyos beneficios redundan en la pública y general utilidad; pero es obvio que el servicio de estos fines excluye la posibilidad de asignar a la ley minera una hermenéutica cuya aplicación permita que las gestiones individuales dilaten o entorpezcan la rápida ejecución de las operaciones jurídicas previstas por el derecho positivo como instrumentos del fin que se deja indicado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

El presente proceso recoge tres juicios ordinarios acumulados y cuyos comunes antecedentes son:

Rafael Barrera por medio de Justiniano Araque avisó el siete (7) de septiembre de mil novecientos treinta y seis (1936) ante el Alcalde Municipal de Ituango una mina de aluvión situada en la cuenca del río San Agustín, denominada San Miguel, señalándola como de antiguo descubrimiento y afirmando ignorar el nombre de quienes venían poseyéndola. El siete (7) de noviembre del mismo año Luis Echeverri obrando "en su propio nombre como recomendado para el señor Jaime Sánchez Franco" avisó ante el ya nombrado Alcalde las minas Los Angeles y El Jazmín, situadas en las márgenes del mismo río, y designándolas como de nuevo descubrimiento, el diez y ocho de noviembre del mismo año las denunció el nombrado Sánchez y el diez (10) de diciembre subsiguiente aclaró que tales minas "pudieron ser antes descubiertas" pero que estaban abandonadas sin que él supiera el nombre de los últimos poseedores; aceptada dicha aclaración por la entidad administrativa correspondiente, y agotados

los trámites del caso, se comisionó al Alcalde de Ituango para dar al denunciante posesión de las minas de que se viene hablando.

Entre tanto Rafael Barrera, quien no denunció en oportunidad la mina "San Miguel" por él avisada el siete (7) de septiembre de mil novecientos treinta y seis (1936) volvió a avisarla el nueve de diciembre del mismo año sin denunciarla luego, repitiendo el aviso el diez (10) de marzo de mil novecientos treinta y siete (1937); sobre la base de éste último formuló denuncio que admitido dio lugar a que se comisionara al Alcalde de Ituango para darle la posesión prevista por la ley minera.

Sánchez Franco se opuso a dicha posesión, mientras Barrera a su vez se oponía a que aquél obtuviera la de las minas "El Jazmín" y "Los Angeles"; tales oposiciones generaron los correspondientes juicios que se acumularon en cumplimiento de lo ordenado por el Juez del Circuito de Ituango en auto de siete de diciembre de mil novecientos treinta y nueve (1939); la acumulación se decretó en vista de que las denominaciones de San Miguel, El Jazmín, y Los Angeles corresponden en verdad a una misma mina, en lo cual se hallan acordes las partes.

La oposición de Rafael Barrera se fundamenta en haber avisado la mina con anterioridad a Sánchez, por cuanto estima que el aviso dado por él con fecha siete (7) de septiembre de mil novecientos treinta y seis (1936), refrendado por los posteriores de que ya se habló, le da prelación sobre sus contendientes; por su parte Sánchez Franco se basa en que el mineral denunciado por él se afecta por las pretensiones de Barrera ya que las gestiones de éste versan sobre una mina cuya extensión está incluída en la avisada y denunciada por Jaime Sánchez.

A la primera instancia de estas controversias puso fin la sentencia que con fecha tres (3) de abril de mil novecientos cuarenta y uno profirió el Juzgado del Circuito de Ituango, fallo cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Primero.—No hay lugar a hacer las declaraciones pedidas por el doctor José María Madrid, en su calidad de mandatario del señor Jaime Sánchez Franco en el libelo de 31 de mayo de mil novecientos treinta y ocho y por tanto se absuelve al señor Rafael Barrera V. de los cargos que en esa ocasión se le formularon en relación con la mina "El Jazmín", situada en el Corregimiento de la Granja de este Municipio. Segundo.—El señor Raafel Barrera V. tiene mejor derecho que el señor Jaime Sánchez Franco a la adjudicación y titulación y posesión de la mina de aluvión llamada Los Angeles, situada en este Distrito en el mismo Corregimiento de la Granja, avisada y denunciada por el señor Jaime Sánchez Franco. Tercero. — Como consecuencia de las anteriores declaraciones se DECRETA que el señor Rafael Barrera V. de condiciones civiles dichas, tiene mejor derecho que el señor Jaime Sánchez Franco a la adjudicación y titulación y posesión de la mina "San Miguel", que comprende los minerales llamados "Los Angeles" y "El Jazmín" de que ya se habló, situada en este Distrito de Ituango, Corregimiento de la Granja, y a que se refiere el despacho de la Gobernación de Antioquia, fechado el 6 de abril de 1938, con las determinaciones que puntualiza este documento. Cuarto.—Que en consecuencia se devuelvan las diligencias a la Alcaldía de este Distrito de Ituango para que se lleve a cabo la posesión de la referida mina, sin admitir oposiciones al señor Jaime Sánchez Franco, ni a quienes de éste deriven derechos relacionados con el fundo minero en cuestión. Quinto. Que en igual consecuencia Rafael Barrera V. tiene mejor derecho que Jaime Sánchez Franco a la posesión y propiedad del mineral a que se refiere la declaración anterior marcada con el ordinal tercero. Sexto.—Se declara que carecen de eficacia jurídica las diligencias creadas por Sánchez Franco en relación con las minas avisadas y denunciadas por él, con los nombres de "Los Angeles" y "El Jazmín", lo que se hará saber a la Gobernación del Departamento, para los fines legales consiguientes. Séptimo.—Se declara que el señor Jaime Sánchez Franco tiene perdido por cuatro años el derecho a denunciar las dos minas de que trata el ordinal inmediatamente anterior. Octavo.—No hay lugar a hacer la declaración pedida en el punto C) de la parte petitoria de la demanda establecida por el señor Justiniano Araque a nombre de Rafael Barrera V. el 5 de agosto de 1937 en relación con la mina denominada "Los Angeles" avisada y denunciada como ya se dijo, por Jaime Sánchez Franco. Noveno.—No hay lugar a condenación en costas, ni al pago de perjuicios por no ser temeraria la oposición de Jaime Sánchez Franco, a la posesión de la mina llamada San Miguel".

De esta decisión apeló Jaime Sánchez Franco dando así origen al trámite del segundo grado, el cual terminó mediante el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mede-

llín con fecha dieciseis (16) de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), sentencia que revocó la de primera instancia, declaró no probadas las excepciones que Rafael Barrera había propuesto respecto de la mina "El Jazmín", reconoció a Jaime Sánchez Franco mejor derecho sobre el mineral que acaba de mencionarse, y declaró que Rafael Barrera perdió los derechos que había adquirido sobre la mina San Miguel a virtud de los dos primeros avisos; todo ello lo decidió el Tribunal sin imponer condena en costas.

El sentenciador del segundo grado consideró que el problema **sub judice** reside en determinar cuál es el aviso que tiene prelación: si el dado por Sánchez Franco el siete (7) de noviembre de mil novecientos treinta y seis (1936) con relación a las minas Los Angeles y El Jazmín, o el dado por Barrera el siete (7) de septiembre del mismo año con relación a la mina San Miguel, y si éste puede considerarse subsistente a virtud de los dos posteriores dados el nueve (9) de diciembre de mil novecientos treinta y seis (1936) y el diez (10) de marzo de mil novecientos treinta y siete (1937).

La manera como el Tribunal soluciona estos extremos se compendia en los dos acápites de la sentencia que a continuación se transcriben:

"**Rafael Barrera V.,** pasados noventa días del aviso dado por él el 7 de septiembre de 1936, perdió el derecho a denunciar la mina San Miguel con base en ese aviso y por eso hizo el denuncio con fundamento en el aviso de diez de marzo de 1937, y cuando ya Jaime Sánchez Franco era considerado restaurador por virtud del aviso de siete de noviembre de 1936; y con el denuncio de 18 de noviembre del mismo año que fue aclarado el 10 de diciembre siguiente.—". —"Lo que ha querido el Legislador al señalar el perentorio término de noventa días para denunciar una mina, es que la industria minera no permanezca inactiva, y que no pueda obstaculizarse la elaboración de los minerales con simples avisos sucesivos, sin ninguna finalidad práctica. Por eso sanciona la falta de tal denuncia oportunamente con la pérdida del derecho que para él nacía del aviso, y se lo confiere a otro que durante ese término la haya avisado, si el primero incurriere en el abandono de que se trata".

Estas conclusiones a las cuales llegó el Tribunal mediante un laborioso examen de los preceptos de la ley minera y la aplicación de algunas doctrinas de esta Sala son opuestas a las que dedujo el Juez de primera instancia quien reputó que el primer aviso dado por Barrera prolongaba su eficacia jurídica a través de los dos avisos posteriores originando una prelación sobre el aviso de Sánchez Franco.

Así se revocó la sentencia de primer grado.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación Rafael Barrera, recurso que admitido y tramitado legalmente se procede a resolver.

El recurso

Invoca el recurrente la causal primera de las detalladas en el art. 520 del C. J., y sobre esa base formula varias confusas acusaciones a la sentencia que aunque propuestas en forma desordenada permiten su individualización para los fines de su estudio.

Primer cargo.—Violación directa y por error de derecho de los arts. 122 a 125 inclusive y 342 a 347 del Código de Minas.

En primer lugar debe destacarse la circunstancia de que para el recurrente la locución "error de derecho" no tiene el sentido en que la emplea la ley al instituir las causales de casación, es decir, como vicio de valoración probatoria; para el recurrente dicha expresión implica apenas el medio de indicar un equivocado raciocinio del Tribunal desde el punto de vista jurídico, de donde resulta que para fundar el cargo de transgresión consecuencial a un error de derecho no se sigue la técnica propia de ese medio de impugnación, el cual reclama que se indiquen la prueba mal apreciada, como ha debido estimarse, el precepto probatorio quebrantado, la norma sustancial transgredida consecuencialmente, y la incidencia del error en la parte resolutiva del fallo.

Resta sólo, por tanto, el examen del cargo por violación directa el cual se funda en "que a pesar de aceptar el Tribunal que los avisos dados por el señor Sánchez Franco se fundan en el art. 8º del C. de M. y por lo mismo corresponden a mina de nuevo descubrimiento, sin embargo reconoce a esos documentos los atributos de prelación que los arts. 122 a 125 ibídem sólo dispensan, de modo preciso y específico al aviso de que trata el art. 346 referente a la mina de antiguo descubrimiento".

También se apoya el recurrente en que "El Tribunal sostiene que los dos avisos dados por el señor Sánchez Franco arrebataron al señor Barrera, una vez transcurridos los noventa días

siguientes al aviso de 7 de septiembre de 1936, y conforme al citado art. 123, la facultad reconocida por el art. 125, con la necesaria resultante de que el señor Barrera, no obstante sus posteriores manifestaciones, ajustadas al mencionado art. 346, no alcanzó a prevenir, merced a éstas, el derecho que inicialmente había adquirido a base del referido aviso de 7 de septiembre de 1936".

Se observa que estas alegaciones son más propias para sustentar un reparo por aplicación indebida que por violación directa, lo cual no se anota para restarle vigor al cargo ya que éste no prosperaría tampoco planteado con arreglo a la técnica del recurso; en efecto:

La afirmación en que se sustenta la acusación es totalmente contraria a la realidad; el Tribunal no sólo se abstiene de reputar a Sánchez como descubridor sino que se extiende en consideraciones ilustradas con citas jurisprudenciales, encaminadas a demostrar que a la luz del art. 350 del Código de Minas... "como los denuncios de Sánchez Franco, se adelantaron en la forma prevenida en el Capítulo XXI del citado Código, que reglamenta la adjudicación y titulación de minas abandonadas, pues como tales figuran en los carteles que al efecto expidió la Gobernación y que fueron publicados por la Gaceta Departamental resulta evidente que la finalidad del art. 351 citado se llenó a cabalidad con la aclaración que a sus denuncios hizo Sánchez Franco y que fue admitida por la Gobernación del Departamento".

Establecidas estas premisas el Tribunal tenía que concluir necesariamente en la prelación que reconoció a favor de Sánchez Franco, ya que el último de los avisos dados por Barrera fue posterior al de aquél, y los dos primeros se tornaron ineficaces según el art. 118 del C. de M. precepto según el cual los derechos de avisante se pierden por no practicar el respectivo denuncio dentro de los noventa días que señala el art. 32.

Comentando este particular se expresa así la sentencia recurrida...: "La tesis de que puede sostenerse el derecho sobre una mina con los avisos consecutivos por tres veces cada noventa días sólo es aceptable cuando no ocurren avisos de terceros dentro de ese término, pues si esto sucede, necesariamente impone al primer avisante el deber de hacer su denuncia".

Esta Sala encuentra ajustadas a la naturaleza y fines del instituto minero los anteriores conceptos del Tribunal, como quiera que en nuestro derecho la pretensión de propiedad particular sobre minas no se configura sobre las mismas bases que el dominio sobre el resto de los bienes susceptibles de apropiación; aquélla se instituye con fines de utilidad general representada por el Estado; éste, ante la imposibilidad de explotar por sí mismo los minerales, para provecho común confía tal labor a los particulares a quienes recompensa reconociéndoles sobre las minas diversas clases de derechos, precarios todos, sujeto el más estable a eventos resolutorios previstos en interés del Estado, y que sólo guardan semejanza, pero en caso alguno identidad, con lo que en derecho civil se llama dominio.

En esta ordenación nuestra ley apenas encauza la herencia conceptual recibida al respecto de la corona española; ésta desde las Ordenanzas de Felipe II, quien las promulgó en San Lorenzo el 22 de agosto de 1584, y que forman la Ley 4ª, título 18 de la Novísima Recopilación, partía del principio regalista y declaraba las minas propiedad del Soberano; cuando por la evolución política que en España, como en el resto del mundo, se sustituyó al monarca de derecho divino por la entidad colectiva del Estado el principio en mención vino a quedar reemplazado por otro expresivo del dominio del subsuelo por parte del Estado; dicho concepto informaba la legislación minera de la metrópoli española en el momento de la liberación americana, y fue recogido por nuestra organización legislativa según el art. 188 de la Constitución de 1821. Con ligeras modificaciones subsiste en la actualidad el mismo espíritu que reserva para el Estado los principales atributos y proventos de la minería, y es así como en Colombia pertenecen a la Nación gran parte de los minerales, unos en dominio eminente, y otros como bienes patrimoniales.

De esto se deduce muy claramente que si en el ejercicio de todos los derechos ha de proceder el titular teniendo en cuenta que su propio interés cede al público o general, en materia de minas tal idea prima eminentemente porque las reservas a favor del Estado, ya como entidad de derecho público o de derecho privado, no hallan su origen en el beneficio egoísta de su patrimonio fiscal o civil sino en la necesidad de mantenerlas para impulsar la actividad de una industria cuyos beneficios redunden en la pública y general utilidad; pero es obvio que el servicio de estos fines excluye la posibilidad de asignar a la ley minera una hermenéutica cuya aplicación permita que las gestiones individuales dilaten o entorpezcan la rápida ejecución de las operaciones jurídicas pre-

vistas por el derecho positivo como instrumentos del fin indicado.

Cuando Rafael Barrera pretendía mantener un derecho preferente sobre la mina discutida mediante avisos sucesivos desvinculados de denuncias posteriores, estaba ejecutando un acto en cuya virtud realmente desviaba la posibilidad de avisar minas en interés particular de su finalidad económica y social, y se defraudaba la sanción que al avisante negligente impone el artículo 118 del C. de M.

Así definida la situación del recurrente sólo resta volver sobre las anteriores consideraciones enderezadas a establecer qué el Tribunal no quebrantó los arts. 122 a 125, 346 y 347 del mencionado estatuto como quiera que en caso alguno desconoció el hecho de que Sánchez Franco avisó la mina como de nuevo descubrimiento sin serlo, circunstancia que luego enmendó ciñéndose a las previsiones del art. 350 del mismo Código Minero que es el precepto sobre cuyo texto se apoyó el sentenciador de segunda instancia en cuanto a este particular se refiere.

No prospera el cargo.

Segundo cargo.—Violación de los arts. 350 y 351 del C. de M. por equivocada apreciación de una prueba y de los artś. 123, 125, 346, 347 y 348 del mismo Código.

El nuevo cargo por quebranto de estos últimos preceptos se presenta como consecuencial de "equivocado criterio" del Tribunal, al solucionar el litigio con base en el art. 350, de tal suerte que su éxito está condicionado por el de la acusación formulada respecto del aludido precepto.

El art. 348 se reputa violado por el recurrente porque "éste también vuelve por la preferencia de los derechos de mi mandante señor Barrera, supuesto que en contraposición a ellos no se registra en autos ninguna restauración anterior". Este descarnado fundamento en que se omite toda indicación sobre el modo como incurrió el Tribunal en la violación de la ley, sin lugar a más dilatado examen debe desecharse en la forma aislada en que se propone, porque si Sánchez fue o no restaurador del mineral controvertido es materia que se dilucida alrededor de los arts. 350 y 351; si éstos resultaren transgredidos también lo estarán todos los preceptos que directa o indirectamente concurran con ellos a la formación de un estado jurídico determinado; sobra pues el estudio de esta queja.

En cuanto al quebranto de los arts. 350 y 351 del Código de Minas se observa:

Como ya se advirtió se propone como efecto de apreciación errónea de una prueba, o sea del escrito en que Sánchez Franco enmendó el denuncio aclarando que la mina no era de nuevo sino de antiguo descubrimiento; el error consiste en que dicho memorial, en concepto del recurrente, no era por sí mismo bastante a llenar el querer de la ley dada la vaguedad que halla en sus términos, a pesar de lo cual el Tribunal le admitió calidad de "nuevo escrito de denuncia".

Se considera:

La ley no determina con precisión de detalle las características externas que debe reunir el escrito que conforme a los arts. 350 y 351 del Código de Minas es eficaz para mantener la prelación que dichos preceptos reconocen; podría estimarse que cuando exige un nuevo escrito de denuncia es porque él ha de ejecutarse en su forma a las previsiones del art. 353 del C. de M., sobre cuyo quebranto no se propone cargo alguno; no obstante, tratándose de una enmienda como lo exige la situación contemplada en los arts. 350 y 351 ibídem, podría pensarse con igual fundamento que ha de ser, siguiendo el tenor literal de la ley, un nuevo escrito en que aparezcan la totalidad de las indicaciones de rigor, o uno en que simplemente se adicione la denuncia inicial con lo que en ella se omitió por haberse reputado entonces la mina de nuevo descubrimiento. La opinión que se incline a cualquiera de estas dos posibilidades no podrá señalarse como error manifiesto de hecho o de derecho, y por tanto no será adecuada para señalarla como vía de transgresión legal, porque en todo caso será fruto de una interpretación que no repugna al precepto analizado, y que se compadece con su espíritu y objetivos.

La enmienda de la demanda autorizada por el art. 208 del C. J. ha dado lugar a variables opiniones semejantes a las que suscita en el recurrente el art. 351 del C. de M., siendo desde luego la más aceptable y jurídica la que exige un nuevo y completo libelo para sustituir el que se trata de enmendar, eclarar o corregir; pero esta consideración no sería bastante para reputar erróneamente apreciada por un Tribunal, con miras a la casación, la demanda modificada por un escrito adicional sin las características del art. 205 del C. J., y aceptado como normal y ajustado a la ley.

No se halla, en consecuencia, error manifiesto alguno en la apreciación que en el fallo de segundo grado se hizo respecto del memorial de Sánchez Franco fechado el diez (10) de diciembre de mil novecientos treinta y seis (1936), lo cual acarrea el fracaso del cargo.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia sujeta materia de este recurso o sea la proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el día diez y seis (16) de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945).

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Manuel José Vargas.—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestroza Daza.—Alvaro Leal Morales. —Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UNA CLAUSULA ESCRITURARIA.—NOCION DE LA PALABRA "CONSENTIMIENTO" .— EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

La palabra consentimiento viene del latín SENTIRE CUM, sentir con otro. Sugiere la idea de varias voluntades encaminadas a producir un acuerdo. Se define: acuerdo de las voluntades de las partes sobre una misma prestación. El consentimiento es uno de los elementos esenciales en los contratos. Entre las condiciones exigidas por el artículo 1502 del C. C. para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad está la de que "consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio".

Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son aquellos de que trata el artículo 1508 del Código Civil. Del error hablan los artículos 1510 a 1511 del mismo Código. El error desnaturaliza los contratos. Para que éstos puedan efectuarse es necesario, como ya se dijo, un acuerdo de voluntades referente a determinada prestación u objeto, idéntico éste para todos ellos. Acuerdo libre, resultante de un acto razonado de la voluntad de los contratantes. Si esa manifestación volitiva ha sufrido alguna modificación o se ha expresado por error, éste refluye sobre el objeto y el contrato participa de esa modificación, error o imperfección, presentando caracteres diversos. No todo error vicia el consentimiento. Nuestro Código Civil determina taxativamente los casos en que el consentimiento queda viciado por error y son señalados en los artículos 1510, 1511 y 1512. El primero de estos textos se refiere a errores sobre la naturaleza misma de la operación y a los relativos a la existencia o identidad del objeto. El 1511 se refiere a las calidades sustanciales de la cosa; finalmente, el 1512 contempla el error sobre la persona.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, dieciseis de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Los hermanos Gabriel y Manuel Vicente Calad se dedicaron durante varios años, sin pactar sociedad, a trabajar en común, especialmente en actividades agrícolas. Sus bienes incluían predios rurales, urbanos y semovientes. Igualmente eran deudores de varias sumas de dinero, entre las cuales la más importante fue una obligación contraída a favor del Banco Agrícola Hipotecario.

En el año de 1937 acordaron terminar con el estado de indivisión, o sea con la sociedad de hecho vigente entre ambos, y para tal efecto designaron como intermediario al señor don Luis Mejía, su hermano político y persona de su absoluta confianza.

Vino a servirles como base de entendimiento la carta que en febrero de 1937 les dirigió Mejía indicándoles la manera como debían proceder. En tal documento, que revela el espíritu de ecuanimidad y discreción de su firmante y el interés que lo animaba en buscar el medio de arreglar con toda equidad las diferencias entre los dos hermanos, se indicaron las siguientes normas, que fueron aceptadas por ambas partes:

1) Que los hermanos Calad se reunieran y resolvieran sobre la conveniencia de liquidar o nó su situación de hecho, sin intervención de terceros.

2) Que si se decidían a la liquidación de sus negocios comunes, no entraran en proposiciones entre sí, para evitar un rompimiento de la armonía, obstáculo futuro para un entendimiento amigable.

3) Que los interesados hicieran un inventario de sus bienes y deudas, efectuado lo cual, de común acuerdo, debían designar dos peritos avaluadores que los justipreciaran y remitieran su dictámen en sobre cerrado y lacrado. "Una vez en poder de ustedes esa cubierta y hechos los inventarios en la forma indicada —les dice el mediador—, se vienen ambos para acá y entramos en conversa-

ciones; y no abrimos los avalúos hasta tanto no lleguemos a un entendimiento".

También aparece en el expediente, aún cuando la carta anterior no lo dice, que el señor Mejía fue quien realizó el trabajo de partición, y quien redactó días más tarde la minuta que en términos generales es como sigue:

LOTE A

Finca de los Monos	$ 21.000.00
Casa en el pueblo	" 3.000.00
Valor en ganados	" 1.236.00
Otros semovientes	" 438.00
... ...	
... ...	
SUMA....	$ 25.674.00

LOTE B

Finca Buenavista	$ 15.000.00
Casa en el pueblo	" 2.400.00
Valor en ganados	" 5.654.00
Otros semovientes	" 120.00
Tercera parte otro predio	" 2.500.00
SUMA....	$ 25.674.00

En el proyecto que Mejia presentó a sus comitentes hizo constar el convenio mutuo de los dos hermanos y entró a adjudicar el lote A al comunero Gabriel y el lote B a su hermano Manuel Vicente. Dispuso también que el lote que incluye la finca de Los Monos, **por mayor valor que representa**, —dice—, encima al lote que incluye a Buenavista la suma de $ 3.000.00. Se detalló por el partidor la forma como debía cubrirse esa cantidad por parte de Gabriel Calad, adjudicatario del predio Los Monos, a favor de Manuel Vicente, a quien se le señaló la finca de Buenavista. El trabajo respectivo lleva fecha 21 de julio de 1937, y fue enviado a cada uno de los interesados con copia de la minuta en que se consignó la partición acordada.

Por medio de la escritura número 368, otorgada ante el Notario del Municipio de Bolívar, Departamento de Antioquia, el 17 de agosto de 1937, se formó el convenio de partición amigable celebrado entre los hermanos Calad, por el cual se puso término al estado de indivisión de bienes existente entre ellos.

Es de importancia para el estudio del negocio, consignar la forma como se determinó el mayor valor concedido por el adjudicatario del lote A a su copropietario en la cláusula sexta de la escritura, a saber:

"Como la parte de los bienes que han sido adjuicados al otorgante Gabriel Calad y a su esposa, representa un mayor valor a los adjudicados a los otorgantes Manuel Vicente Calad y Enriqueta Uribe de Calad, aquellos se comprometen a cubrir la deuda que hoy tienen pendiente con el Banco Agrícola Hipotecario y eximen, por consiguiente, a los otorgantes Manuel Vivente Calad y Enriqueta Uribe de la obligación que tienen contraída en este Banco. Además, para equilibrar los valores adjudicados, los otorgantes Manuel Vicente Calad y María Josefa Agudelo, darán en dinero a los otorgantes Manuel Vicente Calad y Enriqueta Uribe la suma de mil quinientos pesos moneda colombiana, los cuales podrá pagar en dinero o en ganados".

Con fecha 30 de agosto de 1937, el señor Gabriel Calad, adjudicatario del lote Los Monos y a quien correspondió dar una prima o encima por el señalamiento obtenido, dirigió al partidor señor Mejía una carta expresando su complacencia por la forma como aquel había llenado su cometido. Dice en ella:

"No tengo palabras para expresarle mi agradecimiento por la colaboración que tuvieron ustedes para solucionar de un modo tan eficaz y adecuada nuestra compañía; así es que yo quedé muy contento y convencido, y obrando según mi parecer que Vicente quedó en mejores circunstancias que yo. Y veo una partición como tan justa y legal y por eso estoy contento. De nuevo mis agradecimientos".

No obstante lo anterior, el señor Gabriel Calad y su esposa (los bienes en común correspondían a las sociedades conyugales que los condueños tenían constituídas a su vez), demandaron ante el Juez Civil del Circuito de Andes al nombrado Manuel Calad y a su cónyuge, para que por sentencia definitiva se declarara la nulidad de la cláusula sexta de la nombrada escritura número 368 de 1937 consignada atrás, por considerar que hubo error de hecho en relación con el contenido de la cláusula anotada, ya que la acreencia de los interesados al someter al partidor la liquidación de su comunidad, no fue otra que la de que la tasación por peritos de los bienes inventariados de común acuerdo, sería el fundamento de la división y que en tal certeza estuvieron los demandantes hasta mucho después de haber sus-

crito la escritura de partición. Subsidiariamente demandaron la nulidad de la cláusula sexta de la nombrada escritura por falta de causa y como segundo remedio subsidiario por el pago de lo no debido.

Notificados los demandados se opusieron a que se decretaran los pedimentos anteriores y contrademandaron para que se declarara la nulidad total de la partición a fin de hacerla de nuevo, alegando incumplimiento por parte de sus contratantes. Los contrademandados se opusieron, a la vez, a tales pedimentos.

Sentencia de primera instancia

Por providencia de fecha primero de abril de 1943, el Juez del Circuito de Andes decidió el litigio no accediendo a ninguna de las súplicas impetradas en la demanda principal, ni en la de reconvención.

La sentencia recurrida

Apelado el fallo, los autos fueron enviados al Tribunal Superior de Medellín, donde se puso término a la segunda instancia por sentencia de fecha 13 de julio de 1945, en que se confirmó lo resuelto por el inferior.

Para el Tribunal no se demostró la existencia del error al aceptar los demandantes la cláusula sexta de la escritura. Fundó su decisión en los siguientes razonamientos:

"La carta que al partidor señor Luis E. Mejía le escribió don Gabriel Calad pocos días después de formalizada la partición, carta reconocida judicialmente como auténtica, en la que le manifiesta su reconocimiento por la manera justa y legal como llevó a término dicha partición; el avalúo hecho dentro del juicio por el perito señor Conrado Vélez, dictamen que no fue objetado, en el cual se explica ampliamente la razón que tuvo el partidor para estimar que el fundo llamado Los Monos había sido justipreciado por los peritos Manuel Felipe Restrepo y Pablo González en un valor inferior en $ 3.000.00 a su justo precio; la circunstancia de haber aceptado el citado don Gabriel, sin observación alguna, el que se consignara en la mentada cláusula sexta la encima que el lote de Los Monos debía al lote de Buenavista, demuestran que no se ha establecido el error en este proceso".

El recurso de casación

De la sentencia de segunda instancia recurrió el apoderado de los demandantes para ante esta Corte.

En tiempo oportuno se adujeron los cargos contra la sentencia y siendo la oportunidad de fallar, la Corte procede a ello teniendo en cuenta las consideraciones que en seguida se expresan.

Causales de casación alegadas

Acusa el fallo el recurrente con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., como violatorio de la ley sustantiva por infracción de varios textos del C. C., que no se interpretaron ni aplicaron debidamente, como era de rigor en presencia de los hechos demostrados.

Se señalaron como infringidos los artículos 1392, 1502, 1510, 1511 y 1524 del C. C.

Los cargos propuestos pueden sintetizarse así:

a) Para terminar con el estado de indivisión de bienes, proveniente de negocios adelantados en común desde hacía varios años, los interesados en el presente litigio designaron un partidor, hicieron previamente el inventario de sus propiedades y nombraron dos avaluadores para que las justipreciaran.

Los avalúos eran lo fundamental para la partición y a ellos tenía que atenerse el partidor, salvo autorización clara y demostrada en contrario, ya que según el artículo 1392 del C. C., la tasación por peritos es la base sobre que procederá el partidor a menos que los coasignatarios hayan convenido legítima y unánimemente en otra cosa. Sostiene que no aparece la demostración de que las partes hubieran convenido en cosa distinta y sin embargo al demandante Gabriel Calad y señora se les impuso la carga de pagar tres mil pesos más, a pesar de que a cada copartícipe se le señalaron bienes por un valor de $ 25.674.00.

b) Que los artículos 1510 y 1511 del C. C. establecen que el error de hecho vicia el consentimiento, cuando recae sobre la especie del acto o contrato o sobre el objeto, o sobre un elemento esencial del mismo.

Para el recurrente el error se origina en la cláusula sexta de la escritura en que se legalizó la partición que puso término al estado de indivisión de bienes, proveniente de negocios en común entre los hermanos Calad y en la cual se le impuso al grupo de Gabriel y su cónyuge, la obligación de pagar a los otros comuneros la suma de tres mil pesos, so pretexto de un mayor valor de los bienes que se les señalaron, lo cual considera el recurrente que no es cierto, puesto que al re-

visar las respectivas hijuelas se ve que lo que se le adjudicó a cada uno, guarda absoluta igualdad, sin que haya lugar a compensación de ninguna especie.

Explica el error en que incurrieron sus representados diciendo que como Gabriel Calad y su esposa sabían que la finca Los Monos, que ellos preferían, había sido estimada en $ 21.000.00, y la de Buenavista en $ 15.000.00, y que sumadas estas dos partidas y dividido el total por dos daba la suma de $ 18.000.00, para cada copartícipe; entendieron sus representados que como a ellos se les adjudicó la de Los Monos con una diferencia de $ 6.000.00, sobre el otro predio, era necesario igualar las partidas y compensar al otro adjudicatario en la suma de $ 3.000.00 para que así le resultara la suma de $ 18.000.00 obtenida en la forma atrás descrita, sin tener en cuenta que ello era erróneo, pues a cada sociedad conyugal ya se le habían adjudicado bienes que sumaban una misma cantidad.

Que el hecho de haber consentido en tal cláusula, como consta de la escritura pública, sólo demuestra que el error se prolongó hasta mucho tiempo después, razonamiento que igualmente debe hacerse para valorar la carta de agradecimiento que trece días más tarde se escribió igualmente bajo la errada creencia.

Sostiene que el error consignado en la cláusula sexta es sustancial "porque no se trata de tres mil pesos en relación con una negociación común, sino de ellos respecto de una partición cuya adjudicación se hizo con base en valores reales y en justa distribución, sin necesitarse tal cláusula, que sin voluntad expresa de las partes no tiene valor alguno".

c) Critica al Tribunal porque éste sostiene que tratándose de precio el error sufrido no da derecho a las partes para rescindir el contrato por causa de lesión enorme, que no se ha alegado en el presente pleito. Que lo pedido es la nulidad absoluta de una cláusula que los actores aceptaron por error y no la rescisión de la partición por lesión enorme.

d) También se pidió, dice, la nulidad de la cláusula sexta por falta de causa, por ser extraña al contrato y no tener correlación con el contenido justo y completo de las demás estipulaciones.

La causa, dice, es el motivo que induce al acto o contrato según el artículo 1524 del C. C. Sin la existencia de ella no hay obligación, lo cual es simplemente una consecuencia del artículo 1502 del C. C., que exige en todo acto o contrato, como elemento esencial la existencia de una causa lícita.

El Tribunal considera como causa de tal estipulación el menor valor asignado por los peritos al predio Los Monos, equilibrio o compensación que se buscó en la mencionada cláusula con la encima estipulada a favor de Manuel Vicente Calad y encuentra que así se lograba la efectiva simetría contractual, que es la base de estos negocios conmutativos. Rebate el recurrente este concepto del Tribunal, expresando que no existe prueba sobre el particular y que el Tribunal le ha encontrado una causa a la cláusula sexta en un hecho que no está acreditado, violando así los artículos 1502 y 1524 del C. C.

La Corte considera:

La palabra consentimiento viene del latín **contire cum,** sentir con otro. Sugiere la idea de varias voluntades encaminadas a producir un acuerdo. Se define: acuerdo de las voluntades de las partes obre una misma prestación. El consentimiento es uno de los elementos esenciales de los contratos.

Entre las condiciones exigidas por el artículo 1502 del C. C. para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad está la de qué "consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio".

Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo (artículo 1508 del C. C.). El error vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra. Tal error vicia también el consentimiento, cuando la sustancia o cualidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es de otro metal (artículos 1510 y 1511 del C. C.).

El error desnaturaliza los contratos. Para que éstos puedan efectuarse es necesario, como ya se dijo, un acuerdo de voluntades referente a determinada prestación u objeto, idéntico éste para todos ellos. Acuerdo libre, resultante de un acto razonado de la voluntad de los contratantes. Si esa manifestación volitiva ha sufrido alguna modificación o se ha expresado por error, éste refluye sobre el objeto y el contrato participa de esa modificación, error o imperfección, presentando caracteres diversos.

No todo error vicia el consentimiento. Nuestro

Código Civil determina taxativamente los casos en que el consentimiento queda viciado por error y son los señalados en los artículos 1510, 1511 y 1512 del C. C. El primero de estos textos se refiere a errores sobre la naturaleza misma de la operación y a los relativos a la existencia o identidad del objeto. El artículo 1511, se refiere a las calidades sustanciales de la cosa; finalmente, el artículo 1512, contempla el error sobre la persona.

El error de que acusa el recurrente la aceptación por parte de sus representados de la cláusula sexta en cuestión, no corresponde a ninguno de los casos enumerados; por consiguiente si lo hubo al aceptar la cláusula mencionada, no podría considerarse que entraña vicios del consentimiento de los copartícipes, ni mucho menos error sobre la naturaleza de la operación o las calidades esenciales del acto realizado, ni del objeto.

Se acusa también la providencia recurrida por cuanto no reconoció la falta de causa o motivo suficiente que indujera a celebrar el acto o contrato.

De los antecedentes expuestos atrás se deduce claramente la razón del convenio celebrado por las partes y la causa o motivo de la estipulación contenida en el aparte sexto de la escritura 368.

No conviniéndoles el estado de indivisión, necesitando liquidar los negocios en común, los interesados realizaron directamente un inventario de bienes, designaron dos peritos para que justipreciaran las propiedades inventariadas y luego discutieron personalmente la forma como les interesaba quedar. El partidor, su pariente político, de acuerdo con tales elementos redactó la minuta que aparece en el expediente, donde se hicieron dos grupos de bienes, con lo cual se obtuvieron sumas iguales para ambos adjudicatarios, más una prima a favor de uno de ellos. Esta distribución y liquidación de la comunidad fue aceptada por las partes y elevada a escritura pública.

Al señor Gabriel Calad se le adjudicó el grupo de bienes encabezado con la finca de Los Monos y a continuación se dijo: "Este lote de Los Monos, encima al lote de Buenavista **por mayor valor que representa** la suma de $ 3.000.00".

Al hacer el señalamiento para Manuel Vicente Calad del lote de bienes que encabeza el predio de Buenavista, se dijo que tal lote recibía del de Los Monos, **por mayor valor que representa,** la suma en cuestión.

La causa, pues, de la estipulación fue la necesidad de equilibrar las adjudicaciones. La expresión "encima" empleada en una y otra cartilla da a entender cantidad que se agrega a otra convenida. No dice la escritura que tal cosa se hace para compensar diferencias de precio, sino como "encima", lo que da a entender, dado el significado de tal palabra, que se trata de una suma adicional. El diccionario de la Academia define la expresión "encima" en la acepción empleada como adverbio de cantidad que significa más, sobre otra cosa: "dio seis pesetas y otras dos encima".

La posterior valorización del predio de Los Monos, cuyo precio alcanzó en los cuatro años posteriores a la cantidad de $ 34.000.00, en tanto que la otra finca, en el mismo lapso, sólo subió a $ 16.000.00, justifica la previsión de quien intervino en la memorada liquidación de bienes comunes.

Como a virtud del artículo 1405 del C. C., las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas de los contratos y en caso de rescisión por lesión enorme ésta se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota, tampoco había lugar a demandar la nulidad del acto por error en la liquidación, pues el cómputo de los $ 3.000.00, como exceso de una cuota sobre la otra no es suficiente para que pudiera prosperar tal acción, que por lo demás no ha sido la acción incoada.

No es posible, tampoco, atacar una sola de las cláusulas del acto de partición, la sexta, porque ella forma un todo con los demás elementos que integran la referida escritura de división de bienes comunes.

Como conclusión hay que declarar que la obligación contenida en la cláusula sexta sí tuvo causa; que no tratándose de un error o desacuerdo sobre la índole del acto que se quiso realizar, ni sobre su objeto o sobre un elemento esencial del mismo y que no pudiéndose aceptar que la diferencia de los valores convenidos entraña lesión enorme en el trabajo de partición, es el caso de admitir que no existe en el acto acusado un error que vicie el consentimiento y pueda dar lugar, por lo tanto, a su anulación.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación

Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 13 de julio de 1945 dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario seguido por Gabriel Calad G. y otra contra Manuel Vicente Calad y otra.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Manuel José Vargas — **Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza** — **Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez** — **Hernán Salamanca. Pedro León Rincón**, Srio. en ppdad.

REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE SOCIEDADES DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

Sobre la existencia de sociedades de hecho entre concubinos dijo ya la Corte lo siguiente: "De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito. Se presumirá ese consentimiento; se inducirá de los hechos el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones: 1ª Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2ª Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3ª Que la colaboración entre ellos se desarrolle en pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluído de una participación activa en la dirección; 4ª Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios... Si la sociedad —lo que es muy frecuente— se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien, además, para poderla reconocer, estas dos circunstancias adicionales: 1ª Que la sociedad no haya tenido por fin el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuera del matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, PERO CUANDO EL MOVIL DETERMINANTE EN ESOS CONTRATOS ES EL DE CREAR O MANTENER EL CONCUBINATO, HAY LUGAR A DECLARAR LA NULIDAD POR APLICACION DE LA TEORIA DE LA CAUSA. 2ª Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre diez y seis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Florentina Ortiz González demandó ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla a Manuel Valente Da Silva para que a éste se le condenase a restituír a la sociedad de hecho que tuvo constituída con aquélla en la ciudad de Barranquilla desde el 22 de mayo de 1930 hasta el 14 de enero de 1944, los bienes que a dicha sociedad pertenecen, los cuales se determinan en el hecho tercero de la demanda; a liquidar esa sociedad de hecho; a entregarle a la actora lo que le corresponde en esa liquidación por concepto de socia durante el indicado lapso, y al pago de las costas del juicio.

Los hechos de la demanda resumidos son los siguientes:

Desde el 22 de mayo de 1930 la Ortiz González se unió a Valente Da Silva con el fin de trabajar para beneficio de ambos, acordándose que el capital resultante del común esfuerzo sería dividido entre los dos, por partes iguales; que la Ortiz prestó su contingente de trabajo en los negocios de pan ambulante, de tienda, de expendio de carnes y de transportes urbanos por medio de buses,

así como también en los quehaceres domésticos que estaban a su exclusivo cuidado; que hasta el 14 de enero de 1944 la Ortiz prestó con asiduidad su colaboración en todos esos negocios y que en virtud de la labor desarrollada por ambos se adquirieron los bienes raíces y muebles determinados en el hecho 3º de la demanda; que los aludidos inmuebles fueron adquiridos a título de compra, pero que el demandado los puso en su propio nombre, haciéndole ver a la demandante que aparecían en nombre de ella también; que Valente Da Silva ha violado lo que pactó con la Ortiz al asociarse de hecho, pues se ha negado a reconocerle lo que le corresponde en los beneficios obtenidos.

Posteriormente, esa demanda fue adicionada en el sentido de dirigirla también contra Joaquín Nandin Lombana para que se declare que es simulado el contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 346 de 8 de febrero de 1944, de la Notaría 3ª del Circuito de Barranquilla, por medio de la cual aquél aparece comprando a Valente Da Silva los inmuebles que en ese instrumento se describen.

Ambos demandados se opusieron a las pretensiones de la actora, negaron los hechos sustentatorios de la acción, y Valente Da Silva manifestó, además, que desde el año de 1930 hasta el mes de enero de 1944, tuvo vida común con la demandante "como un puro y simple concubinato sin tener ninguno de los dos miras patrimoniales o sociales"; que la Ortiz jamás colaboró en sus negocios, cuya administración y dirección la tuvo él siempre; que las únicas veces en que se la veía en sus establecimientos era cuando alguno de sus empleados salía a tomar los alimentos, porque entonces dicha señora permanecía en ellos hasta tanto regresara el empleado y esto no siempre, sino cuando él no estaba presente; y que en todo tiempo sus negocios han estado bajo su exclusiva dirección y responsabilidad, sin tener vínculo alguno social con la demandante.

Tramitado el juicio, el Juzgado del conocimiento, en sentencia de 11 de diciembre de 1944, absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda, sin costas, y apelada que fue esa providencia por la actora, el Tribunal Superior de Barranquilla la confirmó en fallo de 18 de diciembre de 1945.

Esta sentencia se fundamentó en que de las pruebas traídas en las dos instancias no aparece acreditado de manera clara y precisa que las actividades de la demandante se conjugaran con las del demandado con fines económicos; que lo que puede aceptarse es que entre los dos existieron relaciones sexuales extramatrimoniales y que dentro de esas relaciones, como suele suceder, la primera atendiera los quehaceres domésticos y hasta vigilara los negocios del segundo; que son elementos indispensables para la formación de toda sociedad, sea de derecho o de hecho, la voluntad de los socios para asociarse, el aporte de uno y de otro de los mismos en cualquiera de sus formas y la igualdad jurídica de los socios, y que ninguno de esos elementos aparece por ninguna parte acreditado en el proceso, por lo cual debía concluírse que la actora no demostró la existencia de la sociedad de hecho que alegó como fundamento de la demanda. A igual conclusión probatoria se llegó en la sentencia con respecto a la acción de simulación.

Interpuso recurso de casación la parte actora y concedido y tramitado, pasa hoy a decidirse.

Tres cargos, apoyados en el motivo 1º del artículo 520 del C. J., propone el recurrente contra la sentencia, y como los formulados en primero y segundo lugar están íntimamente relacionados, hasta el punto que las razones que en desarrollo del segundo se invocan son las mismas que sustentan el primero, la Sala procede a estudiarlos en conjunto.

Primer cargo.—Sostiene el recurrente que de los numerosos testimonios traídos al juicio, los cuales parcialmente transcribe, "aparece plenamente comprobado la existencia de actividades por parte de la demandante con fines patrimoniales"; que ésta ejecutaba un trabajo, que por la manera como se efectuó, implicaba un aporte de industria a la sociedad de hecho Valente-Ortiz; que la aludida prueba testimonial, admisible en este caso, tiene valor de plena prueba, por ser hábiles los testigos y concordar en el hecho y sus circunstancias; que al considerar el Tribunal que en el proceso no estaba demostrado de manera clara y precisa que las actividades de la recurrente se conjugaran con las del demandado con fines económicos, apreció erróneamente las pruebas, incurriendo en manifiesto error de hecho y en error de derecho y violando los artículos 693, 696 y 697 del Código Judicial.

Segundo cargo.—Insiste el recurrente en sostener que, como lo expresó en el cargo precedente, el Tribunal apreció erróneamente las pruebas allegadas al proceso e incurrió en el quebranto,

por falta de aplicación, de los artículos 2079, 2083, 2094, 2322, 2323, 2340 del C. C. y 475 del C. de Co., pues considera, en resumen, que en el caso de autos están cumplidas todas las condiciones que la ley y la jurisprudencia de la Corte requieren para que pueda existir una sociedad de hecho entre concubinos.

Se considera:

Aun cuando en el fallo acusado se ve que el sentenciador comparte y sustenta la tesis, ya consagrada en la jurisprudencia de la Corte, sobre la posibilidad de que existan, dentro de ciertas condiciones y limitaciones, sociedades de hecho entre concubinos, conviene recordar, para un mejor examen de la cuestión probatoria que plantea la acusación, cuáles son los principios o requisitos de orden jurídico y de hecho en que descansa la doctrina que al respecto se ha sentado. Esta Sala de Casación Civil ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre ese tema en varias sentencias, entre las cuales pueden citarse las de 30 de noviembre de 1935 (G. J. Tomo XLII, páginas 479 y ss.), 7 de diciembre de 1943 (G. J. Tomo LVI, páginas 435 y ss.) y 7 de mayo del año en curso, no publicada aún en la GACETA JUDICIAL. En el primero de esos fallos se dijo:

"Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así: **Primera.** Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales. **Segunda.** Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un gran conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.

'Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de segunda clase —que los expositores llaman **sociedades creadas de hecho o por los hechos**— no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho; en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción.

"De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito.

"Se presumirá ese consentimiento; se inducirá de los hechos, el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones: 1º Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2º Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3º Que la colaboración entre ellos se desarrolle en pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluído de una participación activa en la dirección; 4º Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios...

'Si la sociedad —lo que es muy frecuente— se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien, además, para poderla reconocer, estas dos circunstancias adicionales:

"1º Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuera de matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, **pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa;**

"2º Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos".

Del acerbo probatorio que el recurrente indica como erróneamente apreciado por el Tribunal, no es posible desprender como plenamente comprobados la totalidad de los requisitos esenciales para que jurídicamente pueda sostenerse que existió una sociedad de hecho entre los concubinos Manuel Valente Da Silva y Florentina Ortiz González, formada desde mayo de 1930 hasta enero de 1944, desde luego que de la aludida prueba testimonial sólo pueden aislarse como circunstancias satisfactoriamente justificadas las de que la Ortiz era la concubina de Silva; que como tal atendía los quehaceres domésticos de la casa que ambos habitaban, y que varias veces fue vista por algunos de esos testigos en la tienda, ocupándose allí en las transacciones de compra y venta de artículos, y recibiendo, cuando Silva no se encontraba presente, la cuenta del producido de los buses. De esas circunstancias no puede deducirse inequívocamente el consentimiento recíproco con ánimo de asociación económica entre los concubinos; ni que la colaboración anotada sea cosa distinta de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad en el manejo y conservación de los bienes del demandado, para que pudiera reputársela como un aporte de industria; ni que se esté en presencia de una serie coordinada de hechos de explotación común con miras a lograr beneficios recíprocos; ni que exista una relación de igualdad, como socios, entre Valente y la Ortiz, y sólo concurriendo esa plenitud de factores integrantes podría darse por demostrada la sociedad de hecho que se alega.

El concepto que dos o tres testigos llegaron a expresar en sus declaraciones sobre que les pareció que el negocio de tienda y de buses era en común entre demandante y demandado, es un mero juicio fundado en apariencias, que no es decisivo ni tiene trascendencia para dar por existente la sociedad de hecho, cuando por otra parte no se ha demostrado el **animus contrahendi societatis** ni los demás requisitos ya mencionados.

Además, obra en el expediente un numeroso grupo de testigos hábiles, que dan cuenta de que Silva se entendió siempre en sus negocios directamente con quienes los realizaba y que en ellos nunca tuvo ingerencia la Ortiz ni ninguna otra persona, y esta prueba, enfrentada a la que el recurrente cita como erróneamente apreciada, cuando menos crea en el proceso una situación de incertidumbre que hace imposible calificar de manifiesto el error en que pudiere haber incurrido el sentenciador, y que impide a la Corte modificar en casación la apreciación probatoria de la segunda instancia, desde luego que es sabido que ello sólo es procedente cuando el error tiene la calidad de manifiesto y éste no se produce en donde hay duda.

Y como en el caso de autos, la violación de la ley sustantiva de que se queja el recurrente sólo podría haberla determinado el mencionado error, que por lo dicho, no ha tenido existencia, los cargos en estudio deben ser rechazados.

Tercer cargo.—Dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas tendientes a probar que fue simulado el contrato de compraventa de bienes raíces celebrado entre Manuel Valente da Silva y Joaquín Nandin Lombana, de que da cuenta la escritura número 346 de 8 de febrero de 1944, y que a consecuencia de esos errores, que aparecen precisados en el desarrollo que del cargo se hace, quebrantó el sentenciador los artículos 622, 665 y 666 del C. J. y 1768, inciso 3º, del C. C., y violó igualmente, en forma directa, los artículos 593 y 601 del C. J.; 1740, 1741, 1748, 1759, 1766, 1769, 1934, 1502, 1508, 1523 y 1524 del C. C.

Se considera:

La acción de simulación propuesta por la recurrente en contra del contrato de compraventa recogido en la escritura número 346, se fundamentó en que por medio de ese contrato aparente lo que en verdad se persiguió por los contratantes fue perjudicarla en sus derechos de socia de la sociedad de hecho que tenía formada con Da Silva, sociedad a la cual pertenecían los bienes que se dijo vender; pero estando visto, que permanece en firme la conclusión a que llegó la sentencia acusada sobre que no se demostró la existencia de la referida sociedad de hecho, es notorio que la recurrente carece de interés jurídico para demandar la simulación de un contrato que, en tales condiciones, no la perjudica en forma alguna. Esta elemental consideración deja ver que es inoficioso el que se considere en el fondo el cargo en estudio, el que por tanto debe rechazarse.

Apoyándose en la causal 2ª del artículo 520 del C. J. dice el recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por ella, por cuanto que estando demostrada en el proceso la existencia de

la sociedad de hecho Valente-Ortiz G. y que fue simulado el contrato de compraventa celebrado entre Valente y Nandin Lombana, el sentenciador no accedió, debiendo haber accedido, a las súplicas de la demanda.

La simple enunciación del cargo hace visible indudablemente su ineficacia. Una sentencia que absuelve por no encontrar probados los hechos que sirven de fundamento a la acción propuesta, no puede ser acusada eficazmente con apoyo en la causal 2ª de casación, porque éste es un motivo meramente formal, que generalmente no procede cuando el fallo es absolutorio, porque una decisión de esa índole resuelve las cuestiones planteadas en la demanda y en la contestación y por sí misma no revela incongruencia entre lo pedido y lo sentenciado.

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 fecha diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

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

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE REFORMA DE UN TESTAMENTO, DE DECLARACION DE UNA FILIACION NATURAL Y DE RESTITUCION DE BIENES.—PRESUPUESTOS PROCESALES—LEGITIMACION EN LA CAUSA.--INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD NATURAL

1.—En muchas ocasiones se ha referido la Sala a los llamados presupuestos procesales como a requisitos previos que deben llenarse cumplidamente en los juicios para poder obtener una sentencia de fondo, catalogando entre éstos el de la legitimación en la causa, que muchos autores consideran más bien como elemento estructural de la acción y que "se refiere a que la persona que la instaura sea la misma a quien la ley concede esa facultad, y la persona contra la cual se hace valer sea aquella que conforme a la ley es la responsable." Consiste esta legitimación en determinar si la acción se ha dirigido contra la persona frente a la cual dispone la ley que debe hacerse valer el derecho que se demanda, esto es, la declaración de la filiación natural en el caso de autos, que es el objetivo principal del juicio, ya que los demás pedimentos son consecuenciales y están subordinados a esta petición declarativa de estado civil.

2.—En los juicios de investigación de la paternidad natural es preciso distinguir la legitimidad del contradictor que es cuestión que se refiere, como se ha explicado en recientes fallos de la Sala, al valor y efectos de las sentencias que se profieran en esas controversias; la legitimidad de la personería sustantiva de las partes que se vincula a la cuestión de quiénes pueden ser sujetos activos y pasivos de la acción, como elemento esencial para su procedencia, tan íntimamente ligado a ella que se confunde con el derecho mismo, y cuyas fallas o defectos son constitutivos de una excepción perentoria de declaración oficiosa; finalmente, la legitimidad de las partes como cuestión puramente procesal o adjetiva desde el punto de vista de su representación en el juicio. Legalmente procede el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural que consagra la ley 45 de 1936 contra el presunto padre, mientras viva, y después de su muerte, contra los herederos como los continuadores de su personalidad jurídica, en representación del sujeto pasivo de esa acción. La calidad de heredero, cuando se ejerce la acción de filiación en este último caso, no es cuestión de mera representación procesal sino cosa que afecta más pronunciadamente la personería como elemento constitutivo que es de una situación legal o investidura jurídica esencial para la procedencia de la acción. Su prueba, por consecuencia, tiene que ser legalmente perfecta.

3.—En innumerables decisiones ha establecido la Corte como doctrina firme e invariable que la prueba de confesión no es admisible en ningún caso para establecer el carácter de heredero de una persona respecto de otra. Esas pruebas son de carácter solemne.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre dieciocho de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Son antecedentes de este litigio:

En el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bucaramanga se declaró abierta la sucesión testamentaria de Eduardo Ferreira, fallecido en Barranquilla el 6 de octubre de 1936, de acuerdo con su testamento público otorgado en esta ciudad ante el Notario 1º bajo la escritura Nº 820 del 9 de septiembre anterior, en el cual instituyó como heredera universal a su hermana María Ferreira Ramírez, reconocida judicialmente como tal.

Por medio de la escritura pública número 860, otorgada ante la Notaría 1ª de Bucaramanga el 8 de junio de 1937, Pablo Antonio Lozada F., mayor y vecino de esta ciudad, cedió a título de venta, por el precio de $ 1.000, a Francisco Rosillo, todos los derechos y acciones que le corresponden

en la sucesión de Eduardo Ferreira en su calidad de hijo natural del causante.

Con base en esta cesión, Francisco Rosillo, por medio de apoderado, ante el Juzgado 2º de Bucaramanga, en libelo del 11 de junio de 1937, demandó a María Ferreira Ramírez como heredera universal de Eduardo Ferreira, para que se declarara que Pablo A. Lozada es hijo natural del causante, y por consiguiente legitimario en su sucesión, por lo cual debe reformarse el testamento en el sentido de reconocerle su derecho hereditario al hijo natural, en el que lo ha subrogado su cesionario, a quien, por tanto, debe restituírle la demandada los bienes inventariados en el juicio sucesorio. Mientras se tramitaba el incidente de excepciones dilatorias, falleció la demandada María Ferreira, por lo cual el actor reformó su demanda en el sentido de dirigirla contra las sucesiones de Eduardo Ferreira y María Ferreira Ramírez, representadas por Amira Matamoros v. de Porras, instituída heredera universal testamentaria de ésta.

Este pleito terminó con sentencia firme del Tribunal de Bucaramanga de fecha 22 de abril de 1942, en la cual se absolvió a la demandada de todos los cargos de la demanda por ilegitimidad sustantiva de ambos litigantes, por no haber sido incoada por la persona a quien la ley concede la acción y por "no haberse dirigido contra el padre mismo, único que tiene la calidad de legítimo contradictor en esta clase de juicios".

En vista del resultado adverso de este juicio ordinario, Rosillo y Lozada, por medio de la escritura número 637 del 16 de mayo de 1942, de la Notaría 1ª de Bucaramanga, "declararon resuelto" el contrato anterior contenido en la escritura número 860 de septiembre de 1937, para de esta manera plantear nuevamente las cuestiones debatidas.

Así nació este juicio, iniciado ante el Juzgado 2º del Circuito de Bucaramanga por medio de libelo de fecha 9 de octubre de 1942, en el cual Pablo A. Lozada F. demanda a "Amira Matamoros de Porras en su carácter de heredera universal de María Ferreira Ramírez, quien a su vez es heredera universal de Eduardo Ferreira", para que se declare que el demandante es hijo natural de Eduardo Ferreira Ramírez, y de consiguiente legitimario en su sucesión; que por tanto debe reformarse el testamento para que le sean reconocidos al demandante sus derechos hereditarios de hijo natural, y que la demandada, en su condición de heredera de María Ferreira Ramírez, debe restituír al demandante "los siguientes bienes que integran el patrimonio herencial de Eduardo Ferreira Ramírez...".

Se funda la demanda, esencialmente, en el hecho de la posesión notoria del demandante del estado de hijo natural de Eduardo Ferreira, y en haberlo pretermitido en su testamento.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda; negó que el actor sea hijo natural de Eduardo Ferreira y que tuviera la posesión notoria de ese estado civil; no acepta que se le haya desconocido su derecho herencial porque ninguno tiene en la sucesión de María Ferreira, y no siendo hijo natural de Eduardo Ferreira tampoco es heredero de él. Acepta como ciertos los hechos de las defunciones y el otorgamiento de los testamentos aludidos con las correspondientes instituciones de herederos. Negó también los fundamentos de derecho, y propuso las excepciones perentorias de ilegitimidad sustantiva de la personería del actor y demandada, carencia de acción para encaminar la acción contra la heredera de María Ferreira, y, finalmente, en escrito separado, la de cosa juzgada.

Desató el Juzgado la primera instancia del juicio en sentencia de 30 de abril de 1945, en la cual absolvió a la demandada en su calidad de legítimo contradictor, de todos los cargos de la demanda por haber encontrado probada y procedente la excepción perentoria de cosa juzgada, propuesta oportunamente. Sin costas.

Sentencia acusada

La apelación de ambas partes dio lugar al segundo grado del juicio que se surtió en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y que finalizó con la sentencia de 23 de mayo de 1946 en la cual se "absuelve a la demandada de los cargos que le fueron formulados, y en esta forma queda sustituída la sentencia que se revisa. Sin costas".

En su exposición de motivos no se refiere el Tribunal a la excepción perentoria de cosa juzgada, en que apoyó su absolución el Juzgado, sino plantea el negocio en relación con los llamados presupuestos procesales y concretamente con el de la legitimación en la causa, de indispensable consideración previa porque en él se sustenta el derecho que se ejercita. Estima el sentenciador que la calidad de heredera testamentaria de Ma-

ría Ferreira en que ha sido demandada la señora Matamoros de Porras, que es lo que puede vincularla a la sucesión de Eduardo Ferreira, no se ha acreditado fehacientemente en el juicio, porque al proceso no se trajo en ninguna forma el instrumento público y auténtico en que fuera protocolizado el testamento cerrado de María Ferreira, a que se ha hecho referencia, y aunque la demandada acepta tener esa calidad, no sirve la prueba de confesión para demostrar esa situación jurídica que requiere, como lo tiene establecido la jurisprudencia, la prueba especial correspondiente por tratarse de un acto solemne. Aceptando que la acción sobre filiación natural sea procedente contra la sucesión del presunto padre muerto, es necesario probar adecuadamente la calidad de heredero del demandado para que se pueda tener por legalmente representada la sucesión. "Para comprobar la personería de la parte pasiva de la demandada —dice la sentencia— ha debido traerse copia del instrumento público número 158 de 16 de febrero de 1938, de la Notaría 2ª de este Circuito, y por medio del cual se protocolizó la publicación del testamento cerrado que se dice otorgado por la señorita María Ferreira y en que instituyó heredera a la señora Amira Matamoros de Porras; y como ello no se hizo es claro que la representación de la parte demandada no se encuentra suficientemente demostrada y por tanto la acción no puede prosperar, por faltar uno de los presupuestos procesales como es la legitimación en la causa, que obliga al juzgador a prescindir del estudio a fondo del problema debatido".

El recurso

Preparado legalmente, se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Se apoya en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J. Por violación de ley formula el recurrente los cargos que en seguida se enuncian compendiadamente:

a) Al desconocer el Tribunal la calidad de heredera testamentaria de la demandada Matamoros de Porras, para declarar ilegítima su personería sustantiva, cometió error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, ya por haber considerado que la prueba única al respecto era la confesión que de tal calidad hizo la demandada al contestar la demanda, como por haber dejado de apreciar documentos públicos y auténticos que obran en el proceso y que la demuestran, como son, las copias de un auto proferido por el Juzgado 2º del Circuito de Bucaramanga en el juicio sucesorio de Eduardo Ferreira en el que se alude al hecho de que en ese despacho cursa un juicio ordinario sobre reforma de los testamentos de Eduardo Ferreira y su hermana María, quien testó a favor de Amira Matamoros de Porras; copia de la partida de defunción de María Ferreira, y copias de las sentencias de instancia dictadas en el ordinario de Francisco Rosillo contra las sucesiones de Eduardo y María Ferreira Ramírez, y la de esta Corte en que se declaró desierto el recurso de casación en aquel juicio, y en que se alude directamente al testamento de María Ferreira en favor de Amira Matamoros de Porras y se acepta su existencia.

Hay, pues, "documentos auténticos, en copia legalizada —afirma la demanda— que constituyen pruebas de que Amira Matamoros sí tiene la calidad de heredera testamentaria de María Ferreira. Y al no haber dado mérito a esa prueba y haber afirmado que sobre el tema en discusión sólo existía una prueba confesional, cometió el fallo acusado un error de hecho que de modo manifiesto aparece en los autos".

Como consecuencia de este error de hecho dice el recurrente que se violaron los artículos 1758 y 1759 y 1769 del C. C. y 593, 632 del C. J.

b) En el juicio ordinario seguido por Rosillo contra Amira Matamoros de Porras, de que hay identidad de objeto, causa y personas con éste que se estudia, la demandada adquirió la posición procesal de heredera universal de María Ferreira y por tanto la de impugnadora legítima de la demanda. Esta posición no puede variar y como cosa juzgada que es tiene plena validez en este nuevo juicio ordinario que con la misma finalidad de aquél ha iniciado directamente Lozada contra la misma demandada, y al desconocer el Tribunal esta posición invariable ya violó el artículo 474 del C. J. "Esta disposición se violó directamente porque no se aplicó al caso de autos, debiendo haberse aplicado. Y por virtud de aquella disposición, la legitimación en la causa por el aspecto de Amira Matamoros que se probó en el primer ordinario, surte efecto en este otro juicio que se ventila entre las mismas partes jurídicamente hablando. Y como está probado que en el primer ordinario se probó y reconoció como probada la personería sustantiva de Amira Matamoros, es

juicio, por ese lado, tiene vigencia y surte efecto en este juicio".

c) No se trata en este caso de probar que ha habido una institución de heredero, sino que Amira Matamoros de Porras ha sido reconocida judicialmente antes como heredera de María Ferreira. "Exigir, pues, como el Tribunal lo hace, la presencia del testamento de María Ferreira para reconocerle a su instituída Amira Matamoros la calidad de heredera es exigir lo que la ley no exige. Es violar el artículo 1760 del C. C., que dice "la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad", porque si bien es cierto que la ley exige el testamento escrito y solemne para probar la institución de herederos, en ninguna parte ha exigido ese testamento que ya se ha pasado por los trámites judiciales adecuados para llegar a tener la calidad de heredero".

d) El Tribunal violó directamente el artículo 600 del C. J. "porque "si era dudoso el contenido del testamento, a pesar de que está consignado en esos fallos que él instituía heredera única testamentaria a Amira Matamoros, el Tribunal tenía a la mano el proveer a esa duda u obscuridad, pidiendo que del primer juicio ordinario del sucesorio de Eduardo Ferreira se tomara copia del testamento referido en los fallos, de María Ferreira a favor de Amira Matamoros".

e) Violación directa de los artículos 471, inciso último, en armonía con el artículo 466, numeral 1º, del C. J., por falta de aplicación, porque las partes no contendieron sobre la calidad de heredera en que fue demandada la señora Matamoros de Porras, y por tanto en la parte que se decide sobre este punto no es una sentencia legal que deba ser respetada.

f) Con fundamento en la razón a que se acaba de aludir se acusa también la sentencia del Tribunal por la causal 2ª del artículo 520 del C. J., y se hace consistir la incongruencia en que el fallo se funda precisamente en que no se acreditó la calidad de heredera que se le atribuyó en la demanda a Amira Matamoros, cuando este punto, por no ser controvertido, estaba fuera de las cuestiones litigiosas, por lo cual, se sentenció **extra petita.**

Considera la Corte:

En muchas ocasiones se ha referido esta Sala los llamados presupuestos procesales como a los requisitos o condiciones previos que deben llenarse cumplidamente en los juicios para poder obtener una sentencia de fondo, catalogando entre éstos el de la legitimación en la causa, que muchos autores consideran más bien como elemento estructural de la acción, y que "se refiere a que la persona que la instaura sea la misma a quien la ley concede esa facultad, y la persona contra la cual se hace valer sea aquella que conforme a la ley es la responsable". (G. J. Tomo XLIV, pág. 314).

Esta legitimación, por su aspecto pasivo que es el que interesa para esta decisión, consiste en determinar si la acción se ha dirigido contra la persona frente a la cual dispone la ley que deba hacerse valer el derecho que se demanda, esto es, la declaratoria de la filiación natural, que es el objetivo principal del juicio, ya que los demás pedimentos son consecuenciales y están subordinados a esta petición declarativa de estado civil. En los juicios de investigación de la paternidad natural es preciso distinguir la legitimidad del contradictor, que es cuestión que se refiere, como se ha explicado en recientes fallos de esta Sala, al valor y efectos de las sentencias que se profieran en esas controversias; la legitimidad de la personería sustantiva de las partes que se vincula a la cuestión de quiénes pueden ser sujetos activos y pasivos de la acción, como elemento esencial para su procedencia, tan íntimamente ligado a ella que se confunde con el derecho mismo, y cuyas fallas o defectos son constitutivos de una excepción perentoria de declaración oficiosa; finalmente, la legitimidad de las partes como cuestión puramente procesal o adjetiva desde el punto de vista de su representación en el juicio. Legalmente procede el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural que consagra la ley 45 de 1936 contra el presunto padre, mientras viva, y después de su muerte, contra sus herederos como los continuadores de su personalidad jurídica, en representación del sujeto pasivo de esa acción. La calidad de heredero, cuando se ejerce la acción de filiación en este último caso, no es cuestión de mera representación procesal sino cosa que afecta más profundamente la personería como elemento constitutivo que es de una situación legal o investidura jurídica esencial para la procedencia de la acción. Su prueba, por consecuencia, tiene que ser legalmente perfecta.

Se pretende que la demandada Amira Matamoros de Porras es heredera testamentaria de María

Ferreira Ramírez, heredera ésta de Eduardo Ferreira, presunto padre del demandante Lozada. La señora de Porras no es heredera de éste, sino heredera de un heredero de quien se señala como padre, de modo que la legitimidad de la demandada se subordina a la demostración de que fue instituída heredera testamentaria, como se afirma en la demanda, porque es este vínculo jurídico de sucesora universal lo que la habilita para ser legalmente demandada en esta acción sobre filiación natural.

El Tribunal, como se sabe, concluyó que no estaba probado que Amira Matamoros sea heredera de la heredera del presunto padre, porque el testamento cerrado que se dice que otorgó María Ferreira y en que fue instituída, no se trajo a los autos, y aunque está aceptado por la demandada el hecho del otorgamiento de la referida memoria testamentaria y su institución de heredera, la confesión no es prueba idónea al efecto. Ninguna anomalía legal encuentra la Sala en esta conclusión probatoria de la sentencia, porque tratándose de deducir consecuencias o efectos jurídicos de una institución de heredero testamentario, es indispensable, para demostrar esa calidad, exhibir el testamento mismo, que es su única fuente. El testamento cerrado está legalmente sometido a una serie de formalidades esenciales para su apertura y publicación, cuya suma es lo que lo constituye propiamente como acto solemne (artículo 1082, C. C., Cap. 2º, Tít. 3º, libro 3º del C. J.), sometido por consiguiente, al régimen de prueba especial y única. "La Corte, en sinnúmero de decisiones, ha establecido como doctrina firme e invariable que la prueba de confesión no es admisible en ningún caso para establecer el carácter de heredero de una persona respecto de otra. Esas pruebas son de carácter solemne..." (G. J. T. XLI, pág. 31).

La demandada acepta como cierto el hecho de haber sido instituída heredera en el testamento cerrado de María Ferreira, que se dice fue publicado y protocolizado. Desde el punto de vista de la finalidad de este proceso, en que se pide la declaratoria de una filiación natural respecto de un causante que instituyó heredera testamentaria a la causante de quien a su turno es heredera testamentaria la demandada, no aparece bien definido el carácter de confesión en la aceptación de la referida calidad de heredera, porque realmente no es éste un hecho que perjudique directamente o por sí mismo a la señora Matamoros de Porras, como que de ser cierto no se deduce el derecho que se demanda sobre el estado civil cuya declaración se ha impetrado y que dice relación con otra persona, o con su sucesión. Siendo la calidad de heredero elemento integrante, como ya se ha visto, de la acción sobre estado civil, porque representa la personería sustantiva de la parte demandada, tal vinculación jurídica no puede surgir del asentimiento de los litigantes, como si simplemente se tratara de deducir en juicio una obligación personal contra el demandado, ni menos tenerse por establecida con base en las meras referencias que se hacen al aludido testamento en copias de actuación correspondiente a otro proceso.

En consecuencia, no estando justificados los errores de apreciación probatoria que le imputa el recurrente a la sentencia, no procede la acusación por el primer cargo, que no podría prosperar ni aun en el caso de haberse demostrado el error probatorio en que se funda porque su formulación es incompleta y deficiente. Bien sabido es, que la errónea estimación de pruebas no es por sí sola causal de casación, sino medio conducente a la violación de la ley sustantiva. La violación de las disposiciones que aquí se citan como infringidas, si bien de naturaleza sustantiva como son las que determinan el mérito de las pruebas, de haberla, sería la determinante del error de derecho, o, como se ha dicho también, la violación media que debe incidir necesariamente en el quebranto de un precepto propiamente sustantivo, en el sentido de que consagra un derecho que resulta desconocido o vulnerado por la sentencia.

La violación del artículo 474 del C. J., que establece los requisitos que debe reunir la cosa juzgada para que produzca su efecto jurídico de hacer nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, no puede proponerse en la zona intrascendente y recortada en que la propone el recurrente, limitando su fuerza al aspecto de la impugnación legítima de la demanda por haberse probado y reconocido en el primer juicio ordinario la personería sustantiva de Amira Matamoros de Porras como demandada legítima en la acción sobre estado civil de hijo natural que ahora se ha propuesto nuevamente. En parecer de la Sala la autoridad de la cosa juzgada en aquel juicio operaría en toda su plenitud respecto de éste, en la forma inhibitoria exceptiva en que fue reconocida en la sentencia del Juzgado de Circuito en el caso de que por prosperar alguno de los cargos hubiera la Corte de asumir la función de

Tribunal de instancia. Para fundar este punto de vista se toman las razones que sobre el particular trae la demanda de casación, que inexplicablemente propugna la tesis de la cosa juzgada en que basó su absolución el fallo de primer grado:

"El juicio ordinario que he llamado "primero" — dice el recurrente, — o sea: Rosillo versus Matamoros, se ventiló ante Amira Matamoros, como parte demandada y Francisco Rosillo, como parte demandante. Además intervino el Ministerio Público. La parte demandada se ve que es absolutamente y físicamente idéntica a la parte demandada del primer juicio ordinario. La parte demandante es jurídicamente idéntica. Porque, en tratándose de estos temas, existe la disposición del artículo 474 del C. J., segundo inciso, que dice: "Se entiende que hay identidad jurídica de personas siempre que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que fueron en el primero, o a título singular, por legado o por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmueble, o de la notificación de ésta, si de muebles". Por instrumento 637 de la Notaría 1ª de Bucaramanga, de fecha 16 de mayo de 1942 (después de haberse dado publicidad en la Secretaría del Tribunal a la sentencia de segunda instancia del primer juicio ordinario) Francisco Rosillo y Pablo Lozada F. declararon resuelto el contrato de cesión de derechos y acciones en la sucesión de Eduardo Ferreira, hecha por el último al primero, alegando su calidad de hijo natural del causante..... De modo que Rosillo actuó en el primer ordinario, adoptando su calidad de cesionario de Lozada, en cuanto pudiera en derecho. Resuelto el contrato las partes convinientes tomaron nuevamente el sitio anterior a su primer contrato. Así que hoy, Lozada ocupa el sitio que Rosillo ocupó en el primer juicio ordinario contra Matamoros. Es, pues, jurídicamente, en estos dos pleitos ordinarios, el concluído y el que está en casación ahora, idéntico a Rosillo..... consta en estos autos que las partes del ordinario Rosillo versus Matamoros son idénticas jurídicamente a las partes del presente juicio. Consta que el objeto del litis-consorcio es el mismo, pues en ambos ordinarios se ha pedido que se declare a Pablo Lozada hijo natural de Eduardo Ferreira y legitimario heredero del mismo, y como acción consecuencial, se ha pedido la restitución de los genes herenciales por parte de la demandada Amira Matamoros. Consta que la **causa petendi** es la misma en Rosillo versus Matamoros, que en Lozada versus Matamoros, pues no es otra que la relación de sangre que se ha alegado en ambos juicios entre Lozada y Ferreira, cuyo hijo ha probado ser el primero de los nombrados....."

De las consideraciones que anteceden podría deducirse la inutilidad del examen de los cargos restantes, a los que, sin embargo, se refiere la Sala para destacar su falta de fundamento.

Por lo que al artículo 600 del C. J., que el recurrente considera violado directamente por el Tribunal, la naturaleza del precepto y el objetivo para el cual se ha instituído, lo hace materia imposible de quebranto directo para los efectos del recurso de casación. "La facultad de dictar autos para mejor proveer — ha dicho esta Sala — es potestativa del fallador de segunda instancia y de ella hace uso, no a solicitud de parte, sino cuando su criterio de apreciación se lo indica, pero con el fin expresado en el artículo 600 del C. J. Un auto para mejor proveer no es una creación de prueba sino un medio de aclarar puntos oscuros, o dudosos. Esta norma tiene dos caracteres, potestativa y adjetiva, y teniendo esta última especie no puede influír en casación". (G. J., Tomo XLVI, pág. 282).

Los artículos 471, inciso final, y 466, numeral 1º, contentivos de la definición de sentencia y enumerativos de las calidades de claridad, precisión y consonancia con la demanda que deben reunir las resoluciones de esta especie, tampoco pueden dar base, por su naturaleza caracterizadamente adjetiva y formal, a una acusación por quebranto directo dentro de la causal primera de casación.

El último cargo se formula con apoyo en la causal segunda, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y se hace consistir la incongruencia, como se dijo al compendiar las acusaciones, en que el Tribunal quebrantó una de las formas esenciales del enjuiciamiento al resolver y fundar su decisión en la falta de prueba sobre la calidad de heredera que el demandante le atribuye a la demandada y que ésta aceptó como condición inmodificable del litigio, cuestión ésta que por ser incontrovertida estaba fuera de la litis.

El primer reparo que sugiere esta acusación es que tratándose de una sentencia completamente absolutoria, como es el caso de autos, no hay base ninguna para afirmar que el Tribunal decidió sobre un punto ajeno a la controversia. La absolución que trae la sentencia se fundó, como se sabe, en la falta de uno de los presupuestos procesales, por no haberse probado adecuadamente la calidad jurídica de heredera en la demandada, que es condición esencial para tenerla como parte legítima en esta acción sobre investigación de la paternidad natural, y esto, que es la razón y fundamento del fallo, desplaza completamente la causal por incongruencia. El aspecto que enfoca esta acusación se vincula a la juridicidad de los motivos fundamentales de la sentencia, a la legalidad de sus razones, y fue considerado con ocasión del primer cargo por la causal primera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, 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 Bucaramanga el 23 de mayo de 1946, que ha sido objeto de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas.—Pedro Castillo Pineda.— Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamancà. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdd.

ACCION SOBRE MEJOR DERECHO AL USO DE LAS AGUAS DE UN RIO Y SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

La importancia del agua como elemento vital, reconocida siempre y atendida por todas las legislaciones, cobra relieve mayor, con el desarrollo e intensificación de las industrias. De ahí que por punto general sean bienes del Estado los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales. Así lo establece, por ejemplo, nuestra ley en disposición expresa. De ahí también que nuestro legislador, ajustando sus preceptos a las necesidades y al ambiente de cada época, acordara cambios como los consignados, v. gr., en la ley 113 de 1928 y en los Decretos-Leyes 1381 y 1382 de 1940 que, entre otras cosas, hacen del Gobierno el administrador supremo de las aguas, bienes nacionales, y dan a la reglamentación de su uso y aprovechamiento un cariz marcadamente administrativo. Bien que el dominio implica todas las facultades que le reconoce el artículo 669 del C. C., el de las aguas, así sea público o privado, tiene peculiaridades que obligan a reconocer que mira cardinalmente a su uso y goce. El de la Nación, dentro de estos fines, tiene por norma la equidad y el pro común. Ante ésos fines y norma se explica claramente que la Nación tenga, por principio genérico, el dominio de las aguas, según la disposición aludida, y que ésta agregue la significativa locución "de uso público". (Artículo 677, inciso 1º, C. C.). Sólo en circunstancias excepcionales, establecidas, por lo mismo, taxativamente en la ley, hay aguas de dominio privado, como son las señaladas en el inciso 2º del artículo 677 y en el artículo 895 del Código Civil, según los cuales, respectivamente, pertenecen a los dueños de las riberas las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, y a quien ha construído un cauce artificial con los requisitos legales, las que por éste corren.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El presente juicio ordinario de Segundo Montoya y Franz Gigl contra Ana Judith García de Montoya cursó en primera instancia en el Juzgado Civil del Circuito de Girardota, donde se decidió con sentencia absolutoria de 17 de septiembre de 1945. Apelada por los actores, previa la tramitación legal, el Tribunal Superior de Medellín la revocó en la de 20 de septiembre de 1946 que cerró la segunda instancia y contra la cual la demandada interpuso casación, recurso que debe ya decidirse. A esto se procede.

Versa el pleito sobre las aguas de El Pedregal, zona o sector en que cada uno de ellos tiene una finca, según las escrituras de compra que presentaron. En el libelo inicial piden se hagan estas declaraciones: a) Que ellos son dueños de esas aguas; b) Que tienen mejor derecho a su uso, posesión y dominio que la demandada y demás opositores que surjan; c) Que la demandada está obligada a demoler la poceta o tanque y a quitar la tubería metálica, obras que puso "al pie de la acequia para variar el curso del agua"; d) Que ella les debe $ 500 como indemnización de los perjuicios que les ha causado privándolos del agua; e) En forma subsidiaria, que esta cantidad sea la fijada pericialmente, y f) Que son de cargo de ella las costas del juicio.

El Tribunal declaró que los demandantes tienen derecho al uso del agua y que la demandada debe retirar la tubería y modificar el tanque en forma que pueda tomarla únicamente en vasijas y sin perjudicar las propiedades de aquéllos. Negó las demás súplicas. Sin costas.

Para precisar el objeto y fundamentos del litigio y del recurso, es procedente formular algunas consideraciones previas.

La importancia del agua como elemento vital, reconocida siempre y atendida por todas las legislaciones, cobra relieve mayor cada día con el desarrollo e intensificación de las industrias. De ahí que por punto general sean bienes del Estado los ríos y todas las aguas que corren por cauces

naturales. Así lo establece, por ejemplo, nuestra ley en disposición expresa. De ahí también que nuestro legislador, ajustando sus preceptos a las necesidades y al ambiente de cada época, acordara cambios como los consignados, v. gr., en la Ley 113 de 1928 y en los Decretos-Leyes 1381 y 1382 de 1940 que, entre otras cosas, hacen del Gobierno el administrador supremo de las aguas, bienes nacionales, y dan a la reglamentación de su uso y aprovechamiento un cariz marcadamente administrativo.

Bien que el dominio implica todas las facultades que le reconoce el artículo 669 del C. C., el de las aguas, así sea público o privado, tiene peculiaridades que obligan a reconocer que mira cardinalmente a su uso y goce. El de la Nación, dentro de estos fines, tiene por norma la equidad y el pro común.

Ante esas finalidades y norma se explica claramente que la Nación tenga, por principio genérico, el dominio de las aguas, según la disposición aludida, y que ésta agregue la significativa locución **"de uso público"** (C. C., artículo 677, inc. 1º).

Sólo en circunstancias excepcionales, establecidas, por lo mismo, taxativamente en la ley, hay aguas de dominio privado, como son las señaladas en el inciso 2º del artículo 677 y en el artículo 895 del C. Civil, según los cuales, respectivamente, pertenecen a los dueños de las riberas las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, y a quien ha construído un cauce artificial con los requisitos legales, las que por éste corren.

En el presente juicio se han barajado estas dos situaciones como fundamento de la pretensión de los actores de que se declare de su dominio el agua a que se refiere la demanda. Apenas habrá para qué advertir que la calidad de excepcional que tiene esta clase de dominio impone imperativamente a quien tal pretende la demostración de los hechos respectivos, o sea, de los señalados por la ley como determinantes de esa situación extraordinaria.

Aquí en algunas de las alegaciones de las partes y de las declaraciones de testigos se habla indeterminadamente de cauce artificial, acerca de lo cual tales alusiones es lo único que obra en el proceso. No hay, pues, prueba de que ese cauce exista ni, menos, de que sea el a que se refiere el citado artículo 895, que dice: "Las aguas que corren por un cauce artificial, construído a expensa ajena, pertenecen exclusivamente al que con los requisitos legales haya construído el cauce". De paso se anota que esta disposición es principalmente una advertencia de que las aguas conducidas en esa forma no son para el predio o predios de su trayecto. Menos aún se ha comprobado que tal cauce artificial se construyera por los actores o a sus expensas o que lo adquirieran por otro título. Al contrario, todo indica que el agua ya corría como hoy cuando ellos compraron sus fundos aludidos. Acerca de quién construyera el cauce artificial, si es que lo hay, nada consta en el expediente.

De otro lado, tampoco hay prueba alguna de que las aguas en cuestión nazcan y mueran dentro de una misma heredad. Las declaraciones de testigos, el dictamen pericial, la inspección ocular, las escrituras públicas y hasta las mismas afirmaciones de los demandantes desde su libelo están proclamando que las aguas en cuestión entran a la finca que fue de Isaías Montoya al salir de la de Pedro Vanegas y que atraviesan varios fundos distintos, a más del de la demandada y del de cada uno de los demandantes. Nada más reñido con la exigencia de tratarse de una sola heredad.

Se alude a una época remota en que del mismo señor Isaías Montoya era el fundo que hoy pertenece a Vanegas. Quizás si la inspección ocular que echa menos el Juez en su sentencia se hubiera practicado en forma de establecer estos hechos, habría concurrido a corroborarlos la escritura de compraventa entre Montoya y Vanegas agregada al alegato de segunda instancia en forma y oportunidad que impide tomarla en cuenta según el artículo 597 del C. J. En tal caso, resultaría que Isaías Montoya había sido dueño también de ese predio superior; pero no que haya la unidad requerida por la ley, en vez de la pluralidad de fincas plenamente demostrada como ya se dijo.

La total ausencia de pruebas de los hechos en que, en su caso, podría fundarse el dominio privado de estas aguas, obliga a considerarlas bienes de la Nación de uso público, esto es, dentro del precepto general ya citado.

De estas consideraciones previas se deduce recta y sencillamente la decisión del recurso y del pleito, ya que desde luego justifican el cargo que el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal de quebranto de los artículos 677 y 895 del C. C., así: éste se aplicó indebidamente decidiendo a la luz de él la controversia a despecho de la

falta de pruebas sobre cauce artificial, y aquél dejó de aplicarse al desconocer el dominio de la Nación a pesar de esa falta de pruebas sobre ese cauce y sus detalles legales antedichos, así como sobre que las aguas nazcan y mueran dentro de una misma heredad.

Al invalidarse en tal virtud la sentencia recurrida, la Sala debe dictar la que ha de reemplazarla, cuya motivación queda formulada ya en las consideraciones previas.

Si los actores no han demostrado ninguno de los hechos de que legalmente hubiera de deducirse que las aguas les pertenecen y si por esa ausencia de pruebas ellas no pueden menos de considerarse, repítese, como bienes de la Nación de uso público, es claro que no puede hacerse en favor de ellos la declaración pedida en el punto a) de su demanda.

Cuanto a la indemnización de perjuicios, estudiado el expediente no se halla prueba de que los hayan recibido, lo que lógicamente impone al respecto una solución negativa.

Respecto de las obras de la demandada a que se refieren los demandantes para pedir que las suprima o destruya, se tiene lo siguiente: esto concierne a la reglamentación de esas aguas y con esta reflexión basta para que la Corte se abstenga de conocer de ello, porque esa reglamentación está atribuída hoy al Gobierno como supremo administrador, según la citada ley de 1928 y los citados decretos de 1940, privativamente, y por lo mismo no es de la competencia de la Rama Jurisdiccional. Es de citarse como precedente en este sentido la sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 1946 (G. J. Tomo LXI, págs. 421 a 424), en que no casó la sentencia del Tribunal que, en vista de esta ley y decretos, se declaró incompetente y se abstuvo de conocer.

Aunque lo dicho fundamenta suficientemente la decisión, no sobra recordar que los bienes de uso público no se prescriben, según precepto del artículo 2519 del C. C.; de suerte que el uso de las aguas que como riberanos vengan haciendo los demandantes en sus respectivos fundos de tiempo atrás, largo que sea, no les confiere el dominio que pretenden, como tampoco puede conferírselo a Montoya el hecho de que su vendedor declarara en la aludida escritura de compraventa que le transfería una tercera parte de las aguas, sin que, de paso sea dicho, adujera o citara título alguno sobre ellas que lo capacitara para transferirlas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis y reformando la del Juzgado Civil del Circuito de Girardota de diecisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, falla el pleito así:

1º No hay lugar a declarar que las aguas materia de esta controversia sean del dominio privado ni del uso y goce exclusivo de los demandantes;

2º Se absuelve a la demandada de la solicitud de ellos sobre indemnización de perjuicios, y

3º No hay lugar a que esta Sala considere y decida la solicitud de la demanda relativa a las obras hechas por la demandada para el uso de dichas aguas en su finca, porque la forma y proporción de éste entre los riberanos corresponde decidirlas a las autoridades administrativas.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Emilio Prieto H., Of. Mayor en ppdad.

RECURSO DE HECHO

En los juicios de división de bienes comunes sólo puede recurrirse en casación de la sentencia aprobatoria de la partición, mas no de cualquier otro auto que en él se dicte. (Artículo 519, C. J.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado 2º Civil del Circuito de Neiva se siguió el juicio divisorio de El Rincón, globo de tierra ubicado en Campoalegre. La partición se aprobó en sentencia del Juzgado, ejecutoriada en su día, y se decretó la entrega material de los lotes a los respectivos adjudicatarios. Al practicarse esta diligencia el 6 de agosto de 1946, se opuso por medio de abogado uno de los interesados, en lo relativo a uno de esos lotes, advirtiendo no proceder como comunero sino como poseedor por más de treinta años. El Juez rechazó la oposición e hizo la entrega decretada, por tratarse del cumplimiento de una sentencia dictada en juicio en que el opositor había sido parte. Apeló su abogado, y el Tribunal en providencia de 6 de diciembre revocó esa resolución y dispuso que las cosas quedasen como se encontraron al efectuarse aquella diligencia, reputando que desde el punto de vista en que el opositor se colocó tenía que considerársele como tercero a quien no se puede desposeer mientras no se le venza por los adjudicatarios de lo que ha poseído, que es a lo que su oposición se refiere.

El doctor Alberto López H., abogado que había solicitado la entrega material antedicha, pidió al Tribunal revocara su providencia y confirmara la del Juez, lo que el Tribunal denegó en auto de 8 de julio de 1947, y en el de 16 de los mismos le denegó el recurso de casación que interpuso contra el auto cuya reconsideración fracasaba. De esta última providencia reclamó el doctor López, insistiendo en su recurso de casación y anunciando el de hecho para el cual solicitó las respectivas copias, las que decretó el Tribunal advirtiendo hacerlo por mandato del artículo 362 del C. J.

Con ellas se presenta efectivamente como recurrente de hecho.

Desde luego se ve la improcedencia legal del recurso. El Tribunal no podía conceder el de casación, no figurando ni remotamente su providencia de 6 de diciembre entre las decisiones definitivas a que se contrae el artículo 519 de ese Código al enumerar taxativamente las que pueden ser acusadas por medio de aquél. En esa reducida enumeración no figuran, por lo que hace a juicios divisorios, sino las sentencias que aprueben las particiones. En la definición de sentencia, auto interlocutorio y auto de sustanciación que hace el artículo 466 de esa obra en sendos numerales, se ve con transparente claridad cuán lejana de una sentencia aprobatoria de la partición está la resolución del Juzgado en el acto de la entrega y la providencia del Tribunal que la revocó. No sólo los preceptos legales citados, sino la índole misma del extraordinario recurso de casación hacen ver la imposibilidad de su procedencia y acogida contra un auto. Además, no se comprendería cómo pudiera haber otra sentencia definitiva en ese juicio, pronunciada y ejecutoriada la que dictó el Juzgado según se dijo ya, que pudo ser apelada y no lo fue y que, si lo hubiera sido, habría dado lugar a sentencia del Tribunal, la cual habría podido ser acusada en casación, en cuanto hubiera sido aprobatoria del aludido trabajo.

No tratándose de sentencia de esta precisa clase, sino tan sólo de un auto, el Tribunal no podía legalmente conceder recurso de casación, lo que, a su turno, basta para que la Sala estime que está bien denegado, esto es, para decidir en estos términos el presente recurso de hecho.

Por lo expuesto, se declara bien denegado el recurso de casación materia del presente recurso de hecho.

Comuníquese al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva para los fines del artículo 514 del C. J., inciso 2º, y archívese esta actuación.

Notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales — Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca — Emilio Prieto H., Of. Mayor en ppdad.

ACCION PETITORIA DE CUMPLIMIENTO DE UN PRETENDIDO CONTRATO DE MANDATO. — PRINCIPIO JURIDICO DE LA TERRITORIALIDAD DE LA LEY.— CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA

1.—El rigor del sistema de la territorialidad de la ley, establecido por el artículo 18 de nuestro Código Civil y después por el 57 del C. P. y M., se atempera por motivos de conveniencia, entre otros casos cuando se trata de contratos celebrados en el extranjero, pues el comercio internacional exige el amparo de la seguridad y rapidez de los cambios. Así, el artículo 20 del C. C., después de sujetar a la ley colombiana los bienes situados en el territorio nacional, dice que "esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño". Esto supone la admisión del principio de que la capacidad de las partes, los requisitos intrínsecos de los contratos, sus condiciones de formación y validez, se rigen por la ley extranjera, la del lugar de la celebración o perfeccionamiento del contrato (lex loci contractus).

2.—Según el artículo 191 de nuestro Código de Comercio los contratos por correspondencia se entienden celebrados, para todos los efectos legales, en el lugar de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta, y esta regla es aplicable por analogía a los contratos celebrados por corresdencia internacional, sobre todo cuando el contrato es de mandato, pues es principio de legislación universal que este contrato no se perfecciona sino por la aceptación del mandatario. (Artículos 2150, C. C. y 338, C. de Co.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

Erwin Strauss demandó por medio de apoderado, a Carlos y Francisco Steuer para que se condenara a éstos a pagarle una remuneración por el cumplimiento de un mandato que le confirieron en la ciudad de Praga, en los últimos meses de 1938, para buscar un país donde establecer negocios de comercio y para realizar las gestiones preparatorias para el establecimiento del almacén denominado hoy "Tía".

En tiempo oportuno el apoderado de Strauss corrigió la demanda y en el nuevo libelo pidió en definitiva estas declaraciones:

"Primera.—Que los señores Carlos y Francisco Steuer celebraron con el señor Erwin Strauss, en los últimos meses del año de 1938, en la ciudad de Praga, un contrato en cuya virtud éste se comprometió a buscar un país en América para establecer en él negocios de comercio por cuenta de los señores Steuer.

"Segunda.—Que los señores Carlos y Francisco Steuer, confirieron desde la ciudad de Londres un mandato al señor Erwin Strauss, quien se hallaba en Bogotá, para realizar las gestiones necesarias previas para establecer por cuenta y riesgo de ellos un almacén y se comprometieron a pagar a su mandatario una remuneración especial por el cumplimiento de su mandato.

"Tercera.—Que el señor Erwin Strauss aceptó en la ciudad de Bogotá dicho mandato y realizó las gestiones que le fueron encomendadas por sus mandantes.

"Cuarta.—Que los señores Carlos y Francisco Steuer deben cumplir las obligaciones contraídas con su mandatario.

"Quinta. — Condenar a los señores Carlos y Francisco Steuer a pagar, por iguales partes, al señor Erwin Strauss el valor de la remuneración fijada mediante el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J."

"Sexto.—La cuantía de tal remuneración será por el cumplimiento de su mandato.

Los fundamentos de hecho fueron los siguientes:

"Primero. — En los últimos meses del año de 1938. el demandante era empleado de los alma-

cenes de la sociedad TE-TA establecidos en la ciudad de Praga, Checoeslovaquia.

"Segundo. — En los últimos meses del año de 1938, el señor Erwin Strauss propuso a los señores Carlos y Francisco Steuer, miembros de la sociedad TE-TA, realizar un viaje por América para vender mercancías checoeslovacas por cuenta de ellos. Los señores Steuer aceptaron dicha propuesta.

"Tercero.—En la misma época los señores Carlos y Francisco Steuer celebraron un contrato con el señor Erwin Strauss, en cuya virtud éste viajaría a América, por cuenta de sus mandantes, con el objeto de buscar un país de condiciones propicias para establecer en él almacenes del tipo de los de la sociedad TE-TA, para el caso de que Checoeslovaquia fuera invadida por los alemanes.

"Cuarto.—Llegado a Colombia el señor Erwin Strauss consideró que éste era el país propicio para establecer el almacén que los señores Carlos y Francisco Steuer deseaban, y se lo comunicó así a ellos.

"Quinto.—Los Sres. Carlos y Francisco Steuer por medio de cartas manifestaron su conformidad con el señor Erwin Strauss y le encargaron la realización de las gestiones previas necesarias para establecer por cuenta de ellos un almacén en Bogotá.

"Sexto.—El señor Erwin Strauss aceptó dicho mandato, y en desarrollo de él realizó las gestiones adecuadas para la fundación del almacén hoy denominado "TIA". En desarrollo de tales gestiones, cumplió las instrucciones que por carta le daban sus mandantes.

"Séptimo.—El señor Strauss, además, envió toda clase de informaciones a sus mandantes sobre el medio comercial colombiano y sobre las gestiones necesarias para el negocio y para la entrada de los señores Steuer al país.

"Octavo.—Cuando inició trabajos en Colombia el señor Strauss, el señor Francisco Steuer se comprometió, por carta, a que él y Carlos Steuer le remunerarían su trabajo especial, realizárase o no la empresa, considerando ideológicamente su trabajo, en este último caso.

"Noveno.—El señor Francisco Steuer por este mismo tiempo se comprometió, por carta, a que él y su hermano el señor Carlos Steuer, le remunerarían aparte y con dinero de la nueva empresa, próxima a fundarse, los trabajos que estaba ejecutando.

"Décimo.—Los Sres Francisco y Carlos Steuer, como condueños que iban a ser de la sociedad que aquí se estableciera, obraban de acuerdo en las instrucciones que enviaron a su mandatario en Colombia.

"Undécimo. — Fundado en Bogotá el almacén "TIA" y abierto al público, el señor Carlos Steuer, Gerente de dicho almacén o sociedad TIA, S. A., empleó al señor Erwin Strauss, pero no le pagó la remuneración convenida por la recta ejecución del mandato, que él y su hermano Francisco, personalmente le habían conferido.

"Duodécimo.—El señor Francisco Steuer tampoco pagó al señor Strauss la remuneración convenida por la recta ejecución del mandato que él y su hermano Carlos, personalmente, le habían conferido".

En cuanto al derecho, invocó disposiciones referentes al mandato, a los efectos de las obligaciones y a la interpretación de los contratos.

Como el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá declarara no probada la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, los demandados hubieron de contestar la demanda y lo hicieron desconociendo al demandante el derecho pedido, aceptando el hecho primero, negando unos hechos categóricamente y otros por razón de la forma como están concebidos.

De sus respuestas aparece una versión de los hechos contraria a la del demandante y que puede resumirse así: el viaje lo emprendió Strauss como empleado de la sociedad TE-TA Beck & Co. de Praga (Checoeslovaquia), que lo envió a América a vender mercancías e informar sobre las posibilidades de establecer en uno o varios de estos países almacenes de los del tipo de la sociedad; no hubo mandatos de los demandados Steuer al demandante, ni gestiones de Strauss como mandatario de aquéllos; de Colombia Strauss comunicó que éste era el país propicio para el establecimiento de los almacenes dichos; aquí obraba él como empleado, ejecutando sus labores conforme a instrucciones minuciosas que le mandaban desde Europa los demandados Steuer, socios y representantes de la Te-Ta, como sus patrones; confiscada la sociedad Te-Ta por los invasores de Checoeslovaquia y hallándose los demandados en Londres, a solicitud de Strauss convinieron en que éste continuara como empleado de aquéllos y que Carlos Steuer, a su llegada a Bogotá, convendría nuevamente con Strauss el monto y la continuidad de su sueldo fijo en Colombia; no l

prometieron remuneración especial por su trabajo, fuera de los sueldos corrientes, libremente acordados entre los Steuer y Strauss; recibidas las informaciones del empleado Strauss, sobre el medio comercial colombiano y sobre los requisitos para la entrada de extranjeros al país, Carlos Steuer viajó a Colombia y llevó a cabo todos los trabajos preparatorios para la organización de la sociedad y de los almacenes TIA, S. A.; Strauss y Carlos Steuer, hecha la liquidación de los gastos corrientes, llegaron a un acuerdo sobre el monto del sueldo fijo que el primero devengaría en Colombia, sueldo que le fue pagado en forma continua, sin queja por parte del demandante, y que ascendió a trescientos pesos mensuales desde fines de 1939; ese sueldo le fue pagado por TIA, S. A. una vez organizada esa empresa, y lo siguió devengando el demandante hasta el 31 de enero de 1941 en que se retiró voluntariamente del servicio de esta sociedad, sin reclamo de ninguna clase contra la Compañía, sus dueños o sus representantes legales.

Puso fin a la primera instancia la sentencia del 25 de febrero de 1944, en que el Juzgado absolvió a los demandados y condenó en costas al demandante, fundándose en que "con las pruebas aducidas por el actor no se ha demostrado ni comprobado el contrato de mandato que sostiene en su demanda" "y en que existen indicios que nos demuestran que entre el demandante y los demandados existía un verdadero contrato de trabajo".

Surtida la segunda instancia por apelación del demandante, y sin que se hubieran producido nuevas pruebas, el Tribunal Superior de Bogotá falló el pleito así:

1º Declárase que los demandados Carlos y Francisco Steuer, celebraron con el señor Erwin Strauss, en los últimos meses del año de 1938, en la ciudad de Praga, un contrato en cuya virtud éste se comprometió a buscar un país en Sur América para establecer en él negocios de comercio por cuenta de los citados demandados.

3º Declárase que los demandados confirieron desde la ciudad de Londres un mandato al demandante Strauss, quien se hallaba en Bogotá, para realizar las gestiones necesarias previas para establecer por cuenta y riesgo de ellos un almacén, y que se comprometieron a pagar al demandante una remuneración especial por el cumplimiento de dicho mandato.

4º Declárase que el demandante realizó las gestiones encomendadas por los demandados.

5º Declárase que los demandados deben cumplir para con el demandante las obligaciones que el cumplimiento del mandato referido determine legalmente.

6º Condénase a los demandados a pagar, por partes iguales, al demandante Strauss, el valor o monto de la remuneración debida por razón del cumplimiento del contrato de mandato referido.

Parágrafo. La cuantía o monto de la remuneración usual, será fijada por el procedimiento previsto en el artículo 553 del C. J.

7º Sin costas en las instancias.

El apoderado de los demandados recurrió a la Corte Suprema en demanda de casación, recurso que se pasa a determinar en esta providencia.

En su sentencia, el Tribunal transcribe las apreciaciones del Juzgado sobre pruebas y las va rectificando según su propio criterio para concluír que el demandado Francisco Steuer reconoció haber contratado a Strauss para gestiones encaminadas a establecer negocios, particularmente almacenes en serie, y para la entrada al país de la familia del absolvente y, que la remuneración se debía pagar una vez en Bogotá en virtud de arreglo que se concertaría con Carlos Steuer; luego entra en la calificación del contrato diciendo que de las relaciones que mediaron entre demandante y demandados no se deduce el contrato de trabajo, en que el sueldo se acuerda previamente y se paga por períodos vencidos, y donde hay subordinación personal y dependencia económica del trabajador, y que entonces la única figura posible era la del mandato, ya que las actividades y relaciones comprobadas en autos quedan comprendidas dentro de las normas que regulan ese contrato; por último estima que no habiéndose fijado la remuneración por las partes, debe ser la usual, determinada por peritos en el procedimiento previsto por el artículo 553 del C. J.

El apoderado de los demandados invoca como causales del recurso la primera y la segunda de las previstas por el artículo 520 del C. J. o sea: la violación de ley sustantiva por infracción directa o por aplicación indebida o por interpretación errónea, indicando como infringidos los artículos 2142, 2143, 2150 y 1609 del C. C., ya por vía directa o principal, ya a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de ciertas pruebas que señala separadamente; y el no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes por cuanto en la resolutiva el fallo dedujo

a favor del demandante pretensiones que no fueron probadas por él.

La Sala encuentra fundada la primera causal, en parte por el primer motivo y en parte por el segundo motivo de los seis que en parágrafos separados expone el recurrente para fundamentar la violación de ley sustantiva.

En el primer motivo acusa el ordinal segundo de la sentencia del Tribunal como violatorio del inciso segundo del artículo 20 del C. C. por haber aplicado la ley colombiana en vez de la checoeslovaca, cuya prueba no dedujo el demandante como lo prevé el artículo 659 del C. J.; y agrega que suponiendo dos contratos, conforme a la variación que hizo el actor en la demanda reformada, tampoco sería aplicable la ley colombiana al segundo contrato, el de mandato que se dice celebrado por correspondencia entre Londres y Bogotá, sino la ley de la nacionalidad de los contratantes, súbditos todos del mismo Estado, o la ley del lugar del cual partió la oferta, o sea la ley inglesa, por haber sido Londres ese lugar según el ordinal 3º de la sentencia, que también es violatorio del mencionado inciso segundo.

Según la demanda reformada, acogida por la sentencia, los contratos de los Strauss con Steuer fueron dos: uno celebrado en Praga, en los últimos meses de 1938 para que buscara en América un país en donde establecer negocios de comercio, y el otro fue un mandato conferido por aquéllos desde Londres, a Strauss que se hallaba en Bogotá, para que éste realizara las gestiones necesarias previas para el establecimiento de un almacén. Conviene, pues determinar cuál sea la ley que haya de tenerse en cuenta para declarar la celebración de esos contratos.

El rigor del sistema de la territorialidad de la ley, establecido por el artículo 18 de nuestro Código Civil y después por el artículo 57 del C. P. y M. se atempera por motivos de conveniencia, entre otros casos cuando se trata de contratos celebrados en el extranjero, pues el comercio internacional exige el amparo de la seguridad y rapidez de los cambios. Así, el artículo 20 del C. C., después de sujetar a la ley colombiana los bienes situados en el territorio nacional, dice que "esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño". Esto supone la admisión del principio de que la capacidad de las partes, los requisitos intrínsecos de los contratos, sus condiciones de formación y validez, se rigen por la ley extranjera, la del lugar de la celebración del contrato (**lex loci contractus**).

Y como el Tribunal, sobre el supuesto de que se trataba de un solo contrato celebrado en Checoeslovaquia, aplicó la ley colombiana, y sobre todo en el ordinal segundo de su resolución declaró la existencia válida del primer contrato de que habla la demanda reformada, como celebrado en Praga, sin atender a la ley del soberano de ese lugar, que no se le probó en forma alguna, violó directamente el principio que aplica y respeta el inciso 2º del mencionado artículo 20 del C. C.

En esta parte es fundado este motivo del cargo que se estudia.

No sucede lo mismo en cuanto a la acusación se refiere al ordinal 3º de la sentencia donde se declara la existencia válida de un mandato que según la súplica segunda y los hechos quinto y sexto de la demanda reformada, se celebró por correspondencia de Londres a Bogotá y viceversa. En efecto, según el artículo 191 de nuestro C. de Co., los contratos por correspondencia se entienden celebrados, para todos los efectos legales, en el lugar de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta, y esta regla es aplicable por analogía a los contratos celebrados por correspondencia internacional, sobre todo cuando el contrato es de mandato, pues es principio de legislación universal que este contrato no se perfecciona sino por la aceptación del mandatario (artículos 2150, C. C. y 338, C. de Co.). Y como el segundo contrato que se dice de mandato, fue aceptado por Strauss en Bogotá o aquí se perfeccionó, esta ciudad debe tenerse por lugar de la celebración, ajuste o perfeccionamiento del contrato y por eso era la ley colombiana la aplicable, como lo hizo el Tribunal, para juzgar de la existencia y validez, formalidades intrínsecas, naturaleza y efectos del contrato, según los artículos 18, C. C. y 57, C. P. M.

En esta parte se rechaza el cargo o el primer motivo en que se funda la primera causal.

En el segundo motivo el recurrente acusa los ordinales segundo y tercero de la sentencia por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 2142, 2143, 2149 y 2150 del C. C. y desarrolla el cargo así: los actos de Strauss fueron de información, de servicio a sus patrones, no podían ser de mandatario remunerado; el efecto, el objeto del contrato de Praga —porque para el demandante no hubo sino un contrato celebrado en el exterior— fue que Strauss bu

cara en América el país más conveniente para establecer cierto tipo de almacenes; los actos de Strauss durante su viaje a América y permanencia en Bogotá fueron propios de un empleado que se ciñó estrictamente a las órdenes e instrucciones de sus patrones; éstos en ninguna de sus instrucciones autorizaron a aquél para ejecutar negocios por cuenta y riesgo de ellos, bajo su responsabilidad, ni lo facultaron para intervenir con terceros en alguna gestión comercial, ni él les dio informe de alguna gestión que implicara o significara un negocio comercial; luego ninguno de los elementos constitutivos del mandato aparecen conjugados en este expediente, como serían: negocio económico, compromisos con terceros, riesgo a cargo de los interesados, etc., y más bien resulta configurado otro contrato, el de trabajo o el de arrendamiento de servicios; hubo, pues, una interpretación errónea o una aplicación indebida de las reglas del mandato al caso de la litis, ya que no tratándose de este contrato, era improcedente la aplicación de las citadas disposiciones legales al caso de estos autos.

Para resolver se considera:

Por el contrato de mandato una parte se encarga de gestionar por cuenta y riesgo y a nombre de la otra parte, uno o más negocios que ésta le confía, relacionados con terceros. Puede ser gratuito o remunerado y la remuneración se determina por la convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el Juez cuando es usual (artículos 2142, 2143, 2184, C. C.). Son elementos esenciales del mandato: una parte que confiera el encargo y que se llama mandante o comitente; otra parte que acepta el encargo y que se llama en general mandatario; que el encargo verse sobre negocio o negocios que interesen de algún modo al mandante, puedan ser ejecutados legalmente por éste y por el mandatario, sean reales o futuros y se relacionen con terceros. Si el negocio se relaciona con el mandatario solamente, hay un mero consejo; y si el encargo se relaciona solamente con el mandante, hay un arrendamiento de servicios (artículos 2145, 2146, 2147, C. C.). El objeto propio del mandato son actos jurídicos que deben cumplirse por cuenta del mandante, al contrario de lo que sucede en el arrendamiento de servicios cuyo objeto son hechos de orden material. (Planiol. Tratado Elemental, T. 2, número 2232).

De la crítica que el Tribunal hizo a la apreciación de las pruebas por el Juzgado, así como de la estimación de otros elementos probatorios, dedujo las siguientes circunstancias de hecho: que "el demandante sí estaba dedicado a hacer gestiones de establecimiento de una empresa comercial, por cuenta de los demandados"; que las declaraciones "establecen las gestiones llevadas a cabo por el actor para el establecimiento del almacén "Tía", gestiones que no especifica y que se verán en seguida; que Francisco Steuer reconoció en posiciones haber contratado a Strauss para que desarrollara gestiones encaminadas a establecer negocios, particularmente almacenes en serie y para la entrada de su familia al país y que la remuneración se debía pagar en Bogotá en virtud de arreglo con Carlos Steuer.

Según el declarante Irving Mischner, las gestiones de Strauss se refirieron a la consecución del local para el almacén "Tía" y su adaptación para ese fin; Luis Buendía dice que Strauss se dirigió a él para que le consiguiera un local para almacén y él le consiguió el que ocupa el almacén Tía, y que aquél habló con el dueño del local los preliminares del negocio pero que fue Carlos Steuer quien a su llegada convino con él la comisión y se la pagó; por orden de Strauss hizo Martín Gutmann el anteproyecto de reconstrucción del local, recibió de aquél $ 250.00, pero además recibió de Londres carta de Carlos Steuer sobre el asunto y fue con este señor con quien contrató el proyecto definitivo.

Sobre esa base de hecho el Tribunal razonó acerca de la cuestión jurídica así: de las relaciones que mediaron entre demandante y demandados no se deduce un contrato de trabajo, en que el sueldo se acuerda previamente y se paga periódicamente, por lapsos vencidos (quince días o un mes), mucho más cuando no se encuentran en esas relaciones la subordinación personal y la dependencia económica del gestor; entonces la única figura contractual aplicable es la del mandato, ya que las actividades y relaciones comprobadas en autos quedan precisamente comprendidas dentro de las normas que regulan ese contrato.

El dilema que supone esta argumentación no existe en realidad porque hay la posibilidad jurídica de otros términos, como sería un contrato de arrendamiento de servicios o de industria, o un contrato innominado o antípico. Y el motivo de que la actividad del demandante fue precisamente la susceptible de un mandato, aparece como una mera afirmación y no como la conclusión de un argumento convincente.

Por el contrario, la Sala de Casación ve que las gestiones del demandante, tal como las deduce el

Tribunal, no fueron ni podían ser objeto de un mandato por no tratarse de negocios, en sentido económico o comercial, ni de actos jurídicos que hubiera ejecutado Strauss por cuenta y riesgo de los Steuer y a nombre de éstos, que hubieran exigido la presencia jurídica de éstos en Bogotá, durante su ausencia real en Londres. Y aun en los casos en que Strauss se pone en relación con el comisionista, con el dueño del local, con el arquitecto, con el funcionario que pone una visa, no pudo obrar como mandatario de los Steuer por no haber perfeccionado por su voluntad un negocio, un acto jurídico, por cuenta y riesgo y a nombre de éstos, y sólo aparece como un cooperador material que seguía en todo las instrucciones que ellos le comunicaban minuciosamente. Fue necesaria la llegada de Carlos Steuer a Bogotá para que los negocios que le interesaban quedaran concluídos legalmente.

Faltando, pues, uno de los elementos del mandato, es claro que el Tribunal erró al establecer la igualdad entre la hipótesis a que los artículos 2142 y 2143 del C. C. dan la calificación legal de mandato, y los hechos que dedujo como establecidos en la causa, con lo cual hizo una aplicación indebida de esas disposiciones legales.

Este segundo motivo es fundado y la sentencia habrá de ser casada. Los motivos de la casación sirven también de fundamento a la sentencia de instancia. Esta habrá de ser absolutoria por no resultar de los hechos probados el contrato de mandato que el demandante alegó como fuente de su acción y de su pretensión de que los demandados le pagaran una remuneración. Pero no está de más añadir las siguientes consideraciones que hacen aún más notoria la justicia del fallo:

En la demanda reformada, casi se puede decir que el demandante no configuró un verdadero mandato: habló de la comunicación de que éste era el país propicio para el negocio del almacén, del envío de informaciones sobre el medio colombiano y la entrada de extranjeros, de la realización de gestiones para el establecimiento del almacén, del cumplimiento de las instrucciones que por carta le daban los demandados; pero no dijo en concreto cuáles habían sido las gestiones necesarias, previas al establecimiento del almacén.

Después de las cartas de 11 de mayo y 28 de junio de 1939, en que Francisco Steuer le ordena envío de copiosa información y datos, "trabajos de averiguación" como los llama el suscriptor, Straus se dirige a los Steuer, en Londres, por carta del 11 de julio de 1939, que no fue apreciada por el Juzgado ni por el Tribunal, y les dice lo siguiente que es una prueba concluyente de que el demandante no fue mandatario sino empleado de los demandados: "En caso de que llevemos a cabo el asunto, propongo a usted no pagarme ahora, ya que estoy viviendo del dinero de usted, y más bien me pague el **sueldo** en la fecha de aceptación del local, caso de que no sea demasiado tarde. Si no resulta nada, sería muy gentil de su parte el que me pagara el tiempo puesto que ahora no he ganado nada, lo que de otra manera no sería el caso". En contestación a esa Carta, Francisco Steuer dirige a Straus la del 25 de julio de 1939, en que dice: "En relación con el párrafo (en alemán) 'Mi modesta persona', quiero informarle lo siguiente: Usted salió de Praga con el dinero de la Compañía, a saber, 2/3 de la suma pertenecientes a los señores Steuer y una tercera parte al señor Rodolfo. Por eso querría que la liquidación con la casa 'Tía' se hiciera por usted y para usted aparte. La pérdida que aparece se dividirá como atrás se ha indicado, 2/3 St. y 1/3 parte Tausing. Los trabajos empezados ahora para la nueva compañía que se está empezando, será la misma que separadamente reconoce a usted sus honorarios; especial liquidación se hará sobre la cual el señor Carlos convenga con usted en el lugar". No se habla aquí de remuneración especial por trabajos para la fundación de la nueva empresa, sino de liquidaciones separadas y especiales de gastos hechos con dineros de la casa Te-Ta y de los hechos con dinero que los Steuer anticipaban por cuenta de la nueva casa "Tía", de los cuales ya habían anticipado a Straus doscientas libras esterlinas.

Herman Braunstein declaró que a la llegada de Carlos Steuer a Bogotá, el señor Straus presentó una cuenta de los dineros que había recibido de la casa Te-Ta en Praga y de los señores Steuer, en Londres; que en esa cuenta figuraban todos los gastos y también los **sueldos** de Straus; que el declarante examinó esa cuenta por orden del nombrado Carlos y la aprobó, y que este mismo señor fijó a Straus un sueldo mensual de doscientos cincuenta o trescientos pesos.

A. C. P. Froehlish, secretario de F. Steuer en Londres, le consta el envío de dineros a Straus para pagarle sus sueldos y demás gastos en Bogotá. Y a Kurt Traub, secretario de Carlos Steuer en Londres, le consta que después de la ocupación de Checoeslovaquia, Straus siguió como em-

pleado de los Steuer en Bogotá, recibiendo órdenes directas de Londres para su trabajo, con un sueldo de doscientos cincuenta pesos mensuales hasta la llegada de don Carlos a Bogotá y después con trescientos pesos, hasta la constitución de la compañía "Tía S. A." en marzo de 1940.

De la inspección ocular en los libros, chequeras, nóminas y otros papeles de "Tía S. A.", resulta conforme al dictamen de los peritos, que esa sociedad, que no empezó a ejercer su objeto social sino el 16 de marzo de 1940, pagó a Straus, como sueldos, las sumas de $ 250.00 en octubre de 1939 y $ 300.00 en los meses siguientes.

Todos estos hechos patentizan que la aplicación práctica y la interpretación que las partes en litigio dieron a su contrato no fueron las de un mandato, y que ese contrato terminó y fue liquidado y cumplido por ambas partes sin reclamación por ninguna de ellas.

Después los Steuer dieron empleo a Straus en la casa "Tía S. A.", en forma continua y allí trabajó con trescientos pesos mensuales hasta el 31 de enero de 1941 en que se retiró voluntariamente recibiendo su auxilio de cesantía y sin hacer reclamación alguna a sus antiguos patrones.

No puede calificar la Sala como evasivas las respuestas de Francisco Steuer a la posición sexta de las que absolvió antes del juicio, relacionada con el contenido de una carta que después vino a los autos y fue traducida en el término probatorio, y por ello no es el caso de sacar ninguna presunción en contra de dicho demandado.

La cuestión principal del pleito ha sido la calificación jurídica de los hechos que por sí misma y por las circunstancias da lugar a variedad de opiniones como puede verse en los fallos del Juzgado y del Tribunal, por lo cual la acción no aparece como temeraria, ni puede ser sancionado el demandante con la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá el cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro y CONFIRMA el punto primero de la sentencia de primera instancia, pronunciada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá el veinticinco de febrero del mismo año.

Sin costas en las instancias, ni en el recurso de casación.

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

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio.

REIVINDICACION.—NATURALEZA JURIDICA DEL RECURSO DE CASACION.

En variadas ocasiones se ha dicho que el simple quebranto de los preceptos reguladores del mérito probatorio no es por sí mismo conducente a obtener la casación de un fallo; en otras tantas se ha expuesto la doctrina sobre el modo como obran los errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria sobre la viabilidad de este recurso, y en numerosísimos casos más se ha detallado en qué consiste la incongruencia que la ley erige en segunda causal de casación.

La índole extraordinaria de este recurso radica en que no está instituído en provecho de las partes sino de la ley y en que precisamente por provocarse y surtirse contra el acto jurisdiccional ya cumplido que normal y definitivamente precluye la controversia, puede reputarse dirigido a quebrantar la eficacia de la cosa juzgada. Estos tres aspectos interdependientes que configuran la naturaleza extraordinaria de la casación hacen que la ley no permita controvertir en su ámbito sino el interés general expresado en el mantenimiento de la ley sustancial mediante las tres primeras causales relativas a los errores IN IUDICANDO, y en el de la previsión constitucional sobre las normas de juzgamiento, mediante las demás causales relativas a los errores IN PROCEDENDO, en cuanto se proyectan sobre los llamados presupuestos procesales; la ciencia procedimental los concibe como requisitos que han de reunirse necesariamente para que pueda sobrevenir una sentencia estimatoria de la demanda, ora acogiendo, ora rechazando sus pretensiones; se considera que en definitiva no son sino tres: juez, actor y reo, ya que que la legitimación en causa es una condición de la acción, y no un presupuesto procesal. (Quod deest vide corpore sententiae).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Contra Raquel Jaramillo propuso demanda ordinaria Eladio Franco, ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín, para que previos los trámites correspondientes se declarara al demandante, dueño de un solar ubicado en el Barrio "La Polka" o "Pérez Triana" de la mencionada ciudad, y a la demandada en la obligación de restituír al actor dicho inmueble, cuya alinderación se expresó en el libelo, y en la de satisfacerle el monto de los perjuicios aparejados por el ejercicio de una acción administrativa decidida a favor de Raquel Jaramillo.

Los fundamentos de hecho indicados por Franco fueron en síntesis: que por medio de la escritura pública número mil setenta y cinco (Nº 1075) otorgada el dieciseis de mayo de mil novecientos veintidós (1922) ante el Notario Tercero de Medellín, adquirió en compra junto con otros dos inmuebles el de que se trata; que dentro de los linderos generales de los tres solares se halla el que pretende reivindicar; que en este último empezó el demandante una edificación y la demandada obtuvo fallo de policía en cuya virtud hubo de suspenderla.

De la demanda se dió traslado a Raquel Jaramillo; ésta denunció el pleito a Miguel Acosta quien, a su vez, hizo lo propio respecto de José J. Londoño, el cual lo denunció a la Mutualidad Nacional S. A. en liquidación.

La sentencia proferida por el Juzgado, con fecha veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) desató la controversia en primera instancia en forma desfavorable al demandante quien apeló de ésta dando origen al segundo grado del recurrido por el cual puso fin el fallo confirmatorio del Distrito Judicial de Medellín con fecha cuatro (4) de julio del año próximo pasado; ésta última providencia es materia del recurso de casación propuesto por el actor de que conoce la Corte, y para solucionar el cual se considera:

El fallo recurrido

El nombrado Tribunal basa su sentencia en que del examen de la prueba testimonial y de

la pericial surtidas en la secuela del pleito deduce el fracaso de la acción porque Eladio Franco "no logró comprobar que sea dueño del inmueble que posee la demandada Raquel Jaramillo y conforme al art. 950 del C. C. la acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa". No sobra observar que el Tribunal se refirió a la posesión del inmueble por parte de la demandada sin que tal hecho se enunciara en la demanda, ni por tanto fuera tema de la controversia.

El recurso

El recurrente dice invocar las causales primera y segunda de casación; sobre la primera afirma que "hay apreciación errónea de pruebas y falta de apreciación de otras; en desarrollo de éste aserto acomete el análisis de los testimonios aducidos al pleito, con lo cual procura demostrar que fue equivocada la apreciación de ellos por parte del Tribunal, y que por tanto se violaron las normas contenidas en los arts. 688 y 697 del C. J.; también intenta destruír el mérito probatorio de los dictámenes periciales surtidos en las instancias, por cuya apreciación señala como infringidos los arts. 716, 721, 722 y 723 del C. J.; añade que el Tribunal quebrantó el art. 632 del mismo Código al abstenerse de apreciar una certificación oficial.

En cuanto a la segunda causal de casación, aunque el recurrente no lo exprese, da la impresión de que se funda en no haber obtenido el demandante, éxito, o de que se confunde con un aspecto de la causal primera.

Esta breve reseña de los apoyos del recurso basta para poner de manifiesto con cuánta ligereza se ha procedido al fundamentarlo; para recurrir ante la Corte no se estimó prudente ni releer los textos legales que en nuestro derecho lo configuran, ni orientarse en los ya muchos fallos proferidos por esta Sala sobre la técnica del recurso.

En variadas ocasiones se ha dicho y reiterado que el simple quebranto de los preceptos reguladores del mérito probatorio, no es por sí mismo vía conducente a obtener la casación de un fallo; en otras tantas se ha expuesto la doctrina sobre el modo como obran los errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria sobre la viabilidad de este recurso, y en numerosísimos más se ha detallado en qué consiste la incongruencia que la ley exige en segunda causal de casación. No obstante, en este caso como en otros, el recurrente ensaya una crítica libre de la sentencia recurrida exenta de toda noción técnica, y desvinculada de cualquier posibilidad de prosperar.

Se dice y se reitera que la casación es un recurso extraordinario, y sin embargo se promueve y se sustenta sin reparar en tan singular característica; su índole extraordinaria radica en que no está instituído en provecho de las partes sino de la ley, y que precisamente por provocarse y surtirse contra el acto jurisdiccional ya cumplido que normal y definitivamente precluye la controversia, puede reputarse dirigido a quebrantar la eficacia de la cosa juzgada.

Estos tres aspectos interdependientes que configuran la naturaleza extraordinaria de la casación hacen que la ley no permita controvertir en su ámbito sino el interés general expresado en el mantenimiento de la ley sustancial mediante las tres primeras causales relativas a los errores **in iudicando,** y en el de la previsión constitucional sobre las normas de juzgamiento, mediante las demás causales relativas a los errores **in procedendo,** en cuanto se proyectan sobre los llamados presupuestos procesales; la ciencia procedimental los concibe como los requisitos que han de reunirse necesariamente para que pueda sobrevenir una sentencia estimatoria de la demanda, ora acogiendo, ora rechazando sus pretensiones; se considera que en definitiva no son sino tres, juez, actor y reo, ya que la legitimación en causa es una condición de la acción, y no un presupuesto procesal.

Respecto de la persona del juez, una vez determinado que en realidad está investida de jurisdicción, se atiende a su capacidad objetiva y subjetiva, es decir a su competencia y a su disposición moral para conocer de un pleito determinado por no estar personalmente impedido; la causal 5ª se refiere a esta última circunstancia, y a la primera la causal sexta ya que la incompetencia de jurisdicción es motivo de nulidad, así como la cuarta y la séptima.

Respecto de las partes, demandante y demandado, surge la base previa de lo que con propiedad puede llamarse personería sustantiva, o sea la circunstancia de que la parte está constituída por un sujeto de derecho, es decir, que existe física o jurídicamente según se trate de una persona natural o de una moral; hecha tan necesaria comprobación el presupuesto versa sobre la capacidad civil y procesal de la persona entendien-

do por la primera el poder de adquisición y de goce, y por la segunda una forma de esta última, denominada por algunos **jus postulandi.**

Estos aspectos inciden en la validez del procedimiento, ya que el nuestro se funda en el principio del contradictorio, generador de la bilateralidad de la acción; peca contra tal fundamento la defectuosa presencia de la parte en el pleito, o la sustracción de parte por no haber sido citada regularmente para trabar la relación procesal la persona física o moral que ha debido serlo; de esta suerte la causal sexta, que mira a todas las posibles causales de invalidez, introduce a la casación para que sean reparados los errores de actividad que incidan en el presupuesto parte, o elemento personal de la acción.

Este deslinde de las causales de casación según la índole de los errores que con ella se pretenda corregir, explica el precepto contenido en el art. 538 del C. J. según el cual la Corte se transforma en el Tribunal de instancia cuando halla fundado un cargo por error de juicio, y deja de asumir tal papel obrando tan sólo como juez de casación, cuando encuentra justificada una queja por error de actividad.

Semejante ordenamiento difiere profundamente del francés y del italiano; en ellos sea que la casación sobrevenga por errores **in iudicando** o **in procedendo,** se remite la causa a otro juez, o al mismo que había conocido de aquélla, para que profiera nuevo fallo con sumisión a lo decidido por el Tribunal de casación en cuanto al punto de derecho por él resuelto, y provea sobre cuanto quede por solucionar para la completa terminación del pleito. Esta estructura del recurso dio origen a que cuando se estableció en Italia, se le atacara entre otras causas porque daba lugar al aplazamiento excesivo del fin de los litigios; nuestro instituto, libre de esa tacha queda, sin embargo, cubierto por lo que en los países nombrados se opone a que el juez de casación obre como de instancia; el temor de que se introduzca un despotismo judicial originado en una sustitución jurisdiccional de las normas legislativas; felizmente la experiencia nacional demuestra que entre nosotros tal temor habría resultado desprovisto de todo fundamento.

Las características de la casación la presentan ante todo como un medio de control jurídico sobre las actividades de los funcionarios jurisdiccionales, control que la Corte ejerce al sentar las bases de unificación jurisprudencial. A propósito de este papel será oportuno traer a cuento que la naturaleza de tal función no es susceptible de considerarse política sino jurisdiccional; quienes pretendían que es lo primero se fundaban en que el recurso de casación al instituírse en interés exclusivo de la ley atiende a un aspecto de la vida social más propio de ser encomendado a la tarea política que a la reservada para los jueces, pero olvidaron que cuando la Corte estima fundado un recurso provee a la recta aplicación de los preceptos en provecho simultáneo del ambiente jurídico en general, y de los derechos particulares de los litigantes actuales.

La índole de la institución de que se viene tratando requiere el método excepcional de que la ley la rodea, y exige en quienes a ella recurren un conocimiento adecuado de la función pública que están poniendo en movimiento, para arreglar su conducta a la entraña que la constituye y diferencia de las demás; por eso el art. 531 del C. J. exige determinadas especificaciones en la demanda de casación cuyo desarrollo ha de regirse conforme a lo que la técnica formalista del recurso exige por razón de su naturaleza y fines.

Como se advirtió al principio los dos cargos formulados en el caso presente no son viables: el primero porque se formula sobre la transgresión de preceptos reguladores sólo de la estimación probatoria, y el segundo porque en su apoyo no se ensaya intento alguno de evidenciar que lo resuelto pugna con el contenido de la acción o de la excepción, por exceso, por defecto, o por sustitución de la materia **sub judice.**

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 recurrida o sea la que en este juicio profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día cuatro (4) de julio de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

Las costas del recurso son a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Manuel José Vargas.—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio.

REIVINDICACION.—BONA O MALA FIDES

Que se haya pedido o dejado de pedir en la demanda la calificación de la fe de los poseedores es cosa de ninguna importancia en las acciones de dominio, porque debiéndose decidir legalmente en ellas sobre las prestaciones mutuas a que da lugar la reivindicación, la materia de la buena o mala fe que corresponda al poseedor vencido es cuestión de la naturaleza del fallo porque ella determina el alcance y contenido de las prestaciones recíprocas de que trata el capítulo 4º, del título 12 del libro 2º del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre dos de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca).

Ante el Juzgado del Circuito de Florencia, por medio de apoderado y en libelo de fecha 12 de agosto de 1942, Francisco Jiménez M, demandó en juicio ordinario de dominio al Municipio de Florencia, representado por su Personero, y a Ana Elisa de Fierro, Ascensión Gómez de Blanco, Dimas Joven, Ananías Ospina, Elena Polanco Cabrera, Marta Pimentel, Vicente Quigua, José León Valderrama, Gabriel Vásquez, Joaquín Arbeláez, Evangelista Obregón, Florentina Torres y Jorge Cabrera para que se declare que el demandante es dueño exclusivo de la finca denominada "El Feudo", de 18 hectáreas, ubicada dentro del municipio demandado y alinderada como allí se dice, poseída sin título legítimo por los demandados, en lotes o parcelas especiales que se delimitan particularmente para cada uno, y que, en consecuencia, deben restituírle el lote por cada uno de ellos poseído con sus frutos naturales y civiles, y pagarle las costas de este juicio.

El demandante hace provenir su derecho de dominio, fuera de otros títulos cuya enunciación es innecesaria para la decisión de este recurso, de la Resolución Nº 208 de 26 de octubre de 1933, proferida por el Ministerio de Industrias, por medio de la cual le fue adjudicado, a título de cultivador, de acuerdo con la Ley 47 de 1926, el globo de terreno baldío denominado "El Feudo", singularizado en la demanda. Esta Resolución, acompañada a la demanda con sus correspondientes notas de registro, reza en lo pertinente: "...El Ministerio de Industrias, visto el concepto favorable del Ingeniero del Departamento de Baldíos, **Resuelve:** Confírmase la Resolución número 17 de 27 de septiembre de 1928, proferida por la Comisaría Especial del Caquetá, por medio de la cual se adjudicó al señor Francisco Jiménez Medina un globo de terreno baldío denominado "El Feudo", con una cabida de 20 hectáreas, ubicado en el municipio de Florencia y que se halla encerrado por los siguientes linderos..."

Notificada la demanda, los demandados particulares, con fundamento en el hecho de que habían adquirido sus correspondientes lotes por cesión que les había hecho el Municipio de Florencia, le denunciaron el pleito al Distrito y las denuncias fueron aceptadas por el Juzgado. El Personero Municipal afrontó la litis y contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor porque el título de adjudicación con que quiere probar su dominio carece del valor legal y es nulo por haber incurrido el adjudicatario de "El Feudo" en inexactitudes al pedir al Gobierno su adjudicación; como son la de que no estaba destinado a un uso público y la de que se trataba de un baldío rural y no de un predio ubicado dentro del área de la población de Florencia. Con apoyo en estos mismos hechos expuestos en su contestación a la demanda, el Personero Municipal contrademandó a Jiménez Medina para que en la sentencia final del juicio "se declare nulo el título o Resolución Nº 208 de fecha 26 de octubre de 1933, por la cual el Ministerio de Industrias a nombre del Estado colombiano, le adjudicó al señor Francisco Jiménez Medina a título de pequeño cultivador y con base en la ley 47 de 1926, el globo de terreno conocido con el nombre de "El Feudo", correspondiente al área urbana de Florencia... que por ministerio de la Ley 64 de 1936 el señor Francisco Jiménez Medina ha perdido todo derecho que pudiera tener sobre el lote

de terreno urbano de Florencia conocido con el nombre de "El Feudo...".

Sobre estas precisas bases se desenvolvió el litigio, cuya primera instancia fue desatada en sentencia de 4 de septiembre de 1944, en la cual se declara que el actor es legítimo dueño de "El Feudo" y que, en consecuencia, el demandado debe restituírsela, después de ejecutoriado el fallo, con sus frutos naturales y civiles a partir de la contestación de la demanda y hasta su entrega, de acuerdo con el avalúo pericial que debe hacerse. Sin costas.

Sentencia acusada

Por apelación de la parte demandada se surtió ante el Tribunal del Distrito Judicial de Neiva el segundo grado del juicio que finalizó con la sentencia del 14 de diciembre de 1945, en que se decidió, reformando la recurrida:

Que el demandante Jiménez Medina es dueño único del predio de "El Feudo", por los linderos que describe la demanda, con exclusión de los lotes vendidos por el demandante a Nicéforo Parra y a Bernardino Ramírez. Que el Municipio de Florencia debe restituir al actor dentro de los diez días de la ejecutoria del fallo, el predio citado, con exclusión de los aludidos lotes vendidos por el demandante y de los cedidos por el Municipio a Ananías Ospina, Elena Polanco Cabrera, Marta Pimentel, y Gabriel Vásquez, previo el pago de las mejoras hechas por el Municipio con posterioridad a la contestación de la demanda, con los frutos naturales y civiles a partir de la notificación de la demanda y cuyo monto se fijará de acuerdo con el art. 553 del C. J. — Que los demandados Ananías Ospina, Elena Polanco Cabrera, Marta Pimentel y Gabriel Vásquez deben restituir al demandante, dentro del mismo término de 10 días, los lotes particularmente por ellos poseídos, según la alinderación de la demanda, con sus frutos naturales y civiles a partir de la contestación de la demanda y previo el pago de las mejoras que hubieren hecho en los lotes antes de la demanda. — Se absolvió a los demandados Ana Elisa Charry de Fierro, José León Valderrama, Arbeláez & Escobar y Jorge Cabrera de los cargos de la demanda, y se denegaron las declaraciones pedidas en la demanda de reconvención. Sin costas.

La motivación de esta sentencia, a pesar de sus veintinueve hojas rellenadas de transcripciones inútiles, puede compendiarse muy brevemente. El reivindicante ha probado ser dueño de "El Feudo" porque la adjudicación que se le hizo por medio de la Resolución Nº 208 de 26 de octubre de 1933, legalmente registrada, es de acuerdo con la Ley 47 de 1926, título traslaticio de dominio, equivalente a una escritura pública. La pretensión del Municipio frente a este dominio probado del actor y enderezada contra su validez, carece de fundamento legal, porque no es verdad que "El Feudo" estuviera ubicado dentro del área urbana de Florencia, ya que el Decreto Comisarial Nº 17 de 1912, aducido al efecto, no señaló ni determinó tal área y su objeto fue dictar algunas disposiciones sobre vías públicas y policía rural, y porque ninguna disposición administrativa posterior a la adjudicación hecha al demandante podía vulnerar su derecho, ni siquiera la ley 64 de 1936, por la cual se cedió al Municipio de Florencia, capital de la Comisaría Especial del Caquetá, el área determinada para su población urbana por Decreto del Ministerio de Gobierno de 1932, porque en su artículo 2º se advirtió expresamente: "La cesión que se hace por la presente ley, sólo se refiere a la parte del área expresada en el artículo anterior, que no ha sido adjudicada ya a los colonos por la Nación, y en consecuencia no entran en ella los lotes ya adjudicados." El Tribunal rechaza las pretensiones municipales porque los hechos o inexactitudes en que dice incurrió el demandante para hacerse adjudicar El Feudo y en que apoya su excepción de invalidez de la Resolución Ministerial no existen en realidad; pero el verdadero fundamento de su decisión es el de que mientras no se anule la adjudicación de baldíos hecha al demandante su título le confiere dominio, y la nulidad de esta Resolución del Gobierno no puede ser materia de declaración de la justicia ordinaria por ser de la competencia privativa de la justicia contencioso-administrativa. La demanda de reconvención recoge exactamente los hechos y razones de la contestación de la demanda directa, y de acuerdo con el artículo 742 del C. J. sólo se puede contrademandar si el Juez es competente para conocer de la demanda de reconvención. Sentado esto, concluye el Tribunal que estando fehacientemente probado en el proceso el dominio del actor, la singularización de la cosa reivindicada, la posesión sobre ella de los demandados y la identidad entre lo demandado y lo poseído, cuestiones sobre las cuales no se ha debatido propiamente, debe prosperar la reivindicación. Para efectos de las prestaciones mutua

estudia la sentencia detenidamente la calidad de la fe de los demandados y concluye que no hay motivo ninguno para no considerarlos, al Municipio ni a los particulares, como poseedores de buena fe.

El recurso

Preparado legalmente se decide hoy el recurso de casación oportunamente interpuesto por ambas partes contra la sentencia definitiva de segunda instancia, principiando, por razón de orden lógico, por el de la parte demandada.

Demanda del apoderado del Municipio de Florencia

Con apoyo en la causal primera de casación acusa este recurrente la sentencia por violación directa de los artículos 1º y 7º de la ley 47 de 1926, por aplicación indebida el primero y por errónea interpretación el último, y 946 y 950 del C. C. también por haber sido indebidamente aplicados.

"El General Jiménez Medina —dice el recurrente para fundar su cargo— se hizo adjudicar como baldío rural con el lleno de las formalidades de la ley 47 de 1926, un predio urbano que sólo podía adjudicarse de acuerdo con las disposiciones de la ley 98 de 1926. Siendo esto así, es claro que aun cuando el General Jiménez Medina tenga título de adjudicación del predio El Feudo a título de cultivador, de nada le vale, porque el carácter de escritura pública no purga al título de los demás vicios que puedan afectarlo... En el presente caso el hecho de que el título de la adjudicación se equipare a escritura pública no lo purga de vicio de invalidez por no haberse llenado las formalidades que la ley exige para la adjudicación dentro del perímetro urbano... Habiendo demostrado que el título de adjudicación del General Jiménez Medina carece de valor, es obvio que la sentencia del Tribunal, al acceder a la reivindicación, violó la norma de los artículos 946 y 950 del C. C...."

Considera la Corte:

Las disposiciones de la ley 47 de 1926, que se citan como directamente infringidas por el Tribunal, son del tenor siguiente:

"Toda persona puede adquirir, como colono o cultivador, título de propiedad sobre los terrenos baldíos en donde se haya establecido con casa de habitación y cultivos permanentes, como plantaciones de café, cacao, caña de azúcar, o sementeras de trigo, papa, maíz, arroz, etc., en una extensión no mayor de diez hectáreas y otro tanto de lo cultivado".

"Llegado el expediente al Ministerio se dicta por éste, dentro del término de los diez días siguientes una resolución que confirme o revoque la resolución de primera instancia. En caso de confirmación la resolución ministerial tiene carácter de título traslaticio de dominio, equivalente a escritura pública y debe inscribirse en la Oficina de Registro correspondiente".

Se vio que la posición jurídica de defensa que asumió el demandado ante la acción de dominio de Jiménez Medina se redujo y enderezó exclusivamente al ataque contra la validez de la Resolución Ministerial en el que le fue hecha la adjudicación del globo de terreno baldío de El Feudo, y se vio también que el fundamento esencial del fallo acusado fue la incompetencia de la justicia ordinaria para considerar y decidir sobre la nulidad de una resolución ministerial con que culminó un proceso o actuación de carácter específicamente administrativo como es el relacionado con la adjudicación de baldíos de propiedad nacional, de donde dedujo obviamente el Tribunal la prosperidad de la acción de dominio con base en el título de la adjudicación, que mientras no sea invalidada por la vía adecuada y ante la autoridad competente constituye título legal y suficiente para acreditar el dominio. La sentencia acusada no discriminó, ni podía hacerlo dada la posición en que se colocó el fallador, si la adjudicación aludida fue bien hecha dentro de las prescripciones de la ley 47 o de las determinadas en la ley 98 de 1926, por tratarse de baldíos rurales o dentro de perímetros urbanos. Estos son aspectos de naturaleza administrativa, procedentes solamente como alegaciones contra la validez del acto gubernativo ante el Juez administrativo correspondiente, a cuya jurisdicción privativa está encomendado el control de la legalidad de tales actos. Sobra advertir que no se trata aquí de una controversia entre colonos que no han obtenido todavía título de adjudicación, o entre éstos y extraños que no exhiban resolución de adjudicación definitiva registrada, ni de una entre colonos y adjudicatarios o entre aquéllos y éstos con terceros que reclaman dominio sobre el terreno cultivado ocupado o adjudicado, que de acuerdo con tal ley (artículo 79 del C. F.) se deciden judicialmente por la vía ordinaria.

En estas condiciones el cargo es inane porque se dirige contra una razón que no es la sustentatoria de la decisión acusada, que así sigue sosteniéndose en los fundamentos que le dio el sentenciador y que por no ser atacados, y además, en este caso por una visible legalidad, no pueden modificarse ni desconocerse por la Sala de Casación Civil.

Y no siendo más las acusaciones de la parte demandada, se declaran inadmisibles sus cargos contra la sentencia.

Recurso de la parte demandante

Se apoya en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J. Se consideran separadamente y en el orden en que se presentan:

Causal segunda.—Se hace consistir la inconsonancia de que se acusa la sentencia en que al calificar el Tribunal a los demandados como poseedores de buena fe para los efectos de las prestaciones mutuas no apreció bien la demanda y la desatendió en su fallo porque creyó que entre sus peticiones no estaba la de que se considerara a los demandados como poseedores de mala fe, como sí se hizo en realidad. "Pero como el sentenciador afirma que esto no se le pidió, al fallar, la sentencia no quedó en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas y reclamadas por el demandante. Y por esto ese fallo incurrió en la causal segunda del artículo 520 del C. J."

Se considera:

Malamente se invoca aquí la causal de incongruencia porque la circunstancia en que se quiere apoyar lejos está de ser constitutiva de ninguna de las formas que puede asumir la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, según lo tiene explicado esta Sala en las innúmeras decisiones en que se ha fijado el sentido y el alcance de la causal segunda de casación y discriminando sus casos de ocurrencia. Que se haya pedido o dejado de pedir en la demanda la calificación jurídica de la fe de los poseedores, es cosa de ninguna importancia en las acciones de dominio, porque debiéndose decidir legalmente en ellas sobre las prestaciones mutuas a que da lugar la reivindicación, la materia de la fe que corresponda al poseedor vencido es cuestión de la naturaleza del fallo porque ella determina el alcance y contenido de las prestaciones recíprocas de que trata el capítulo 4º, del título 12 del libro 2º del C. C. Y no otra cosa hizo el Tribunal en la sentencia que se considera. Si lo que se quiere es hacer ver incongruencia entre la calificación de buena fe que trae la sentencia y la pretensión o el deseo del actor al respecto, eso carece hasta de seriedad como alegato de casación. Y si de lo que se trata es de atacar la legalidad de la calificación misma de la fe, entonces se desplaza la acusación de la causal segunda, por improcedencia de las razones, hacia el motivo primero.

Causal primera.—Por violación de ley sustantiva se formulan contra la sentencia los cargos que en seguida se compendian:

Violación de los artículos 768 y 769 del C. C. por interpretación errónea. "El sentenciador—dice el recurrente— cometió error de derecho al calificar de buena fe, lo que es de mala fe", porque en vez de aplicar al caso concreto el inciso final del primero de los artículos citados, que es el aplicable, se acogió al segundo, sin tener en cuenta que la presunción de buena fe sólo tiene cabida en forma excepcional. Sostiene la demanda que al hacer reposar el Tribunal su calificación de buena fe en la ley 64 de 1936 que cedió al Municipio de Florencia una determinada área urbana, dentro de la cual estaban los lotes cedidos a los particulares, incurrió en ignorancia del artículo 2º de esa ley que dejó a salvo las adjudicaciones anteriores, cometiendo así error de derecho que consiste en la noción equivocada de la inteligencia y aplicación de la ley al caso del pleito, que constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

Estima el recurrente que con sus preinsertas razones ha dejado demostrado que los demandados son poseedores de mala fe y de ahí deduce también la violación directa del artículo 964 del C. C. en que incurrió el Tribunal al limitar la condena a restituír frutos solamente desde la contestación de la demanda.

"Como ya está demostrado —añade el recurrente— que los demandados son poseedores de mala fe, la sentencia incurrió en error de derecho, al situarlos dentro del supuesto del inciso 1 del artículo 966 y no dentro de la realidad de los incisos últimos, 4º y 5º de esa misma disposición. Con esto violó también el artículo 739 del mismo código, íntimamente relacionado con el 966 de la misma obra".

Como cargo final dice el recurrente que el Tribunal, al absolver a los demandados Ana Elisa Charry de Fierro, José León Valderrama, Jorge Cabrera y Arbeláez & Cía. violó los artículos 946 y 1480 del C. C. como consecuencia del error de derecho en que incurrió al desconocer como prueba plena las respectivas escrituras en que el Municipio les cedió sus lotes en El Feudo porque de ellas aparece que las parcelas por ellos poseídas están dentro de los linderos de esa finca.

Considera la Corte:

En capítulo denominado "Prestaciones mutuas" estudió el Tribunal, con detenimiento y acertadamente, la cuestión de la buena o mala fe de los poseedores para decidir sobre el alcance de las prestaciones a que quedaban sometidos por efecto de su vencimiento en la acción de dominio, y consideró que el Municipio, aunque carece de título sobre El Feudo, "bien puede estimarse que las resoluciones ejecutivas que ha invocado en su defensa, lo tuvieron convencido de la legitimidad de su derecho sobre el área de población a que aluden dichas resoluciones", y que los demandados particulares también tuvieron la persuasión de haber recibido legítimamente por cesión municipal sus correspondientes lotes. La sentencia cita detalladamente los instrumentos en que asienta estas conclusiones:

Lo que primero se advierte es la ineficacia formal del cargo, porque esta apreciación judicial de la fe con que han poseído los reos, fruto de análisis probatorio, no se ataca en la única forma en que legalmente puede hacerse en casación, esto es, demostrando que el Tribunal incurrió en error de hecho o de derecho en la estimación de los elementos de prueba que le sirvieron de apoyo para su conclusión sobre el particular. El error de derecho que el recurrente le imputa al sentenciador en el sentido que le corresponde a esta figura en el derecho civil, consistente en el concepto equivocado o en la ignorancia que se tiene de la ley, no lo es en el sentido que le corresponde a esa expresión en la tecnología de casación, o sea, la equivocada estimación, por más o por menos, del valor o mérito que legalmente corresponde a una prueba, como medio conducente a la violación de ley sustantiva. La acusación que se estudia es en estas condiciones por infracción directa de la ley.

Error de derecho, en el sentido de concepto equivocado de la ley, es la afirmación del recurrente de que la presunción de buena fe sólo tiene cabida excepcionalmente porque eso pugna con los términos mismos del artículo 769 del C. C. que establece que "la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe deberá probarse." Los demandados en este juicio no están bajo ninguna de las presunciones excepcionales de mala fe, y de su conducta, examinada objetivamente por el Tribunal, no puede deducirse en realidad ningún hecho que revele o ponga a la vista la falta de sinceridad o el uso de malicia con que hubieran procedido.

"Esta manera de considerar la **bona fides** como una realidad y no simplemente como intención de legalidad y una creencia de legitimidad, — como lo ha dicho esta Sala — se proyecta también en la apreciación de su modalidad antitética, en la estimación de la mala fe, en su apreciación probatoria que debe ser plena y completa para que pueda tener la capacidad destructora de la presunción legal de que la fe es buena. "El efecto de la presunción es hacer considerar la cosa presunta como probada, mientras no se demuestre lo contrario. Según esto, la parte a la cual se opone una presunción no puede limitarse a afirmar lo contrario, sino que debe destruír la presunción misma con una clara prueba de los hechos en que funda su impugnación" (Ricci). La mala fe no debe ser tampoco simplemente una creencia en cuya formación no intervenga la razón jurídica, ni el producto de un razonamiento exclusivamente lógico, sino algo más real que debe reflejarse evidentemente sobre el plano de las realizaciones jurídicas. La mala fe debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la **bona fides**.... sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible la buena fe en los negocios, no es un concepto uniforme, rígido e invariable, sino una cuestión de hecho, conformada probatoriamente y adaptada a las situaciones de cada caso....." (G. J., p. 465).

Y por lo que respecta a la acusación final, relativa a la absolución de cuatro de los demandados, sus cargos no resultan menos improcedentes que los ya vistos. No existe desde luego el error de derecho a que alude el recurrente, porque en ninguna forma aparece subestimado ni sobreestimado el mérito de plena prueba que la ley atribuye a las escrituras públicas a que allí se hace referencia, y porque el concepto en que se ataca no coincide con el real fundamento que el Tribu-

nal dio a la absolución parcial a que se hace referencia.

El Tribunal al estudiar el requisito de identidad entre los lotes reivindicados con los poseídos por los diversos demandados particularmente, no dice, refiriéndose a Fierro, Valderrama, Arbeláez y Cabrera, que su falta de identificación provenga de no haberse demostrado que los lotes que se señalan como poseídos por ellos no hagan parte de El Feudo, sino que en el proceso no se demostró que ellos fueran realmente poseedores de las parcelas que se les atribuyen en la demanda porque ellos no lo han aceptado expresamente y los linderos que singularizan sus lotes en la demanda de reivindicación no coinciden con los que describen las adjudicaciones que el municipio de Florencia les hiciera de sus parcelas. Por lo demás, no se ve cómo el cargo pudiera incidir en el quebranto del artículo 1480 del C. C. que establece que las donaciones, con causa onerosa, no dan acción de saneamiento por evicción sino cuando el donante ha dado una cosa ajena, a sabiendas.

Careciendo, por lo visto, de fundamento legal todas las acusaciones formuladas en este recurso doble, 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 Neiva el 14 de diciembre de 1945, que ha sido materia de este recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio.

REIVINDICACION

Habiendo interpretado el legislador, con interpretación auténtica, la ley 28 de 1932 por medio del artículo 1º de la ley 68 de 23 de diciembre de 1946, no hay lugar ya a aplicar aquella ley, como lo dijo la Corte en sentencia del 29 de julio de 1947, publicada en la GACETA JUDICIAL.

Por medio de la interpretación auténtica, cuando el legislador estima conveniente explicar o interpretar una ley de un modo generalmente obligatorio, fija y declara su sentido por medio de otra, y por efecto de una ficción legal las dos forman un solo cuerpo para la decisión de las cuestiones que deben gobernarse por ellas y que no están amparadas por la cosa juzgada. Al decir imperativamente cómo debe entenderse y explicarse la ley interpretada, no dicta el legislador una disposición propiamente retroactiva, porque el influjo que de este modo se ejerce sobre el hecho o situaciones jurídicas anteriores a su vigencia es el mero efecto de la reiteración de un imperio legal ya existente al que sólo se señala su sentido y alcance. Dentro del fenómeno de la incorporación legal que se opera en la interpretación legislativa, es la antigua ley la que se aplica con la inteligencia que le impone la nueva. Para todos sus efectos legales la ley interpretativa se aplica desde la fecha de la interpretada. Lo cual se advierte para explicar la ocurrencia, a primera vista irregular, de que se acuse prósperamente en casación una sentencia por violación de ley en que no pudo incurrir el día en que fue pronunciada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre ocho de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Pereira, en libelo de fecha 28 de abril de 1944, María Enriqueta Gómez de Franco, en nombre e interés de la sociedad conyugal ilíquida que tiene formada con Marco Tulio Franco, demandó en juicio ordinario de reivindicación a su citado marido y a Emilio Morales Jaramillo, para que se declare que un solar ubicado dentro del área urbana de Pereira, cuyos linderos expresa, adquirido a título oneroso durante el matrimonio, pertenece a la sociedad conyugal Franco-Gómez, y por tanto las ventas de tal inmueble a partir de la hecha por el marido sin consentimiento de la actora a María R. Gálvez (escritura 502 de 8 de julio de 1937, Notaría 1ª de Pereira) hasta la en que lo compró el actual poseedor demandado Morales Jaramillo (escritura 379 de 4 de noviembre de 1940, Notaría 2ª de Pereira), no la perjudican ni son oponibles a la sociedad conyugal, por lo cual su poseedor debe restituírselo con sus frutos civiles y naturales desde que entró en posesión, más las costas de este juicio.

Los fundamentos de hecho y de derecho de esta demanda son los conducentes a establecer la acción reivindicatoria en favor de la sociedad conyugal ilíquida, como verdadero dueño del inmueble vendido por el marido sin el consentimiento de su mujer cuando ya por efecto de la ley de 1932 carecía de la facultad exclusiva de disposición que le atribuía el antiguo sistema patrimonial del matrimonio.

Notificada la demanda, el marido ningún reparo hizo a sus hechos y peticiones. El demandado Morales Jaramillo se opuso a sus pretensiones, y contrademandó para que se le declarara dueño de los gananciales del cónyuge vendedor en el aludido inmueble y como tal, comunero con posesión en él con la demandante. Desenvuelto el litigio sobre estas bases, y después de incidentes de actuación cuya revista es innecesaria para la decisión del recurso, el Juzgado del Circuito sentenció en primer grado el 18 de mayo de 1945 decretando los pedimentos al tenor de la demanda reivindicatoria, denegando la de reconvención y declarando a favor del demandado Morales el derecho de retención mientras se le paga el valor de las mejoras que probó haber hecho en el inmueble cuestionado. Sin costas.

Sentencia acusada

Apelado el fallo del Juzgado por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito de Pereira lo confirmó totalmente en sentencia fechada el 23 de mayo de 1946.

Los motivos de su decisión, coincidentes con los del Juzgado del Circuito, no son otros que la interpretación que por vía de doctrina le había venido dando esta Sala de Casación Civil al estatuto matrimonial consignado en la ley 28 de 1932 para salvar lealmente en los problemas que suscitó el tránsito de regímenes el pensamiento social y jurídico que inspiró esta importante reforma legislativa, y conforme a la cual, como consecuencia de la aplicación inmediata que correspondía a la ley 28, el marido, privado ya de su omnímodo poder dispositivo y de su calidad de dueño ante terceros de los bienes de la sociedad conyugal, no podía disponer por sí solo, sin el consentimiento conjunto de su cónyuge, copartícipe en el dominio de esos bienes con igual capacidad y facultades administrativas y dispositivas, de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal preexistente e ilíquida al comenzar el imperio de la ley 28 de 1932. Y si disponía, la mujer con interés de socia y en nombre de la sociedad conyugal podía reivindicar como en el caso de venta de cosa ajena. El Tribunal cita varias de las numerosas sentencias en que la Corte, a lo largo de diez años, explicó y sostuvo invariablemente su doctrina en cumplimiento de su función de uniformar la jurisprudencia nacional.

El recurso

Agotados sus trámites legales, se decide hoy el recurso de casación oportunamente interpuesto por el apoderado del demandado Morales Jaramillo contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J. el recurrente formula tres cargos por violación de ley sustantiva, de los cuales la Sala sólo considera uno dentro de la atribución que le concede el artículo 538 del C. J. por hallarlo fundado y bastante para producir la infirmación del fallo acusado.

Tal cargo, compendiadamente expuesto, se hace consistir en que la sentencia recurrida es violatoria, por infracción directa, de los artículos 946, 950, 1805, 1806 y 1808 del C. C., violaciones éstas en que resultó incurriendo el Tribunal por virtud del advenimiento de la ley 68 de 1946, que por ser interpretativa de la 28 de 1932 debe entenderse incorporada a ella, y cuyo artículo único dispuso que las sociedades conyugales que la ley 28 encontró formadas y que aún no han sido liquidadas provisionalmente para conformarse a su nuevo sistema, están sometidas en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del 1º de enero de 1933, a las reglas del régimen civil anterior.

Considera la Sala:

El artículo 1º de la ley 68 de 23 de diciembre de 1946, "aclaratoria de la ley 28 de 1932", promulgada con posterioridad a la decisión del Tribunal de Pereira, dispone:

"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 primero de enero de 1933. En estos términos queda interpretada la citada ley".

En sentencia del 29 de julio del año que corre, no publicada aún en la **Gaceta** de la Corte, dejó esta Sala de Casación Civil testimonio y razón de su inconformidad doctrinaria con esta iniciativa del Congreso Nacional que so capa de interpretar la ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio, recortó su alcance lógico hasta el extremo de desmedrar el sentido y eficacia de esa reforma civil. Pero su aplicación es ineludible.

"La interpretación que se hace **con autoridad** para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador". (Artículo 25, C. C.).

"Cuando una ley se limita a declarar el sentido de otra, se entenderá incorporada en ella para todos sus efectos; pero no alterará lo que se haya dispuesto en decisiones ejecutoriadas antes de que entre a regir". (Artículos 14. C. C., 58, C. P. y M.).

Por medio de la interpretación auténtica, cuando el legislador estima conveniente explicar o interpretar una ley de un modo generalmente obligatorio, fija y declara su sentido por medio de otra, y por efecto de una ficción legal las dos forman un solo cuerpo para la decisión de las cuestiones que deben gobernarse por ellas y que no estén amparadas por la cosa juzgada. Al decir imperativamente cómo debe entenderse y aplicar

se la ley interpretada, no dicta el legislador una disposición propiamente retroactiva, porque el influjo que de este modo se ejerce sobre hechos o situaciones jurídicas anteriores a su vigencia es el mero efecto de la reiteración de un imperio legal ya existente al que sólo se señala su sentido y alcance. No hay en realidad una nueva ley, rige el pasado. Dentro del fenómeno de la incorporación legal que se opera en la interpretación legislativa, es la antigua ley la que se aplica con la inteligencia que le impone la nueva. Para todos sus efectos la ley interpretativa se aplica desde la fecha de la interpretación. Lo cual se advierte para explicar la ocurrencia, a primera vista irregular, de que se acuse prósperamente en casación una sentencia por una violación de ley en que no pudo incurrir el día en que fue pronunciada.

Sentado esto, el quebranto de la ley en que paradojalmente resultó incurriendo el Tribunal por aplicar rectamente la ley 28 de 1932, queda claramente a la vista, porque al tenor de la citada ley de 1946 el caso que ha planteado a la justicia la demanda de la señora María Enriqueta Gómez de Franco tiene que ser decidido conforme al régimen patrimonial del matrimonio que establecía el Código Civil antes de la ley 28 de 1932, cuyas normas principales había tenido la Corte por derogadas y de imposible yuxtaposición con las nuevas. Y con aplicación de aquellos preceptos, especialmente del contenido en el artículo 1806 que establece que el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, y del 1808 que niega a la mujer todo derecho sobre los bienes sociales durante la sociedad, ningún reparo de ilegalidad puede hacerse al contrato de venta contenido en la escritura pública número 502 de 8 de junio de 1937, de la Notaría de Pereira, por medio del cual el marido enajenó a favor de María R. Gálvez, causante del demandado poseedor, un bien perteneciente a la sociedad conyugal ilíquida por adquisición anterior al 1º de enero de 1933, en que empezó a regir.

Las consideraciones que preceden, por lo visto, motivan simultáneamente la prosperidad del recurso y la decisión de reemplazo.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 23 de mayo de 1946. Revoca la de primer grado pronunciada por el Juzgado del Circuito de Pereira el 18 de mayo de 1945, y en su lugar absuelve a los demandados de todos los cargos de la demanda. No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en la demanda de reconvención.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PETITORIA DE CARENCIA DE CAUSA DE LA OBLIGACION IMPUESTA POR EL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA A LA COMPAÑIA ACTORA, Y DE PAGO DEL SERVICIO DE AGUA SUMINISTRADO POR ESTA

Sabido es que el contrato — ya sea de carácter administrativo o de derecho privado — es un acuerdo libre de voluntades destinado a crear obligaciones, en cuya formación necesariamente deben concurrir dos partes contratantes, pues es imposible concebirlo como el acto de una sola persona (artículo 1945, C. C.) Cuando quiera que ese acuerdo falte, el contrato no tiene existencia real ni jurídica, o mejor dicho, no ha llegado a crearse, pues esa es una nota o requisito esencial para su formación.

No existiendo en el caso de autos un contrato, la demanda ejercitada, bajo la apariencia de una acción civil o de derecho privado, envuelve en el fondo una acción contencioso-administrativa que escapa, en consecuencia, de la competencia atribuída a los jueces ordinarios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre diez de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

El señor Luis Aurelio Díaz, en su carácter de Gerente de la sociedad anónima denominada Compañía del Acueducto de Bucaramanga, solicitó al señor Juez Primero del Circuito en lo Civil de Bucaramanga, por medio de libelo de fecha 4 de febrero de 1942, que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y con audiencia del municipio de Bucaramanga, se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera: Que carece de causa la obligación impuesta por el municipio de Bucaramanga a la Compañía del Acueducto de Bucaramanga, de suministrar gratuitamente toda el agua necesaria para los diversos servicios públicos municipales, obligación que le fue impuesta por medio del Acuerdo número 33 de 1916, en compensación de la licencia que en dicho Acuerdo se concedió a la Compañía para tomar el agua de cualquiera de los ríos y corrientes que bañan el territorio del municipio y hacer uso de las vías y calles públicas que la Empresa necesitare; así como para fijar la tarifa del servicio sin más limitación que la de oír al municipio sobre el particular.

Segunda: Que siendo las corrientes de agua y las calles y vías públicas de que ha hecho y hace uso la referida Compañía bienes públicos nacionales y siendo privativo del Gobierno Nacional reglamentar las tarifas de las Empresas de Acueductos públicos, el municipio de Bucaramanga nada ha dado ni da en cambio del agua que se ha venido suministrando y suministra gratuitamente, y que, en consecuencia, el municipio está obligado a pagar a la indicada Compañía el valor del servicio de agua suministrado desde el día 30 de septiembre de 1927 en que se comenzó a prestar ese servicio, pago que debe hacerse con los intereses legales en todo el tiempo de mora, y dentro del plazo de seis días siguientes a la ejecutoria del fallo, al tenor de la prueba que sobre dicho valor se allegue al juicio. O, en subsidio, que se condene al Municipio de Bucaramanga a pagar a la Compañía del Acueducto de Bucaramanga la suma de dinero que, parcialmente, o por cualquier otro medio probatorio, resulte acreditada durante el juicio, o al ejecutarse la sentencia respectiva.

Esa demanda se fundamentó en catorce hechos, de los cuales se copian los siguientes:

Primero. — Por medio del Acuerdo número 33 expedido por el Concejo de Bucaramanga, el 16 de agosto de 1916, se concedió a la Compañía Anónima del Acueducto de Bucaramanga, licencia para tomar de cualesquiera de los ríos, quebradas o corrientes que bañan el territorio de este Municipio, y para hacer uso de las vías y calles públicas que necesitara para los fines de la Empresa;

Segundo. — En cambio de los permisos que se le concedieron a la Compañía, por virtud del Acuerdo, el Municipio le impuso, unilateralmente, la obligación de suministrarle gratuitamente

toda el agua para el regadío de los parques de la ciudad y para el consumo en los asilos, en el Hospital de Caridad y en los demás edificios de propiedad del Municipio.

Tercero. — En la fecha en que se expidió el Acuerdo número 33 de 1916, el Concejo de Bucaramanga no era quien podía conceder las licencias de que trata el referido Acuerdo, puesto que esa facultad correspondía privativamente a la Nación, como suprema administradora de los bienes de uso público.

Cuarto. — El Municipio de Bucaramanga ha venido, pues, exigiendo de la indicada Compañía el cumplimiento de una obligación que carece de causa jurídica, y en consecuencia, ha estado y está exigiendo un pago de lo no debido.

Duodécimo. — Aun cuando la Compañía del Acueducto puede, según la ley y según sus propios reglamentos, suspender el servicio de agua al Municipio, servicio que se le está debiendo desde hace tanto tiempo, y que no se le paga, no lo ha hecho porque prefiere que el Organo Judicial declare el derecho de la Compañía.

Décimotercero. — Desde el día en que la mencionada Empresa terminó sus instalaciones, o sea, desde el día 13 de septiembre de 1927, ha venido y viene suministrando al Municipio el agua para el servicio oficial municipal".

Aceptada la demanda el Personero Municipal de Bucaramanga la contestó admitiendo con aclaraciones algunos hechos, negando otros y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas.

A su turno el Municipio presentó demanda de reconvención contra la Empresa demandante para que se declare en la sentencia definitiva:

Que dicha Compañía está obligada a pagar a favor del Municipio el servicio proveniente de la ocupación de calles y vías con redes o tuberías superficiales y subterráneas, desde el año de 1916 o desde aquel en que empezó a hacer uso de las vías, pago que debe efectuarse con los intereses legales en todo el tiempo de mora y dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo, al tenor de la prueba que sobre dicho valor se allegue al juicio o, en subsidio, que se condene a la Compañía del Acueducto a pagar al Municipio de Bucaramanga la suma de dinero que pericialmente o por cualquier otro medio probatorio, resulte acreditada en el juicio al ejecutarse la sentencia respectiva.

La Compañía contrademandada se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas por el Municipio y surtido el juicio doble bajo una misma cuerda el Juzgado lo decidió en sentencia de 18 de marzo de 1944, por medio de la cual absolvió tanto al Municipio de Bucaramanga como a la Compañía del Acueducto de los cargos que recíprocamente se formularon.

La apelación de ambas partes llevó el negocio al Tribunal Superior de Bucaramanga, el que en la debida oportunidad decidió la alzada en sentencia de 8 de octubre de 1945, por medio de la cual revocó la apelada, se declaró incompetente para conocer del pleito y resolvió abstenerse de considerar la demanda de reconvención.

Las consideraciones fundamentales en que descansa esa providencia están condensadas en los siguientes apartes que se copian:

"Cree el Tribunal que de acuerdo con la doctrina de la Corte expuesta, la contención es de carácter contencioso-administrativa, cayendo por consiguiente bajo la jurisdicción del Tribunal respectivo, pues el origen de la controversia lo causó un acto típico de administración, como lo es el aludido Acuerdo, ya que ésta es la manera propia de obrar o proceder las entidades públicas municipales en virtud del principio constitucional que atribuye a los Concejos Municipales ordenar lo conveniente por medio de Acuerdos o reglamentos interiores para la administración del Distrito".

"Como lo ha dicho la Corte, cuando el Estado — en su caso el Departamento o Municipio, agrega el Tribunal — celebran negocios de derecho privado con los particulares por medio de una relación contractual y sinalagmática, las controversias que se susciten al respecto son de la jurisdicción privativa de la justicia ordinaria. Pero cuando aquéllos obran como personas públicas, por actos de autoridad o de poder y en forma unilateral, sus decisiones son de carácter administrativo, y las controversias sobre ellas caen bajo la jurisdicción de lo contencioso-administrativo".

"Se alega por el señor Apoderado de la Compañía que en el caso de autos existe una relación contractual sinalagmática entre ésta y el Municipio, y señala el Acuerdo 33 como su exteriorización formal".

"Para el Tribunal la referida relación contractual no existe ni el Acuerdo mencionado puede tomarse como la exteriorización formal del contrato".

"Se insiste: en el caso de autos el Municipio de Bucaramanga al expedir el Acuerdo 33 de 1916 obró como persona pública por medio de un acto de autoridad o de poder y en forma unilateral, y no como persona privada y en forma contractual, de manera que su decisión en tal caso es de carácter administrativo, y en consecuencia toda controversia sobre ella es de competencia de lo contencioso-administrativo".

A la Empresa demandante se le concedió recurso de casación, el que preparado en forma debida, se procede a decidir.

Con fundamento en las causales 1ª y 7ª del artículo 520 del C. J., el recurrente formula contra el fallo del Tribunal dos cargos, que por estar estrechamente vinculados entre sí se considerarán conjuntamente.

Primer cargo

Se alega aquí que el sentenciador incide en error evidente de hecho y en error de derecho al estudiar la demanda y la contrademanda, porque de los términos de ellas no se deduce ni puede deducirse que la litis se ha planteado para impugnar la validez del Acuerdo número 33 de 1916 como acto de imperio del Municipio de Bucaramanga, pues aparece claramente que las acciones ejercitadas son netamente civiles y no contencioso-administrativas, desde luego que lo que se alega por la Compañía es la existencia de un contrato celebrado entre ella y el Municipio de Bucaramanga; que las obligaciones que de aquel resultan carecen de causa y que el Municipio debe pagar el valor de los servicios prestados con motivo de ese contrato; que al no haberlo entendido así el Tribunal, incurrió en los referidos errores, y consecuencialmente violó los artículos 78, 109, 142, 143, 205 y 593 del C. J., por no haberlos aplicado al caso del pleito debiendo haberlos aplicado y los artículos 1º, 2º y 38 de la ley 130 de 1913, por interpretación errónea y aplicación indebida.

Añade que el Tribunal, al no apreciar el Acuerdo referido como prueba del contrato y al afirmar que ese acto constituye la voluntad unilateral del Municipio, incurrió en error evidente de hecho, pues del Acuerdo aparece que él fue motivado por una solicitud del recurrente y de sus términos se deduce la aceptación de un convenio; que incurrió en error de derecho al estudiar la calidad del dicho Acuerdo y no encontrar que es un acto de naturaleza compleja, creador de dos situaciones jurídicas distintas, una general y otra particular, constituída ésta por el vínculo jurídico creado entre la Compañía del Acueducto y el Municipio; que a consecuencia de esos errores, viola el Tribunal el artículo 632 del C. J., pues desconoció el valor probatorio que esta disposición le asigna a la copia del Acuerdo, traída al proceso.

Agrega que al no encontrar ningún elemento probatorio distinto del Acuerdo para demostrar el contrato, incurre el Tribunal en error de hecho manifiesto, porque omite tener en cuenta la diligencia de inspección ocular, la prueba pericial y la testimonial y los documentos aducidos a los autos con ese fin, violando los artículos 632, 637, 645, 697, 722 y 730 del C. J., al no haberlos aplicado siendo aplicables, y que como consecuencia de todos los errores de hecho y de derecho explicados infringió las arriba citadas disposiciones del C. J. que le asignan la competencia para conocer de este negocio y las de la Ley 130 de 1913, por haberlas interpretado erróneamente y aplicado indebidamente.

Segundo cargo

Aquí se acusa el fallo recurrido por la causal 7ª de casación establecida en el artículo 520 del C. J., por cuanto el Tribunal se abstuvo de conocer de un negocio de su competencia y lo expresó así en su decisión, sobre lo cual el recurrente dice, en resumen, que la litis ha sido planteada en la forma anteriormente mencionada; que, como ya lo ha expresado, el Acuerdo número 33 contiene dos actos jurídicos: uno, creador de una situación jurídica general, o sea el acto normativo del Concejo, cuando dispone el uso de las calles y vías públicas y concede licencia para derivar aguas de las corrientes de uso público, y otro, creador de una situación jurídica particular, es decir, del contrato; que es claro que las controversias que se presenten con relación al primero son de la exclusiva competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo; pero que no es menos cierto que las que se suscitan con relación a la situación jurídica particular son de la competencia de la justicia ordinaria ya que ellas se refieren a una cuestión de derecho privado, que sólo interesa a las partes ligadas con el contrato; que la intención y objeto del pleito es que se destruya la situación jurídica particular independientemente de la cuestión refererente a la situación jurídica general; que en tal virtud la competencia para conocer y fallar de este proceso corres-

ponde a la justicia ordinaria, conforme a los artículos 78 y 109 del C. J., y que al no reconocerlo así el Tribunal, además de violar la ley, ha dado lugar a la casación del fallo, con apoyo en la causal invocada, por lo cual pide que se le remita el proceso para que profiera la decisión de fondo correspondiente.

Se considera:

El Municipio de Bucaramanga dictó con fecha 16 de agosto de 1916, el Acuerdo Nº 33, "por el cual se concede una licencia y se fomenta la obra del acueducto", cuya parte dispositiva reza así:

"Artículo 1º Concédese a la Compañía Anónima del Acueducto de Bucaramanga la licencia que ha solicitado por conducto de Luis E. Gómez Pinzón y José Jesús García para tomar de cualesquiera de los ríos, quebradas o corrientes que bañan el territorio de este Municipio las aguas potables necesarias para abastecer a Bucaramanga, aguas que deben ser de buena calidad y ajustarse en su conducción, depósito y distribución a los preceptos de la higiene".

"Artículo 2º Concédase a dicha Compañía permiso para hacer uso de las vías y calles públicas que necesite para los fines de la Empresa, quedando obligada a reparar los daños que ocurran por razón de los trabajos que se establezcan".

"Artículo 3º Habiéndose declarado de utilidad pública la obra del Acueducto según Acuerdo 14 de 1916, el Concejo prestará a la Compañía todo el apoyo del caso para que se lleven a cabo las expropiaciones a que haya lugar, conforme a la ley, cuando la Compañía no pueda entenderse amigablemente con los dueños de terrenos para tomar o conducir las aguas, y previa indemnización".

"Artículo 4º La Compañía deberá suministrar gratuitamente, en cambio de los permisos que se le conceden, el agua que se necesite para el riego de los parques de la ciudad y para el consumo en los Asilos, en el Hospital de Caridad y en los demás edificios de propiedad del Municipio".

"Artículo 5º Los permisos que por este Acuerdo se conceden a la "Compañía Anónima del Acueducto de Bucaramanga" no excluyen el derecho que tienen el Municipio y otras personas o compañías a proveer al abastecimiento de agua potable a la ciudad cumpliendo los requisitos legales".

"Artículo 6º La Compañía deberá expedir en la debida oportunidad el reglamento general sobre servicio del agua. En él se determinarán precios, capacidad de las tuberías, horas de suministro del agua, etc., etc., de modo que el servicio se preste equitativamente y en condiciones que no resulten más gravosas a unas personas que a otras, ni se suspenda el servicio de unos en favor de otros. El reglamento se le enviará oportunamente al Concejo, quien puede proponer las reformas que crea convenientes". Dado en Bucaramanga".

La solución de las cuestiones planteadas en el recurso de casación están fundamental y principalmente vinculadas al acertado entendimiento que deba dársele al artículo 4º del transcrito Acuerdo, porque en cuanto a las disposiciones que le anteceden el recurrente acepta que ellas contienen un acto creador de una situación jurídica general, o sea un acto normativo del Concejo, por lo cual debe esclarecerse ante todo si del citado artículo se desprende la formalización de un contrato entre la entidad recurrente y el Municipio, o si por el contrario él constituye una manifestación unilateral de voluntad del último, expresada por los cauces legales correspondientes, con ausencia de todo propósito o vínculo contractual.

Y ésta es una cuestión cardinal y decisiva, pues si existe el contrato la justicia ordinaria tiene competencia para conocer de la presente controversia, por fuerza de lo dispuesto en los artículos 78, 109, 142 y 143 del C. J., y si no lo hay, la acción correspondiente no podría ejercitarse ante los Jueces comunes mientras por la jurisdicción contencioso-administrativa no se decida sobre la validez del Acuerdo, dado el carácter obligatorio que éste tiene mientras no sea anulado o suspendido. (Artículo 192 de la Constitución Nacional).

En concepto del Tribunal el Acuerdo en referencia no contiene un contrato celebrado entre el Municipio y la Compañía del Acueducto de Bucaramanga, y a juicio de la Corte esa conclusión es fundada.

En efecto, sabido es que el contrato — ya sea de carácter administrativo o de derecho privado— es un acuerdo libre de voluntades destinado a crear obligaciones, en cuya formación necesariamente deben concurrir dos partes contrapuestas, pues es imposible concebirlo como el acto de una sola persona (artículo 1945 del C. C.) Cuando quiera que ese acuerdo falte, el contrato no tiene existencia real ni jurídica, o mejor dicho, no ha lle-

gado a crearse, pues esa es una nota o requisito esencial para su formación.

Lo ocurrido en el presente caso no encaja dentro de esa noción elemental de derecho, pues claramente se observa que el Municipio, mediante un acto suyo unilateral de voluntad, — calificado, aceptado y reconocido como tal por el hecho segundo de la propia demanda inicial de este pleito — impuso a la Compañía del Acueducto, en el artículo 4º del Acuerdo número 33, la obligación de suministrarle gratuitamente agua para los menesteres allí previstos. Esa obligación nació a la vida jurídica no como fruto de las dos voluntades coincidentes y libres, de la Compañía y el Municipio, sino en fuerza de un acto exclusivo de éste, que lo dictó como entidad de derecho público, y que mientras se mantenga en vigencia tiene por sí solo poder vinculante u obligatorio con respecto de aquella, como así lo establece el artículo 192 de la C. Nacional. Si en ese acto constara que la Empresa — obrando como contratante — voluntariamente se hubiera obligado a satisfacer la referida prestación en favor del Municipio, indudablemente se estaría en presencia de una relación contractual sinalagmática de derecho privado; pero aconteciendo precisamente lo contrario, o sea — se repite — que el Municipio actuando unilateralmente, por medio de su propio acto y sin consentimiento previo de la Compañía, estableció a cargo de ésta la mencionada obligación, resulta claro que el Acuerdo en referencia no es creador ni constitutivo de un contrato sino, por el contrario, de un clásico acto de poder, en que la entidad municipal aparece imponiendo abiertamente su voluntad.

En nada se opone a lo que acaba de decirse, la circunstancia de que da cuenta el Acuerdo número 33, de que la Compañía del Acueducto hubiera solicitado permiso para el uso de las vías y calles de Bucaramanga y para derivar aguas de las corrientes de uso público, porque no hay constancia de que en esa solicitud la Compañía hubiera expresado su voluntad a propósito de convenir en que, a cambio de los permisos que se le iban a conceder, se obligaba a prestar gratuitamente el servicio de que trata el artículo 4º del Acuerdo. Y las pruebas a que el recurrente alude en la demanda de casación tampoco son demostrativas de la formalización del contrato, pues de ellas apenas aparece acreditado que aquel servicio se prestó, y no que en realidad hubiera existido contrato alguno. Por lo cual el error de que se queja el recurrente al no haber tomado en consideración el Tribunal las aludidas pruebas no tiene incidencia en la sentencia.

Por otro lado, si alguna duda hubiere acerca del entendimiento que tanto el Tribunal como la Corte le asignan al Acuerdo número 33, entonces como tampoco puede sostenerse como inequívoco que éste contenga la formal y clara exteriorización de un contrato entre el Municipio y el recurrente, el error de hecho que se alega con respecto a la apreciación que de ese documento hizo el sentenciador, cuando no encontró en él la prueba demostrativa de ese contrato, no tendría en ningún caso la calidad de manifiesto, para que así pudiera la Corte sustituír con la suya, si la tuviera distinta, esa equivocada apreciación, desde luego que es sabido que sólo cuando tal entidad reviste el mencionado error cabe modificar en casación la conclusión a que se llega en instancia al estimar las pruebas.

Ahora bien, la demanda persigue que por la justicia ordinaria se declare que carece de causa la obligación que le fue impuesta al actor por medio del Acuerdo número 33 de 1916 y que se condene al Municipio a pagarle a aquel el valor del servicio de agua suministrado gratuitamente con motivo de ese Acuerdo, y si en verdad éste, como se ha visto, no contiene un contrato, la acción ejercitada en realidad tiende, entre otras cosas, principalmente a despojar al Acuerdo de la fuerza obligatoria que le confiere el artículo 192 de la Constitución Nacional, mientras no sea derogado, suspendido o anulado por quien tiene facultad para hacerlo, desde luego que despachadas favorablemente las pretensiones de la demanda el Acuerdo, en lo que hace referencia al punto cardinal a que se contrae el artículo 4º, carecería de efectos a pesar de estar vigente y ser obligatorio, o lo que es lo mismo, perdería su eficacia y quedaría prácticamente anulado.

Además, en los hechos tercero y cuarto de la demanda se afirmó por el actor que la obligación que unilateralmente se le impuso por el Municipio carece de causa porque "en la fecha en que se expidió el Acuerdo 33 de 1916, el Concejo de Bucaramanga no era quien podía conceder las licencias de que trata el referido Acuerdo, puesto que esa facultad correspondía privativamente a la Nación, como suprema administradora de los bienes de uso público", lo que vale tanto como afirmar que el citado acto fue expedido con abuso o desviación de las atribuciones propias de

Concejo, por lo cual se comprende que esa cuestión de hecho y de derecho entraña una típica acción de nulidad que es de competencia de los Tribunales administrativos al tenor de lo estatuído en los artículos 54, ordinal 3º, 65 y 66 de la Ley 167 de 1941. Ello le impide legalmente a la justicia ordinaria pronunciarse sobre ese extremo fundamentalmente decisivo de la controversia y demuestra a la par la existencia de una cuestión prejudicial que es necesario ventilar previamente ante la entidad correspondiente.

Por todo lo anteriormente dicho se entiende fácilmente que, no existiendo el contrato de que se ha hablado y atendiendo a los términos en que se ha trabado la litis, la demanda ejercitada, bajo la apariencia de una acción civil o de derecho privado, envuelve en el fondo una acción contencioso-administrativa que escapa, en consecuencia, de la competencia atribuída a los jueces ordinarios. Y como al decidir un pleito el juzgador debe ante todo esclarecer si tiene la competencia que se le atribuye, y ya está dicho que en el presente caso ella no le asiste a los jueces comunes, la fórmula decisoria adoptada por el Tribunal de Bucaramanga al fallar esta causa es la correcta y jurídica.

En mérito de las consideraciones precedentes, 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 fecha ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el presente negocio.

Las costas son del recurrente.

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

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca — Liborio Escallón, Conjuez. **Pedro León Rincón**, Srio. en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA

Cuando en un juicio reivindicatorio el poseedor no se limita a defenderse con la presunción establecida por el Código Civil en el inciso 2º de su artículo 762, sino que aduce títulos, es deber del sentenciador confrontarlos con los del demandante para determinar cuáles prevalecen.

La sentencia en juicios de esta clase no sobrepasa en su alcance los límites trazados para todas por punto general en el artículo 747 del C. J., es decir, que sus efectos de cosa juzgada recaen sólo sobre quienes han litigado en el respectivo pleito y sobre quienes tienen con ellos la identidad jurídica de personas indicada en esta disposición. Tales juicios son un conflicto entre el reivindicante y el poseedor solamente, y se deciden tal como indique el fiel de la balanza en que se pesan los derechos demostrados por el uno y por el otro. Esto hace ver cuán relativa es la sentencia, limitándose como se limita a desatar ese conflicto entre tales dos tendencias y partes. Si el poseedor triunfa, el fallo no le confiere título ni lo libra de ser demandado y vencido por tercero cuyo derecho sí sea superior al suyo. Si el reivindicante triunfa, el fallo no impide que un tercero lo venza más tarde demostrando mejor derecho, puesto que aquel triunfo fue únicamente sobre el poseedor demandado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricado Hinestrosa Daza)

El señor Eduardo Castillo demandó a la señora Susana Sanclemente viuda de González y otros en reivindicación del inmueble ubicado en Cali que el libelo alinda, y el Juzgado 4º Civil de ese Circuito, surtida la instancia, pronunció fallo absolutorio el 17 de agosto de 1944, de que apeló el demandante y que el Tribunal Superior, previa la tramitación legal, confirmó en el de 27 de febrero último, contra el cual el actor interpuso el recurso de casación que aquí se decide.

Antecedentes

Por medio de escritura de 25 de junio de 1928 Adolfo Escobar hipotecó en favor de Rubén Brion el aludido inmueble determinándolo por su ubicación, linderos y medidas. El acreedor siguió juicio especial de venta de la cosa hipotecada, la que, determinada como queda dicho, se sacó allí a remate, el cual se adjudicó al prenombrado Castillo y, aprobado, se inscribió en el competente libro de registro el 27 de julio de 1938. Esa finca es la que forma la materia del presente juicio, entablado por el rematador por haberle sido ineficaces las gestiones para su entrega de que adelante se hablará.

Solicita se declare: 1º Que es de su exclusiva propiedad el inmueble en referencia; 2º Que los demandados deben entregárselo; 3º Que deben pagarle sus frutos desde el día del remate hasta la entrega; 4º Que deben pagarle los perjuicios, y 5º Que se les condene en costas.

Los demandados, a más de la señora Sanclemente, son: Abelardo Astudillo, Sabiniana Zea y Rafael Meneses, éste último en representación de sus menores hijos legítimos Germán y Manuel Meneses Polo y Victoria, Mercedes, Ana Cecilia, María Delia, Carlos Humberto, Marco Antonio, Emiliano y Víctor María Meneses Quintero.

Astudillo contestó manifestando al Juez: "Nada tengo que ver con el aludido terreno y no soy poseedor ni propietario, por lo cual nada tengo que ver con el asunto." Y en efecto, ninguna actuación de él se halla en el expediente.

Meneses y Sabiniana Zea fueron emplazados como ausentes, no comparecieron y quedaron representados por curador **ad litem,** quien respondió la demanda oponiéndose y negando los hechos, a fin de que el actor los pruebe. No aparece ninguna otra gestión suya.

La señora Sanclemente de González constituyó apoderado, el cual respondió negando los hechos y oponiéndose y augurando el fracaso de Castillo

en el pleito por haber rematado la misma finca la señora Teresa García de García el 4 de noviembre de 1937, es decir, antes del remate en que Castillo se funda.

El Juzgado absolvió en vista de que la demanda señala como poseedor actual a la señora Sanclemente y sin embargo hace demandados a las demás personas dichas, de ninguna de las cuales ha comprobado que posean, y de ahí dedujo que la demanda es sustantivamente inepta. Para llegar también a absolución y confirmar el fallo del Juzgado, se funda el Tribunal en que la finca materia de la demanda hace parte integrante de una comunidad no liquidada ni dividida, por lo cual no puede reputarse al actor dueño de una cosa singular.

El demandante por medio de su abogado ante la Corte formula varios cargos contra la sentencia recurrida. Prosperando el que en seguida se estudia, se prescinde de los demás, de conformidad con el artículo 538 del C. J.

Ese cargo es el de violación, por no haberse aplicado, de los artículos 946 y 950 del C. C., quebranto producido por la errónea apreciación de las pruebas, que el recurrente señala, relativas a la singularidad de la finca, a su dominio en el actor y a su posesión en la demandada Sanclemente de González.

Las copias atinentes al remate hecho por Castillo y a su aprobación y registro, complementado éste con la certificación del Registrador sobre su vigencia actual y constitutivas aquéllas de escritura pública según el artículo 1052 del C. J., acreditan plenamente que se trata de una cosa singular y que el demandante es su dueño; de suerte que es por desconocimiento de lo que esos documentos rezan, así como del valor probatorio que la ley les asigna, como llegó el Tribunal a denegar la acción incoada, la cual es la que asiste a quien tiene la propiedad plena o nuda de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla, según las disposiciones sustantivas citadas.

Cuanto a la posesión, se tiene: la señora Sanclemente de González era el ocupante de la finca al depositarse ésta el 22 de marzo de 1938, por lo cual a ella se hizo la notificación legal de entenderse con el secuestre; en la escritura de partición que se estudiará adelante declara ella ser poseedor de todo lo que allí se divide; demandada luego por el rematador Castillo para la entrega en juicio posesorio, incoado de conformidad con el artículo 887 del C. J., ella se opuso y cuando el Juez sentenció en su contra, ella apeló del fallo; en poder de ella se encontró la finca en la diligencia de 2 de septiembre de 1944 (cuaderno 2º, folio 12; cuaderno 4º, folios 4 a 7 y 17); en el presente pleito ella es quien ha sostenido el debate como poseedor demandado y quien ha presentado documentos encaminados a defender su posesión, y varios testigos declaran, dando detallada razón de su dicho (cuaderno 4º, folios 8 a 10), que ella es el poseedor, según los hechos de ella que los testigos han presenciado.

Sólo pasando por alto este haz probatorio es como ha podido el Tribunal desconocer que la Sanclemente es el poseedor de la cosa singular de que se trata.

Esta situación no desaparece ni se altera porque figuren otras personas, a más de ella, como demandados, lo que significa que no debieron serlo; pero no que no lo sea esta señora o que ella no sea el poseedor.

El abogado recurrente, advirtiendo que la causa mortuoria de Adolfo Escobar no se ha seguido y que ninguno de los demandados ha recibido título de la finca en disputa, explica la presencia de las demás personas aludidas, a pesar de no ser poseedores, pues el único es la Sanclemente, recordando que en el juicio posesorio el Tribunal revocó el fallo del Juez por haberse seguido contra ella solamente, lo que impuso a Castillo la precaución de incoar el presente pleito contra todos, temeroso de reparo igual.

A este respecto debe advertirse aquí, así sea de paso, que efectivamente figuraron como demandados en el juicio de venta de la cosa hipotecada todas las personas demandadas hoy, y que si por esta circunstancia el Tribunal al decidir el juicio posesorio los tuvo a todos como tradentes a la luz del artículo 741 del C. C., no cabe ahora igual reflexión, porque en el presente juicio no es como tradente que se resiste a entregar lo vendido, sino como poseedor que se dice amparado por determinado título distinto, como la señora Sanclemente ha afrontado la litis y como ésta se planteó y desarrolló.

Cuando en un juicio reivindicatorio el poseedor no se limita a defenderse con la presunción establecida por el C. Civil en el inciso 2º de su artículo 762, sino que aduce títulos, es deber del sentenciador confrontarlos con los del demandante para determinar cuáles prevalecen.

Aquí presenta Castillo los que ya se analizaron,

y la señora al contestar la demanda presentó éstos: a) Copias relativas a la ejecución que siguió la señora Teresa García de García contra la Sanclemente y su marido y al remate que allí se hizo por el señor Geraldo Guerrero O'Byrne el 4 de noviembre de 1937, y b) La escritura de 13 de septiembre de 1939, registrada el 29 de los mismos, en que Guerrero, la Sanclemente y su marido parten el inmueble allí determinado en forma de adjudicar sendos lotes a Guerrero y la Sanclemente.

No se comprende cómo se aduzca por ella en este juicio en que se le discute su posesión, la prueba de que ella enajenó desde 1937 lo que dicho remate indica. Si acaso esto fue lo mismo que aquí se controvierte, es contraproducente esa prueba; y si es cosa distinta, la prueba es impertinente.

A la verdad, la mencionada partición es el único título de dominio que obra en autos en favor de la Sanclemente. Esa escritura dice que los derechos proindivisos de ella que se le cubren con el lote a ella adjudicado los había adquirido ella por escritura de 4 de mayo de 1935, escritura que no vino al proceso y que sólo figura citada en la de partición, como acaba de decirse, y en los certificados del Registrador traídos como prueba por el demandante en primera y segunda instancia. (Cuaderno 2º, folios 4 a 8 y cuaderno 4º, folios 12 a 15). Sobra decir que esta cita no equivale al título mismo ni lo suple.

Además, aun dando por sentado que la partición en referencia confiera título a la Sanclemente sobre la misma finca exactamente que es materia de este pleito, lo que no está demostrado, ni aun así podría prevalecer este título sobre el de Castillo, puesto que el remate de este señor se hizo y registró en 1938 y esa partición se hizo y registró en 1939.

Como, fuera de los ya analizados, no presentó la señora Sanclemente título alguno en su favor; como el de Castillo acredita que es dueño, como el de éste es anterior a aquél; como lo rematado por Castillo y pretendido por él aquí no es una cosa singular; como de ésta es poseedor dicha señora, la prosperidad de la acción reivindicatoria se impone. Así pues, en fuerza de lo antedicho ha de invalidarse la sentencia recurrida y reemplazarse por un fallo que decrete las procedentes súplicas de la demanda.

Estas son: la declaración del dominio del actor sobre el referido inmueble, la condena de la poseedora a entregárselo y a pagarle sus frutos. Vendrá de otro lado la absolución de ella en la demanda de perjuicios y la de los demás demandados respecto de todos los cargos de la demanda.

La condena en frutos ha de hacerse en virtud del artículo 964 del C. C.; y como no se ha infirmado la presunción de buena fe con que el artículo 769 **ibidem** favorece al poseedor, esa prestación no arrancará sino desde la contestación de la demanda.

El actor no ha justificado perjuicios distintos de la privación de esos frutos. Cuando no hay aquéllos, la súplica de indemnizarlos carece de causa. Y si en este sentido se trae a cuento el hecho de haber tenido que pleitear, es de recordarse que lo relativo a costas se decide en cada litigio y que, en lo que hace al presente, no hay lugar a condenar en ellas por no tratarse de ninguno de los casos del artículo 575 del C. J.

Los demandados distintos de la poseedora, deben por no serlo, absolverse de todos los cargos de la demanda.

No se cerrará este fallo sin hacer presente que la sentencia en juicios de esta clase no sobrepasa en su alcance los límites trazados para todas por punto general en el artículo 474 del C. J., es decir, que sus efectos de cosa juzgada recaen sólo sobre quienes han litigado en el respectivo pleito y sobre quienes tienen con ellos la identidad jurídica de personas indicada en esta disposición. Tales juicios son un conflicto entre el reivindicante y el poseedor solamente, y se deciden tal como indique el fiel de la balanza en que se pesan los derechos demostrados por el uno y por el otro.

Esto hacer ver cuán relativa es la sentencia, limitándose como se limita a desatar ese conflicto entre tales dos tendencias y partes. Si el poseedor triunfa, el fallo no le confiere título ni lo libra de ser demandado y vencido por tercero cuyo derecho sí sea superior al suyo. Si el reivindicante triunfa, el fallo no impide que un tercero lo venza más tarde demostrando mejor derecho puesto que aquel triunfo fue únicamente sobre el poseedor demandado.

Abundan las sentencias en que la Sala ha sostenido uniformemente estas tesis y sencillas reflexiones que se traen a cuento porque el Tribunal se basó cardinalmente en no mediar partición de la comunidad sobre el aludido globo de tierra que se dice haberse segregado o hacer parte

finca aquí discutida. Los comuneros en ese globo que no hayan figurado en este pleito no están bajo la cosa juzgada creada por la sentencia que en él se dicta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veintisiete de febrero del año en curso, y revocando la del Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali de diecisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, falla este pleito así:

1º Eduardo Castillo es el dueño del inmueble determinado en la demanda inicial del juicio;

2º Condénase a la señora Susana Sanclemente viuda de González a entregar al señor Castillo ese inmueble y a pagarle sus frutos a partir del doce de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, fecha de la contestación de la demanda, hasta la entrega;

Parágrafo. El valor de estos frutos se fijará de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

3º Se absuelve a dicha señora de la demanda de perjuicios.

4º Se absuelve a los demandados distintos de dicha señora de todos los cargos de la demanda.

5º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. én ppdad.

ACCION PETITORIA DE SIMULACION DE UN CONTRATO

Como lo ha dicho la Corte "cimentándose la decisión del Tribunal no sobre determinado elemento de prueba sino sobre todo el haz probatorio del juicio, el ataque singular sobre probanzas aisladas es incapaz de destruír la fundamentación de la sentencia".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre once de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá Rosa Gómez Díaz promovió juicio ordinario contra Carmen García de Jiménez para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones que se sintetizan:

Que es simulado el contrato recogido en la escritura pública número 2294 de 7 de octubre de 1936, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de esta ciudad, por medio de la cual la demandante dio en venta con pacto de retroventa a la demandada, el inmueble en ese instrumento descrito; que el contrato realmente celebrado entre las partes fue el de mutuo; que la obligación de la demandante para con la demandada no es otra que la de pagarle la suma de $ 3.535.00 y los intereses a la rata legal, desde el 7 de octubre de 1936 hasta cuando se verifique el pago, descontadas las sumas que la deudora haya pagado; que en consecuencia, corresponde a la actora el dominio y posesión de la finca, los cuales derechos en ningún tiempo han pasado a poder de la demandada; que el pacto accesorio de arrendamiento recogido en el citado instrumento carece de eficacia legal y de realidad, por cuanto que los cánones estipulados son supuestos y sólo estaban dedicados a solucionar los intereses de la suma mutuada, y que se decrete la cancelación del contrato y de su correspondiente inscripción. Como súplica subsidiaria, se pidió la de que se declarase rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa mencionado.

En veinte y un hechos, congruentes casi todos con las declaraciones impetradas como principales y subsidiarias, se fundamentó la demanda, la que admitida y sustanciada en forma legal, fue decidida por el Juez del conocimiento en sentencia de 21 de julio de 1945, en la que se negaron las declaraciones principales y se decretó, en cambio, la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa.

Ambas partes apelaron, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al cual le tocó conocer del recurso, lo decidió en sentencia de 19 de agosto de 1946, en la que accedió a decretar las peticiones principales de la demanda y se abstuvo de considerar las relativas a la rescisión, por haber sido propuestas como subsidiarias.

Como fundamento de esa decisión, conceptuó el sentenciador que el caso planteado en el proceso es el de una simulación relativa entre contratantes, por lo cual debía exigirse para la demostración del acto oculto una prueba escrita o un principio de prueba por escrito, completada por declaraciones de testigos, presunciones, indicios, o bien la confesión del simulante. A este efecto estimó que la carta datada en Zipaquirá el 8 de octubre de 1938, suscrita por la demandada y dirigida a la demandante cuando ya estaba vencido el plazo para readquirir la finca, constituye un principio de prueba que hace verosímil la existencia del pacto oculto mencionado, y reputó como indicios de la misma simulación los siguientes: el hecho de que cuando se otorgó la escritura contentiva del contrato de venta con pacto de retroventa se encontraba vencido un contrato anterior de mutuo con garantía hipotecaria del referido inmueble celebrado entre las mismas partes por la suma de $ 3.300.00, que fue imputada al precio de la compraventa el cual ascendió a la cantidad de $ 3.535.00; la circunstancia de que el inmueble se dejó en poder de la demandante, en virtud de un contrato de arrendamiento, cuyo plazo de dos años, equivalía al mismo término que se le señaló a la vendedora para readquirir el dominio de la finca; y que el canon de arrendamiento equivalía poco más o menos al interés mensual de 1¼ % sobre el precio de compra.

Después considera las declaraciones de Isaías Jaramillo, Celina Parra de Sarmiento, Baud

Bernal Guzmán y Manuel Vicente Pardo, de los cuales en su sentir se desprende que el contrato celebrado entre demandante y demandado fue el de mutuo.

Por último, estimó que la declaración hecha por la demandada en la diligencia de indagatoria rendida en el proceso penal que se le adelantó con motivo de los mismos hechos que han dado origen a este juicio, sobre que buscó la forma del contrato de venta con pacto de retroventa para tener más garantía y seguridad en el préstamo, constituía una confesión, que al tenor del artículo 606 del C. J., era plena prueba de la simulación.

Contra esa sentencia interpuso la parte demandada recurso de casación, el que concedido y tramitado hoy se decide.

Con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., la recurrente propone contra la sentencia los cargos que en seguida se resumen:

a) Violación, por aplicación indebida al caso del pleito de los artículos 1759 y 1776 del C. C. y 91 de la Ley 153 de 1887, por haber interpretado erróneamente el Tribunal el sentido de la carta privada dirigida por Carmen García a Rosa Gómez el 8 de octubre de 1938, pues en concepto de la recurrente el negocio a que se refiere dicha carta no es el de mutuo, como lo entendió el Tribunal, sino el de venta con pacto de retroventa y que el dinero a que allí se alude corresponde a la suma que debía devolver la demandante por razón del pacto de retroventa. De allí deduce que el sentenciador apreció erróneamente esa carta al estimarla como principio de prueba del acto oculto, quebrantando a consecuencia de ese error las disposiciones citadas;

b) Que además de las mencionadas disposiciones el Tribunal quebrantó en forma directa o por aplicación indebida el artículo 2434 del C. C., pues tratándose de que el contrato oculto es el de mutuo con garantía hipotecaria, éste debía estar probado por escritura pública, y que al dar por demostrado ese contrato por medio de una carta y de declaraciones de testigos, incurrió en error de derecho, quebrantando por aplicación indebida la indicada disposición; y

c) Violación, por falta de aplicación o por aplicación indebida de los artículos 1494, 1618 a 1624, 1602, 1603, 1757, 1769, 2230, 2232 del C. C. y 603 a 607 del C. J. En desarrollo del cargo dice que del hecho 11º de la demanda; de lo estipulado en la escritura pública que contiene el contrato de arrendamiento, y de lo afirmado por el apoderado de la demandante a los folios 64 v. del cuaderno número 1º y 13 del cuaderno número 10, se desprende una confesión judicial que constituye plena prueba de que la rata de interés pactado mensualmente equivale a la suma de $ 43.75, o sea al 1¼%; que siendo el contrato una ley para las partes, el Tribunal al declarar probado el oculto de mutuo debió hacerlo en la forma convenida; que el Tribunal al no tomar en cuenta la aludida prueba, incurrió en error de hecho manifiesto, el que lo llevó a quebrantar las citadas disposiciones cuando condenó a la demandante al pago del interés a la rata legal y no al de la pactada entre las partes.

Se considera:

a) Este cargo es notoriamente ineficaz, y para demostrarlo así es suficiente observar que el ataque del recurrente se concreta solamente a la apreciación que el Tribunal hizo de la carta de 8 de octubre y ya se vio al hacer la síntesis del fallo que la demostración del contrato oculto no la dedujo el sentenciador de ese solo elemento de convicción, aprovechado apenas como principio de prueba por escrito, sino también de una serie de indicios y de declaraciones de testigos y, principalmente, de la afirmación hecha por la recurrente en una diligencia de indagatoria, afirmación esa que estimó como confesión judicial y de consiguiente como plena prueba del contrato oculto. En esas condiciones resulta inoficioso el estudio del cargo, porque —como lo ha dicho la Corte— "cimentándose la decisión del Tribunal no sobre determinado elemento de prueba sino sobre todo el haz probatorio del juicio, el ataque singular sobre probanzas aisladas es incapaz de destruir la fundamentación de la sentencia". (G. J. número 1943, pág. 460, Tomo XLVII).

b) Este cargo es inconducente, porque el Tribunal en la parte resolutiva de su fallo, que es en donde se concentra el imperio de toda resolución judicial, ha declarado apenas en el punto segundo que el contrato oculto, realmente celebrado entre las partes, "fue el de mutuo o préstamo de dinero", sin que allí se aluda siquiera al accesorio de hipoteca, que es el reglamentado en el artículo 2343 del C. C., que el recurrente señala como violado. Y fuera de que el contrato de mutuo no es solemne y no requiere, por tanto, escritura pública para su celebración y validez, exigir en acciones como la presente esa prueba específica para la comprobación del contrato oculto encubierto tras el aparente, implicaría un notorio

contrasentido, desde luego que si el contrato verdadero debiera constar en instrumento público, dejaría de ser oculto para resultar aparente y carecería de objeto la acción de simulación.

c) Este cargo sí debe prosperar.

En efecto, en el hecho 11º de la demanda afirmó la actora que "el canon mensual de arrendamiento estipulado, es el valor de los intereses debidos, de la cantidad mutuada"; en la escritura pública número 2294 que contiene el contrato de arrendamiento consta que el canon mensual es de $ 43.75, y en los pasajes de los alegatos del apoderado de la actora, citados por la recurrente, se asevera igualmente que dicho canon representa el interés de la cantidad adeudada, equivaliendo poco más o menos al 1¼ %.

Estas declaraciones de la parte actora, corroboradas ampliamente por su apoderado judicial, constituyen una confesión, que tiene validez de plena prueba al tenor de los artículos 603, 604, 605 y 606 del C. J., y como el sentenciador no la tuvo en cuenta al pronunciar su fallo, incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, y quebrantó como consecuencia, además de las citadas disposiciones, los artículos 1602, 1769, 2230 y 2232 del C. C., por falta de aplicación los tres primeros y por aplicación indebida el último, cuando condenó al actor a pagar al recurrente los intereses legales sobre la cantidad mutuada y no los convencionales, que eran los que en verdad se debían de acuerdo con los términos del contrato realmente celebrado.

Procede, por tanto, decretar la casación parcial del fallo recurrido, para reformarlo en consonancia con lo que queda dicho, que sirve a la vez de motivación de instancia.

Resta sólo agregar que aun cuando la súplica cuarta de la demanda principal pudiera entenderse como el ejercicio del derecho que al deudor le otorga el artículo 2231 del C. C., en autos no hay pruebas que demuestren cuál fue el interés corriente al tiempo de la convención, para que ahora pudiera hacerse, si fuera procedente, la reducción de que habla la citada disposición, por lo cual ese derecho debe dejarse a salvo a la parte actora.

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 dictada en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 19 de agosto de 1946, en cuanto a la condena pronunciada en el punto cuarto de la parte resolutiva, el cual quedará así:

"**Cuarto.**—La señorita Rosa Gómez Díaz no tiene más obligación para con la demandada Carmen García de Jiménez que la de pagarle la suma de tres mil quinientos treinta y cinco pesos ($ 3.535.00) moneda corriente, más la suma mensual de cuarenta y tres pesos con setenta y cinco centavos ($ 43.75) por concepto de intereses, desde el día siete de octubre de 1936 hasta la fecha en que el pago se haga, descontadas las cantidades y abonos que pruebe haya hecho la señorita Rosa Gómez Díaz a la señora Carmen García de Jiménez, quedándole a salvo a la primera en cuanto respecta a intereses el ejercicio del derecho que consagra el artículo 2231 del C. C."

Esa sentencia queda vigente en todos los demás pronunciamientos o condenas que contiene su parte resolutiva.

Sin costas en el recurso.

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

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NO SE REPONE EL AUTO RECLAMADO

En principio, una sentencia no tiene fuerza de cosa juzgada sino contra las personas indicadas en el artículo 474 del C. J. Las hay que excepcionalmente producen ese efecto ERGA OMNES. De ellas la de un juicio como el presente (C. C., artículo 401, C. J., artículo 475). Esta calidad excepcional de la sentencia no es lo que determina el provecho o perjuicio contemplados en el artículo 233, pues si lo fuera cabría acción y coadyuvancia popular en los juicios sobre estado civil, que sería absurdo. Cuando la ley atribuye este efecto a tales sentencias, lo hace cardinalmente por lo que el estado civil significa como cuestión de orden público, lo que, de otro lado, explica lo antedicho sobre delimitación del personal que en estas contiendas interviene.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre catorce de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El abogado de la señora Rosa Salazar de Matallana solicita reposición del auto de catorce de julio último en que la Sala se abstiene de estudiar y decidir el recurso de casación y pide también que consecuencialmente entre ella a estudiarlo.

Como una de las razones de esa abstención es que la señora, si bien obtuvo entrada como coadyuvante, no sostiene ni defiende las pretensiones de ninguna de las partes, el reclamante aduce hoy en contrario la providencia de la Sala de Negocios Generales de 23 de septiembre de 1935, de que transcribe estas frases: "Se coadyuva en un juicio cuando una persona distinta de las partes interviene en el pleito con personería para hablar en él, emanada de causa o derecho distinto del derecho que es materia del juicio mismo". (G. J. pág. 575, Tomo XLII).

El sentido exacto de estas frases no puede sacarse sin relacionarlas con las restantes de la misma providencia y con el problema allí atendido: se trataba de un tercero con pretensión de entrar como coadyuvante del actor en un juicio en que éste aducía fundamentalmente su calidad de heredero de quien afirmaba haber sido dueño y poseedor de ciertos bienes, en forma que esa calidad de heredero precisamente había de discutirse en el debate, y el tercero invocaba también esta calidad. La Sala estimó que al aceptarlo incurriría en petición de principio y resolvería prematuramente y fuera de lugar uno de los problemas capitales del pleito; de ahí aquellas frases con que quiso acentuar la igualdad de situación, desde ese punto de vista, de actor y tercero, en la mira de justificar su negativa.

Observa el reclamante que una colusión entre actor y reo no podría ser conjurada por un tercero si precisamente coadyuvar implicara identificación con uno de los dos. Es claro que el acuerdo sano o ilícito, fingido o real, entre demandante y demandado no veda en todo caso e inexorablemente la intervención de un tercero y su oposición, pues si la sentencia ha de alcanzarlo, su entrada, que es un derecho nacido de este alcance, no se le puede arrebatar por obra de extraños, como sería la consistente en tal acuerdo. Pero esto, acerca de lo cual ocurre pensar en el codeudor solidario o en los acreedores personales, en vista de los artículos 474, inciso 3º y 478 del C. J., no es guía para opinar de modo análogo en juicio como el presente, sino al contrario, porque en aquellos casos la sentencia sí tiene el referido alcance.

El artículo 233 del C. J., que establece el derecho de entrada en mención, para atribuírlo comienza diciendo: "Todo aquel a quien conforme a la ley pueda perjudicar o aprovechar una sentencia", lo que en verdad constituye un requisito, puesto que es habiendo tal posibilidad de perjuicio o provecho para un tercero, y sólo así, como le asiste el derecho de entrar a pleito en que no es demandante ni demandado.

En el sentido jurídico de aquellos vocablos, no puede decirse que la sentencia del presente juicio aprovecha o perjudica a la señora Salazar, en

atención a los efectos patrimoniales que en posibles juicios ulteriores quepa suponerle, pues éstos son cosa muy distinta del estado civil a que este litigio se concreta.

Salta a la vista que su participación herencial en la sucesión de su padre es influída porque éste dejara o no hijos naturales en tal o cual número; pero no es menos evidente que este problema de orden pecuniario no es el que forma la materia del presente pleito, encaminado únicamente a saber si los demandados son o no hijos de Raimundo Ruiz.

Y por aquí se llega a la reflexión de mayor predicamento contra la intervención de la señora Salazar en esta causa. Ruiz es la persona a quien, con la exclusividad prescrita en el artículo 216 del C. C., corresponde reclamar al respecto; y, por lo que hace a la parte demandada, la naturaleza y fines del reclamo señalan como únicas personas que han de formarla, la madre y los hijos. No se ve cómo ni por qué pueda introducirse en el debate una persona extraña, como lo es quienquiera que sea distinto de ellos.

En principio, una sentencia no tiene fuerza de cosa juzgada sino contra las personas indicadas en el citado artículo 747. Las hay que excepcionalmente producen ese efecto **erga omnes.** De ellas la de un juicio como el presente (C. C., artículo 401, C. J., artículo 475). Esta calidad excepcional de la sentencia no es lo que determina el provecho o perjuicio contemplados en el artículo 233, pues si lo fuera, cabría acción y coadyuvancia popular en los juicios sobre estado civil, que sería absurdo. Cuando la ley atribuye ese efecto a tales sentencias, lo hace cardinalmente por lo que el estado civil significa como cuestión de orden público, lo que, de otro lado, explica lo antedicho sobre delimitación del personal que en estas contiendas interviene.

En suma: no haciendo parte de ese personal la señora Salazar, no tiene puesto en la contienda. Arguye su abogado que es ley del proceso el auto que la admitió como coadyuvante. La Sala no lo niega y cabalmente partiendo de esa admisión como un hecho indiscutible, fue como indagó, no si la hay, sino si tiene la virtud de conferir personería a la coadyuvante para recurrir en casación por sí sola contra una sentencia que las partes consintieron.

En rigor de verdad, lo que la puede perjudicar patrimonialmente y ella ataca dentro de esta controversia sin decirlo, es el reconocimiento de hijos naturales hecho por su padre en favor de los hijos de la Virguez. En sí mismo el hecho de que ellos sean o no hijos de Ruiz no tiene para ella la menor importancia, al menos jurídicamente hablando. Lo grave para ella es que su padre se tenga por padre natural de aquéllos; de modo que si ella sostiene la presunción legal de que Ruiz por ser marido de la Virguez es el padre de los hijos habidos por ésta durante el matrimonio, es tan sólo porque así no pueden aparecer ellos legalmente como hijos de Salazar y entrar en esta calidad en su sucesión. Ese interés de la Salazar, que puede habilitarla para discutir dicho reconocimiento, acerca de lo cual nada se opina aquí, no le confiere personería para introducirse en la presente causa ni, menos, para recurrir contra la sentencia que las partes consintieron. Hasta sobra decir que ese reconocimiento no es lo que aquí se ha contendido.

Por lo expuesto, no se accede a reponer el auto de catorce de julio del presente año.

Notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL junto con esa providencia.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez — Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

LA SIMULACION EN LA DOCTRINA JURIDICA

Jurisprudencialmente se ha venido adoptando la clasificación que los doctrinantes hacen de la simulación, como fenómeno jurídicamente lícito y no inductivo por sí mismo de nulidad, en dos grandes tipos o grados: la absoluta y la relativa, entendiéndose que la primera, llamada también integral o completa, tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico de mera apariencia, sin ninguna realidad, porque simultáneamente con él se celebra un acto oculto, una contraestipulación válida por medio de la cual se destruyen convencionalmente los efectos del acto ostensible. Dentro de la tesis, adoptada y sostenida por la Corte, de que la simulación, en el campo de licitud en que se ha aceptado como fuente de relaciones jurídicas, no es PER SE motivo de nulidad, ha venido tratándose de precisar las diferencias que existen entre la nulidad y la simulación absoluta, difíciles de ver cuando, descomponiendo el mecanismo de la simulación, se mira sólo el acto aparente que en sí carece realmente de consentimiento y causa, que son elementos esenciales para la formación del acto jurídico; pero que pueden discriminarse si no se pierde de vista el acto oculto, inseparable del público en la figura de la simulación, que trasunta la voluntad jurídica, el consentimiento válido de los creadores de la simulación. Pudiera decirse que en el fenómeno simulatorio existe un verdadero contrato consistente en la creación de una apariencia jurídica para conseguir determinado fin con la expresa estipulación aunque oculta de hacerla desaparecer, de destruírla, una vez alcanzado el fin que se propusieron y que podría tenerse, jurídicamente hablando, como la causa o motivo que los indujo a contratar. Desde el punto de vista del consentimiento no hay duda porque la simulación no se concibe sino como el resultado de la voluntad jurídicamente válida de los contratantes. Los contratos afectados de nulidad absoluta son actos serios al punto de que para obtener la declaración de su ineficacia resultaría improcedente la acción de simulación que es esencialmente de prevalencia. A su turno, un acto simulado, en que la falta de consentimiento es producto de la voluntad de crear la apariencia para ocultar el consentimiento válido de la contraestipulación, no puede ser invalidado con acción de nulidad porque ese acto representa incuestionablemente un acuerdo válido de voluntad de parte de los simuladores que legalmente origina obligaciones entre ellos.

La jurisprudencia, sin embargo, se resiente de imprecisión acerca de si la simulación absoluta o integral se resuelve o no en una acción de nulidad, porque a la dificultad doctrinaria de mantener visible el deslinde de esas dos figuras jurídicas, análogas y tangenciales, se agrega el confusionismo de que a este respecto adolecen generalmente las demandas en que se plantea la ineficacia de los actos jurídicos, al extremo de que se ha llegado a adoptar la posibilidad, a opción del demandante, de seguir la vía de la nulidad con fundamento en la falta de las condiciones esenciales del acto jurídico, o la de la simulación-prevalencia planteándole al juez la inexistencia del acto aparente o simulado, no como resultado de su nulidad radical, sino como efecto jurídico de una convención oculta, en cumplimiento de una obligación libre y válidamente acordada con el objeto de destruír los efectos del contrato aparente. "De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad absoluta —ha dicho la Corte en referencia a un caso de las llamadas escrituras de confianza—, al punto de que, como en algunos de sus aludidos fallos, ha dicho esta Sala, pueda pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno o lo otro." (G. J. Tomo LVIII, página 196). Dentro de esta tesis, sin desconocer las diferencias sustanciales que separan la acción de nulidad de la de simulación-prevalencia, la solución judicial es atenerse a la demanda para deducir, según sean

los hechos en que se asiente y los términos en que se pida la declaración de ineficacia jurídica, si la decisión hay que hacerla a la luz de los principios que rigen la nulidad, o si se trata de un caso de simulación para hacer prevalecer con obligatoriedad contractual una contraestipulación oculta contra una apariencia convenida.

El Tribunal sentenciador obró jurídicamente al restringir la libertad probatoria cuando el contrato ostensible se ha hecho constar por escrito, ya porque sea legalmente solemne o porque las partes lo hayan querido así, exigiendo una prueba también escrita de la voluntad oculta, o por lo menos un principio de prueba por escrito o la confesión del simulante, porque la plena fe que contra los contratantes hacen las declaraciones del acto público no puede invalidarse sino oponiéndole una prueba de igual categoría. Esta cuestión de la conducencia y eficacia de la prueba en materia de simulación es de la mayor importancia porque a ella se vincula el éxito o el fracaso de la acción de prevalencia del acto oculto, y tiene sobrado fundamento en la necesidad de garantizar la estabilidad de los derechos y la seguridad del comercio jurídico que exige que cuando los contratantes han revestido sus acuerdos de voluntad con las formalidades requeridas por la ley para producir sus efectos civiles no les sea permitido demostrar la insinceridad de sus declaraciones con el uso ilimitado de los medios de prueba, sino de ciertas restricciones deducidas de los principios del derecho probatorio, que imponen el concurso de determinados elementos de convicción. Esta doctrina jurisprudencial sobre admisibilidad y eficacia de los diversos medios legales de prueba, de vigoroso fundamento en la ley, opera según que la declaración de simulación se invoque por algunas de las partes simulantes o por un tercero, pero en manera alguna se condiciona, contra lo que sostiene el recurrente, con la calidad de integral o relativa de la simulación demandada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo fechado el 10 de diciembre de 1940, ante el Juzgado Civil del Circuito de Pamplona, Euclides Picón, en su propio nombre demandó a Waldina Flórez de Medina y a su marido Salvador Medina para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que es en absoluto simulado el contrato contenido en la escritura pública número 238 de fecha 20 de abril de 1931, pasada ante el Notario del Circuito de Pamplona, por la cual el demandante aparece vendiendo a Waldina Flórez de Medina, con autorización al efecto de Salvador Medina, por el precio ficticio de $ 2.000, una casa y su solar situada en el Puente de Boyacá o del Ahorcado, en el Chorro de los Negros de la ciudad de Pamplona, dentro de la alinderación que se expresa; que, como consecuencia de esta declaración de simulación, se cancele la inscripción en el Registro de la citada escritura y se consideren sin ningún valor las limitaciones que en ese instrumento aparecen sobre derechos de habitación y usufructo en el citado inmueble a favor del actor y de tercera persona.

En subsidio se pide que se declare resuelto el aludido contrato de compraventa por ser ficticio su precio y falso su pago, y que en uno y en otro caso se decreten las prestaciones a que tiene derecho el demandante.

Como hechos fundamentales de su acción refiere el actor que a principios de abril de 1931 sufrió una grave afección cardíaca que puso en peligro su vida y que por esa misma época fue necesario liquidar por mala situación la sociedad que tenía con Aurelio Ferrero bajo la razón social de Ferrero & Picón. Que en estas condiciones, temiendo que los acreedores sociales persiguieran sus propios bienes y atendiendo la amigable insinuación que al respecto le hizo uno de los médicos que lo asistían, hizo la referida venta simulada a su hermana Waldina Flórez con la condición de que una vez que desapareciera la amenaza de muerte y el peligro de los acreedores le haría reversión de la propiedad, cosa que se ha negado a hacer la demandada a pesar de haberlo convenido privadamente, por lo cual se ha visto en la necesidad de incoar este pleito.

Los demandados se opusieron a la demanda negando todos sus hechos fundamentales y manifestando que se acogen a los términos del contrato solemne de venta que fue perfecto, por su justo precio acordado y pagado.

Agotados los trámites del grado, el Juzgado de

Circuito, en sentencia de 19 de agosto de 1943, declaró la simulación contractual al tenor de los pedimentos principales de la demanda, y denegó sus súplicas subsidiarias. Sin costas.

Sentencia acusada

Apeló de esta sentencia el apoderado de la parte demandada, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, al cabo de la actuación correspondiente a la segunda instancia, en fallo de 13 de julio de 1946, revocó la recurrida y en su lugar absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda. También sin costas.

Recuerda el Tribunal en la parte motiva de su fallo los principios generales de la simulación como figura jurídicamente lícita y no inductiva por sí misma del fenómeno de la nulidad. Advierte que la acción de simulación se endereza a hacer prevalecer la convención secreta o contraestipulación, reformadora o destructora de la pública, con el objeto de dar cumplida eficacia a la verdadera intención y voluntad jurídica de los contratantes, para lo cual, según los principios generales, el demandante de la simulación ha de producir la prueba completa y adecuada. "Al tenor de la doctrina reiteradamente expuesta por la Corte y que tiene su fundamento en los artículos 1759, 1766 del C. C. y 91 de la ley 153 de 1887, la verdad de las declaraciones que en el acto ostensible hayan hecho los contratantes no puede atacarse por éstos, con éxito, sino oponiéndole una prueba de igual categoría que destruya aquella plena fe, tal como el acto literal oculto, o la confesión del obligado, o un principio de prueba por escrito, confesión o principio de prueba que entonces puede completarse con testigos, presunciones o indicios, y, en general, con todo medio probatorio".

Aplicando estos principios hace luego el análisis discriminado de las pruebas del proceso; el certificado personal expedido por los médicos Mora y Montañez, ratificado extrajudicialmente y dentro del juicio de la segunda instancia, considera el Tribunal que carece de valor probatorio porque no es más que una simple constancia personal y no un certificado puesto que no proviene de funcionario público. Tampoco puede estimarse como prueba testifical porque no fue rendido ante la autoridad correspondiente ni con las formalidades legales del caso, pues lo que propiamente se hizo fue jurar la certificación que es cosa distinta de rendir un testimonio. Pero ni aun suponiéndole calidad testifical sería prueba de contraestipulación porque, además de ser prueba inadecuada, los referidos médicos no dan razón de sus dichos. Tampoco, ni en el supuesto de que esas constancias valieran como testimonios, puede hallarse en ellas, como lo pretende el actor, prueba de confesión de la demandada sobre el hecho de la simulación.

Respecto de las posiciones absueltas por los demandados afirma el sentenciador, que a pesar de las discrepancias que se advierten en sus declaraciones, no hay base ninguna para pensar en confesión porque el contenido esencial e inequívoco de ellas es la contradicción rotunda de lo afirmado por el actor sobre el hecho de la simulación.

Finalmente, por lo que hace a la pretendida confesión del apoderado de los demandados en la audiencia, relacionada con la forma de pago del precio de la compraventa, no puede ser tenida como tal, en concepto del sentenciador, porque lo manifestado no es el reconocimiento del hecho perjudicial afirmado por el demandante, esto es, la simulación, y porque aun suponiendo que lo fuera, carecería de valor probatorio por no tener el apoderado la autorización requerida por el inciso final del artículo 607 del C. J.

De este examen concluye el Tribunal que "las pruebas traídas a los autos ni aun en tratándose de un litigio entre personas ajenas al contrato cuya simulación se pide, podrían ofrecer fuerza de convicción suficiente para hacer la declaratoria solicitada, muy menos en tratándose de un litigio entre las mismas partes contratantes..."

El recurso

Está a consideración de la Corte este negocio por el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, que hoy se decide por estar legalmente preparado.

Se apoya el recurso en la primera de las causales del artículo 520 del C. J. "La sentencia objeto de esta acusación —dice el recurrente— es violatoria de la ley sustantiva, por errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas, por no haber apreciado algunas de éstas, entre las que se hallan numerosos indicios o presunciones debidamente establecidos, que destacan la simulación absoluta, y por errónea interpretación y mala aplicación de la misma ley".

Sostiene el recurrente que el Tribunal, al tratar de distinguir la simulación absoluta de la re-

lativa, incurrió en una serie de errores y contradicciones que lo llevaron a la equivocación fundamental de considerar que cualquiera que sea la especie de simulación de que se trate, es necesario, en juicio entre los simuladores, producir una prueba de igual categoría a la que conlleva el acto aparente que se quiere destruír, cuando es indudable que tratándose de demostrar un caso de simulación integral como es el caso de autos, no existe limitación probatoria de ninguna especie porque de lo que se trata es de demostrar la nulidad que afecta el contrato por causa de la simulación absoluta.

Y afirmada así la libertad probatoria que estima del caso, pasa a formular el recurrente sus cargos por equivocada estimación probatoria así:

Error de derecho en que incurrió el Tribunal al desechar el certificado de los médicos doctores Constantino Mora y Clemente Montañez negándole la calidad de prueba testimonial, por lo cual dejó de ver también en ella una confesión de la demandada Waldina Flórez, que es legalmente un indicio grave que unido a otros muchos convencen de que la demandada confesó "su compromiso de hacer la reversión".

Error en la apreciación de las posiciones absueltas por los demandados, consistente en no tener en cuenta las notorias contradicciones que en ellas incurren entre sí los absolventes, lo cual hace dudar de la sinceridad con que se afirma que el contrato de que se trata fue verdadero, y constituyen grave presunción que unida a las demás forman la prueba de la simulación demandada.

Y por último, error de derecho y de hecho en que incurrió el Tribunal al no concederle ningún valor probatorio en demostración de la simulación demandada a la confesión judicial hecha por el apoderado de los demandados en la audiencia ante el Tribunal sobre que éstos, contra lo que ellos mismos han sostenido, habían entregado a Picón el dinero que figura como precio de la venta antes de la celebración de este contrato, desnaturalizando así el pretendido contrato de compraventa, y aceptando su simulación puesto que afirman que lo habido fue una dación en pago.

Como efecto de estos errores probatorios dice el recurrente se violaron (fuera de varias disposiciones cuya cita se omite porque en ellas solamente se señala el mérito de las pruebas), los artículos 740, 742, 1502, 1524, 1740, 1741 del C. C. y 91 y 93 de la ley 153 de 1887, "por inaplicabilidad errónea al caso del pleito".

Considera la Sala:

Jurisprudencialmente se ha venido adoptando la clasificación que los doctrinantes hacen de la simulación, como fenómeno jurídicamente lícito y no inductivo por sí mismo de nulidad, en dos grandes tipos o grados: la absoluta y la relativa, entendiéndose que la primera, que es la de que hoy se trata, llamada también integral y completa, tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico de mera apariencia, sin ninguna realidad, porque simultáneamente con él se celebra un acto oculto, una contraestipulación válida por medio de la cual se destruyen convencionalmente los efectos del acto ostensible. Dentro de la tesis, adoptada y sostenida por la Corte, de que la simulación, en el campo de licitud en que se ha aceptado como fuente de relaciones jurídicas, no es **per se** motivo de nulidad, ha venido tratándose de precisar las diferencias que existen entre la nulidad y la simulación absoluta, difíciles de ver cuando, descomponiendo el mecanismo de la simulación, se mira sólo el acto aparente que en sí carece realmente de consentimiento y causa, que son elementos esenciales para la formación del acto jurídico; pero que pueden discriminarse si no se pierde de vista el acto oculto, inseparable del público en la figura de la simulación, que trasunta la voluntad jurídica, el consentimiento válido de los creadores de la simulación. Pudiera decirse que en el fenómeno simulatorio existe un verdadero contrato consistente en la creación de una apariencia jurídica para conseguir determinado fin con la expresa estipulación aunque oculta de hacerla desaparecer, de destruírla, una vez alcanzada la finalidad que se propusieron, y que podría tenerse jurídicamente hablando, como la causa o motivo que los induce a contratar. Desde el punto de vista del consentimiento no hay duda porque la simulación no se concibe sino como el resultado de la voluntad jurídicamente válida de los contratantes. Los contratos afectados de nulidad absoluta son actos serios al punto de que para obtener la declaración de su ineficacia resultaría improcedente la acción de simulación que es esencialmente de prevalencia. A su turno, un acto simulado, en que la falta de consentimiento es producto de la voluntad de crear la apariencia para ocultar el consentimiento válido de la contraestipulación, no puede ser invalidado con acción de nulidad porque ese acto representa incuestionablemente un acuerdo válido de volun-

tad de parte de los simuladores que legalmente origina obligaciones entre ellos.

La jurisprudencia, sin embargo, se resiente de imprecisión acerca de si la simulación absoluta o integral se resuelve o no en una acción de nulidad, porque a la dificultad doctrinaria de mantener visible el deslinde de estas dos figuras jurídicas, análogas y tangenciales, se agrega el confusionismo de que a este respecto adolecen generalmente las demandas en que se plantea la ineficacia de los actos jurídicos, al extremo de que se ha llegado a adoptar la posibilidad; a opción del demandante, de seguir la vía de la nulidad con fundamento en la falta de las condiciones esenciales del acto jurídico, o la de la simulación-prevalencia planteándole al Juez la inexistencia del acto aparente o simulado, no como resultado de su nulidad radical, sino como efecto jurídico de una convención oculta, en cumplimiento de una obligación libre y válidamente acordada con el objeto de destruír los efectos del contrato aparente. "De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad absoluta —ha dicho la Corte en referencia a un caso de las llamadas escrituras de confianza—, al punto de que, como en algunos de sus aludidos fallos, ha dicho esta Sala, queda pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno o lo otro." (G. J. Tomo LVIII, página 196). Dentro de esta tesis, sin desconocer las diferencias sustanciales que separan la acción de nulidad de la de simulación-prevalencia, la solución judicial es atenerse a la demanda para decir, según sean los hechos en que se asiente y los términos en que se pida la declaración de eficacia jurídica, si la decisión hay que hacerla a la luz de los principios que rigen la nulidad, o se trata de un caso de simulación para hacer prevalecer con obligatoriedad contractual una contraestipulación oculta contra una apariencia convenida.

A esta última especie corresponde exactamente el caso en estudio. Se trata de una acción de simulación para hacer prevalecer entre los contratantes las estipulaciones de un contrato que convinieron en mantener oculto, y en virtud del cual Waldina Flórez de Medina, autorizada por su marido, se obligó a hacer la reversión de la propiedad del inmueble conocido a favor de su hermano Euclides Picón, sobre el cual se había comprometido a aparentar dominio mientras su dueño estuviera en peligro de ser demandado para el pago de deudas de la sociedad Ferrero & Picón, como se dejó explicado al revisar los hechos del libelo. "Que es en absoluto simulado el contrato...", pide en la primera súplica, y en la segunda explica: "Que en virtud de la simulación del acto ostensible que es la venta, y de tener completa eficacia y valor la contraestipulación consistente en devolver la escritura de dominio al suscrito, aparente vendedor, después de haber desaparecido cierto peligro, recobrando el suscrito el dominio de lo supuestamente vendido, debe cancelarse tanto la escritura como la inscripción hecha bajo el número 367 de 28 de abril de 1931 en el libro 1º de Registro." Y en el hecho 4º vuelve a explicar: "Hice, por tanto, escritura de confianza a mi hermana Waldina Flórez de Medina, a quien autorizó su esposo Salvador Medina, interviniendo personalmente en el acto, con la condición de que al reponerme de la enfermedad y al desaparecer el peligro de ruina y miseria que me amenazaba, me hiciera reversión de la propiedad de la casa, y con esta contraestipulación firmé la escritura..." "Se abstuvo de hacerlo —dice el actor acerca del convenio de devolverle la escritura— y no lo ha hecho hasta ahora, no obstante la obligación privada que contrajo para conmigo".

De lo predicho se puede concluír ya que sin tergiversar sus fundamentos ni peticiones, y antes bien ajustándose rigurosamente a ellos, que el Tribunal estuvo acertado al estimar y decidir el caso de esta demanda con acción de simulación. Y sobre esta base se puede asimismo asentar la conclusión de la legalidad con que el sentenciador aplicó a este proceso adelantado entre los contratantes de la simulación la doctrina que restringe la libertad probatoria, cuando el contrato ostensible se ha hecho constar por escrito, ya porque sea legalmente solemne o porque las partes lo hayan querido así, exigiendo una prueba también escrita de la voluntad oculta, o por lo menos un principio de prueba por escrito o la confesión del simulante, porque la plena fe que contra los contratantes hacen las declaraciones del acto público no puede invalidarse sino oponiéndole una prueba de igual categoría. Esta cuestión de la conducencia y eficacia de la prueba en materia de simulación es de la mayor importancia porque a ella se vincula el éxito o el fracaso de la acción de prevalencia del acto oculto, y tiene sobrado fundamento en la necesidad de garantizar la estabilidad de los derechos y la seguridad del comercio jurídico que exigen que cuando los contratantes han revestido sus acuerdos de voluntad con las formalidades requeridas por la ley para

producir sus efectos civiles no les sea permitido demostrar la insinceridad de sus declaraciones con el uso ilimitado de los medios de prueba, sino de ciertas restricciones deducidas de los principios del derecho probatorio, que imponen el concurso de determinados elementos de convicción. Esta doctrina jurisprudencial sobre admisibilidad y eficacia de los diversos medios legales de prueba, de vigoroso fundamento en la ley, opera según que la declaratoria de simulación se invoque por algunas de las partes simulantes o por un tercero, pero en manera alguna se condiciona, contra lo que sostiene el recurrente, con la calidad de integral o relativa de la simulación demandada. La Corte ha dicho en numerosas decisiones:

"Tratándose de demostrar **entre los contratantes** la existencia de una simulación, cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del C. C. y del segundo aparte del artículo 91 de la ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial, que la verdad de las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados es preciso destruírla oponiéndole una prueba de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, confesión y principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones e indicios, y con todo medio probatorio." (G. J. Tomo 43, página 830).

Y demostrado como queda, que el Tribunal procedió legalmente al sentenciar con ajuste a la aludida doctrina de la restricción probatoria por tratarse de demostrar una simulación en juicio entre las partes, aunque advirtió que las pruebas aducidas no la acreditarían ni aun dentro del régimen de mayor libertad, ya hay para la Corte sobrada razón para rechazar las acusaciones del recurso, porque todas se formulan, como se vio al compendiarlas, sobre la base de que Euclides Picón goza de completa libertad de prueba para demostrar su simulación y que, por tanto, el Tribunal incurrió en error al no tenerla por fehacientemente probada sobre el mérito de los indicios a que alude en su demanda de casación. La Sala considera que en estas condiciones carece completamente de utilidad y resultaría baldío el análisis discriminado que hiciera de las tres pruebas que el recurrente reputa erróneamente estimadas. Pero no deja de advertir sin embargo que a la luz de las consideraciones con que fueron apreciadas en la sentencia acusada, según síntesis hecha al principio de este fallo, no se ve la equivocación con que fueran justipreciadas por el sentenciador.

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 profe rida por el Tribunal Superior del Distrito Judi cial de Pamplona el 13 de julio de 1946, materi de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pined Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morale Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salaman Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO

1.—La presunción de responsabilidad por el hecho de personas que dependen de otra, ya sea ésta natural o jurídica, está establecida de manera perentoria en los artículos 2347, inciso final, y 2349 del C. C., que ordenan que la responsabilidad que les pueda corresponder por hecho o culpa de los agentes que están a su cuidado cesará si comprobaren que con la autoridad que su respectiva calidad les confiere no hubieran podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad es necesario que la persona se descargue probando la ausencia de culpa o que el daño producido por el agente, sirviente, hijo de familia, discípulo, según los casos, se debió a un hecho extraño o a fuerza mayor o caso fortuito.

2.—La confesión judicial es la declaración hecha ante el juez por la misma parte que litiga. Confesar es reconocer como verdadero un hecho o un acto de índole suficiente para producir contra el que lo admite consecuencias jurídicas. La confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante agrega hechos distintos y separados, que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar. (Artículo 609, C. J.).

orte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El día 16 de abril de 1941, al realizar el chofer ofesional Everardo Amaya una maniobra de receso con el automóvil que manejaba de servi particular del señor Rogelio Sánchez Cortés, el cual iban como pasajeros los miembros de la familia de éste, golpeó al transeúnte Ricardo Pinzón, en la esquina de la calle 16 con la carrera 10, produciéndole lesiones que le ocasionaron una incapacidad de cuarenta y ocho días, proveniente de dos fracturas de la tibia derecha, una en el tercio inferior, con ligero desalojamiento de los fragmentos, y la otra en el tercio superior.

Con base en estos hechos, el lesionado Pinzón demandó al propietario del automóvil señor Sánchez Cortés, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se le declarara civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por la víctima en el mencionado accidente; solicitó, en consecuencia, que el demandado fuera condenado a pagar el monto de tales perjuicios, según la estimación o cuantía que de ellos se hiciera dentro del pleito.

Sentencia de primera instancia

El juez del conocimiento puso fin a la actuación de primer grado el día 13 de julio de 1944, accediendo a las peticiones del actor.

La sentencia recurrida

Apelada la decisión por el demandado, los autos subieron al conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, donde se confirmó la sentencia apelada.

El Tribunal se fundó en que en el caso propuesto se demostró, por medio de la confesión, la propiedad del vehículo por parte del demandado, quien tenía contratados los servicios del chofer Everardo Amaya; que aun cuando se intentó demostrar que éste era cuidadoso y experto en el manejo de automóviles, tal circunstancia aparece contradicha con la certificación de la Oficina de Tránsito, donde consta que contra el nombrado Amaya se han propuesto varios sumarios por heridas causadas a terceros en accidentes de tránsito, prueba ésta que indica, con la afirmación de algunos testigos presentados por el señor Sánchez, que Amaya "no tiene toda la prudencia que es de desear cuando se manejan automóviles en ciudades como Bogotá".

No aparece, dice el Tribunal, demostrado que en el accidente hubiera culpa de la víctima, ni se probó el caso fortuito o fuerza mayor que exonerara de responsabilidad. Es imprudente hacer retroceder un carro, "caso en el cual el chofer no domina bien la vía, en calles concurridas".

"Está demostrado en los autos plenamente —agrega el fallador de segunda instancia—, que el chofer Amaya estaba al servicio del demandado y bajo su dependencia. Los artículos 2346, 2347, 2348 y 2349 del C. C., regulan todo lo relativo a la responsabilidad por el hecho de las personas que están bajo el cuidado y dependencia de otros".

Se expresa también en la sentencia que el señor Sánchez no probó ninguna de las causales exonerativas, ni demostró que no tenía medio de prever o impedir el accidente empleando el suficiente cuidado.

El recurso de casación

Contra la anterior providencia interpuso en tiempo recurso de casación el demandado. En esta Corte se han cumplido los trámites de rigor y ha llegado la oportunidad de fallar.

Causales alegadas.—Con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., acusa la sentencia el recurrente por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Señala como violados los artículos 2346, 2347, 2348 y 2349 del C. C., que regulan lo relativo a la responsabilidad por el hecho de las personas que están bajo el cuidado y dependencia de otras; y los artículos 1757 del C. C. y 609 y 632 del C. J., por cuanto el Tribunal echó la carga de la prueba de la irresponsabilidad sobre el demandado.

Aduce contra la providencia que se revisa cuatro cargos que se resumen en la forma siguiente:

a) Indebida apreciación de la prueba de confesión, que se supone hizo el demandado al absolver posiciones en juicio, pues si de las respuestas dadas a algunas de las preguntas hechas, resulta que el accidente en que fue herido Pinzón se produjo al mover el chofer el vehículo de Sánchez en reverso, no es menos cierto que de las mismas respuestas aparece que tal movimiento se hizo por el conductor con suma diligencia y cuidado, circunstancia ésta última que impide que el juez al estudiar la prueba tome la primera parte de la confesión y desestime la última, declarando que la circunstancia exculpativa debía demostrarse por quien se ampara en ella. Que la confesión que resulta de la absolución de las aludidas posiciones es en un todo indivisible y debe aceptarse o rechazarse globalmente.

b) Sostiene que las certificaciones de la Oficina de Medicina Legal de Bogotá, de que hace mérito el fallo, no "han sido producidas con sometimiento a los preceptos legales que reglamentan esta clase de instituciones" "y que no aparece en las copias señalado el carácter de la citada oficina, ni por qué motivo se encuentran en sus libros las descripciones que envían en copia al juzgado que las solicitó, así como la circunstancia de no aparecer en forma alguna la orden o mandato de autoridad en virtud del cual se hizo el reconocimiento".

Que igualmente obran en los autos las atestaciones del Director del Hospital de San Juan de Dios sobre la permanencia del señor Pinzón en tal instituto y el tratamiento allí seguido, sin que aparezca en él, por qué causa fue hospitalizado, ni "en virtud de qué se ordenó el tratamiento detallado".

Agrega que estas pruebas no fueron producidas como lo ordena el artículo 632 del C. J.

c) Para el recurrente el Tribunal cometió error de hecho y de derecho al darle al certificado expedido por la sección de control y pases del Departamento de Circulación, un valor que no tiene en la tarifa legal de pruebas.

Del certificado aparece el permiso para manejar otorgado al chofer profesional Everardo Amaya y la constancia de varias infracciones registradas en tal oficina contra el mismo.

Cree que el Tribunal sentenciador le dio a las atestaciones que existen en el pase de Amaya un valor que ni la ley ni la doctrina de los tribunales autoriza. Dice que cosa distinta sería si se hubieran traído al juicio los comprobantes legales de que esas infracciones habían producido efectos ya contra Amaya, por haberse tratado de delitos verdaderos, o contra Cortés, en el campo de la responsabilidad por los hechos de su chofer.

d) En el último cargo que aduce contra la sentencia, afirma el recurrente que el fallador no apreció la prueba testimonial aportada por su representado, encaminada a demostrar que los deponentes han conocido por más de cinco años a Everardo Amaya como persona hábil y prudente en el manejo de automóviles; de conducta intachable; de buenas costumbres, todo lo cual demuestra que el accidente no puede imputarse a impericia de aquél.

La Corte considera:

La presunción de responsabilidad por el hecho de personas que dependen de otra, ya sea ésta natural o jurídica, está establecida de manera perentoria en los artículos 2347, inciso final, y 2349 del C. C., que ordenan que la responsabilidad que les pueda corresponder a tales personas por hecho o culpa de los agentes que están a su cuidado, cesará si comprobaren que con la autoridad que su respectiva calidad les confiere, no hubieran podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad es necesario que la persona se descargue probando la ausencia de culpa o que el daño producido por el agente, sirviente, hijo de familia, discípulo, según los casos, se debió a un hecho extraño o a fuerza mayor o caso fortuito.

Al contestar el demandado la segunda pregunta del pliego de posiciones que le fueron pedidas, manifestó que era cierto el hecho por el cual se le indagaba y agregó lo siguiente: que por información del chofer, de su señora, de una sobrina de ésta y de su hija, supo que al maniobrar el conductor con cuidado y haciendo sonar el pito del automóvil, el señor Pinzón fue atropellado por su carro "por falta de cuidado del señor Pinzón, quien no puso atención al pito del carro".

Esta declaración la considera el recurrente como indivisible y, por consiguiente, a su entender, ha debido el Tribunal admitirla en toda su integridad. Es decir, que el hecho sucedió pero sin responsabilidad por parte del conductor. Cree el recurrente, que si se acepta que Sánchez confesó el accidente causado con un vehículo de su propiedad manejado por un chofer a su servicio, debe aceptarse entonces que el hecho que causó las heridas a Pinzón, se debió a culpa de éste, ya que si se acepta la confesión del hecho, deben aceptarse las circunstancias en que tuvo lugar, expresadas en la misma confesión.

Al respecto debe observarse que la confesión judicial es la declaración hecha ante el juez por la misma parte que litiga. Confesar es reconocer como verdadero un hecho o un acto de índole suficiente para producir contra el que lo admite consecuencias jurídicas.

La confesión se admite tal como se hace, con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante agrega hechos distintos y separados, que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar. (Artículo 609 del C. J.).

En la contestación rendida por Sánchez a la segunda pregunta del pliego de posiciones, se encuentra la confesión sucinta de un hecho que le apareja responsabilidad: el que un automóvil de su propiedad, manejado por un chofer a su servicio, lesionó al señor Pinzón, al realizar un movimiento de reverso en una de las calles más concurridas de Bogotá. Pero las agregaciones o aclaraciones que contiene la propia confesión, son sólo el traslado que el absolvente hace de informaciones que recibió de terceros y ya se vio que la confesión es el reconocimiento de un hecho o de un acto de índole suficiente para producir contra el que la hace consecuencias jurídicas.

La confesión hecha por el propietario del automóvil, sobre que en determinado día y hora el chofer a su servicio había lesionado al señor Pinzón, constituye el reconocimiento expreso de un hecho que genera su responsabilidad, ya que el ejercicio de una actividad peligrosa hace presumir culpa en el autor del daño y, consecuencialmente, obliga al patrono del cual dependía en el momento del accidente la persona que a su servicio conducía el automóvil.

Se intentó con la deposición de varios testigos establecer que el conductor del vehículo era experto y cuidadoso y que no ingería licor. Aún aceptando estas declaraciones, ellas no son suficientes para justificar la imprudencia de movilizar un vehículo en las circunstancias del acaecimiento de autos, así como tampoco se puede alegar, en el caso en estudio, la desobediencia por parte de la víctima al aviso dado con la bocina del automóvil.

Obra también en el proceso una prueba que debe estimarse en todo su valor y es la certificación de la Oficina de Circulación donde aparece Amaya con un número crecido de infracciones a los reglamentos de tránsito, así como lesiones a particulares, todo lo cual revela su despreocupación por la propiedad y vidas ajenas. Carecen de toda importancia las alegaciones presentadas por el recurrente sobre la forma como se allegaron al proceso las certificaciones de los médicos legistas que hicieron el reconocimiento de las lesiones sufridas por Pinzón, y las del Hospital de San Juan de Dios, donde estuvo recluída la víctima, por cuanto que, como puede apreciarse con la simple lectura de los exhortos librados, de una manera detallada se dijo en ellos que se trataba del jui-

cio por daños ocasionados al señor Ricardo Pinzón por el accidente de que fue víctima en día y lugar determinado, a consecuencia de haber sido atropellado por un automóvil de propiedad del demandado; y los empleados respectivos se refieren a la comunicación del juez y rinden sus atestaciones a continuación del mismo exhorto. La solicitud de tal prueba se hizo, por lo demás, con el lleno de las formalidades de la ley.

En cuanto al reparo hecho a la sentencia sobre el valor probatorio concedido por el Tribunal a la constancia de las faltas que en la Oficina de Circulación se le han registrado al chofer Amaya en la correspondiente hoja de control, cabe observar que al juzgador le bastaba la prueba de la existencia del hecho, para condenar al contratista de aquel chofer, sin tener en cuenta su conducta, ya que como lo ha declarado en repetidas ocasiones esta Sala "a la víctima le basta demostrar los hechos que determinan el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido; y será el demandado quien deba comprobar que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por fuerza mayor o caso fortuito, ya que el ejercicio de una actividad peligrosa, por su naturaleza, lleva envuelto el de culpa en caso de accidente." (Sentencia del 26 de octubre de 1946, G. J. número 2041, página 381).

Además de estar demostrado que el accidente se produjo al maniobrar imprudentemente el chofer del señor Sánchez, también está establecida la situación de dependencia que justifica la responsabilidad por el hecho ajeno.

Pero tampoco cabe el reparo, pues si bien es cierto que en lo relativo a los sumarios por heridas en el manejo de carros no consta la solución dada al informativo, los repetidos accidentes, y sobre todo las múltiples infracciones a las reglas de tránsito, demuestran la conducta poco cuidadosa en el ejercicio de una actividad peligrosa como la conducción de vehículos automotores.

Por lo expuesto se rechazan los cargos propuestos.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 10 de abril de 1946, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Ricardo Pinzón contra Rogelio Sánchez Cortés.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario.

REIVINDICACION

En virtud de la ley 68 de 1946, que por vía de interpretación señaló la manera como debía entenderse la ley 28 de 1932, la Corte se vio precisada a rectificar su anterior jurisprudencia en la cual se venía sosteniendo que el marido, desde el 1º de enero de 1933, había perdido el carácter de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, lo que de manera lógica e ineludible llevaba a la aceptación de que había perdido sus antiguas facultades dispositivas y de que, por el fenómeno de la aparición de otro jefe, con iguales facultades a las del esposo, el haber conyugal había quedado bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. El legislador de 1946 se apartó de esta manera de entender el estatuto legal que le dio una nueva posición a los derechos de la mujer en el matrimonio, y en su lugar declaró, con autoridad definitiva, su verdadero alcance, en el sentido de considerar que las sociedades en cuestión que no se hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a la ley del año de 1932, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen antiguo, o sea, bajo las disposiciones del Código Civil, respecto de los bienes adquiridos por tales sociedades antes del 1º de enero de 1933.

En esta forma se expresó el legislador con facultades suficientes para hacerlo, contra la jurisprudencia sentada por la Corte, por medio de la cual se propuso impedir la supervivencia de textos que consideró abolidos y que, de haberse aceptado, conducían inevitablemente en su concepto a la yuxtaposición de sistemas antagónicos. Esta doctrina tuvo como fundamento los principios jurídicos consignados en los artículos 19, 20 y 23 de la ley 153 de 1887, que impone la aplicación inmediata de las nuevas normas a todas las sociedades conyugales existentes al tiempo de su vigencia, y dio apoyo para sostener que las disposiciones de la ley 28, de acuerdo con los propósitos que la inspiraron, favorecían no solamente a las mujeres casadas después del día inicial de su imperio, sino también a las que se casaron antes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, dieciseis de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Por medio de apoderado la señora Paulina Martínez de Quintero presentó demanda contra el señor Antonio Vallejo, ante el Juez Civil del Circuito de Roldanillo, para que se declarara que la sociedad conyugal formada por la demandante con el señor Raimundo Quintero es dueña de los terrenos y cultivos de la finca agrícola denominada "La Argelia", ubicada en la Cordillera Occidental de los Andes, en jurisdicción del citado Municipio, alinderada como se expresa en el libelo y que el demandado está en la obligación de restituírla a la sociedad conyugal mencionada junto con los frutos percibidos desde que aquél entró a poseerla hasta el día en que se verifique la entrega. Subsidiariamente, solicitó que se le declarara dueña de la mitad del inmueble en referencia, y que se obligara al señor Vallejo a restituírle tal porción junto con sus frutos.

Funda su derecho la actora en los siguientes hechos: que el 22 de enero de 1893 contrajo matrimonio con el señor Raimundo Quintero en la ciudad de Pereira; que el 10 de abril de 1902 y por escritura pública número 26 otorgada en la Notaría del Circuito de Roldanillo, el nombrado Quintero compró a Gabriel Gordillo la finca agrícola denominada "La Argelia", con una extensión de mil hectáreas de terreno, con casa de habitación, extensión que quedó reducida por sucesivas segregaciones a cuatrocientas cuarenta plazas, que son las comprendidas en la alinderación del numeral 3º de la demanda; que la propiedad antes descrita fue vendida por el mismo Raimundo Quintero al señor Antonio J. Vallejo, mediante la escritura número 279 de 3 de octubre de 1944; que la compra hecha por éste último puede considerarse como maliciosa por haber sido hecha

estando pendiente el juicio de liquidación provisional de la sociedad conyugal Quintero-Martínez; que, por último, estando ilíquida la sociedad conyugal ésta sigue siendo dueña de los bienes sociales de tal modo que cualquiera de los cónyuges goza de la facultad de reivindicar.

Surtido el traslado de la demanda, Vallejo lo evacuó rectificando algunos de los hechos, especialmente el referente al cargo de que en la compraventa realizada por él pudiera existir malicia. Denunció, a su vez, el pleito al señor Raimundo Quintero.

Sentencia de primera instancia

Por providencia de fecha 21 de julio de 1945, el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo accedió a las peticiones de la demanda y condenó al señor Vallejo a restituír el inmueble materia del litigio.

Sentencia de segunda instancia

En virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el anterior fallo, el asunto subió al conocimiento del Tribunal Superior de Buga, donde mediante fallo de fecha 30 de agosto de 1946 se confirmó la sentencia apelada.

El Tribunal basó su decisión en que para disponer de los bienes que componen el haber de la sociedad conyugal existente para el 1º de enero de 1933, los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa, como sucede en el presente caso, razón que justifica que el bien del cual haya dispuesto uno de los cónyuges separadamente, deba volver, mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria propuesta por el otro cónyuge, al haber social, a fin de que cuando ésta se liquide, también se divida el bien restituído según las normas del C. C.

El recurso de casación

Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada. El negocio sufrió en la Corte el trámite de rigor y pasa, en consecuencia, a ser decidido.

El recurrente adujo en su demanda seis cargos de los cuales la Sala, obedeciendo a lo ordenado por el artículo 538 del C. J., escoge el que considera procedente y prescinde del estudio de los demás.

Sostiene el actor en casación que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por errónea interpretación de la misma.

En efecto —dice— si de acuerdo con el artículo 1806 del C. C., el marido tenía en las viejas sociedades conyugales amplias facultades para disponer a su talante de los bienes comunes, no cabe duda que don Raimundo Quintero, como jefe y administrador de la mentada sociedad, hizo una venta lícita, cuando por medio de la escritura número 279, pasada en la Notaría de Zarzal, traspasó a don Antonio Vallejo R., el dominio de la finca "La Argelia"; y que, además, no puede tal finca ser reivindicada por la misma sociedad que la enajenó por intermedio de su jefe, que respecto de terceros tenía y tiene, mientras no se liquide tal sociedad, la condición legal de dueño con facultades de disposición. De esta manera lo entendió la ley 68 de 1946, cuando en su artículo 1º expresó:

"La ley 28 de 1932 no disolvió las sociedades conyugales existentes 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".

Debe recordarse que tal precepto, por acuerdo de la misma ley, rige desde su sanción.

El recurrente destaca el hecho de que la citada disposición legal es apenas interpretativa; que la interpretación legislativa se hace con autoridad y que, por consiguiente, la forma como entendió la ley 28 de 1932 el Tribunal, es errada, especialmente en lo que respecta a los artículos 1º y 10, los cuales reputa violados, así como también los artículos 951, 1805 y 1806 del C. C.

Se considera:

A virtud de la ley 68 de 1946, que por vía de interpretación señaló la manera como debía entenderse la ley 28 de 1932, la Corte se vio precisada a rectificar su anterior jurisprudencia en la cual se venía sosteniendo que el marido, desde el 1º de enero de 1933 había perdido el carácter de jefe único de la sociedad conyugal y consecuencialmente su investidura de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, lo que de manera lógica e ineludible llevaba a la aceptación de que había perdido sus antiguas facultades dispositivas y de que, por el fenómeno de la aparición de

jefe, con iguales facultades a las del esposo, el haber conyugal había quedado bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. El legislador de 1946 se apartó de esta manera de entender el estatuto legal que le dio una nueva disposición a los derechos de la mujer en el matrimonio, y en su lugar declaró, con autoridad definitiva, su verdadero alcance, en el sentido de considerar 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 antiguo, o sea bajo las disposiciones del C. C., respecto de los bienes adquiridos por tales sociedades antes del 1º de enero de 1933.

En esta forma se pronunció el legislador, con facultades suficientes para hacerlo, contra la jurisprudencia sentada por la Corte, por medio de la cual se propuso impedir la supervivencia de textos que consideró abolidos, y que de haberse aceptado conducían inevitablemente en su concepto a la yuxtaposición de sistemas antagónicos. Esta doctrina tuvo como fundamento los principios jurídicos consignados en los artículos 19, 20 y 23 de la ley 153 de 1887, que impone la aplicación inmediata de las nuevas normas a todas las sociedades conyugales existentes al tiempo de su vigencia, y dio apoyo para sostener, que las disposiciones de la ley 28, de acuerdo con los propósitos que la inspiraron, favorecía no solamente a las mujeres casadas con posterioridad al día inicial de su imperio, sino también a las que se casaron antes.

En caso análogo al que ahora decide la Corte, se dijo en sentencia de fecha 13 de julio del corriente año:

"La interpretación con autoridad o auténtica corresponde al legislador. Las leyes que explican o interpretan el significado o alcance de otra, no tienen por objeto introducir disposiciones nuevas, sino determinar en caso de duda el sentido de las leyes existentes. Ellas forman una sola con estas últimas. No son, a decir verdad, leyes nuevas; no se aplica la ley interpretativa, sino la ley interpretada, tal como ella lo ha sido legislativamente. La consecuencia, es que la ley interpretativa se aplica a los hechos que le son anteriores, con tal que los mismos sean posteriores a la ley interpretada.

"Nuestra Constitución prescribe la aplicación de la ley antigua, aquella bajo cuyo imperio se concluído el negocio o consumado la transgresión, negando, por tanto, a la nueva ley, fuerza retroactiva. Pero esta regla no se refiere a los casos de una interpretación auténtica de la ley antigua, es decir, a una determinación legislativa acerca de lo que haya de tenerse por ley, determinación o alcance de la ley que es de aplicación inmediata, aun para los casos ya realizados en el momento de entrar en vigencia. En cuanto a casos ya sentenciados, el principio de la autoridad de la cosa juzgada, exige que las resoluciones ya dictadas, amparadas por el sello de la ejecutoria, quedan firmes. De esta clase de interpretaciones hablan los artículos 25 y 26 del C. C. y 58 del Código Político y Municipal".

Como la providencia objeto del presente recurso resolvió el problema de acuerdo con normas que no son las acogidas por la ley 68 de 1946, ni con los artículos 1805 y 1806 del C. C., la sentencia debe casarse.

Como fundamento del fallo que ha de reemplazar el del Tribunal, además de las consideraciones expuestas, se agrega que siendo el marido, al tenor del artículo 1806 del C. C. y a virtud de la ley 68 comentada, dueño ante terceros de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio en lo que respecta a las sociedades conyugales vigentes y no liquidadas para el 1º de enero de 1933, bien pudo el señor Raimundo Quintero enajenar la finca "La Argelia", cuya reivindicación se solicita, ya que la venta se hizo con facultades suficientes. (Artículos 1805 y 1806 del C. C.; 1º y 5º de la ley 28 de 1932; y 1º de la ley 68 de 1946).

Sentencia

En virtud 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 fecha 30 de agosto de 1946, dictada por el Tribunal Superior de Buga, y revocando la de primera instancia, falla este pleito así:

Se absuelve a los demandados de todos los cargos de la demanda.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez — Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—TECNICA DE CASACION. — TEORIA JURIDICA DE LA ACCESION

1. — Este recurso extraordinario de casación, destinado primordialmente a llenar la necesidad de asegurar la unidad jurisprudencial, se desenvuelve en forma de una acusación contra las sentencias de último grado por violación de la ley sustantiva, de tal modo que es condición esencial del debate acusatorio que se desarrolle dentro de los límites precisos y sobre la pauta ineludible que señalan los motivos jurídicos del fallo, la forma concreta y el concepto en que fue aplicada la ley por el Tribunal. No se puede impugnar con buen éxito la legalidad de una sentencia ignorando o variando las razones de derecho en que se apoya.

2.—Según los preceptos de la teoría legal de la accesión en el caso de edificaciones en suelo ajeno, la ley asigna al dueño del terreno el dominio de la edificación, constituyendo los dos bienes una sola entidad, y no por un dominio distinto o separado del que se tiene sobre la cosa principal, sino como una consecuencia de éste, que se extiende sobre la cosa que se junta, pero le impone al adquirente, para evitar un enriquecimiento indebido, la obligación de pagar al dueño de los materiales las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores para el caso de la reivindicación. El modo de adquisición opera y produce sus efectos jurídicos cuando el hecho material de la unión de las cosas se realiza porque es entonces cuando la cosa que accede adquiere la calidad jurídica de inmueble por adherencia y se incorpora a la principal. En ese momento nacen las obligaciones que la ley establece entre los propietarios de lo principal y lo accesorio. Con apoyo en estos principios ha dicho la Corte que "la demanda para reclamar el valor de las mejoras efectuadas en terreno ajeno debe dirigirse, no contra el actual poseedor del suelo, sino contra el que era dueño o poseedor del terreno donde se hicieron las obras cuyo valor se reclama, y el cual las adquirió por accesión. Pues es de presumirse que con dichas obras (construcciones, plantaciones) se ha aumentado el valor del inmueble para el mismo dueño y no para otro que lo haya adquirido después de mejorado por compra o por cualquier otro título".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 7º Civil de este Circuito (noviembre 16 de 1943), Bárbara Gómez R., por medio de apoderado, demandó a la Fábrica de Cemento Samper, sociedad anónima domiciliada en esta ciudad, para que se le condenara a pagarle, inmediatamente después de ejecutoriada la sentencia correspondiente, la cantidad de $ 8.000.00, o la que se probare en el juicio, por el concepto de unas mejoras consistentes en una casa de habitación construída parte en ladrillo y parte en adobe y teja de zinc, ubicada en la vereda de Santa Elena, en jurisdicción municipal de La Calera, y la de $ 4.000.00, o la que pericialmente se fijare, por concepto de los perjuicios provenientes de la destrucción de la referida casa por orden de la sociedad demandada y la consiguiente suspensión consecuencial de los negocios que la demandante tenía establecidos en ella.

Subsidiariamente pide que se declare que la demandante Gómez fue poseedora regular, quieta y pacífica de la aludida casa por un período aproximado de diez años, desde cuando la edificación fue terminada hasta el día de la demolición ordenada por la Fábrica, y que fue injustamente privada de su posesión que no pudo recobrar por efecto de la destrucción, por lo cual la compañía demandada debe pagarle perjuicios.

Los hechos fundamentales de la acción, sintetizados en su orden cronológico, son:

Por escritura número 2495 de 26 de octubre de 1929, de la Notaría 4ª de Bogotá, Santiago Guerrero compró a Julio Tovar un lote de terreno

la región de La Siberia, en jurisdicción del Municipio de La Calera. La actora afirma que aunque el instrumento no lo dice, parte del precio se pagó con dinero de Bárbara Gómez, quien vivía con el comprador.

El 23 de diciembre de 1929, por medio de la escritura número 3012, Guerrero vendió a Mercedes Garzón el referido inmueble, en el cual, según lo afirma la demandante, inició ella, con sus propios dineros en 1930 la construcción de la casa, en el entendimiento de que era copartícipe en la propiedad del terreno e ignorante de que había sido enajenado por Guerrero.

En 1940, Mercedes Garzón, por medio de la escritura número 290, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá el 1º de febrero, vendió a la Fábrica de Cemento Samper el referido solar con la casa de habitación y todas las construcciones y mejoras en él existentes. Reza esta escritura que la propiedad del lote fue adquirida por el vendedor por compra a Santiago Guerrero y la de la edificación por haberla hecho a sus propias expensas según prueba testimonial legalmente protocolizada.

La Fábrica compradora, ante la imposibilidad física en que se hallaba su vendedora Garzón para entregar el inmueble, porque Bárbara Gómez, quien tenía allí un negocio de víveres, se oponía, inició ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá la acción correspondiente, y obtuvo, después de tramitarse la oposición de la Gómez, que se le entregara la cosa comprada. Una vez en posesión del inmueble, la Compañía demolió la casa existente en el lote e hizo en su lugar una nueva edificación para el servicio de su industria.

La demandada negó los hechos fundamentales de la acción y se opuso a las pretensiones de la actora.

El Juez de primer grado, al cabo de los trámites legales, pronunció sentencia definitiva el 15 de mayo de 1945, totalmente absolutoria. Sin costas.

Sentencia acusada

Elevado el negocio al Tribunal Superior de Bogotá por apelación de la demandante, en sentencia definitiva de segunda instancia (junio 14 de 946), confirmó la recurrida. También sin costas. Se funda esta decisión confirmatoria en que Mercedes Garzón fue propietaria del lote de terreno desde el día 23 de diciembre de 1929 hasta el 1º de febrero de 1940 en que lo vendió a la sociedad demandada, y por consiguiente, según el artículo 713 del C. C., de lo que en él se construyó durante ese tiempo. Si la demandante construyó en suelo de la Garzón, como aparece de algunas declaraciones testimoniales rendidas en el juicio, es a ésta a quien la Gómez debe cobrar el valor de la construcción, y no a la Fábrica de Cemento Samper que pagó el valor de todo el inmueble a su vendedora, por lo cual estimó inútil analizar las pruebas referentes al valor de las mejoras. Tampoco procede la condena por perjuicios por el hecho de la demolición de la casa y consiguiente cesación del negocio de la actora, porque la sociedad no incurrió en culpa ninguna al ejercer la acción judicial conducente a obtener la entrega de la cosa que había comprado, acción ésta en que intervino Bárbara Gómez y en la que fue vencida en su oposición. Respecto de los pedimentos subsidiarios, estimó el Tribunal que la declaración sobre posesión pretérita no responde a ningún interés jurídico en este juicio con la Fábrica de Cemento Samper, puesto que el valor de las mejoras hechas en el lapso a que se refiere la actora es sólo demandable a Mercedes Garzón, según se vio. Tampoco procede la declaración sobre injusta privación de la posesión, porque la entrega a la demandada se hizo en cumplimiento de una decisión judicial proferida en juicio en que fue oída la Gómez y en el cual se declaró que carecía de derecho para oponerse. Por lo demás, añade la sentencia, no hay prueba alguna sobre el hecho de la referida posesión de la demandante.

El recurso

Después del insuceso de los grados, la parte demandante ha traído el negocio a la Corte en recurso de casación que apoya en la causal primera del artículo 520 del C. J.

Formula contra la sentencia los siguientes cargos:

Como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal en la estimación de la escritura número 290 de 1º de febrero de 1940 (venta de la Garzón a la Fábrica de Cemento) y del certificado del Registrador número 1680 de marzo de 1942, de cuyos contenidos textuales aparece que la edificación existente en el lote vendido fue hecha por la vendedora Garzón a sus expensas, y no como lo dice la sentencia, por accesión, y también de modo direc-

to, violó el sentenciador los artículos 673, 713, 739, 725, 775, 762, 981, 1602, 1494, 1612, 1613, 1614, 1759, inciso 2º, 1781, 2341 y 2343 del C. C.

Para fundar sus cargos explica el recurrente que la sentencia parte del supuesto de que Mercedes Garzón vendió la casa a la Fábrica como accesorio del suelo que había comprado a Guerrero, lo cual está contradicho por los precitados instrumentos, que dicen que fue hecha a sus expensas. Si la Fábrica respalda sus pretensiones en ese título ha debido obtener la ratificación de los testimonios sobre la construcción, y al no hacerlo incurrió en culpa que debe indemnizar. Es injurídica la afirmación de la sentencia de que es Mercedes Garzón la deudora de las mejoras reclamadas por la demandante, porque la verdad es que aquélla se tuvo y vendió como dueña directa del suelo y del edificio, y no puede haber accesión donde falta el extremo indispensable representado en un dueño distinto de lo que accede. La única forma como la Fábrica podía ser absuelta era demostrando que Mercedes era efectivamente la dueña de la casa por haberla construído a sus expensas.

El Tribunal violó también, por falta de aplicación, los artículos 752 y 1781 del C. C. porque la Garzón vendió la casa como de su propiedad y habiéndose demostrado que ella no la construyó, hay que concluír que vendió cosa ajena, que apenas transfirió su derecho a adquirir el edificio, esto es, que fue la Fábrica la que lo adquirió por accesión y quien, por tanto, debe su pago.

Considera la Sala:

Este recurso extraordinario de casación, destinado primordialmente a llenar la necesidad de asegurar la unidad jurisprudencial, se desenvuelve en forma de una acusación contra las sentencias de último grado por violación de la ley sustantiva, de tal modo que es condición esencial del debate acusatorio que se desarrolle dentro de los límites precisos y sobre la pauta ineludible que señalan los motivos jurídicos del fallo, la forma concreta y el concepto en que fue aplicada la ley por el Tribunal. No se puede impugnar con buen éxito la legalidad de una sentencia ignorando o variando las razones de derecho en que se apoya.

De esta falla substancial de desviación adolecen los ataques de este recurso porque se hacen contra una supuesta razón, que no es la de la sentencia. El recurrente considera, en efecto, que la absolución que trae el fallo acusado es consecuencia de la suposición que hizo el Tribunal de que Mercedes Garzón vendió la casa a la Fábrica de Cemento Samper como accesoria del suelo que compró a Guerrero, lo que es falso, porque de los instrumentos públicos que cita lo que aparece es que la propiedad del edificio proviene de haberlo hecho la vendedora a sus expensas. Y la verdadera razón de la sentencia es que la compañía demandada no es la obligada al pago del valor de las construcciones que compró a Mercedes Garzón, porque estando probado que ella era propietaria cuando la actora edificó en él con materiales propios, como lo afirma y lo alega, la acción personal para el pago de esas mejoras no procede contra quien las compró y pagó al dueño del suelo, sino contra éste que las había hecho suyas por el modo de la accesión. El cargo así carece de sentido porque no engrana con el interés del recurrente, cifrado y fundado precisamente en que lo ocurrido es un caso de accesión de mueble a inmueble como lo plantea la demanda, pues si lo cierto fuera que la Garzón era dueña de la casa por haberla edificado a sus propias expensas, como lo dice la escritura, la pérdida del pleito no sería ya simplemente por haber demandado a quien no era el obligado, sino por falta de derecho. "Si pues construyó la señora Gómez —dice la sentencia— mientras era propietaria la señora Garzón, hecho que se comprueba en este proceso con las declaraciones de Carlos E. Guerrero, Agustín Prieto y Efraín Rodríguez, es a la señora Garzón a quien la señora Gómez debe cobrar el valor de esta construcción así como de las mejoras que hubiere hecho en ese lapso".

Según los preceptos de la teoría legal de la accesión en el caso de edificaciones en suelo ajeno, la ley asigna al dueño del terreno el dominio de la edificación, constituyendo los dos bienes una sola entidad, y no por un dominio distinto o separado del que se tiene sobre la cosa principal, sino como una consecuencia de éste, que se extiende sobre la cosa que se junta, pero le impone al adquirente, para evitar un enriquecimiento indebido, la obligación de pagar al dueño de los materiales las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores para el caso de la reivindicación. El modo de adquisición opera y produce sus efectos jurídicos cuando el hecho material de la unión de las cosas se realiza porque es entonces cuando la cosa que accede adquiere la calidad jurídica de inmueble por adherencia y se incorpora a la principal. En ese momento nacen las obligaciones que la ley establece entre los propietarios d

lo principal y lo accesorio. Con apoyo en estos principios ha dicho la Corte que "la demanda para reclamar el valor de las mejoras efectuadas en terreno ajeno debe dirigirse, no contra el actual poseedor del suelo, sino contra el que era dueño o poseedor del terreno donde se hicieron las obras cuyo valor se reclama, y el cual las adquirió por accesión. Pues de presumirse es que con dichas obras (construcciones, plantaciones), se ha aumentado el valor del inmueble para el mismo dueño y no para otro que lo haya adquirido después de mejorado por compra o por cualquier otro título." (G. J. Tomo XIX, pág. 108).

Estas cortas razones hacen ver con suficiente claridad la falta de fundamento con que se le imputan al Tribunal los referidos errores de estimación probatória, y las violaciones directas de la ley.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 14 de julio de 1946, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR PERJUICIOS.—PRESUNCION DE CULPA POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

Es doctrina uniforme y sostenida en múltiples fallos de la Corte la de que las entidades de derecho público, las personas jurídicas en general, si bien carecen de los órganos materiales con qué ejecutar actos que dañen a terceros, obran sin embargo, desde el punto de vista jurídico, por sí mismas cuando lo hacen sus directores o representantes en ejercicio de su representación. Así las cosas, si en verdad no están afectas sino a la responsabilidad indirecta a que atiende el artículo 2349 del C. C., cuando se trata de daños causados por sus criados o sirvientes en las circunstancias con que allí se condiciona esta responsabilidad, o por el hecho de sus aprendices o dependientes al tenor del artículo 2347 IBIDEM, no por eso dejan de quedar bajo responsabilidad directa cuando los respectivos actos dañosos son obra de ellas mismas, esto es, de quien lleva su dirección, de quien las representa y rige, pues estas personas son consideradas brazos suyos, para emplear el símil con que suele materializarse, por decirlo así, esta actuación y situación legal. Así, análogamente y aun con más claridad por la imposibilidad de identificar las cosas con la persona de su dueño, el artículo 2350 de esa obra hace responsable al de un edificio por los daños que ocasione su ruina; y del propio modo, de los que cause un animal responde su dueño, según el artículo 2353 de ese Código. En el caso del proceso, la implantación firme y segura de los postes de la luz eléctrica, su conservación en buen estado, su revisión continua, son actos administrativos de cargo de la empresa, y son otros tantos deberes de cumplimiento tan severo como es de peligrosa su falta. Como es sabido, el artículo 2356 del C. C. establece una presunción de culpa en el ejercicio de actividades peligrosas. Sobra decir hasta dónde lo es la generación y transmisión del fluído eléctrico y cuánta la importancia de que los postes estén siempre seguros, permanentemente vigilados, y aislados los alambres conductores. Elemental prudencia lo indica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado 1º Civil del Circuito de Andes cursó en primera instancia el presente juicio ordinario y se desató por sentencia absolutoria de 28 de octubre de 1942. La confirmó el Tribunal Superior de Medellín en la de 17 de octubre de 1946 contra la cual la parte demandante interpuso el recurso de casación que aquí se decide.

Forman esa parte la señora Mercedes Gómez, viuda de Luis Enrique Gómez, por sí y como representante legal de los hijos de este matrimonio, todos menores; y es demandado el Municipio de Salgar como dueño de la planta de energía eléctrica de allí.

Los hechos fundamentales los relata el libelo de demanda en forma que puede resumirse así: estando la demandante y su marido en la puerta de su casa en las horas del medio día del 23 de noviembre de 1937, vieron que un señor Bustamante, guarda de los telégrafos, pasó por el frente y como encaminándose a la quebrada, atravesó el potrero enmalezado que se interpone entre la casa y ésta; a poco de entre la maleza salía humo que atribuyeron a algún cigarro o cigarrilo arrojado por el guarda, y se entraron a almorzar; al salir vieron que ese humo era denso y fueron a ver de qué provenía; ella, que iba adelante, vio el cadáver del guarda y gritó avisándoselo a su marido; pero éste ya había pisado las cuerdas conductoras de la corriente eléctrica disimuladas entre la maleza, en su afán de socorrer a Bustamante, y cayó electrocutado, como lo certificaron los médicos que acudieron. Las líneas conductoras habían caído al suelo porque desde la noche del 22 se había desplomado uno de los postes de

las sostienen. Agrega la demanda que Gómez gozaba de completa salud, estaba en la plenitud de la vida, era muy estimado por su honradez y caballerosidad, consagrado a sus deberes de esposo y padre, muy trabajador.

Las actas de estado civil acreditan que él nació el 6 de febrero de 1900, que se casó con la actual demandante el 31 de enero de 1927, y que de este matrimonio nacieron: Lúcila y Ligia el 3 de septiembre de 1929; Leticia, el 1º de febrero de 1934; Genívora, el 19 de julio de 1935; Livia, el 29 de septiembre de 1936, y Dioselina, el 8 de octubre de 1937.

La demanda pide se declare al Municipio obligado a indemnizar a la actora y sus hijas los perjuicios morales y materiales que les ha causado la muerte de Gómez, los que respectivamente estiman en $ 2.000 y $ 16.776, fijación ésta que derivan de la duración probable de la vida de Gómez no menor de sesenta años como total de su edad, relacionándola con el producto de sus actividades consistentes en empleos de sueldo mensual de $ 60 y $ 70 que había desempeñado, y en la tienda de víveres, cacharros y abarrotes que tenía al morir y que le producía una ganancia promedial diaria de $ 2.

Juzgado y Tribunal absolvieron por prescripción, aplicando el artículo 2358 del C. C., en el concepto de que un Municipio no responde por sí mismo porque por sí mismo no puede ejecutar actos materiales; de suerte que, respondiendo sólo por el hecho de sus empleados, obreros y dependientes, la acción ejercitable contra él, aun dando por sentado **a priori** que la caída del poste sea un hecho culposo, expiró a los tres años señalados por aquella disposición en su parte final, y ya había transcurrido ese lapso cuando se notificó la demanda. Esta, incoada en abril de 1942, se notificó el 9 de mayo del mismo año.

El abogado recurrente formula varios cargos. Acogiéndose el que se estudiará en seguida, se prescinde de los demás. (C. J., artículo 538). Ese cargo es el de violación, por aplicación indebida, del citado artículo 2358.

Las reflexiones de ambas sentencias de instancia, reforzadas por el bien elaborado alegato del señor Procurador Delegado en lo Civil como opositor en el recurso, no llevan a la Sala a abandonar su concepto, uniformemente expuesto y sostenido en múltiples fallos y compartido en los de Sala de Negocios Generales, según el cual las empresas y compañías, las entidades de derecho público, las personas jurídicas en general, si bien carecen de los órganos materiales con qué ejecutar actos que dañen a terceros, obran sin embargo, desde el punto de vista jurídico, por sí mismas cuando lo hacen sus directores o representantes en ejercicio de su representación. Así las cosas, si en verdad no están afectas sino a la responsabilidad indirecta a que atiende el artículo 2349 del C. C. cuando se trata de daños causados por sus criados o sirvientes en las circunstancias con que allí se condiciona esta responsabilidad, o por el hecho de sus aprendices o dependientes al tenor del artículo 2347 **ibídem,** no por eso dejan de quedar bajo responsabilidad directa cuando los respectivos actos dañosos son obra de ellas mismas, esto es, de quien lleva su dirección, de quien las representa y rige, pues estas personas son consideradas brazos suyos, para emplear el símil con que suele materializarse, por decirlo así, esta actuación y situación legal. Así, análogamente y aun con más claridad por la imposibilidad de identificar las cosas con la persona de su dueño, el artículo 2350 de esa obra hace responsable al de un edificio por los daños que ocasione su ruina; y del propio modo, de los que cause un animal responde su dueño, según el artículo 2353 de ese Código.

Talvez pudiera decirse que sobran las precedentes observaciones aquí, al considerar que la caída del poste no aparece como obra de determinada persona, que es lo que, en su caso, daría lugar a discriminar entre aquellas dos clases de responsabilidades. La implantación firme y segura de los postes, su conservación en buen estado, su revisión continua, son actos administrativos de cargo de la empresa, y son otros tantos deberes de cumplimiento tan severo como es de peligrosa su falta.

Como es sabido, el artículo 2356 del C. C. establece una presunción de culpa en el ejercicio de actividades peligrosas. Sobra decir hasta dónde lo es la generación y transmisión del fluído eléctrico y cuánta la importancia de que los postes estén siempre seguros, permanentemente vigilados, y aislados los alambres conductores. Elemental prudencia lo indica.

El Municipio ha comprobado que es habitualmente cuidadoso en la administración y manejo de su empresa; pero el hecho es que el poste se cayó por mal colocado o porque se pudrió, o por cualquiera otro motivo que se ignora. Se cayó y por ello cayeron a tierra las líneas de alto volta-

je, y esto basta para conceptuar que se halla en culpa el Municipio, dueño de esa empresa. De esa presunción de culpa no se libra el demandado sino demostrando fuerza mayor, caso fortuito o intervención de elemento extraño. Nada de esto ha demostrado aquí. Se habla de que el guarda de los telégrafos ató las líneas de éstos al poste y que ésta fue la causa de la caída; pero no está comprobado que tal sucediera. Y aunque esta falta de prueba basta para que no haya tal descargo, es de advertirse que todo indica en el proceso que el poste estaba caído ya cuando el guarda llegó.

Se ha hablado también de negligencia e imprudencia de Gómez al acercarse al cadáver de Bustamante y pisar las líneas; pero este concepto es inadmisible, porque Gómez ignoraba lo sucedido. Las líneas se disimulaban entre la maleza y en su propósito humanitario de socorrer a Bustamante las pisó antes de que alcanzara a salvarlo el grito de su esposa.

De lo dicho se deduce: en primer lugar la invalidación del fallo absolutorio recurrido y en segundo lugar su reemplazo por uno condenatorio. Para la motivación de éste se añaden a las precedentes estas otras consideraciones:

Las súplicas de la demanda son: que se declare al Municipio obligado a indemnizar perjuicios a los demandantes y que, en consecuencia, les debe $ 16.776 y $ 2.000 como valor, respectivamente, de los materiales y de los morales. Pide también intereses de estas sumas desde que se hicieron exigibles.

Gómez atendía con la mayor consagración a su esposa e hijas. Número plural de testigos corrobora esta afirmación de la demanda. Salta a la vista el cúmulo de perjuicios que ellas han sufrido por su muerte, no sólo los causados por la eterna ausencia del ser querido, sino, a más de esa faz moral, los referentes a la manutención de todas ellas y crianza y educación de las niñas. Por de momento también los gastos de entierro y de atención médica, que la hubo, así fuese desgraciadamente **post mortem.**

Según se dijo ya, por indemnización de los perjuicios morales se demanda para todas las demandantes conjuntamente la suma de $ 2.000, que es la fijada como máximum por el artículo 95 del C. Penal, disposición a que la Corte ha acudido en busca de alguna guía para avaluación tan incierta. No cabe disertar aquí sobre si dentro de ese límite ha de decretarse tal prestación para todos los demandantes o para cada uno, que es la solución adoptada, porque esa suma se ha pedido para el conjunto y el sentenciador no puede fallar **ultra petita.**

No hay elementos determinantes del valor de los perjuicios materiales; de modo que no puede precisarse en este fallo su cuantía. Se remitirá a las partes para ello a la ejecución de la sentencia, y se establecen como bases con arreglo a las cuales habrá de hacerse la liquidación, las ya indicadas, a más de las que oportunamente se aduzcan, a saber: un cálculo aproximado de la duración del resto de la vida de Gómez en vista de su fortaleza y salud y de la edad que tenía al morir; un cálculo aproximado de su capacidad productiva o rendimiento de su actividad y negocios por el tiempo que, en vista de dicha probable duración, le quedara de productividad; el costo aproximado de la vida en Salgar para una familia del número de miembros y de la posición de la familia reclamante. (C. J., artículos 480 y 553).

Como la demanda señaló una cantidad precisa para esta prestación, habrá de advertirse que de esa cifra no podrá pasarse.

Cuanto a la demanda de intereses, se observa que no habrá lugar a ellos sino en caso de mora, la que no podrá ocurrir sino a partir del día en que quede en firme el señalamiento de la respectiva cantidad, que para los $ 2.000 será el siguiente a la ejecutoria de esta sentencia, y para los perjuicios materiales, el siguiente al en que quede ejecutoriada la providencia que ponga fin a la actuación del artículo 553 del C. J.

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 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el diecisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y seis y, revocando la del Juzgado 1º Civil del Circuito de Andes de veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, falla este pleito así:

1º El Municipio de Salgar, como civilmente responsable de la muerte por electrocución del señor Luis Enrique Gómez, está obligado a indemnizar los perjuicios que esa muerte ha causado a su viuda, Mercedes Gómez de Gómez, y a sus hijas María Lucila, María Ligia, Blanca Leticia, María Genívora, María Livia y María Dioselina Gómez Gómez.

En tal virtud se condena al Municipio a pagar a dicha señora viuda de Gómez y a sus prenombradas hijas la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) como valor de los perjuicios morales.

3º El Municipio les pagará también el valor de los perjuicios materiales, cuya cuantía se fijará de acuerdo con el artículo 553 del C. J., sobre las bases indicadas en la parte motiva de esta sentencia, sin pasar de los dieciseis mil setecientos setenta y seis pesos ($ 16.776) señalados en la demanda.

4º Estas sumas corresponden mitad a la señora Gómez viuda de Gómez y mitad a sus prenombradas hijas por igual entre sí, y las recibirá aquella señora por sí y como representante legal de sus hijas, las prenombradas seis niñas Gómez Gómez.

5º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ERROR DE HECHO.—SU ALEGACION EN CASACION.—VENTAS POR CABIDA ERROR DE DERECHO

1.—Admite nuestra ley que para los fines de este recurso extraordinario se invoquen como errores IN IUDICANDO los de hecho que haya sufrido el sentenciador de segundo grado al apreciar el acervo probatorio, pero sólo cuando el error es manifiesto y cuando por haberse incurrido en él se quebranta, aplicándolo indebidamente, algún precepto sustancial. La transgresión de la ley, generada en error de hecho, presupone que por causa de éste se dejara de aplicar la norma adecuada a un hecho existente, o se tutelara un hecho no acaecido.

2.—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 disminuír 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 las consecuencias ulteriores en caso de discrepancia de lo pactado con la realidad objetiva, gobernadas por el precepto subsiguiente al citado. Cada contrato de esa índole es un caso que se ofrece al juzgador con rasgos y fisonomía propios; en cada declaración de voluntad los contratantes habrán dejado o no a la justicia margen de investigación sobre si el móvil fue la dimensión del predio, o la adquisición de éste a despecho de su mayor o menor superficie; por tanto, no es posible ensayar una especie de legislación jurisprudencial sobre la cabida aproximada, haciéndola correr artificialmente en forma paralela a los preceptos que hablan de cabida sin aproximaciones, y reglamentan su expresión en una sola cifra o en cifras parciales que, en todo caso, han de concordar en el precio total con el fijado para cada unidad. La expresión de una cabida aproximada no es propiamente una estipulación contractual porque sobre ella no puede 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.

3.—El error de derecho, cuando de casación se trata, no puede tomarse como locución equivalente a errado raciocinio o a juicio equivocado, ni como una forma del consentimiento vicioso al cual niega el artículo 1509 del C. C. poder para invalidar el contrato; el error de derecho en casación ha de estar vinculado necesariamente a la apreciación de la prueba, y por eso se le conoce como yerro de valoración probatoria; consiste, según lo tiene advertido la Corte, en haber estimado el mérito de los elementos de convicción en desacuerdo con las regulaciones de la ley constitutivas de la tarifa de pruebas. Esta, como se observa a la simple lectura del artículo 593 del C. J., comprende dos restricciones: la primera, relativa a la naturaleza de los medios de prueba,

que son inadmisibles y legalmente ineficaces aquellos que no estén comprendidos dentro de la especificación contenida en el Título XVII, Libro II del Código procesal; la segunda, atinente al poder de convicción cuya plenitud y alcance determina la ley en forma de la cual no es posible separarse al juzgador al decidir sobre la existencia y la verdad de los hechos alegados por las partes en apoyo de la acción o de la excepción. De esta suerte el error de derecho a que alude la causal 1ª del artículo 520 del C. J. se refiere al caso de que el Tribunal, en presencia de una prueba, le haya desconocido el mérito que la ley le da, o le haya reconocido uno de que la ley la priva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Francisco Echeverri y Avelino Velásquez compraron a Pedro Iza y a Fuad Kihuan por medio de escritura pública número mil ciento noventa y uno (1191) otorgada ante el Notario 2º de Pereira, tres lotes de terreno cuyas circunstancias individuales se detallan en el aludido instrumento, y cuyo precio conjunto fue el de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00); entre estos solares figura el denominado "San José", respecto del cual expresaron los contratantes no sólo su designación y sus linderos, sino además que era "constante de ciento cincuenta (150) plazas de superficie aproximadamente." Los condóminos Echeverri y Velásquez partieron el haber común mediante escritura pública número mil quinientos cincuenta y ocho (1558) pasada el nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) en la Notaría de Cartago, habiéndole correspondido al primero el inmueble denominado "San José". Pocos meses después falleció el adjudicatario del dicho lar, cuya esposa, Angela Rosa Restrepo de Echeverri, había muerto apenas transcurridos algunos as desde la partición a que se aludió ya.

Con base en estos hechos los herederos de los nyuges Echeverri-Restrepo demandaron a Pedro Iza Irvi y a Fuad Kihuan, ante el Juzgado vil del Circuito de Pereira para que por ministerio de la justicia se declare, en síntesis, que el edio "San José" tiene una cabida inferior a la ciento cincuenta plazas que aproximadamente se señaló en la escritura de venta, y que, en consecuencia, los demandados están en la obligación de "repetir" el valor de la extensión del terreno que falta para completar la cabida de que habla la escritura; también solicitan los actores condenas en perjuicios a cargo de los demandados.

El Juez del Circuito de Pereira al solucionar la primera instancia del pleito, por medio de sentencia fechada el dos de mayo del año próximo pasado, accedió a las súplicas del libelo en los siguientes términos:

"Primero. Condénase a los demandados señores Pedro Iza Irvi y Fuad Kihuan, ambos mayores de edad y vecinos de Pereira, a pagar a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Angela Rosa Restrepo de Echeverri y Francisco Echeverri Gutiérrez, o a sus legítimos herederos, o a las personas que legalmente los representen: a) el valor que hayan tenido treinta y nueve (39) plazas o cuadras de terreno, en la finca denominada "San José", ubicada en el Corregimiento de Zaragoza, en jurisdicción del Municipio de Cartago, según la liquidación que del precio de ellas se haga, de acuerdo con lo que se ordena en el ordinal segundo de esta sentencia; y b) Los intereses sobre esa suma, liquidados a razón del seis por ciento (6%) anual, desde el catorce de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro hasta el día en que se efectúe el pago. Segundo: El valor de que trata la letra a) del ordinal primero de esta sentencia, será fijado en juicio adicional, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 553 del Código Judicial, en armonía con el artículo 480, ibídem, y teniendo muy presente que esa fijación debe hacerse: a) con relación al precio total de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00) en que fueron vendidos los tres lotes de terreno de que trata la escritura pública número mil ciento noventa y uno (1191) otorgada en la Notaría de Pereira el día catorce de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro; b) Con relación a la cabida total que tengan efectiva y realmente esos tres lotes; c) Teniendo en cuenta los diversos precios que hayan podido tener esos tres lotes en la fecha indicada, dadas la calidad, situación y demás pormenores de cada uno de ellos. Tercero: No se hace especial condenación en costas".

Contra este fallo se alzó en apelación la parte reo dando así origen al segundo grado del procedimiento, el cual culminó en la sentencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronunció el día veintitrés de octubre de mil

novecientos cuarenta y seis; por medio de esa providencia se revocó lo resuelto por el inferior en primera instancia y, en su lugar, se absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda.

La parte demandante recurrió en casación contra la sentencia absolutoria, y en orden a solucionar ese recurso se le ha dado en la Corte el tratamiento procesal de rigor, agotado el cual se procede a resolver.

La sentencia acusada

Para el Juez de primera instancia "desde el momento en que al lote en cuestión se le fijó en la escritura una cabida determinada, aun cuando no precisa, fue porque se vendió en relación a su cabida y no simplemente como un cuerpo cierto"; el Tribunal, apartándose completamente de esa inferencia, reputa "que las partes que intervinieron en el contrato de venta contenido en la escritura número 1191, apenas sí tuvieron el cuidado de expresar en forma aproximada la cabida del lote denominado "San José", pero no la determinaron de una manera cierta y precisa. Por tanto sólo quisieron dar una idea de la extensión o tamaño de la misma finca, sin que pretendieran con ello hacer depender la venta de la cabida total..."

Sobre esa apreciación de los hechos el Tribunal, enfrentándolos a las normas legales, deduce que "la venta no fue hecha por cabida sino como cuerpo cierto, y que por tanto los vendedores Iza Irvi y Fuad Kihuan solamente se obligaron a responder por la extensión comprendida dentro de los linderos especiales que se citaron en la escritura respectiva".

El recurso

Tres cargos se formulan por el recurrente contra la decisión del Tribunal así motivada, los cuales se estudiarán en el mismo orden en que fueron propuestos:

Primer cargo.—Violación de los artículos 1887, 1888, 1824 y 1618 del C. C., como efecto de un error de hecho en la apreciación del contrato de venta contenido en la escritura pública número mil ciento noventa y uno (1191), de quince de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, de la Notaría 2ª del Circuito de Pereira.

El error de hecho alegado lo describe el recurrente así: "...El contrato reza que se enajenó un fundo constante de ciento cincuenta plazas de superficie aproximadamente." La estipulación es innegable. Pero, el Tribunal la desconoció y sentenció como si no se hubiese señalado extensión alguna, como si se hubiesen determinado únicamente los linderos, o se hubiese agregado al señalamiento del área la estipulación de que ésta no jugaría en nada para la fijación del precio. Pero nada significaba que aquella estipulación hablase de una extensión superficiaria: se podía hablar de una superficie, sin que fuese venta por cabida y aunque las partes se hubiesen abstenido de vincular el precio a la cabida. Al juzgador debió bastarle la cláusula que señala una extensión superficiaria, por una parte, y la ausencia de estipulación que no hiciese depender el precio de esa área, para estimar que se había celebrado una compraventa en relación con la cabida. No lo hizo así; luego sufrió error de hecho evidente en los autos".

Admite nuestra ley que para los fines de este recurso extraordinario se invoquen como errores **in iudicando** los de hecho que haya sufrido el sentenciador de segundo grado al apreciar el acervo probatorio, pero sólo cuando el error es manifiesto y cuando por haberse incurrido en él se quebranta, aplicándolo indebidamente, algún precepto sustancial. La transgresión de la ley generada en error de hecho presupone que por causa de éste se dejara de aplicar la norma adecuada a un hecho existente, o se tutelara un hecho no acaecido.

En el caso presente, según el cargo que se estudia, hay una situación de hecho, la compraventa del predio "San José" en relación a una cabida aproximada de ciento cincuenta (150) plazas, que desconoció el Tribunal violando así los preceptos reguladores de las transmisiones del dominio en atención a la superficie o contenido de los bienes sobre los cuales recae la declaración de voluntad.

El recurrente hace extensas alegaciones para demostrar el error de que se querella, deteniéndose en citas de Geny y de Josserand; propugnando la enmienda de alguna jurisprudencia de esta Sala que consideró la cabida aproximada como especie del género cabida, en orden a demostrar que la ley civil en su artículo 1887 se refiere a éste, y no a la primera; ensayando interpretaciones científicas, es decir, dentro del criterio de interpretación llamado científico, del citado precepto; e intentando desentrañar de la cláusula contractual alusiva al predio "San José" la ma-

fiesta voluntad de las partes de prestar su consentimiento contractual en atención a la cabida.

Tal esfuerzo es baldío porque el cargo es inoperante; el recurrente no se duele del desconocimiento de una estipulación contractual en la sentencia que acusa, sino de la interpretación que a lo estipulado dio el Tribunal; se trata de un problema de inteligencia de lo pactado sin desconocer los términos en que lo fue, antes por el contrario, en persecución del querer de los contratantes expresado según se lee en la cláusula alrededor de la cual se controvierte.

Este solo planteamiento excluye el manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba de la compraventa; si hubiere errado el sentenciador habría sido al indagar, como soberano intérprete del contrato, el verdadero sentido de una declaración de voluntad ante las divergentes interpretaciones que los litigantes le dieron; al aceptar forzosamente alguna de ellas el Tribunal no incurrió en yerro alguno, a juicio de la Corte, pero si hubiera errado la falta no hubiera recaído sobre la apreciación de los hechos demostrados, sino sobre el proceso intelectual que lo condujo a conclusión determinada, el cual no es revisable por la Corte.

Pero aun prescindiendo de estas circunstancias formales, el cargo no puede hallar prosperidad por razones de fondo; en efecto:

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 relaciones legales que dirigen esa modalidad del contrato; si el motivo o estímulo de la declaración de voluntad permanece extraño a la contratación, se mantiene en el ánimo del comprador sin manifestarse legalmente, no puede comunicar ni imprimir al contrato ningún aspecto en cuya virtud la finalidad inexpresada obre más tarde para adicionar, para disminuír o para ampliar la cabida 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 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 las consecuencias ulteriores en caso de discrepancia de lo pactado con la realidad objetiva, gobernadas por el precepto subsiguiente al citado.

Cada contrato de esa índole es un caso que se ofrece al juzgador con rasgos y fisonomía propios; en cada declaración de voluntad los contratantes habrán dejado o no a la justicia margen de investigación sobre si el móvil fue la dimensión del predio, o la adquisición de éste a despecho de su mayor o menor superficie; por tanto no es posible ensayar, como lo quiere el recurrente, una especie de legislación jurisprudencial sobre la cabida aproximada, haciéndola correr artificialmente en forma paralela a los preceptos que hablan de cabida sin aproximaciones, y reglamentan su expresión en una sola cifra o en cifras parciales, que en todo caso, han de concordar en el precio total con el fijado para cada unidad.

La expresión de una cabida 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, como ya se ha dicho, es el motivo o móvil determinante del consentimiento, tomado aisladamente o en conjunto con otros particulares del inmueble; no siendo posible identificar jurídicamente ese 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 solamente la letra de la cláusula a que se acoge el recurrente, sino también la economía general del contrato, se opone en el caso de autos a la posibilidad de hallar el motivo generador de los derechos excepcionales que sólo ahora pretende uno de los contratantes por boca de sus causahabientes a título universal; en efecto: el precio fijado para la compraventa fue de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00) y la cosa vendida tres inmuebles, respecto de cada uno de los cuales no se hizo discriminación alguna en relación con el precio; al referirse a uno de ellos se expresó en forma exacta la superficie, la cual se calló al aludir a otro, y se manifestó aproximadamente en cuanto al tercero. Haber hallado en esa estipulación general el propósito de no adquirir uno de esos inmuebles sino por razón de su cabida, sí habría constituído un error de hecho

evidente, por contrariar esa conclusión las voces empleadas por los contratantes, y la armonía general con que deben interpretarse las diversas cláusulas de un mismo pacto; esto sin contar con que el último inciso del artículo 1887 del C. C. había desechado ya semejante interpretación.

Segundo cargo.—Se presenta como subsidiario del anterior y radica en el quebranto de los mismos preceptos como efecto de error de derecho en la apreciación de la misma prueba.

El recurrente sustenta ese fundamento de su acusación diciendo que el Tribunal atribuye al contrato un alcance que no tiene al negar a la parte actora las acciones que consagran los artículos 1887 y 1888 del C. C. "lo que precisamente constituye un error de derecho".

El error de derecho, cuando de casación se trata, no puede tomarse como locución equivalente a errado raciocinio o a juicio equivocado, ni como una forma del consentimiento vicioso al cual niega el artículo 1509 del C. C. poder para invalidar el contrato; el error de derecho en casación ha de estar vinculado necesariamente a la apreciación de la prueba, y por eso se le conoce como yerro de valoración probatoria; consiste, según lo tiene advertido la Corte, en haber estimado el mérito de los elementos de convicción en desacuerdo con las regulaciones de la ley constitutivas de la tarifa de pruebas. Esta, como se observa a la simple lectura del artículo 593 del C. J., comprende dos restricciones: la primera, relativa a la naturaleza de los medios de prueba, ya que son inadmisibles y legalmente ineficaces aquellos que no estén comprendidos dentro de la especificación contenida en el Título XVII, Libro II del Código procesal; la segunda, atinente al poder de convicción cuya plenitud y alcance determina la ley en forma de la cual no es posible separarse al juzgador al decidir sobre la existencia y la verdad de los hechos alegados por las partes en apoyo de la acción o de la excepción.

De esta suerte el error de derecho a que alude la causal primera del artículo 520 del C. J. hace referencia al caso de que el Tribunal en presencia de una prueba le haya desconocido el mérito que la ley le da, o le haya reconocido uno de que la ley la priva; bien puede verse que la acusación en estudio no versa sobre circunstancias tales sino que halla fundamento en que el Tribunal no interpretó un contrato en el mismo sentido en que lo hace el recurrente.

Basta esto solo para que se rechace el cargo.

Tercer cargo.—Abandonando los errores de hecho y de derecho se propone subsidiariamente la violación de los mismos textos legales por interpretación errónea "al considerar que la venta por cabida aproximada está contemplada en el artículo 1887 del C. C., y negar, en consecuencia, a los demandantes las acciones consagradas en dicho texto".

Al analizar el primer cargo se vio que la venta por cabida es una situación excepcional reglamentada por la ley en fuerza de la índole conmutativa del contrato de compraventa, y que para reputarla pactada es menester que las dimensiones del predio se destaquen como el motivo determinante de la estipulación.

Se vio también que no es posible crear dentro de la ley, por vía de doctrina, otra ocurrencia excepcional semejante, la venta por cabida aproximada, para gobernarla por los mismos principios que regulan el fenómeno a que se alude.

El linaje de excepción de los preceptos contenidos en los artículos 1887 y 1888 del C. C. ya dificulta su aplicación analógica o extensiva a hechos que no estén rigurosamente tutelados por ellos; por otra parte sus ordenaciones nacidas de la necesidad jurídica de garantizar el equilibrio cuantitativo de las prestaciones de la compraventa, cuando su medida ha sido materia de la contratación, se relajan definitivamente al quitarle el sostén de la voluntad vinculada a cantidades ciertas, y pierden todo sentido jurídico al quedar entregadas a la conjetura arbitraria y casual que cada contratante puede llegar a proponer por obra de circunstancias que exciten su interés en forma variable y transitoria.

El Tribunal interpretó acertadamente la ley, por tanto, tampoco puede prosperar este cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia sujeta materia de este recurso o sea la proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el día veintitrés de octubre de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales — Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca, Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION SOBRE REGULACION DEL EJERCICIO DE UNA SERVIDUMBRE

Los juicios que tienen por objeto pedir que se regule el ejercicio de una servidumbre escapan al trámite del juicio ordinario y son apenas especiales. La sentencia que en ellos se dicte no es susceptible, pues, del recurso extraordinario de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Cali promovió la entidad Bohmer y Cía. S. A. un juicio ordinario contra Edelmira Rengifo de Rojas; se enderezó dicho litigio á obtener una declaración jurisdiccional acerca de que sobre un inmueble de propiedad del actor no pesa el gravamen de recibir las aguas lluvias que caigan sobre los tejados de una casa contigua de que es dueña la demandada.

En el necesario relato de los hechos que configuran la situación jurídica a cuyo reconocimiento aspira la entidad demandante, ésta bajo l número sexto (6º) afirmó: "...La casa de la ociedad Bohmer y Cía. S. A., si bien está obligada a soportar y recibir las aguas lluvias que escienden del predio superior naturalmente, sin ue la mano del hombre contribuya a que lleuen sobre tal predio, no está obligada a soportar a recibir aguas lluvias encauzadas por canales tificiales hechos con el objeto de hacer llegar as aguas a sus techos".

Del texto de la demanda se infiere sin esfuerque no versa sobre la existencia de una servimbre sino sobre la manera de ejercerla, pues hecho que el actor reputa en pugna con su deho no es que su predio reciba las aguas llus que caen originalmente sobre los tejados del no, sino que el dueño de éste último haya ctuado obras para canalizar dichas aguas, y canal verterlas sobre el predio cuyo propieo no le niega la calidad de sirviente.

s de todos sabido que una de las bases de stra organización constitucional reside en la stituíble observancia de las formas de juzgaito; ellas son suministradas por la ley y vienen a ser al propio tiempo que el campo de actividad normal del Juez y de las partes, el límite de aquélla; el funcionario judicial no puede obrar sino con arreglo a las normas legalmente predeterminadas para su propia conducta, ni oír a las partes sino de acuerdo con las reglas a que éstas deben sujetar sus gestiones; los litigantes no pueden alterar expresa o tácitamente los ordenamientos reguladores de las formas procesales porque ellas no están erigidas en el interés individual, sino en el público y general representado en la garantía que para el ambiente jurídico importa que todos los asociados tengan a su alcance, y estén sujetos, a las mismas situaciones procesales en la persecución de lo que en cada caso sea el derecho individual.

Rectificado ya por la doctrina aquel concepto según el cual la acción era necesariamente un accesorio del derecho subjetivo, y admitido en forma unánime ya el pensamiento que, en primer lugar, le imprime al derecho de acción la característica de autonomía, y, en segundo, lo concibe siempre como una facultad en frente del Estado y no del eventual adversario en el litigio, la observancia de las formas procesales reviste, además del forzoso acato al precepto constitucional, un interés doctrinario consiguiente del concepto imperante sobre el derecho de acción; éste, bien se le considere como un derecho potestativo, o como uno subjetivo público, o como perteneciente a cualquier otro linaje de derechos, de situaciones jurídicas o de facultades, por tener como objeto exclusivo e inmediato la prestación jurisdiccional por parte del Estado, engendra de manera forzosa la imposición por parte de éste de las condiciones formales en que se realiza en cada caso concreto la intervención jurisdiccional para el logro de otros fines jurídicos concretos. El derecho procesal es un derecho medio, de naturaleza instrumental, enclavado dentro del derecho público, y desenvuelto en estatutos de rigurosa observancia porque son de orden público, por virtud de su origen, de su materia y de sus efectos.

En desarrollo de la organización constitucional la ley de procedimiento civil preceptuó en su artículo 195 que los juicios se dividen en ordinarios y especiales, y que los "primeros son los que se someten a una tramitación común, cualquiera

que sea la cuestión que se controvierta. Los segundos, los que se rigen por disposiciones que para determinados casos establece la ley".

En consonancia con esta norma el artículo 734 del mismo Código, al determinar los fines del juicio ordinario, dispuso: "El procedimiento de que trata este Título es el que se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario".

De esta manera la ley fijó en la forma rigurosa reclamada por el imperativo constitucional, y por la naturaleza de la actividad jurisdiccional, los modos de juzgamiento civil de los cuales no pueden separarse los jueces ni las partes ya que ni los unos ni los otros tienen poder para subrogar con su voluntad las previsiones de la organización fundamental.

En cuanto a controversias sobre servidumbres el Título XXVII del Libro Segundo de la Ley sobre enjuiciamiento determinó un trámite especial aplicable a los litigios "sobre imposición, variación, o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla" lo mismo que para "fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes"; parece que sólo escapan a este tipo procedimental los juicios negatorios de servidumbres los cuales, por virtud del artículo 734 del C. J., han de tramitarse por la vía ordinaria.

En el caso de autos, como ya se vio, la demanda no tiende a que se declare libre cierto predio de una servidumbre pasiva determinada, sino a regular el modo como viene ejerciéndose la que el mismo demandante reconoce que pesa sobre su inmueble; la demanda de reconvención, por otra parte, busca la imposición de la servidumbre en la forma en que está ejerciéndola el demandado reconventor.

Tanto la acción a que se refiere la demanda principal, como la incoada por medio de la reconvención, escapan al trámite del juicio ordinario; las voces, muy claras por cierto, del artículo 872 del C. J., exigen para ellas la aplicación de formas especiales destinadas a culminar en una sentencia, revisable por la vía ordinaria; las partes, en el caso de autos, desoyeron estos preceptos y, desgraciadamente, los funcionarios jurisdiccionales cooperaron en esta subversión del ordenamiento procesal.

Los juicios surtidos por vías legalmente inadecuadas carecen de todo poder vinculatorio; son meras apariencias de juicios, y sus fallos tienen apenas el aspecto, pero no la naturaleza ni los efectos de la cosa juzgada; producidos no sólo a espaldas sino en contradicción con normas de organización jurídica del país son incapaces de alcanzar algún efecto, en lo cual difieren de las controversias nulas comoquiera que éstas si bien viciosas e irregulares, son susceptibles de convalidación, al paso que esta índole de procesos ni siquiera ofrecen el posible soporte para que una declaración futura de voluntad les comunique eficacia; esta radical diferencia emana de la índole de los fenómenos procesales tutelados en el uno y en el otro caso, porque las causales de nulidad reconocidas por la ley miran al interés individual de cada litigante quien, por tanto, puede purgar el proceso de vicios sometidos a su voluntad.

Las sencillas reflexiones que preceden bastan para rechazar por inadmisible el recurso de casación que se ha interpuesto contra la providencia que con el fin de poner término al segundo grado de este juicio dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veintidós de abril del año en curso; si dicha providencia por fuerza de las irregulares circunstancias en que se ha adelantado el litigio carece de todo poder coercitivo, si es intrínsecamente estéril para crear el fenómeno de la cosa juzgada, mal puede reputarse sentencia para cualesquiera objetivos procesales.

Pero, además, ocurre que la ley al privar de recurso de casación a todos los juicios especiales salvo los excepcionalmente detallados en los numerales 2º y 3º del artículo 519 del C. J., presenta otro grave obstáculo a la admisibilidad de este recurso; tratándose como se trata de acción que ha debido ventilarse por vía que no conlleva posibilidad de que el fallo del segundo grado sea recurrible en casación, no podrá imaginarse que la anomalía radical del trámite se traduzca en dotar a tal acción de un recurso de que no hubiera disfrutado si se hubiera seguido por el cauce regular previsto por los mandamientos procesales.

En mérito de lo dicho NO SE ADMITE el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la providencia que con el fin de solucionar la segunda instancia profirió en esta causa el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en fecha veintidós (22) de abril del año en curso.

Notifíquese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales — Gabriel Rodríguez Ramírez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO.—CONTRATO DE APARCERIA.—SUS DIFERENCIAS CON EL DE TRABAJO.—CAUSAL 2ª DE CASACION

1.—En la inhabilidad para ser testigo de un testamento de que habla el artículo 1068 del Código Civil no se comprende al colono aparcero, dada la definición que trae el Diccionario de la Academia de la palabra "dependiente", pues el aparcero no está ligado con vínculo alguno de dependencia, sea de autoridad o de subordinación económica con el testador, desde luego que entre los dos lo que existe es un contrato de arrendamiento por medio del cual el último concede el goce de un predio rústico al primero y éste se compromete a pagar a aquél en calidad de precio por ese goce con una parte alícuota de los frutos que la cosa produzca. (Artículos 1973 y 2041, C. C.). En ese contrato las dos partes actúan y sus relaciones se desarrollan sobre un mismo plano jurídico y en evidente pie de igualdad, lo que de suyo excluye la subordinación o dependencia del uno para con el otro. Sin desvirtuar su esencia y naturaleza propias no es posible sostener que el contrato de aparcería genera o envuelve un contrato de trabajo. Basta recordar en efecto que conforme al artículo 1º de la ley 6ª de 1945 sólo hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. Son características esenciales de este contrato que el empleado u obrero preste un servicio personal; que lo haga bajo la continuada dependencia del patrón; que reciba por ese servicio una remuneración, que es pagada por el patrón. En el contrato de aparcería no concurren estos elementos: el arrendatario no está obligado a prestar servicio personal alguno al arrendador pues lo que existe, en cambio, es el derecho de gozar del predio rústico arrendado, de utilizar sus frutos, derecho que ejercita dentro de las limitaciones legales pero en completa independencia para con el arrendador; el arrendatario, al contrario del empleado, no recibe remuneración del arrendador, pues éste le concede el goce de la cosa, recibiendo de manos del arrendatario como contraprestación el precio o remuneración del arriendo, que consiste en parte de los frutos percibidos.

2. — Contra una sentencia absolutoria no tiene, por lo general, operancia la causal segunda de casación, según lo ha resuelto la Corte en constante jurisprudencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez Civil del Circuito de Yarumal propusieron Teresa, José y Simón Bolívar juicio ordinario para que, con audiencia del Obispo de Santa Rosa de Osos, doctor Miguel Angel Builes, en representación de las parroquias de San José, Toledo y San Andrés de Cuerquia, de María Natalia y Juan Bautista Cervantes y otros, se declarase "que es nulo, de nulidad absoluta, el testamento abierto que otorgó el señor Obdulio Bolívar S., el veintiocho de agosto de 1941, en el Distrito de Toledo, ante los testigos señores Francisco Antonio Valencia, José Miguel Carvajal, Jesús Antonio Posada, Luis María Múnera y Juan Elorza F., testamento que fue declarado nuncupativo por el señor Juez Civil del Circuito de Yarumal, por medio de auto de 12 de noviembre de 1942, que fue protocolizado bajo el número 647 de 1942 de la Notaría 2ª del Circuito de Yarumal y registrado el 13 de noviembre de 1942 bajo el número 333, Libro 2º, Tomo 1º"; para que se cancele el registro de dicho testamento y se declare que "la sucesión de Obdulio Bolívar es intestada".

Los hechos en que esa demanda se apoya se pueden sintetizar así: que aun cuando el señor Bolívar no estaba declarado en interdicción judicial, al momento de otorgar su testamento no se encontraba en su entero y cabal juicio, pues estaba afectado de demencia senil; que el presunto

testador no dijo con claridad ni de ninguna manera a los testigos que su intención era testar ni dispuso que se hiciera semejante testamento; que el testador no se halló en perfecta libertad para otorgarlo; que era ciego; que los señores Luis María Múnera, Francisco Antonio Valencia y Jesús Antonio Posada, testigos del testamento, eran asalariados del testador cuando aquél se otorgó y derivaban su subsistencia de tal salario; que José Miguel Carvajal, Jesús Antonio Posada y Luis María Múnera, no podían ser testigos, pues aun cuando saben dibujar sus nombres, no saben leer y escribir; que la lectura del testamento no fue ordenada por el testador ni hecha por Juan Elorza F., como en él se asegura, sino por un extraño al acto; que el testamento no fue leído dos veces, como así se requería por ser ciego el testador, quien tampoco publicó sus disposiciones, y si esto se hizo, no lo fue a todos los testigos; que todos estos no se encontraban presentes al momento de la lectura; que el testador no ratificó las disposiciones que aparecen como su testamento; que no tenía capacidad auditiva y como se leyó el testamento en voz baja, ello equivale a no haberse leído; que el testamento no se otorgó en población sino en una finca rural.

Aceptada y tramitada la demanda con oposición expresa de los demandados, el Juez del conocimiento la decidió en sentencia de catorce de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, que los absolvió de los cargos formulados, sin costas.

La apelación de la parte actora llevó el negocio al Tribunal Superior de Medellín, el que en sentencia de 26 de marzo de 1946, confirmó la apelada.

Después de resumir los principales hechos de la demanda, tal como aparecen compendiados arriba, dijo el sentenciador:

"Como bien fácilmente se alcanza, casi raya en los límites de lo posible el dar con un acto jurídico o mejor antijurídico, al cual se le haga tan crecido número de imputaciones, que el actor recogió nada menos que en treinta y seis hechos y omisiones. Vicios, que de estar comprobados, cualquiera de la mayoría de ellos bastaría a la conquista del fin perseguido; pero aquellos hechos y estas omisiones no aparecen comprobados y por ello, ni aislada ni conjuntamente pueden alcanzar ese fin".

Y más adelante agregó:

"Con un reducido número de testigos, en su mayoría analfabetas, se ha pretendido establecer que el testador padecía de demencia senil, pero a más de que la prueba es de suyo inapropiada y deficiente, por no ser el resultado de un dictamen de expertos en tan delicada materia, es lo cierto que un crecido número de declarantes dice de la lucidez mental de ese señor y por tanto la objeción que a ese respecto se formula carece en absoluto de sólido sustento y debe, en consecuencia, desecharse.

"Por lo que atañe al cargo gravísimo de coacción moral, que obró en el ánimo del testador y que ha querido atribuírse a venerables sacerdotes y al muy distinguido ciudadano don Juan Elorza F., basta observar que tan gravísima imputación aparece desnuda absolutamente de todo elemento probatorio, y como el cargo anterior debe también menospreciarse.

"Y así como estos cargos anteriores, los restantes son completamente infundados y sin respaldo de pruebas, incapaces de vivificar la pretendida nulidad, ya que el señor Bolívar otorgó su testamento con conciencia libre de su acto y lo revistió de las solemnidades de forma que precisa y demanda el capítulo segundo del título tercero del Código Civil. Conclusiones éstas que por ser las mismas a que llegó la providencia recurrida, merecen la confirmación de este despacho".

El demandante interpuso contra esa sentencia recurso de casación, el que concedido y tramitado debidamente, hoy se decide.

El recurrente invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J., y con apoyo en la primera formula los cargos que en seguida se compendian:

1º Violación directa de la norma contenida en el ordinal 1º del artículo 1068 del C. C., "por no haberse aplicado, o por haberla interpretado erróneamente, o por haber dejado de apreciar la abundante prueba presentada por el actor y confirmada por el mismo demandado, debido al manifiesto error de derecho o de hecho en que incurrió el sentenciador".

Para sustentar el cargo dice, en resumen, que al hablar la citada disposición de dependientes domésticos del testador, emplea dos conceptos distintos; que "la palabra dependiente es sinónimo de empleado, obrero, colono o arrendatario rústico (artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 y 2037 del C. C.), y la palabra doméstico es sinónimo de criado (artículo 2045 del C. C."; que sólo en

arrendamiento de cosas no hay vínculo o dependencia o de subordinación económica; que "en las demás clases de arrendamiento, arrendamiento general de servicios (empleados y obreros), arrendamiento de predios rústicos (colonos simples y colonos aparceros), y arrendamiento de criados, existe el vínculo de dependencia"; que el colono aparcero está ligado por un contrato de arrendamiento de servicios; que estando probado que los testigos Francisco Valencia, Jesús A. Posada y Luis M. Múnera eran dependientes del testador, en calidad de arrendatarios de servicios, el cargo es, de consiguiente fundado.

2º "Violación del artículo 1071 del C. C. y del artículo 2578 del C. C.", sobre lo cual dice que conforme a dichas disposiciones el testamento nuncupativo ante cinco testigos sólo puede otorgarse en los lugares en que no hubiere Notario o en que faltare este funcionario; que para que valga el testamento en esa forma otorgado, debe comprobarse por quien pretende hacer valer derechos que emanen de él, que en la respectiva cabecera del circuito al cual pertenezca el respectivo municipio, no había Notario por cualquier causa o que éste se hallaba impedido; que el Municipio de Toledo corresponde al circuito notarial de San Andrés; que aun cuando se adujeron pruebas para demostrar que el Notario era sobrino del testador, esa circunstancia no lo hace inhábil para autorizar el testamento.

3º Violación del artículo 1072 del C. C., por no haberlo aplicado o por haberlo aplicado erróneamente, pues la sentencia aceptó como testamento "un acto en que un individuo redacta unas disposiciones de última voluntad, y luego se las presenta a un anciano de 92 años, que, **prima facie**, se debe presumir casi totalmente ciego y sordo, el cual no las firma, sino que aparecen firmadas por un tercero"; que no se sabe quién redactó el testamento; que "uno de los testigos instrumentales" declara que el testamento fue leído por el Presbítero Luis Marcial Gómez y "otro declara que fue leído" por Juan Elorza; que ninguno de los dos testigos instrumentales declara con precisión si el testador ordenó que se le leyera y si se dio cabal cuenta de sus disposiciones; que hubo manifiesto error de hecho y de derecho en la apreciación que hizo el Tribunal de la pieza testamentaria, en armonía con lo que dicen los testigos instrumentales, pues al paso que en la primera se dice que el testamento fue leído por dos o más testigos elegidos por el testador, y que el testigo Juan Elorza fue designado por éste para la lectura del testamento, los testigos Posada, Valencia y Múnera no declaran contestes sobre este punto de capital importancia".

4º Violación del artículo 1074 del C. C., por falta de aplicación, por interpretación errónea, o por haber incurrido el Tribunal en "manifiesto error de hecho y de derecho en la apreciación de probanzas tan esenciales como son el mismo testamento y las declaraciones de los testigos instrumentales", porque siendo esencial para la validez del testamento abierto que sea leído en alta voz por el Notario, o a falta de éste por uno de los testigos designados por el testador, el Tribunal aceptó como testamento el que se acusa, no estando contestes los testigos sobre ese punto esencial, como se dijo en el cargo anterior.

5º Violación del artículo 1076 del C. C., por no haberlo aplicado el Tribunal, por haberlo interpretado erróneamente, o por haber incurrido en manifiesto error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas tocantes a ese punto, pues "está comprobado con varias declaraciones que el señor Obdulio Bolívar tenía 92 años, era casi totalmente ciego, por razón de su edad, hasta el punto de no poder distinguir de manera clara las personas".

La Sala considera:

La presente demanda de casación adolece de notorias y graves deficiencias de técnica que se oponen irremediablemente a su prosperidad. La decisión absolutoria del Tribunal se fundamentó, como se vio al transcribir parte de la motivación del fallo, en la consideración de que el recurrente no llegó a comprobar los hechos básicos de la demanda, y como es obvio la violación directa o la interpretación errónea de la ley, que se invoca en la mayoría de los cargos sintetizados, no ha podido producirse, desde luego que el sentenciador no ha tenido ocasión ni manera de desconocer la doctrina que encarnan las disposiciones en cita ni de interpretarlas erróneamente. El Tribunal, por no encontrar probados los hechos no entró, lógicamente, a examinar qué consecuencias jurídicas pudieran o no desprenderse de los mismos en caso de estar justificados. De consiguiente, las acusaciones referidas, en cuanto vienen propuestas por aquellos conceptos, son impertinentes.

Ahora, siendo la expresada consideración el fundamento de la sentencia, los cargos han debido proponerse por error en la apreciación de

las pruebas; pero no limitándolos, como lo hace el recurrente en la mayoría de ellos, a alegar el error, haciendo referencia general y abstracta a las pruebas, sino procediendo, como lo enseñan el artículo 520 del C. J., en su numeral 1º y una constante jurisprudencia de la Corte, a alegar el error; a demostrarlo, con la cita precisa y el análisis de las pruebas que se estiman mal apreciadas o dejadas de apreciar, y a señalar las correspondientes disposiciones sustantivas que se estiman infringidas como consecuencia de aquél.

De otro lado, podría decirse que los cargos tal como han sido presentados resultan incompletos o deficientes en orden a alcanzar los fines que se propone el recurrente, porque ninguna de las disposiciones que éste cita como infringidas determina por sí sola las consecuencias jurídicas correspondientes en caso de que no se hubiere observado en el otorgamiento del testamento alguna de las formalidades que esas disposiciones consagran, pues la sanción de nulidad cuando se incurre en alguna de las aludidas omisiones está establecida en el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, disposición ésta que no ha sido señalada como infringida.

No obstante que lo dicho es suficiente para la decisión del recurso propuesto, la Sala, procediendo con amplitud y para abundar en razones, resuelve considerar algunas de las cuestiones que vienen planteadas.

Es la primera la que hace referencia a la inhabilidad que halla el recurrente en tres de los testigos instrumentales del testamento, con fundamento en la circunstancia de que eran colonos aparceros en una finca del testador y de que se encontraban por ello, en su sentir, ligados con éste mediante un vínculo de dependencia.

Conforme al numeral 14 del artículo 1068 del C. C. los dependientes del testador están inhabilitados para ser testigos de un testamento solemne; pero si por dependiente ha de entenderse, según definición que trae el Diccionario de la Academia, "el que sirve a uno o está subordinado a su autoridad", se ve que en esa inhabilidad no se comprende al colono aparcero, pues éste no está ligado con vínculo alguno de dependencia, sea de autoridad o de subordinación económica, desde luego que entre los dos lo que existe es un contrato de arrendamiento por medio del cual el último concede el goce de un predio rústico al primero y éste se compromete a pagar a aquél en calidad de precio por ese goce con una parte alícuota de los frutos que la cosa produzca. (Artículos 1973 y 2041 del C. C.). En ese contrato las dos partes actúan y sus relaciones se desarrollan sobre un mismo plano jurídico y en evidente pie de igualdad, lo que de suyo excluye la subordinación o dependencia del uno para con el otro. Sin desvirtuar su esencia y naturaleza propias no es posible sostener, como lo pretende el recurrente, que el contrato de aparcería genera o envuelve un contrato de trabajo. La tesis no resiste el más ligero análisis. Basta en efecto recordar que conforme al artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 sólo hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. Son características esenciales de este contrato que el empleado u obrero preste un servicio personal; que lo haga bajo la continuada dependencia del patrón; que reciba por ese servicio una remuneración, que es pagada por el patrón. En el contrato de aparcería no concurren estos elementos: el arrendatario no está obligado a prestar servicio personal alguno al arrendador, pues lo que le asiste, en cambio, es el derecho de gozar del predio rústico arrendado, de utilizar sus frutos, derecho que ejercita dentro de las limitaciones legales pero en completa independencia para con el arrendador; el arrendatario, al contrario del empleado, no recibe remuneración del arrendador, pues éste le concede el goce de la cosa, recibiendo de manos del arrendatario como contraprestación el precio o remuneración del arriendo, que consiste en parte de los frutos percibidos.

Y la Corte jamás ha sostenido, como lo afirma el recurrente, que el colono aparcero esté ligado "por un contrato de arrendamiento de servicios" con respecto al otro contratante. La propia sentencia de 26 de marzo de 1931 que transcribe en refuerzo de su aserto, es la demostración palmaria de la tesis contraria, pues su simple lectura convence que lo que en ese fallo se sostiene es que entre el colono aparcero y el dueño del inmueble media un contrato de arrendamiento de un predio rústico, que es muy diferente del contrato de arrendamiento de servicios personales.

La tesis que propugna el recurrente, desprendiéndola de lo estatuído en los artículos 1071 y 2578 del C. C., es completamente inaceptable, no sólo porque es contraria a la tradicional regla de derecho procesal de que al actor le incumbe la carga de la prueba de los hechos que afirma, sin

también porque siendo el testamento nuncupativo un acto solemne y estando externamente otorgado con la plenitud de las exigencias que corresponden a su naturaleza, su validez debe presumirse, hasta tanto que la persona que alegue la omisión de determinadas solemnidades no acredite el respectivo incumplimiento, siempre que se trata de aquellas que la ley no exige consignar como cumplidas en el testamento mismo.

No siendo el Municipio de Toledo cabecera de Circuito Notarial, como hasta el recurrente lo afirma, es de presumir que en ese lugar no había Notario en el momento del otorgamiento del testamento, y que por tanto éste podía válidamente otorgarse ante cinco testigos, conforme lo establecen los textos legales antes citados. Si el recurrente pretende destruír las consecuencias jurídicas de esa situación legalmente constituída, es elemental que há debido dar la prueba de los hechos pertinentes.

Por último, existiendo en el testamento la expresa constancia de que él fue leído varias veces en presencia del testador y los testigos, y que uno de éstos, el señor Juan Elorza, fue designado por el testador para la lectura, debe desde luego admitirse que se cumplieron esas formalidades, acatándose lo prescrito en los artículos 1072 y 1074 del C. C. Y fuera de que al demandante incumbía probar plenamente la omisión de cualquiera de los requisitos en esos textos previstos, las declaraciones de los testigos Posada, Valencia y Múnera, a que simplemente se alude en los cargos 3º y 4º como erróneamente apreciados por el Tribunal, no suministran la demostración contraria de lo aseverado en el testamento, pues en las ratificaciones de esos testigos (fs. 26 v., 27, 28 y 29 del cuaderno número 2), se ve que en tanto que Posada y Valencia manifiestan no recordar quién leyó el testamento, Múnera expresa que esto lo hizo el testigo Juan Elorza. Es obvio que con los testimonios de los dos primeros declarantes no puede darse por comprobado el hecho de que la lectura hubiese sido omitida.

Las someras reflexiones que se han dejado notadas, destacan la ineficacia de los cargos cuya síntesis arriba se hizo.

Invocando la causal 2ª del artículo 520 del C. J., sostiene el recurrente que la sentencia no es congruente con la demanda porque en la parte motiva del fallo el sentenciador limitó el estudio a dos de los puntos sobre que versa la controversia, o sean al de la demencia y la coacción moral, pasando en silencio los demás que se propusieron como fundamento de la nulidad solicitada.

Se considera:

La improcedencia del cargo es manifiesta, por dos razones:

1ª Porque la sentencia es absolutoria, y contra una decisión de tal naturaleza no tiene, por lo general, operancia la causal segunda de casación, según lo ha resuelto la Corte en constante jurisprudencia, cuya cita ahora se hace innecesaria, y

2ª Porque en la parte motiva de su fallo el sentenciador hizo una síntesis de los treinta y seis hechos que sustentan la acción de nulidad propuesta, y los tomó en cuenta al decidir, desde luego que consideró que todos ellos "son completamente infundados y sin respaldo en las pruebas, incapaces de vivificar la pretendida nulidad". Luego es evidente que la absolución pronunciada cobija todas las pretensiones oportunamente deducidas por el recurrente en su demanda, y que existe, por tanto, congruencia entre éstas y la sentencia.

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 fecha veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y seis pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas por no haberse causado.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE Y DE REIVINDICACION

En juicio ordinario sólo puede controvertirse sobre la nulidad de un remate, hecho en juicio especial, por ministerio de la justicia, invocando dos órdenes de razones o motivos completamente distintos: que el contrato de venta realizado por virtud de la subasta es nulo como acto civil, por faltarle algunos de los elementos esenciales para su existencia, habida consideración a su naturaleza o a la calidad o al estado de los contratantes, o sea, con ocasión de un vicio del contrato determinante de una nulidad sustantiva; o que en el proceso judicial en que se consumó el remate se incurrió en una de las irregularidades u omisiones taxativamente señaladas como constitutivas de nulidad, de aquellas que la ley, por vía de excepción, permite alegar en juicio separado, o sea por causa de una nulidad adjetiva o procedimental. En este caso la nulidad del proceso acarrea la del remate, como diligencia que es del juicio.

Cuando en un juicio ordinario se demanda la nulidad de la venta forzada considerada como contrato, invocando un motivo constitutivo de nulidad sustantiva, entonces necesariamente debe trabarse la controversia con presencia e intervención de las partes que intervinieron en la subasta: el tradente, cuyo representante legal en ésta fue el Juez, y el adquirente o rematante. Sin la concurrencia de ambos como partes no es posible discutir ni mucho menos decidir en juicio sobre la validez del remate, porque de otro modo podrían menoscabarse los derechos de aquéllos, como posibles interesados en que se mantengan las relaciones jurídicas que creó la venta forzada, sin habérseles llamado a responder en el correspondiente juicio, lo cual sería abiertamente contrario a la norma constitucional que entraña en el artículo 26 de la Carta.

Cuando en la acción ordinaria se demanda la nulidad del juicio ejecutivo o especial de venta en que se consumó el remate, invocando una irregularidad u omisión constitutiva de nulidad adjetiva de aquéllas, se repite, que la ley excepcionalmente permite alegar en juicio separado, entonces precisa citar como partes en el proceso, para controvertir con ellas la cuestión planteada, a las mismas que lo fueron en el negocio en que se verificó la subasta, por la misma razón expuesta para el caso anterior, o sea, porque los derechos de éstas podrían ser lesionados o afectados por la nueva controversia, lo cual forzosamente impone su presencia en ella.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, noviembre siete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Son antecedentes de este juicio los siguientes:

Secundino Cuéllar R. y Paulina Bernal contrajeron matrimonio católico en el año de 1920 y posteriormente el primero adquirió por compra, durante la vigencia de ese matrimonio, los inmuebles alinderados en las escrituras públicas números 2730 de 19 de noviembre de 1926 y 84 de 28 de enero de 1927, otorgadas en la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá.

En los años de 1926 y 1927 el nombrado Cuéllar se constituyó deudor de Araminta Martínez por las sumas de $ 1.200.00 y $ 8.000.00 y en garantía de la deuda hipotecó a favor de la acreedora los inmuebles adquiridos por medio de los citados instrumentos públicos. Como el plazo de la obligación se venciera sin que el deudor hubiera pagado, la acreedora lo demandó en juicio especial de venta de bienes hipotecados, que fue admitido por el Juez 2º Civil del Circuito de esta ciudad en auto de 18 de junio de 1929.

Adelantado el juicio con audiencia del demandado, el juzgado del conocimiento, en providencia de 14 de junio de 1930, decretó la venta en pública subasta de los inmuebles hipotecados para que con su producto se pagara a la acreedora las sumas adeudadas. El remate se llevó

cabo el 7 de diciembre de 1935 y los bienes fueron adjudicados a Rogelio Salcedo como único postor. El Juzgado, en auto de 12 de diciembre del mismo año, aprobó la subasta, y tanto ese proveído como la diligencia de remate fueron debidamente inscritos en la oficina de Registro de esta ciudad el 31 de mayo de 1938.

En ese juicio no intervino la señora Bernal de Cuéllar.

La controversia

Fundándose en esos antecedentes y en que a partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932 era indispensable que el referido proceso se siguiera también con su intervención, por ser los bienes perseguidos de propiedad de la sociedad conyugal Cuéllar-Bernal y por haber perdido el marido desde el 1º de enero de 1933 el carácter de jefe único de la sociedad conyugal, la señora Paulina Bernal de Cuéllar propuso ante el Juez 6º Civil del Circuito de esta ciudad juicio ordinario contra Secundino Cuéllar y Rogelio E. Salcedo, para que en sentencia definitiva se hicieran, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

"Primero. Que con respecto a su único y verdadero dueño, que lo es la sociedad conyugal ilíquida formada por el matrimonio católico celebrado en esta ciudad entre Secundino Cuéllar y Paulina Bernal, carece de valor y por consiguiente no está llamado a producir efecto legal alguno, en lo que a tradición de inmuebles se refiere, el remate de fecha siete de diciembre de mil novecientos treinta y cinco verificado en el Juzgado Segundo Civil de este Circuito, en el juicio de venta en pública subasta seguido por Araminta Martínez contra Secundino Cuéllar en su carácter particular, así como el auto de fecha doce de diciembre de ese mismo año que aprobó tal remate".

"Segundo. Que se ordene la cancelación del registro del citado remate.

"Tercero. Que se condene al demandado señor Víctor Rogelio E. Salcedo, actual poseedor de los inmuebles a que se refiere el remate anterior, a restituír a la sociedad conyugal ilíquida formada por el matrimonio católico celebrado entre Paulina Bernal y Secundino Cuéllar, dentro del plazo que su sentencia le fije, junto con el valor o los frutos civiles y naturales percibidos o dejados de percibir, como poseedor de mala fe, o en subsidio de la notificación de esta demanda, los inmuebles a que se refieren los apartes a) y b) del primer punto petitorio de esta demanda.

"Cuarto. Que con respecto a su único y verdadero dueño, que lo es la sociedad conyugal ilíquida formada por el matrimonio católico celebrado en esta ciudad entre Secundino Cuéllar y Paulina Bernal, carece de valor por ausencia de personería sustantiva, falta de citación y emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido serlo, y por consiguiente no está llamado a producir efecto legal alguno en lo que a tradición de inmuebles se refiere, el juicio de venta seguido en el Juzgado Segundo Civil de este Circuito por Araminta Martínez contra Secundido Cuéllar, y cuya demanda se aceptó por auto de fecha 18 de junio de 1929, a partir de la primera providencia que en dicho juicio se dictó con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, sobre los inmuebles trabados y subastados en el mencionado juicio.

"Sexto. Que como consecuencia de la cuarta petición anterior el demandado doctor Rogelio E. Salcedo, dentro del término que la sentencia le fije, debe restituír a la sociedad conyugal ilíquida 'Secundino Cuéllar-Paulina Bernal', junto con los frutos civiles y naturales a que fuere condenado, los inmuebles subastados en dicho juicio y que le fueron adjudicados, o sea, por sus linderos, los inmuebles indicados en los apartes a) y b) del punto primero petitorio de esta demanda y que posee actualmente a título de señor y dueño.

"Séptimo. **Primera subsidiaria.** Que se declare nulo por falta de consentimiento, por ilegitimidad de la personería sustantiva en la persona del demandado, por falta de notificación, citación o emplazamiento en forma legal de la parte que ha debido serlo, el juicio de venta seguido en el Juzgado 2º Civil del Circuito de esta ciudad por Araminta Martínez contra Secundino Cuéllar en su carácter particular, en los efectos jurídicos que sobre tradición de inmueble se refiere, a partir de la primera providencia que en dicho juicio se dictó con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932.

"Octavo. Que como consecuencia de lo anterior se ordene la cancelación del registro del remate mencionado, y se condene al rematante señor doctor Rogelio E. Salcedo, actual poseedor, a entregar a la sociedad conyugal 'Secundino Cuéllar-Paulina Bernal' los inmuebles rematados junto con los frutos civiles y naturales producidos o

dejados de producir durante el tiempo que han permanecido y permanecen en su poder."

Tramitado el juicio con la oposición del demandado Rogelio Salcedo, el Juez del conocimiento pronunció en su debida oportunidad la sentencia de 16 de agosto de 1945, en que se absolvió a los demandados y se condenó en costas a la actora.

La apelación que ésta interpuso llevó el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, el que en sentencia de doce de abril de 1946, reformó la apelada; declaró probada la excepción de inepta demanda, y se abstuvo, en consecuencia, de hacer las declaraciones solicitadas, sin costas.

La razón esencial de esa decisión la hizo consistir, en resumen, el sentenciador en que Araminta Martínez no ha sido parte en el presente juicio y que habiendo actuado como demandante en el especial de venta de bienes hipotecados, de cuya nulidad se hace derivar la del remate, no es posible sin su audiencia e intervención controvertir sobre la validez del último proceso, por impedirlo la norma constitucional que prescribe que a nadie puede condenársele sin haber sido antes oído y vencido.

El recurso

La demandante interpuso recurso de casación contra esa sentencia, el que concedido y debidamente tramitado se procede a decidir.

La recurrente invoca la causal 1ª del artículo 520 del C. J., y dice que la sentencia viola en forma directa los artículos 946 y 952 del C. C., porque no puede discutirse que la acción entablada en el juicio es la reivindicatoria y que ella, como tal, está bien dirigida contra el actual poseedor material e inscrito de los inmuebles, que lo es el demandado Rogelio Salcedo y no Araminta Martínez. Agrega que "precisamente por demandarse la nulidad del remate como contrato y de pedirse la reivindicación de los inmuebles que fueron subastados, no era necesario, ni jurídico citar en este procedimiento judicial a la acreedora hipotecaria, señora Araminta Martínez, por la muy sencilla razón de que ella no fue parte en esa convención celebrada por ministerio de la ley", circunstancia ésta que deduce de lo dispuesto en los artículos 740 y 741 del C. C., los cuales considera que quebrantó el Tribunal, por aplicación indebida al caso del pleito y errónea interpretación.

Critica después la sentencia diciendo que considera contradictorios sus fundamentos, pues aceptando el Tribunal que la demandante Araminta Martínez no tenía interés jurídico directo en el remate, no tenía por qué exigir que fuera citada al juicio en que debía ventilarse su anulación y controvertirse acerca de la acción reivindicatoria.

Sostiene finalmente que el remate es inválido, porque habiéndose realizado cuando ya estaba en vigencia la Ley 28 de 1932, las fincas subastadas no eran para ese entonces de propiedad exclusiva de Secundino Cuéllar, sino de la sociedad conyugal Cuéllar-Bernal, entidad ésta que por no haber sido citada al juicio de venta, no obró, debiendo haber obrado, como tradente en el remate, representada por el Juez, como lo previene el artículo 741 citado, y que invalidado el remate por este motivo, la acción declaratoria de dominio y la consecuencial restitutoria deben prosperar.

La Sala considera:

En juicio ordinario sólo puede controvertirse sobre la nulidad de un remate, hecho en juicio especial, por ministerio de la justicia, invocando dos órdenes de razones o motivos completamente distintos: que el contrato de venta realizado por virtud de la subasta es nulo como acto civil, por faltarle algunos de los elementos esenciales para su existencia, habida consideración a su naturaleza o a la calidad o al estado de los contratantes, o sea, con ocasión de un vicio del contrato determinante de una nulidad sustantiva; o que en el proceso judicial en que se consumó el remate se incurrió en una de las irregularidades u omisiones taxativamente señaladas como constitutivas de nulidad, de aquellas que la ley, por vía de excepción, permite alegar en juicio separado, o sea por causa de una nulidad adjetiva o procedimental. En este caso la nulidad del proceso acarrea la del remate, como diligencia que es del juicio.

Cuando en juicio ordinario se demanda la nulidad de la venta forzada considerada como contrato, invocando un motivo constitutivo de nulidad sustantiva, entonces necesariamente debe trabarse la controversia con presencia e intervención de las partes que intervinieron en la subasta: el tradente, cuyo representante legal en ésta fue el Juez, y el adquirente o rematante. Sin la concurrencia de ambos como partes no es posible discutir ni mucho menos decidir en juicio sobre la validez del remate, porque de otro modo podría menoscabarse los derechos de aquéllos, como posibles interesados en que se mantengan las relaciones jurídicas que creó la venta forzada,

habérseles llamado a responder en el correspondiente juicio, lo cual sería abiertamente contrario a la norma constitucional que entraña en el artículo 26 de la Carta.

Cuando en la acción ordinaria se demanda la nulidad del juicio ejecutivo o especial de venta en que se consumó el remate, invocando una irregularidad u omisión constitutiva de nulidad adjetiva de aquéllas, se repite, que la ley excepcionalmente permite alegar en juicio separado, entonces precisa citar como partes en el proceso, para controvertir con ellas la cuestión planteada, a las mismas que lo fueron en el negocio en que se verificó la subasta, por la misma razón expuesta para el caso anterior, o sea porque los derechos de éstas podrían ser lesionados o afectados por la nueva controversia, lo cual forzosamente impone su presencia en ella.

En este pleito ocurre, como se ve en las antes transcritas peticiones primera, tercera, cuarta, sexta, séptima y octava, y por las disposiciones que como fundamentos de derecho se invocan, arts. 1502, 1740, 1746 del C. C. y 448 y 457 del C. J., que se busca la ineficacia o invalidez del remate realizado en el juicio especial de venta de bienes hipotecados propuesto por Araminta Martínez contra Secundino Cuéllar, mediante el ejercicio acumulado de las dos clases de acciones de que ya se habló, o sea atacándose directamente el remate como acto civil, vale decir, como contrato, y por vía indirecta, o sea por estar afectado de nulidad el juicio en que se llevó a cabo. La acción restitutoria se propone como consecuencial de aquéllas. Luego es incuestionable, por fuerza de lo antes dicho, que el juicio ordinario debió dirigirse no sólo contra Secundino Cuéllar y Rodelio Salcedo sino también contra Araminta Martínez, quien actuó como demandante, en su condición de acreedora hipotecaria, en el especial cuya nulidad se solicita, y que habiéndoselo dirigido contra los dos primeros únicamente la parte demandada no quedó debidamente integrada, lo cual determina la ineptitud de la demanda.

De allí que la Sala encuentre acertados los sientes considerandos en que basa el reconocimiento de la excepción de que se habla en la parte resolutiva del fallo recurrido:

"Es elemental en derecho procesal que lo primero que debe averiguar un juzgador al prepararse para proferir sentencia de fondo en un negocio es si el pleito ha sido bien trabado, si han sido llamadas a juicio las personas que han debido serlo, es decir, si las partes son completas adjetiva y sustantivamente hablando.

"No habiendo sido llamada a juicio la señora Araminta Martínez, no es posible controvertir sobre la validez del juicio en donde ella actuó como demandante; sin que ella defienda sus derechos o por lo menos sin habérsele citado legalmente, es inútil toda declaración consecuencial, porque al hacerlo, se quebrantaría la norma estatal que indica que a nadie puede condenarse sin haber sido oído ni vencido".

"Lo anterior equivale a decir que el pleito adolece de las deficiencias anotadas, hecho que constituye la excepción de inepta demanda que consecuencialmente debe declararse probada en este juicio".

Lo dicho deja ver claramente la improcedencia del cargo que se considera.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de doce (12) de abril de mil novecientos cuarenta y seis (1946) proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, noviembre siete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el presente juicio ordinario de reivindicación seguido por la Sociedad de San Vicente de Paúl de Bogotá contra Alfonso Campagnoli y otros sobre el inmueble de esta ciudad ubicado en la esquina noroeste de la calle 13 con la carrera 15, cuya puerta principal lleva el número 15-04 de dicha calle o Avenida de Colón.

Antecedentes

Ismael Martínez Trompetero falleció el 12 de junio de 1940 dejando, entre otros bienes, esa casa, y por heredero a la Sociedad hoy demandante, según el testamento abierto que había otorgado en 1935. En su causa mortuoria la Sociedad heredera obtuvo decreto de posesión efectiva el 15 de noviembre de 1941. En inspección ocular de 14 de junio de 1943 se halló ocupada dicha casa por Antonio M. Bonilla, Rosa R. de Mancera, Celedonia Benavides, Justo E. Pardo y Luis A. Calderón, que son los demandados aquí, junto con Campagnoli; y en esa ocasión manifestaron aquéllos que eran inquilinos de las piezas o locales que cada cual tenía en virtud de sendos contratos de arrendamiento celebrados así: el de Bonilla por escritura pública con Isidoro y Daniel Martínez Trompetero, y los demás, en documento privado con Daniel. Todos afirman el pago de la renta mensual a Campagnoli, menos Bonilla que dice haber pagado a sus arrendadores anticipadamente.

La demanda se notificó a todos los demandados en el curso de diciembre de 1943. Ninguno la contestó. Campagnoli elevó un memorial en que manifiesta que su intervención en lo relacionado con esa finca proviene de ser apoderado de dichos Isidoro y Daniel, hermanos de Ismael que, a su muerte, habían asumido la administración de sus bienes como herederos **ab intestato.** Los demás demandados, recordando lo que habían dicho en la citada inspección ocular, insisten en ser meros tenedores como inquilinos, en memorial que, según el Tribunal anota, está escrito en la misma máquina de Campagnoli. Ninguna otra gestión de ellos aparece en el expediente. Sólo Campagnoli ha litigado como demandado, al extremo de que los aludidos comprobantes de arrendamiento fue él quien los presentó como prueba.

El Juzgado 6º Civil de este Circuito, donde cursó la primera instancia, dictó el 8 de agosto de 1945 sentencia absolutoria, fundada principalmente en no estar acreditada la posesión de los demandados ni el dominio del demandante.

El Tribunal, sustanciada la segunda instancia, en sentencia de 22 de noviembre de 1946 revocó aquélla y condenó a Campagnoli como poseedor de mala fe a pagar los frutos, y decretó la restitución de la casa a cargo de él y demás demandados.

El Tribunal encuentra acreditado el dominio de la Sociedad con el referido decreto de posesión efectiva, cuya copia legal acompañó a la demanda, y con la escritura de compra de ese inmueble hecha por el causante Ismael Martínez en 1906 y el certificado del Registrador sobre propiedad y libertad por más de treinta años, comprobantes éstos que aquélla trajo a la segunda instancia. (Cuaderno 6º, folios 8 a 10, 12 y 13).

Cuanto a la calidad de poseedores, el Tribunal para decretar la restitución de la finca procedió como si todos los demandados lo fuesen, y al propio tiempo al decretar el pago de frutos procedió reconociendo que sólo Campagnoli lo es, pues sólo él los ha recibido y sus codemandados no los deben porque a él se los han pagado, concepto que lógicamente impone el de que efectivamente son inquilinos.

A este respecto se anticipa la observación de que en el presente recurso no figuran aquellos demandados, pues Campagnoli, que no tiene poder de ellos, es recurrente único.

Sus reclamos se concretan así: el Tribunal le atribuye la calidad de poseedor de que carece, pues administra sin ánimo de dueño y como agente o mandatario de los prenombrados hermanos de Ismael; y de otro lado, aunque fuera poseedor, la demanda de los frutos, dirigida contra todos los demandados, obligaría a condenarlos a todos y, por tanto, a él en sólo una cuota; de suerte que el Tribunal lo condena en más de lo pedido. Además, insiste en este recurso en su empeño, sostenido en las instancias, de que hay nulidad de lo actuado por falta de personería en el demandante.

Así, pues, invoca los motivos 1º, 2º y 6º del artículo 520 del C. J., los que se estudian en orden inverso. La trascendencia de la nulidad, en su caso, obliga a comenzar por ella.

Campagnoli opuso la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del demandante citando el artículo 332 del C. J. en su numeral 3º, que dice: "Para que se pruebe la identidad de la persona que establece la demanda"; y fundándose en que no existe el decreto de la Gobernación de Cundinamarca cuya copia se presentó con la demanda por el actor para acreditar su personería y en que esa documentación habla de Sociedad Central de San Vicente de Paúl y el libelo de Sociedad de San Vicente de Paúl de Bogotá. El Juzgado en providencia que quedó ejecutoriada, declaró infundada y no probada la excepción, con razones entre las cuales se destaca la circunstancia de obrar el certificado requerido por el decreto-ley número 685 de 1934, en su artículo 3, como prueba suficiente de la personería de las instituciones de utilidad común.

Tenazmente ha sostenido sus puntos de vista el abogado Campagnoli. Ya desde antes del pleito, según carta comprobada en autos, para forzar una transacción que propuso a la Sociedad demandante, no sólo le ponía de presente una demanda de nulidad del testamento en juicio que seguiría como apoderado de los hermanos de Ismael, sino que la amenazaba con otras gestiones, no de ellos sino personales de él, que la dejarían sin nada. Advierte en la carta que se sigue reservando esto último. Esa carta es de 11 de marzo de 1941. Más tarde, ya cursando este pleito que la Sociedad ganó desoyendo esa amenaza condicionada, Campagnoli ha declarado que esas gestiones son las de que se habla, a saber: la inexistencia de la Sociedad de San Vicente de Paúl como persona jurídica por no aparecer el original con sus firmas del Decreto número 840 de 1883 que la reconoció como tal persona jurídica.

El Tribunal observó al respecto que, si no se encontró en los archivos ese original, sí obra en el proceso el periódico oficial en que se publicó el decreto (Registro del Estado, número 384 de 4 de agosto de 1883), y que el artículo 634 del C. J. dice: "Los instrumentos públicos insertos en periódicos oficiales se presumen auténticos." Y esta presunción, lejos de estar infirmada, está corroborada por la Resolución Ejecutiva de 23 de noviembre de 1888 y por la Resolución de noviembre de 1942 en que el Presidente de la República aprobó la reforma de los estatutos, resolución publicada en el Diario Oficial de 27 del mismo mes y año.

A mayor abundamiento, y aunque estos comprobantes bastan desde el punto de vista legal, obra en el proceso certificado de la Arquidiócesis de Bogotá, según el cual la Sociedad demandante está reconocida por decreto canónico de 1859 y es "una persona jurídica, reconocida, aprobada y bendecida por la autoridad eclesiástica, completamente autónoma." Agrega este certificado que: "La Sociedad de San Vicente de Paúl de Bogotá es lo mismo que la Sociedad Central de igual nombre", y explica que se le dio éste "para diferenciar la de la Capital de las que existen en otras ciudades de la República".

Por tanto, es inadmisible el cargo, aunque encajase efectivamente dentro de lo que como tal establece, para su caso, el numeral 6º del citado artículo 520.

Tampoco es procedente el motivo 2º, cuya base para el recurrente está en haber incongruencia entre la demanda y el fallo en lo tocante a frutos. Para esta negativa basta recordar que los frutos, a más de ser consecuencia obligada del triunfo en la súplica de restitución, conforme al artículo 964 del C. C., fueron materia de solicitud expresa en el libelo inicial. Condenar a pagarlos no es, pues, fallar **ultra petita.**

A esta reflexión decisiva es de agregarse que, si hubiera ilegalidad en decretar ese pago a cargo sólo de uno de los demandados, lo procedente sería acusar por violación de las disposiciones legales respectivas, en vez de acusar por falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Estudiando el motivo 1º como se verá en seguida, se encontrará, por otra parte, que el Tribunal, acogiendo en esto las alegaciones de Cam-

pagnoli y las pruebas que adujo, se limitó a reconocer que es él quien ha recibido la renta o precio del arrendamiento pagada por sus codemandados, por lo cual no cabría extender a éstos la condena a restituír frutos.

Dentro del motivo 1º acusa de violación de "las siguientes disposiciones sustantivas: artículos 946, 947, 950, 952, muy especialmente, 953, 954, 964, 762, 769, 775, 786, 823, 1973, 2142, 2144, 2149, 2150, 1505, 1757, 1758, 1759, 1761, 1762, 1769, y demás concordantes y pertinentes del Código Civil; 202, 214, 225, 234, 329, 342, 343, 448, ordinal 2º, por carencia de personería sustantiva en la parte demandada; 593, 597, 601, 603, 605, 606, 608, 609, 613, especialmente, 630, 637, 645, 697, 724, 730, y demás concordantes y pertinentes del Código Judicial".

Estos cargos, de acuerdo con lo antedicho, corresponden al reclamo sobre que se repute al recurrente poseedor sin serlo por no tener ánimo de señor y se le desconozca su calidad de mandatario de los hermanos del causante; y versan también sobre confusión de la posesión con la mera tenencia, acreditada ésta en los demás demandados con sus documentos de arriendo, de cuya falta de apreciación se queja el recurrente.

Es de advertirse que, aunque el cargo de violación de esas disposiciones lo formula hablando de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, en realidad al desarrollarlo aquella infracción no la presenta sino como indirecta, pues la hace depender de errónea apreciación de pruebas, cargo éste que ocupa gran parte de su alegato. Las pruebas mal apreciadas son, según él, tanto las posiciones que absolvió como las que absolvieron sus codemandados y la escritura y documentos de arriendo, a más de las declaraciones de testigos que se verán adelante.

A raíz de la muerte de Ismael, se apresuraron Isidoro y Daniel a dar en arrendamiento, diciéndose sus herederos **ab intestato,** tanto la casa de Bogotá como unas fincas de Fontibón, parece que la totalidad de los bienes relictos, a Antonio M. Bonilla, hijastro de Daniel, por cinco años a razón de $ 40 mensuales la casa, $ 240 el conjunto de los demás bienes, pagaderas ambas rentas por períodos vencidos. Como se dijo, Ismael murió el 12 de junio de 1940. La escritura es del 3 del subsiguiente julio. (Cuaderno 4º, folios 1 y 2).

En sendos documentos privados (folios 3 a 6 **ibídem**) Rosa M. de Mancera el 15 de noviembre de 1940, y Justo E. Pardo, Celedonia Benavides y Luis E. Calderón en 1941, respectivamente el 1º agosto y el 20 y 11 de noviembre, aparecen tomando en arrendamiento locales y piezas de la casa hoy disputada. En estos documentos aparece como arrendador Daniel Martínez, cuya firma brilla en todos por su ausencia. Llama también la atención que aparezca él arrendando en esa forma la casa que por la citada escritura él e Isidoro dicen arrendársela a Bonilla por cinco años.

Campagnoli reclama por no haberse tenido en cuenta estas pruebas que acreditan, de un lado, que sus codemandados no son poseedores sino meros tenedores como inquilinos, y de otro lado, que él no es, sino Daniel Martínez, el arrendador y éste e Isidoro en lo tocante a la escritura con Bonilla.

Como lo adverso de la sentencia a los demandados que no son recurrentes no puede, por esta circunstancia, estudiarse aquí, debe concretarse el estudio del cargo a lo relativo al recurrente Campagnoli.

El Tribunal no prescinde de esos comprobantes, sino que ve en ellos el concurso de quienes aparecen como inquilinos al propósito de Campagnoli de hacer del poseedor un ente de razón, un ser inasible y frustrar con tal maniobra el derecho del verdadero dueño a gozar y disfrutar de lo que le pertenece y ellos tienen y aspiran a retener en sus manos tan indefinidamente como tarde el dueño en dar con quién confiese ánimo de dominio y así afronte la acción reivindicatoria, pues el abogado bien sabe que de ésta no responde el mero tenedor.

Es de observarse, por otra parte, que aun tomando sin reservas como efectivos los referidos contratos de arrendamiento, se tendría que para su fecha obraban como dueños Isidoro y Daniel pero no que esa situación sea la actual.

A este respecto el Tribunal toma en cuenta las posiciones absueltas por cada uno de los demandados y el reconocimiento que hacen de que en lo relativo a su ocupación encuentran a Campagnoli como dueño porque así procede. Todos ellos afirman que a él le pagan la respectiva renta mensual, hecho en manera alguna negado por

Además, al rendir declaración Isidoro, ocasión en la cual se le preguntó si había conferido poder a Campagnoli para arrendar los locales que integran la dicha casa y para recibir el valor de los arrendamientos, contestó: "Yo no he dado poder al doctor Alfonso Campagnoli para hacer arrendamientos de nada", y al responder la pregu

sobre dominio, dijo: "No me considero dueño de ese inmueble; pero sí creí fuera a heredar alguna cosa de mi hermano como hermano legítimo que soy de él". (Cuaderno 3º, folios 19 y 20).

Ya se ha visto que Campagnoli afirma ser apoderado de Isidoro y Daniel. No obra en el proceso constancia alguna de tal mandato, ni siquiera la aquiescencia de que habla el artículo 2149 del C. C. **in fine.** Acaba de verse la negativa rotunda de Isidoro. Cuanto a Daniel, en varias piezas se habla de su muerte. Al absolver posiciones el doctor Campagnoli dice que de los arrendamientos nada le da a Isidoro y que sí les da a los herederos de Daniel. No hay prueba de este hecho ni de la muerte de Daniel y de quiénes sean sus herederos.

Así las cosas, mal pueden entenderse violados los artículos del C. Civil sobre mandato, porque el Tribunal no tenga a Campagnoli como mandatario, sin mandato y sin mandantes.

La actividad crónica de Campagnoli en relación con la casa, atendiendo a ella como dueño y recibiendo los arrendamientos, todo ello en las circunstancias antedichas, fue lo que condujo al Tribunal a reputarlo poseedor.

La violación de las disposiciones citadas relativas a posesión, mera tenencia, acción reivindicatoria, que el recurrente estima producida por error, ya de hecho, ya de derecho en la apreciación de las mencionadas pruebas, no la encuentra la Sala, entre otras razones por la muy poderosa de no encontrar tales errores de apreciación, en fuerza de lo ya dicho al estudiarlas.

Pretende él que en las posiciones absueltas por los codemandados no se vean sino declaraciones de testigos y, por decirlo así, meros conceptos sobre el género de conducta de él en cuanto dicen que obra como dueño y por tal lo reputan. Pero aun descartándoles su calidad de interesados en el pleito y aun descontando lo que en su dicho correspondiera a mera opinión, siempre quedarían en pie los hechos mismos por ellos afirmados como constitutivos del proceder de Campagnoli en relación con la casa, y es de aquí de donde principalmente deriva el Tribunal aquel concepto, el cual no puede basarse exclusivamente en que buenamente aquél confiese ánimo de señor. Este elemento de orden psíquico sería sencillamente ocultable si sólo esa confesión pudiera establecerlo. Y bien se ve cuán sencillo sería frustrar toda acción reivindicatoria si al demandado le bastara negar que en sus actos posesorios, por demostrados que estén, no ha mediado ese ánimo de parte suya.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintidós de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE PERMUTA, DE REIVINDICACION Y DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — IMPUESTO DE SUCESIONES. CAUSAL 6ª DE CASACION

1.—El artículo 79 de la ley 63 de 1936 fue dictado, como lo han explicado los funcionarios correspondientes de la rama administrativa, para controlar la forma de fraude al impuesto sobre sucesiones en caso de que al morir una persona dejaba pendientes diligencias ante las autoridades sobre cobro de créditos, reclamaciones administrativas u otras semejantes y en que sus sucesores, con copia del auto de apertura de la sucesión y su declaración de heredero, se apersonaban en el juicio y hacían efectivos derechos de la herencia con pretermisión de inventarios y avalúos y pago del impuesto. Al imponerse al funcionario la obligación de avisar al Síndico Recaudador y al Juez de la causa mortuoria en la misma providencia en que se sustancia la solicitud de reconocimiento de los sucesores, se daba a estas autoridades la oportunidad y manera de proceder al inventario y avalúo correspondientes, en caso de omisisión de los herederos. La ocasión, pues, de cumplimiento de esta norma la da la petición que ante el funcionario que conoce del asunto distinto del juicio mortuorio hace alguna persona para que se le reconozca como sucesora del litigante muerto.

2.—En muchas sentencias ha dicho la Sala que la causal sexta de casación no abarca todas las nulidades de que pueda adolecer una actuación judicial, sino exclusivamente las definidas y consagradas en los tres numerales del artículo 448 del C. J., dentro de ninguna de las cuales puede catalogarse la que se origina en la omisión de la formalidad del aviso a que se refiere el artículo 79 de la ley 63 de 1936. Los motivos de nulidad que no correspondan a la incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes y a falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, no dan base para acusación ante la Corte por la causal sexta, y no pueden proponerse y alegarse sino dentro de las instancias del correspondiente juicio. Bien sabido es que la causal de nulidad por falta de citación o emplazamiento sólo reza generalmente con las partes litigantes propiamente dichas y no tiene otra razón que la de evitar que se dicten sentencias contra personas que no tuvieron oportunidad ni forma de hacerse oír en su defensa. Por lo demás, esta causal de nulidad no puede alegarse legítimamente en el juicio o como motivo de casación sino por quien no fue legalmente citado o emplazado, que es la única en quien reside el interés jurídico necesario para demandar la invalidación de lo actuado.

3.—La permutación es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro (artículo 1995, C. C.), y el derecho de herencia, que en este caso es una de las cosas cambiadas, no puede considerarse como tal porque no se refiere a ninguna cosa singular ni determinada y su contenido es por esencia una universalidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, noviembre siete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Por medio de la escritura pública número 1 otorgada el 16 de marzo de 1936 ante el Notario 1º del Circuito de Cali, Jorge E. Mora R. y Manuel S. Ordóñez V. celebraron un contrato que denominaron permuta, por el cual el primero transfirió al segundo los derechos hereditarios que pudieran corresponderle a cualquier título en la sucesión intestada de su madre legítima señora Práxedes Rodríguez de Ordóñez, casada en segundas nupcias con Ordóñez V., y éste, en cambio y pago de estos derechos hereditarios, transfirió a Mora el dominio de una casa ubicada

la ciudad de Popayán y la mitad de un terreno o potrero, ubicado en Piendamó, distrito de Tunía. Esta escritura solamente fue inscrita en la oficina de Registro del Circuito de Popayán y no fue registrada en la de Cali, lugar de su otorgamiento, sino el 29 de septiembre de 1941.

El 10 de abril de 1941, iniciado ya por el cesionario el juicio sucesorio de Práxedes de Ordóñez en el Juzgado 1º del Circuito de Popayán, por medio de las escrituras números 215 y 216, de la Notaría 1ª de ese Circuito, el mismo Jorge E. Mora, vendió por iguales partes a Emilio Salas Salazar y Miguel H. Mora los mismos derechos hereditarios en la sucesión intestada de su madre. En la cláusula segunda de estos instrumentos se dijo: "Que hace constar expresamente (Mora) que por acto anterior había hecho un contrato de enajenación de la totalidad de los mismos derechos, acto que no puede surtir efectos legales, y que si fuere el caso será objeto de las reclamaciones judiciales contra terceros que el comprador estime necesarias ya que son conocidos de éste, los vicios de que adolece dicho contrato, razón por la cual el exponente no se obliga ni al saneamiento ni al resultado del juicio o acciones." Estas escrituras fueron registradas legalmente en Popayán el 14 del mes de su otorgamiento.

Con estos títulos y aduciendo, entre otras razones, que la escritura del contrato entre Mora y Ordóñez no fue registrada en Cali como debió serlo, Salas Salazar y Mora R. pidieron al Juez el sucesorio que los tuviera como dueños de los derechos hereditarios del hijo de la causante. Reazada esta pretensión, ocurrieron a un juicio ordinario contra Ordóñez y en él obtuvieron sencia definitiva firme (12) de noviembre de 42), proferida por el Tribunal Superior de Poyán, en que se declaró la prevalencia de sus ulos, por razón de las fechas de los registros, se les reconoció como dueños de los referidos echos herenciales.

n estas condiciones, alegando Manuel S. Ordó- que él cumplió cabalmente las obligaciones le competían por el contrato de permuta conido en la escritura número 189 de marzo de 5, y que Jorge E. Mora, su contraparte en ese bio, no cumplió con las suyas ni puede cum- ya la principal de hacerle tradición de sus chos herenciales por efecto de la doble venta e se ha hecho referencia, lo demandó en juiordinario ante el Juzgado 1º del Circuito de Popayán (23 de noviembre de 1943) para que se declare la resolución del contrato de permuta contenido en la citada escritura número 189, por incumplimiento de las obligaciones del demandado; que, en consecuencia, Jorge E. Mora debe restituír al demandante Ordóñez los inmuebles especificados en ese instrumento, con sus frutos y 55 novillos de primera clase marcados a fuego con las letras S. O., o su valor el día de la restitución, que le entregó para completar el precio de la permuta; que el demandado debe pagarle la suma de $ 20.000, o la que en el juicio se probare, por concepto de indemnización de los perjuicios que le ha causado con su incumplimiento; que se cancelen las inscripciones en el registro de la escritura del contrato, y que se le condene al pago de las costas procesales.

El demandado se opuso a las pretensiones del actor y en cuanto a los hechos de la demanda negó los relativos al incumplimiento contractual que se le imputa, alegando que su demandante tuvo más de cuatro años para estudiar si el registro de su título estaba en legal forma, y que fue él quien "omitió cumplir con la facultad que le confiere la ley de hacerlo registrar en el lugar y libro correspondientes".

Trabada así la litis, el Juzgado del Circuito sentenció la primera instancia (10 de octubre de 1944), decretando la restitución al demandante de los inmuebles determinados en la escritura con sus frutos, avaluados en la suma de $ 11.330. Se ordenó la cancelación de las inscripciones en el registro público, se condenó al demandado a las costas del grado y se le absolvió en lo referente a la restitución de los 55 novillos.

Sentencia acusada

Llevado el negocio al Tribunal Superior de Popayán por apelación de ambas partes, fue decidido definitivamente en segundo grado por sentencia de 8 de abril de 1946, en que fue confirmada la recurrida con la sola modificación aditiva consistente en advertir que la cancelación de los registros de la escritura número 189 se entiende únicamente en lo concerniente al contrato de permuta celebrado por Jorge Enrique Mora y Manuel S. Ordóñez y que queda vigente en lo relacionado con la venta que por medio de él hizo Nepomuceno Ordóñez a Jorge Enrique Mora. También se condenó al demandado a las costas de la instancia.

Para fundar su decisión confirmatoria parte el Tribunal de que el contrato recogido en la escritura número 189, de cuya resolución se trata, es de permutación o cambio, y como tal sinalagmático y sometido, en todo lo que se oponga a su naturaleza, a las reglas que gobiernan la compraventa, entre ellas, a la de la condición resolutoria tácita para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, que es el fundamento de la acción incoada. Considera luego el mérito probatorio del proceso y concluye que está plenamente demostrado que el demandante Manuel Ordóñez cumplió a cabalidad las obligaciones que a su cargo generó el aludido contrato, y que el demandado Jorge Enrique Mora incumplió lo esencial que le competía de hacerle la tradición de los derechos hereditarios en la sucesión de su madre, porque no solamente omitió hacer la inscripción en la competente oficina de registro sino que hizo imposible la tradición por haber vendido los mismos derechos a Salas Salazar y Mora M. con conocimiento de la situación y para que ellos hicieran primeramente la inscripción en el registro y obtuvieran el dominio de esos derechos sucesorales como fue declarado en sentencia firme dictada a favor de los compradores. Deducida así la prosperidad de la acción resolutoria, advierte la sentencia que del proceso no se desprende ninguna obligación restitutoria a cargo de Manuel Ordóñez, porque "los deberes consecuenciales del actor son para ser cumplidos en relación con Salas Salazar y Mora, y acerca de ellos ningún pronunciamiento expreso es procedente en este fallo." Y por lo que hace a las prestaciones a cargo del demandado Mora Rodríguez, como consecuencia de la resolución decretada, referentes a devolución de los inmuebles con sus frutos apreciados en cifra numérica y pago de perjuicios, el Tribunal acogió las conclusiones del fallo de primera instancia en su totalidad.

El recurso

Agotada la tramitación correspondiente, la Corte decide hoy el recurso de casación interpuesto por la parte demandada con apoyo en la primera y en la sexta de las causales del artículo 520 del C. J. Separadamente, y principiando por la última, se consideran las acusaciones contra la sentencia recurrida.

Causal sexta.—Se funda "en que se incurrió en la nulidad determinada en el ordinal 3º del artículo 448 del C. J. por no haber citado al juicio al Síndico Recaudador de Impuesto de Sucesiones y Donaciones que debía intervenir en la sucesión del señor Manuel S. Ordóñez, conforme lo manda el artículo 79 de la ley 63 de 1936".

Se considera:

Dice esta disposición: "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 deba intervenir en ésta inmediatamente que tenga conocimiento de la defunción, y en el mismo auto en que se sustancie 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".

Este precepto, de fines exclusivamente fiscales, fue dictado como lo han explicado los funcionarios correspondientes de la rama administrativa, para controlar la forma de fraude al impuesto sobre sucesiones en caso de que al morir una persona dejaba pendientes diligencias ante las autoridades sobre cobro de créditos, reclamaciones administrativas u otras semejantes y en que sus sucesores, con copia del auto de apertura de la sucesión y su declaratoria de heredero se apersonaban en el juicio y hacían efectivos derechos de la herencia con pretermisión de inventarios avalúos y pago del impuesto. Al imponerse a funcionario la obligación de avisar al Síndico Recaudador y al Juez de la causa mortuoria en misma providencia en que se sustancie la solicitud de reconocimiento de los sucesores, se daba estas autoridades la oportunidad y manera proceder al inventario y avalúo correspondiente en caso de omisión de los herederos. La ocasió pues, de cumplimiento de esta norma la da la p tición que ante el funcionario que conoce asunto distinto del juicio mortuorio hace algu persona para que se le reconozca como sucesor litigante muerto.

No concurren aquí las circunstancias previs en la disposición en referencia para considera aplicable, porque fuera del dato de la muerte Manuel Ordóñez, no hay en el proceso solici de ninguna persona para que le sea reconocida representación sucesoral de este causante,

modo que no ha habido lugar a dar la orden del aviso aludido. Pero el cargo que se estudia no sólo es improcedente por estar el caso fuera del alcance de la nulidad establecida en el citado artículo 79 de la ley 63 de 1936, sino también, y principalmente, porque este motivo de invalidez de la actuación judicial no puede considerarse comprendido dentro de ninguna de las nulidades a que taxativamente se refiere la causal de casación definida en el numeral 6º del artículo 520 del C. J., producidas por irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial o la violación del derecho de defensa. En muchas sentencias, en efecto, ha dicho esta Sala que la causal sexta de casación no abarca todas las nulidades de que pueda adolecer una actuación judicial, sino exclusivamente las definidas y consagradas en los tres numerales del artículo 448 del C. J., dentro de ninguna de las cuales puede catalogarse la que se origina en la omisión de la informalidad del aviso a que se refiere el artículo 79 precitado. Los motivos de nulidad que no correspondan a la incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes y a falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, no dan base para acusación ante la Corte por la causal sexta, y no puede proponerse y alegarse sino dentro de las instancias del correspondiente juicio. Bien sabido es que la causal de nulidad por falta de citación o emplazamiento sólo reza generalmente con las partes litigantes propiamente dichas, y no tiene otra razón que la de evitar que se dicten sentencias contra personas que no tuvieron oportunidad ni forma de hacerse oír en su defensa. Por lo demás, esta causal de nulidad no puede alegarse legítimamente en el juicio o como motivo de casación sino por quien que no fue legalmente citado o emplazado, que es la única en quien reside el interés jurídico necesario para demandar la invalidación de lo actuado.

En sentencia de 12 de marzo de 1943 (G. J. tomo LV, pág. 59) estudió esta Sala el alcance del artículo 79 de la ley 63 de 1936, como base de casación por la causal sexta del artículo 520 del C. Judicial.

Por lo expuesto se rechaza este primer cargo.

Causal primera.—Por violación de ley se forman los siguientes cargos:

El Tribunal violó los artículos 15, 1602, 1604, 1607, 1608, 1609, 1618, 1620, 1622, 1624, 1546 y 1930 del C. C. como consecuencia del error de hecho en que incurrió en la interpretación de la cláusula sexta del contrato, según la cual "las partes mutuamente renunciaban la una en la otra la obligación que tenían de verificar la tradición de los bienes permutados", de tal manera que el demandado "Mora no está en mora del cumplimiento de ninguna de sus obligaciones, toda vez que la de entregar o verificar la tradición le fue traspasada a su contratante Ordóñez V., quien era el obligado de hacer registrar en debida forma la mencionada escritura".

b) A pesar de que en la petición segunda de la demanda se ejercita, como acción diferente de la resolución, la reivindicatoria, el actor no afirma que el demandado Mora sea el poseedor de los bienes cuya reivindicación se pretende, ni tal posesión se probó. Por consiguiente, al suponer probado un hecho que no lo está, sin indicar siquiera las pruebas en que basó su afirmación, incurrió el Tribunal, al ordenar la restitución, en error de hecho que lo indujo al quebranto de los artículos 946, 952, 964, 981, 1757 del C. C. y 593 del C. C.

c) Como puede constatarse del avalúo pericial sobre frutos de la casa en Popayán, a que se condena al demandado Mora, "este dictamen carece de las condiciones de explicación y fundamentación que requiere el artículo 721 del C. J., y, por tanto, al aceptarlo el Tribunal como plena prueba se está violando esta disposición".

Considera la Corte:

Antes de referirse singularmente a cada una de las acusaciones que formula el recurrente con apoyo en la causal primera de casación, advierte la Sala que las sentencias de instancia, acogiendo inconsideradamente los términos de la demanda, han tenido, tratado y nombrado como contrato de permutación el recogido en la escritura pública número 189 de 16 de marzo de 1937, de cuya resolución se trata, sin que jurídicamente corresponda a este tipo contractual porque le falta uno de los elementos que esencialmente los configuran en relación con su objeto. La permutación es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro (artículo 1955 del C. C.), y el derecho de herencia, que en este caso es una de las cosas cambiadas, no puede considerarse como tal porque no se refiere a ninguna cosa singular ni determinada y su contenido es por esencia una universalidad. Valga esta breve glosa como cumplimiento del

deber que corresponde a la Sala de Casación Civil de la Corte de rectificar los errores de doctrina jurídica, aun en los casos, como en éste sucede, que la rectificación no tenga incidencia ninguna en la solución del recurso, porque siendo en todo caso aunque innominadamente fuente legítima de obligaciones el contrato cuestionado, y siendo de la especie de los bilaterales, no hay irregularidad ninguna en el planteamiento de la cuestión jurídica para los efectos de la acción resolutoria a la luz del artículo 1546 del C. C.

Viniendo a los cargos, son de tal manera inconsistentes las razones en que se apoyan que muy parcas consideraciones son bastantes para negarles la acogida.

La cláusula sexta, a que alude el primer cargo y que al decir del recurrente fue interpretada con error de hecho, es de este tenor: "Los permutantes Manuel S. Ordóñez V. y Mora R. manifiestan que aceptan el contenido de la presente escritura y la transferencia de los derechos hereditarios y de las dos propiedades raíces que mutuamente se hacen, y que cada uno podrá hacer registrar la copia de esta escritura".

En vista de lo que respecto del registro contiene esta cláusula, la acusación que sobre ella se ha querido apoyar resulta completamente infundada, porque carece de sentido, eso de que en ella las partes renunciaron mutuamente, la una en la otra, la obligación de hacer la tradición de los bienes cambiados, para deducir de esto que no coincide con las palabras el absurdo jurídico de que la tradición que correspondía hacer a Mora como efecto del título traslaticio de dominio que representa el contrato debía ser cumplida por Ordóñez. Pero es que a más del desacierto de la tesis puede verse hasta la falta de seriedad en la formulación de este cargo si se recuerda que el incumplimiento que se le ha imputado al demandado Mora se ha hecho consistir, no propiamente en haber omitido la inscripción en legal forma en el registro para cumplir su obligación de hacer la tradición del derecho real de herencia que había cedido a Ordóñez, sino en haber hecho imposible esa tradición porque cuando Ordóñez llevó la escritura al Registro de Cali, en septiembre de 1941, ya había sido legalmente inscrita la venta que el mismo Jorge Enrique Mora había hecho a Salas Salazar y Miguel Mora de los mismos derechos enajenados a Ordóñez, con aprovechamiento inhonesto de la situación de irregularidad que planteaba precisamente la circunstancia, bien conocida del vendedor, de no haber sido adecuadamente inscrita la escritura número 189. En estas condiciones, no hay para qué y es mejor no analizar la alegación que hace el apoderado del demandado de que su cliente no está en mora de verificar la tradición de los derechos cuyo dominio se obligó a transferir a Ordóñez porque era éste el obligado a hacer registrar en debida forma la correspondiente escritura.

La segunda acusación por la causal primera, consistente en que se decretó la reivindicación ejercitada como acción independiente en la demanda, sin la prueba de la posesión del demandado, tampoco es valedera. El libelo con que se inició el juicio no contiene ninguna acción real de dominio. La única ejercitada, como se vio, es la personal resolutoria del contrato contenido en la escritura número 189 de 16 de marzo de 1936, de la Notaría 1ª de Cali, por el contratante que cumplió cabalmente sus obligaciones contra el que dejó de cumplir la principal suya, y que no puede ya cumplir por su culposa conducta, para que se cancelen y extingan todos los efectos producidos por el contrato y se indemnicen los perjuicios causados por su incumplimiento. Aquí no se trata de una acción resolutiva dirigida contra el contratante con quien se celebró el contrato y conjuntamente de la reivindicatoria contra terceros poseedores por compra a éste, caso en el cual habría que estudiar separadamente la acción de dominio. La restitución que en este juicio entre contratantes se ha demandado y decretado es la consecuencial de la resolución del contrato, para restablecer el estado anterior a su celebración, de tal modo que al demandante le basta probar los hechos en que funda su acción resolutoria para que en la sentencia que la decrete se imponga al demandado la obligación de restituír, sin necesidad de demostrar el hecho de su posesión material.

Finalmente, por lo que hace al cargo por "violación del artículo 721 del C. J. por apreciación errada del dictamen pericial sobre el valor de los frutos" producidos por la casa en Popayán, u de los inmuebles que debe restituír el demandado Mora, no es menos infundada que las anteriores la acusación del recurrente. En primer término, porque el avalúo pericial unánime que redujo a fijar la suma de $ 100 como renta mensual de la casa como el promedio que resultó de los distintos arrendamientos celebrados por Mo cuyas rentas confesó haber recibido, tiene valedera fundamentación, aceptada expresame

por el Juez de primer grado; y en segundo lugar, porque aun en el supuesto de haberse demostrado equivocada evaluación del mérito legal de esta prueba, la forma incompleta y deficiente del cargo en que no se señala ninguna disposición sustantiva quebrantada como consecuencia del error probatorio, lo afectaría de completa inutilidad el ataque en casación.

Por lo expuesto, no siendo más las acusaciones, 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 de Popayán el 8 de abril de 1946, objeto de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio.



REIVINDICACION

Los efectos jurídicos que se desprenden de la prosperidad de una acción reivindicatoria no se refieren sino al poseedor vencido, que es el contradictor legítimo al tenor del artículo 952 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil — Bogotá, noviembre ocho de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo de fecha 15 de mayo de 1945, ante el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, Jesús A Restrepo L., por medio de apoderado, demandó a Francisco Restrepo (padre), Jaime Restrepo Santa y Eva Tulia Cardona para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario reivindicatorio se les condene a restituírle, dentro del término que al efecto se les señale, con sus frutos, y considerados como poseedores de mala fe, dos lotes de terreno, contiguos, denominados La Zulia y Alegrías, ubicados en el paraje de Barcinal del municipio de Pijao, mejorados con casa de habitación, cultivos de café, plátano, pastos y otras anexidades, determinados por los siguientes linderos.....", más las costas del juicio.

El actor funda su acción en que es dueño de los inmuebles referidos por haberlos comprado a Francisco Restrepo Santa, según consta en la escritura pública número 821, otorgada el 26 de septiembre de 1944 en la Notaría Primera de Calarcá, acompañada a la demanda con su correspondiente nota de registro, y en que los demandados ocupan los terrenos sin título alguno inscrito y se niegan a entregarlos, alegando ser donatarios del vendedor del demandante, con quien no han celebrado ningún contrato.

Surtido el traslado legal de la demanda, los demandados la contestaron así: Francisco Restrepo oponiéndose a sus pretensiones por tener el dominio exclusivo de los inmuebles, que él ocupa "en virtud de que se ha considerado dueño de ellos, por cuanto su hijo Francisco Restrepo Santa dijo hacerle dación en pago de unas mejoras que tenía en una finca que le había asegurado, en confianza, y, además, por trabajos que le adeudaba su hijo por espacio de más de diez y seis años".

Por su parte, los otros demandados manifestaron que ellos no alegan propiedad sobre las fincas, cuyo dominio pertenece exclusivamente a Francisco Restrepo T., con quien han partido el café que producen durante más de tres años y medio, y que sobre esos lotes sólo tienen mejoras por haber plantado café, plátano, pastos y hecho arreglos considerables a la casa de habitación, mejoras éstas a que tienen derecho y cuyo pago reclaman.

Desarrollado sobre estas bases el litigio, el Juzgado del Circuito, en sentencia del 4 de febrero de 1946, decretó la reivindicación en la forma pedida y condenó a los demandados a restituír los lotes con sus frutos a partir de la contestación de la demanda, dos días después de que el demandante pague el valor de las mejoras, o sea la suma de veinte pesos. Sin costas.

Sentencia acusada

Sólo el demandado Jaime Restrepo Santa apeló del fallo del Juzgado, y surtidos los trámites del grado, el Tribunal Superior del Distrito de Pereira, en sentencia del 26 de agosto de 1946, confirmó la recurrida. También sin costas.

Recuerda el Tribunal para fundar su decisión que de los tres demandados, solamente Francisco Restrepo opuso al reivindicante una pretensión personal de dominio sobre los inmuebles; que los otros dos manifestaron que no tenían ánimo de dueño sobre ellos, que su dominio le corresponde exclusivamente a su padre codemandado, que Jaime Restrepo, único apelante de la sentencia del Juzgado, se concretó a alegar la plantación de algunas mejoras reduciendo sus pretensiones en el juicio al pago de ellas. Y concluye: "Habiéndose, pues, conformado el señor Francisco Restrepo con la aludida sentencia, y habiendo declarado los otros demandados que no poseían en nombre propio, sino en nombre y por cuenta del citado Francisco Restrepo, la orden de restituír, proferida contra éste, perjudica directamente

te a los que de él derivan su posesión, y por consiguiente, la apelación interpuesta por Jaime Restrepo es inadmisible e inocua en cuanto se relaciona con el reconocimiento del dominio en favor del demandante y se ordena a los poseedores la restitución de la finca. Quiere decir lo anterior que el estudio del Tribunal ha de concretarse a la cuestión de las mejoras que dijo haber plantado el señor Jaime Restrepo Santa". Y a este respecto llega el Tribunal a la misma conclusión de carencia de interés en el único apelante por haberse demostrado plenamente con la propia confesión de Jaime Restrepo que las mejoras a que se refiere fueron plantadas por cuenta y a expensas de su padre Francisco Restrepo, quien, por consiguiente, sería el único que podría reclamar sobre el particular y quien, como ya se vio, consintió la sentencia.

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso el apoderado del demandado Jaime Restrepo Santa el recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado.

Con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J. formula el recurrente varios cargos, de los cuales la Sala solamente considera uno por ser bastante para producir la casación reformatoria del fallo, y por dejar, dada la naturaleza de sus fundamentos, sin base ni utilidad las demás acusaciones de la demanda.

Este cargo consiste en que el Tribunal violó directamente el artículo 952 del C. C. al decretar contra los demandados Jaime Restrepo y su mujer Eva Tulia Cardona las obligaciones de restituír los inmuebles reivindicados y sus frutos, no obstante reconocer expresamente en su sentencia que ellos no son poseedores sino meros tenedores y trabajadores por cuenta de su padre Francisco Restrepo, que es el único poseedor, contra quien, por consiguiente, proceden las obligaciones referidas.

Considera la Sala:

La razón de este cargo aparece de los mismos términos de la sentencia acusada que acerca del punto en referencia contiene conclusiones sustancialmente contradictorias. En efecto: después de analizar el Tribunal la posición jurídica en que frontaron el juicio reivindicatorio los tres demandados, como se vio al principio de esta decisión, estudia probatoriamente el proceso y concluye que el único verdadero poseedor de los lotes de La Zulia y Alegrías es el demandado Francisco Restrepo, y que los otros dos son meros tenedores o trabajadores en las fincas por cuenta del primero, y quienes desde el comienzo manifestaron que carecían de toda pretensión de dominio sobre el fundo. En esta conclusión se basó para sostener la inmodificabilidad de la sentencia de primer grado por no haber sido recurrida por el único poseedor, vencido en la acción de dominio, a pesar de lo cual dejó viva la condena a restituír el fundo con sus frutos contra los tres demandados como si se tratara de tres coposeedores. Visible es en esta situación la ilegalidad que el recurrente le imputa a la sentencia porque los efectos jurídicos que se desprenden de la prosperidad de una acción reivindicatoria no dicen relación sino con el poseedor vencido, que es el contradictor legítimo al tenor del artículo 952 del C. C.

Las razones que respaldan esta acusación, que busca hacer desaparecer una incongruencia jurídica dentro de la misma sentencia, les restan significación y fundamento a los demás cargos por violación legal que trae la demanda, pues aceptando y sosteniendo la calidad de tenedor que al recurrente le atribuye la sentencia no puede atacar ninguna de sus conclusiones respecto del reconocimiento del dominio del actor, ni de las prestaciones deducidas contra el poseedor vencido, por carencia completa de interés jurídico para hacerlo. De la misma manera resulta infundado el ataque que se quiere hacer contra la prueba pericial para el avalúo de las mejoras, porque fundándose la sentencia en este particular en que Jaime Restrepo no es dueño de ellas por haberse realizado a cuenta y costo de su padre Francisco Restrepo, mientras no destruya esta base tampoco se le puede tener por legítimamente interesado para discutir la cuantía de una cosa que corresponde al poseedor vencido.

La circunstancia de haber recurrido en casación solamente Jaime Restrepo Santa no es óbice para que la reforma de la sentencia en que ha de culminar el recurso, por las razones antedichas, cobije a su mujer codemandada Eva Tulia Cardona, de idéntica condición y calidad jurídica a la suya en el juicio, por virtud del artículo 486 del C. J.

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 la sentencia recurrida del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira de fecha 26 de agosto de 1946, y reforma la de primera instancia pronunciada por el Juzgado del Circuito de Calarcá, el 4 de febrero de 1946, en el sentido de excluír de sus condenas a los demandados Jaime Restrepo Santa y Eva Tulia Cardona de Restrepo, a quienes se absuelve de todos los cargos de la demanda, dejándole subsistente en todo lo que respecta al demandado Francisco Restrepo T.

Sin costas, en las instancias ni en el recurso.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO, DE UNAS ADJUDICACIONES HECHAS EN JUICIO DE SUCESION, Y DE REIVINDICACION

Persiguiendo la acción personal de nulidad destruir el vínculo contractual formado entre los contratantes, debe ventilarse con las personas que concurrieron a la formación del vínculo según el principio de que en derecho las cosas se deshacen generalmente como se hacen, y porque naciendo de la declaración de nulidad, por efecto retroactivo que le corresponde, obligaciones entre los contratantes, desatar una controversia sin audiencia de éstos equivaldría a condenarlos sin ser oídos ni vencidos en juicio. La nulidad es una sanción civil impuesta por la ley a quienes no se sujetan a sus mandatos o burlan sus prohibiciones, que no puede producirse sino como consecuencia de los hechos taxativamente determinados por la ley como causas del fenómeno jurídico, entre las cuales no figura la venta de cosa ajena.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Los hechos en que enraiza este litigio, bien probados en el proceso, se pueden expresar sintéticamente así:

Nicasio López o Segura, dueño de un globo de erra denominado El Amé, ubicado en la fracón de San Bernardo, de la jurisdicción municial de Ibagué, por compra hecha a Juan de Jeus Clavijo en el año de 1896, falleció el 27 de arzo de 1922. En el Juzgado Primero Civil del rcuito de Ibagué se abrió su juicio de sucesión testada y en él se reconoció como interesados Carmen Díaz de López con quien se casó en 14, como cónyuge sobreviviente, y a Luis López az como único heredero en su calidad de hilegítimo, y en la partición correspondiente les adjudicado el terreno de San Bernardo en una ta de dos mil pesos a la primera y de tres mil segundo (1923). Muerta la viuda, en la liquidación de su herencia le fue adjudicado a su hijo su cuota en el referido inmueble.

Por medio de la escritura pública número 547 de 9 de agosto de 1940, otorgada ante el Notario Segundo del Circuito de Ibagué, Luis López Díaz vendió a Angel María Pérez el terreno de San Bernardo que había pertenecido a su padre. (1926).

El 15 de julio de 1898, por medio de la escritura otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Ibagué, Nicasio López Segura, soltero entonces, otorgó testamento público en el cual reconoció como sus hijos naturales a Trinidad, Florentina, Lastenia, Feliciana, María, Eduvigis, Concepción, Prudencio, Jacinto, Mamerto, Bethsabé y Sergio Bonillas, a quienes instituyó como sus herederos de sus bienes, entre los cuales enumeró el lote de El Amé.

En el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, a petición de Jacinto Bonilla López, como hijo natural del causante, se declaró abierto el juicio de sucesión testada de Nicasio López Segura (agosto de 1943), juicio éste que a pedimento de Luis López, hijo legítimo del difunto, se ordenó suspender y archivar por haberse demostrado que desde 1923 había sido liquidada legalmente la sucesión de López Segura. En la correspondiente providencia (octubre de 1943) advirtió el Juzgado que la ley concede otra clase de acciones para quienes se creen con derecho a los bienes de una sucesión liquidada definitivamente y en que fueron emplazados todos los interesados, pero que no es posible intentar una segunda causa mortuoria para distribuír nuevamente bienes que ya fueron adjudicados de acuerdo con la ley.

Fue entonces cuando dos de los hijos naturales de Nicasio López Segura, reconocidos en su testamento, Jacinto y Eduvigis Bonilla, por medio de apoderado, dieron nacimiento a este pleito demandando en juicio ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué (noviembre de 1943) a Angel María Pérez para que se declare:

a) "Que es nula y de ningún valor ni efecto la transmisión del dominio que reza el contrato

contenido en la escritura número 547 de 9 de agosto de 1940, otorgada ante el Notario Segundo de este Circuito, por la cual el doctor Luis López Díaz vendió al demandado Pérez el lote de terreno denominado El Amé....." y que en consecuencia se cancela la inscripción del título.

b) Que son nulas y sin ningún valor ni efecto las adjudicaciones de bienes hechas a Luiz López Díaz, en el sucesorio de Nicasio López Segura, de donde arranca el título del demandado, por haberse hecho a espaldas de los herederos testamentarios.

c) Que es ineficaz, por no provenir del verdadero dueño, la tradición de la mentada finca de El Amé hecha por Luiz López Díaz al demandado Pérez a título de venta, de que habla la citada escritura número 547.

d) Que el inmueble aludido, con sus anexidades y mejoras, alinderado como se dice, pertenece a la sucesión testada de Nicasio López Segura, y que, por tanto, el demandado debe restituírlo a la citada sucesión representada por los herederos testamentarios, con sus frutos y dentro del término legal.

Los hechos fundamentales de esta acción los reduce el actor a afirmar que la finca que pretende reivindicar pertenece a la sucesión en cuyo interés demanda, que el demandado Pérez la posee por haberla comprado a López Díaz que no tenía facultad para venderla, por lo cual su posesión no es justa ni legal, ni le confiere, por tanto, capacidad para ganarla por prescripción, y que pudiéndose acreditar con el solo testamento otorgado por López Segura su calidad de herederos, tienen perfecto derecho para defender los bienes de la sucesión de su padre.

El demandado se opuso a las pretensiones de la demanda, que califica de fantástica, injusta y temeraria; manifiesta que sus llamados hechos no son tales, y alega las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda por ilegal acumulación de acciones y prescripción ordinaria.

Desarrollado sobre estas bases el litigio, fue decidido en primer grado en sentencia de 13 de agosto de 1945 en que se denegaron las declaraciones solicitadas en la demanda. Sin costas.

Sentencia acusada

Apelada esta sentencia por ambos litigantes—el actor por concepto de costas, — el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué la reformó en la suya de 29 de mayo de 1946, en el sentido de declarar probada la excepción perentoria de petición de modo indebido, y absolver, en consecuencia, al demandado de todos los cargos de la demanda. También sin costas.

Los motivos de este fallo pueden sintetizarse así:

Las dos acciones de nulidad incoadas, — la de las adjudicaciones hechas a Luis López Díaz en el juicio de sucesión intestada de su padre Nicasio López Segura y la de la compraventa hecha por aquél al demandado Pérez, — son improcedentes por dos razones: toda nulidad debe discutirse con audiencia de quienes intervinieron en el acto o contrato que quiere invalidarse, y aquí se echa de menos a López Díaz, que intervino en la partición, sometida al régimen contractual para efecto de nulidades, y en la venta contenida en la escritura número 547. Y porque no se ha probado ni existe ningún motivo de los que conforme a los artículos 1740 y 1741 del C. C. engendran nulidad, "pues no puede considerarse como tal el hecho de venderse una cosa que no pertenece al vendedor".

Respecto de la acción reivindicatoria, que el Tribunal no estima como subordinada o consecuencial de las de nulidad, sino como la principal que al heredero confiere el artículo 1325 del C. C., razona así la sentencia:

El testamento es un acto dispositivo de bienes que no tiene efecto sino después de muerto el testador con la condición de que no pugne con determinadas disposiciones legales, como las referentes a asignaciones forzosas. Los hijos naturales, reconocidos testamentariamente en 1898 por Nicasio López Segura, nacieron antes de la ley 45 de 1936, de modo que son legalmente excluídos de la herencia paterna por el hijo legítimo López Díaz. Pero no completamente, porque si el legitimario corresponden las tres cuartas partes de los bienes herenciales por legítima y mejoras, la asignación testamentaria a favor de los hijos naturales sobre el lote de El Amé "debe interpretarse como un acto de voluntad de favorecerlos con la cuarta parte de libre disposición sobre el mismo terreno". Esta cuota equivalente a la cuarta parte del inmueble debe volver a la sucesión para repartirse entre los asignatarios designados en el testamento Sin embargo de esto, no es posible decretar la restitución parcial del predio "porque es condición indispensable para la prosperidad de la acción reivindicatoria, que

reivindicante sea dueño exclusivo de la cosa que pretende reivindicar, pues si demanda la restitución de un cuerpo cierto como es el caso y sólo demuestra que es dueño de una cuota, se impone el reconocimiento de la excepción correspondiente, porque lo contrario equivaldría a cambiar el objeto de la demanda".

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso el apoderado de la parte demandante el recurso de casación que hoy se decide al término de la actuación correspondiente.

Con apoyo en la primera de las causales del artículo 520 del C. J. formula el recurrente dos cargos: uno en relación con las nulidades y el otro con la acción de dominio.

Acerca del primero,, dice el recurrente que al entender el Tribunal que la invalidez del contrato recogido en la escritura 547 de agosto de 1940 y la nulidad del juicio de sucesión de Nicasio López Segura, en que se hicieron las adjudicaciones que constituyen el título del demandado,, solamente puede decidirse con audiencia de quienes intervinieron en dichos actos, viola el artículo 2º de la ley 50 de 1936 que otorga la acción a todo el que tenga interés en la nulidad, y al no decretar ésta y la consecuencial restitución quebrantó los artículos 6, 15, 16, 740, 741, 742, 745, 749, 752, 673, 946, 950, 952, 1055, 1127, 1037, 1405, 1325, 1519, 1523, 1740, 1741, 1748 del C. C., y 457, 471, 472, 473 y 593 del C. J.

Y en la siguiente forma expresa su disconformidad conceptual en que quiere fundar su acusación: "La nulidad impetrada en la demanda, en relación con el contrato no se refiere, ni se funda, en hechos anteriores o preexistentes al contrato mismo, ni proviene de falta de capacidad, consentimiento, de objeto o de causa ilícitos, o de omisión de formalidades sustanciales en el otorgamiento del título o en el perfeccionamiento del modo. Ella tiene relación con el dominio que mediante dicho título se pretendió dar al demandado, y que como es obvio no podía otorgárselo, porque nadie puede transmitir lo que no tiene. Eso explica el por qué la demanda claramente pide que se declare nula, o sin ningún valor, dicho contrato o la tradición pretendida otorgar al comprador (sic). Y en cuanto a la nulidad de las adjudicaciones hechas en el juicio de sucesión de Nicasio López Segura, lo que ha postulado el libelo es que la sentencia aprobatoria de la partición y ésta misma, son inválidas por cuanto fueron dictadas en un juicio de sucesión absolutamente nulo por adolecer de un vicio substancial como lo era el cumplimiento de la voluntad del testador, que no podía invalidarse sino por motivos legales..."

Respecto de la acción reivindicatoria del predio El Amé, denegada en la sentencia por indebidamente pedida, dice el recurrente que el Tribunal violó los artículos 946, 949, 950, 952, 1008, 1009, 1012, 1013, 1037, 1052, 1055, 1127, 1155, 1265, 1270, 1274, 1226, 1239, 1240 del C. C., 85 de la ley 153 de 1887, la ley 45 de 1936, y 210, 329, 343, 53, 597, 603, 604, 630, 632, 693 y 730 del C. J.

Da como razones del cargo que el Tribunal cree que basta que no se deje lo que por ley corresponde a un legitimario para desestimar e invalidar el testamento sin necesidad de acudir a su reforma, negándole su mérito intrínseco y su calidad de prueba del dominio, y explica: "En el momento en que fue otorgado el testamento el causante podía disponer de la totalidad de los bienes a favor de sus hijos naturales, ya que entonces no tenía más herederos legales. El nacimiento del nuevo legitimario por virtud de la legitimación mediante el matrimonio con Carmen Díaz habría podido dar lugar a una reforma voluntaria de su testamento si hubiera querido hacer partícipe al nuevo legitimario del derecho a las tres cuartas partes de la herencia, sin necesidad de acudir a la reforma del testamento. El caso es que no procedió así y dejó intacta su primera voluntad. Por consiguiente, no acudiendo la ley en favor del nuevo legitimario sino para prescribir que de todos modos tiene derecho a su legítima, como lo expresa el artículo 1276 del C. C., pero mediante la acción de reforma del respectivo testamento, no se ve cómo puedan asignársele tres cuartas partes de la herencia estando de por medio un testamento que mientras no sea invalidado es la única ley a la cual podía someterse dicha sucesión".

Considera la Sala:

En presencia de demandas de casación en que se hace amontonadamente la cita irrazonada de las disposiciones legales de cuya violación se acusa la sentencia, sin método ni orden en la exposición conceptual destinada a demostrar los desajustes legales de la decisión, la única manera de estudiar el recurso es considerar la legalidad de la sentencia en sí misma a la luz de los hechos

fundamentales y acciones incoadas en la demanda que le sirve de base, para no exponerse a perder el terreno de la controversia siguiendo sin ninguna utilidad los innúmeros caminos divergentes que trazan los textos de la ley citados inconsideradamente.

Dentro del temario de la sentencia y con respecto a las acciones de nulidad en ella estudiadas se recuerda que su denegación se fundó en que no fueron demandados ni citados al juicio todos los que intervinieron en el acto y en el contrato cuya invalidez se demanda, y en que el hecho de no pertenecer al vendedor la cosa vendida, que fue el único fundamento alegado, no es jurídicamente generador de la nulidad. Ambas razones son legalmente perfectas. La primera, porque persiguiendo la acción personal de nulidad —destruír el vínculo contractual formado entre los contratantes— debe ventilarse con las personas que concurrieron a la formación del vínculo según el principio de que en derecho las cosas se deshacen generalmente como se hacen, y porque naciendo de la declaratoria de nulidad, por el efecto retroactivo que le corresponde, obligaciones entre los contratantes, desatar una controversia sin audiencia de éstos, equivaldría a condenarlos sin ser oídos y vencidos en juicio. Y la segunda, porque la nulidad es una sanción civil impuesta por la ley a quienes no se sujetan a sus mandatos o burlan sus prohibiciones, que no puede producirse sino como consecuencia de los hechos taxativamente determinados por la ley como causas del fenómeno jurídico, entre los cuales no figura la venta de cosa ajena.

Pues bien: ninguno de estos dos soportes del fallo se afectan en lo más mínimo con las acusaciones que trae la demanda de casación en torno a la negativa de los pedimentos de nulidad. Por el contrario, la exposición del recurso al respecto refuerza la decisión denegatoria, porque ella en realidad lo que hace es desintegrar la figura de la nulidad. En efecto: si la nulidad impetrada, como lo dice la demanda, no se funda en ningún hecho antecedente al contrato, ni proviene de falta de capacidad, vicios del consentimiento, ni de ilicitud en su causa y objeto, ni de omisión de formalidades sustanciales, esto es, que la ley prescribe en consideración a su naturaleza, no hay materia para hablar de nulidad". "Es natural suponer —añade el recurrente— que no es nulidad en el sentido que lo entiende el sentenciador, sino nula en cuanto dicha venta debe considerarse realizada por quien no era dueña"; pero como nulidad, en derecho, no tiene sino un sentido esencial y restricto, expresamente excluído para la venta de cosa ajena por el artículo 1871 del C. C., el cargo resulta insignificante y baldío.

Centrado así el recurso en lo atinente a las acciones de nulidad, ya se ve cómo el cargo por violación de los treinta artículos que al respecto se citan como infringidos, queda en el vacío.

Y lo propio acontece con las treinta y dos disposiciones que se señalan como quebrantadas por el Tribunal en la parte de su sentencia destinada a resolver la acción de dominio sobre el predio de El Amé, porque aquí también la acusación anda descaminada y los cargos carecen de incidencia en el recurso. Se trata, según los términos inequívocos de la demanda y la sentencia, de una acción real reivindicatoria, principal y directa, que es la que legalmente corresponde al dueño de una cosa singular o de una cuota determinada proindiviso en una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla. Dentro de este planteamiento, objetivamente delimitado por la naturaleza de la acción incoada y los hechos que le sirven de base, claramente resalta la inconducencia de las cuestiones planteadas como materia de los cargos pues el punto sobre exclusión o concurrencia de herederos de Nicasio López Segura; o sobre si la sucesión de este causante ha debido ser legítima testamentaria o mixta; o sobre limitación de la libertad de testar por menoscabo de las asignaciones forzosas, que el Tribunal trató con notoria improcedencia, y que son cuestiones para controvertir en una acción de reforma del testamento de que aquí no se trata ni puede tratarse, no influyen en nada para desatar con acierto la reivindicación del predio de El Amé, porque habiéndose liquidado la sucesión hereditaria de Nicasio López Segura en juicio legalmente surtido y protocolizado, mientras no se invalide judicialmente la partición y adjudicación de los bienes allí distribuídos, y el juicio mismo, no puede decirse que exista la sucesión en cuyo nombre se ha demandado la restitución del inmueble, ni el testamento de Nicasio López constituye por sí mismo título de propiedad sobre la finca, que en ninguna forma pudiera prevalecer sobre la adjudicación hecha en legal forma a Luis López D. como hijo legítimo del difunto y causante vendedor del demandado Pérez.

Con apoyo en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 29 de mayo de 1946, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas.—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez — Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

EL ERROR EN EL NOMBRE DE LA VICTIMA COMO CAUSAL DE NULIDAD

Cuando la ley se refiere al error en el nombre de la víctima como causal de nulidad, lo hace con el objeto de proteger las bases necesarias para el correcto procedimiento en la configuración jurídica de la sentencia como la certeza de identidad en los sujetos activo y pasivo del delito. Cuando quiera que haya una sombra de duda en estos dos términos, la nulidad se hace indubitable, puesto que se levanta sobre bases deleznables la arquitectura inculpativa del proceso penal. La nulidad estatuída por la ley tiene dos fases: una adjetiva o formal y otra sustantiva o esencial. La fase formal se refiere a la simple diferencia gramatical de sílabas o palabras en el nombre o apelativos determinantes del sujeto. Esta discrepancia no puede ser causal de ningún tropiezo procedimental puesto que encarnará no sólo una irregularidad de carácter meramente adjetivo, la cual no sólo puede traerse al proceso sino cometerse dentro del mismo por equivocaciones fáciles que pueden referirse hasta a simples errores en la escritura a mano o en máquina. Pero, en cambio, cuando esa discrepancia de nombres contiene un error que presente dudosa e incierta la identidad del sujeto en unión de otros indicios puntualizadores de la equivocación, entonces ya no se tratará de un error formal sino de una equivocación sustancial que desintegra la ecuación identificativa sobre la cual se basa la acción incriminadora del proceso penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero diecisiete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El doctor Pablo Salah Villamizar, como apoderado de Inés Rodríguez Quiroga viudad de Suárez, solicita se case la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veintiuno de mayo del año próximo pasado por medio de la cual se condenó a su poderdante a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de homicidio de que fue víctima Luis Alfonso Garzón.

Como fundamento de su demanda presenta la causal cuarta de casación que se refiere a la violación de la ley procedimental por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

El peticionario afirma que en todo el trámite de la sumaria y en el llamamiento a juicio se incurrió en error relativo al nombre de la víctima equivocación que surge de la diferencia de nombres entre la partida de nacimiento del occiso y el nombre con que lo conocieron algunos de su amigos igual al que aparece en la partida de defunción.

En efecto, la partida de nacimiento del occis dice que Garzón se llamaba Abraham y no Lu Alfonso como aparece determinado a lo largo d proceso.

Sin embargo, con fundamento en las declar ciones de la madre del muerto, de varios de s amigos, y por las argumentaciones del mismo s ñor apoderado, se llega a la conclusión de que en realidad hay discrepancia entre la partida nacimiento y las demás pruebas allegadas al formativo respecto del nombre —no del apel do— de la víctima, esta diferencia no hace b mosa ni oscura la identidad del muerto.

Cuando la ley se refiere al error en el nom de la víctima, como causal de nulidad, lo h con el objeto de proteger las bases necesa para el correcto procedimiento de la config ción jurídica de la sentencia como la certeza identidad en los sujetos activo y pasivo del lito. Cuando quiera que haya una sombra de d en estos dos términos, la nulidad se hace ind table, puesto que se levanta sobre bases dele bles la arquitectura inculpativa del proceso

nal. La nulidad estatuída por la ley tiene dos fases: una adjetiva o formal y otra sustantiva o esencial. La fase formal se refiere a la simple diferencia gramatical de sílabas o palabras en el nombre o apelativos determinantes del sujeto. Esta discrepancia no puede ser causal de ningún tropiezo procedimental puesto que encarnará sólo una irregularidad de carácter meramente adjetivo, la cual no sólo puede traerse al proceso sino cometerse dentro del mismo por equivocaciones fáciles que pueden referirse hasta a simples errores en la escritura a mano o en máquina. Pero en cambio cuando esa discrepancia de nombres contiene un error que presente dudosa e incierta la identidad del sujeto en unión de otros indicios puntualizadores de la equivocación, entonces ya no se tratará de un error formal sino de una equivocación sustancial que desintegra la ecuación identificativa sobre la cual se basa la acción incriminadora del proceso penal.

En el caso presente las pruebas demuestran que se trata tan sólo de una discrepancia formal. En efecto, la propia madre del ofendido declara que su hijo **Abraham** murió a consecuencia de nas heridas que le ocasionó Inés Rodríguez Quioga víuda de Suárez, en el sitio y fecha en que stá comprobado se cometió el ilícito, pero aclara ue usó el nombre de **Luis Alfonso,** a causa de ue el nominativo de Abraham se prestaba a uívocos burlones por parte de sus amigos, cirunstancia que dada su sensibilidad lo determinó cambiárselo.

Varias otras declaraciones afirman el cambio Garzón, en cuanto a su nombre de Abraham r el de Luis Alfonso, con la afirmación de que mismo sujeto, llámese por cualquiera de los s nombres fue el que murió a manos de Inés dríguez Quiroga y en las circunstancias prodas en el sumario.

El señor Procurador dice en su concepto:

"Si, pues, en el presente asunto las pruebas del expediente y la propia confesión de la acusada establecen la existencia del homicidio en la persona de Luis Alfonso Garzón; si éste llevaba como nombre de pila "Abraham", pero después lo cambió por Luis Alfonso; y si uno y otro nombres corresponden a una sola persona, plenamente identificada en su existencia física, esto es, a la que fue muerta por la Rodríguez, resulta por demás claro que la infracción aparece puntualizada en todos sus elementos y que no es posible cometer ningún error ni ninguna injusticia contra la autora de ese delito.

"La Rodríguez causó la muerte de su amante Garzón, hecho no discutido por nadie, y de esta muerte está cabalmente respondiendo ella, aunque hubiera disparidad de nombres en el modo de llamar a su víctima.

"En tal virtud, la causal cuarta no tiene fundamento".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador, NO CASA la sentencia de veintiuno de mayo del año próximo pasado proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se condenó a Inés Rodríguez Quiroga viuda de Suárez a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en la persona de Abraham o Luis Alfonso Garzón.

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

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

REQUISITOS ESENCIALES PARA QUE HAYA DELITO DE CARACTER MILITAR

1.—Examinando la Corte lo dispuesto por los artículos 170 de la Constitución Nacional y 140 de la Ley 3ª de 1945 afirmó que eran requisitos esenciales para tomar un acto ilícito como infracción de carácter militar, los siguientes:

a) Que la violación la lleve a cabo un militar, o un civil al servicio de las fuerzas militares;

b) Que se viole la ley penal militar;

c) Que en el sitio donde se cometa la infracción se hallen establecidas o ACTUEN fuerzas militares, y

d) Que el delito se cometa con ocasión del servicio militar o por funciones inherentes a su cargo.

2.—La prerrogativa constitucional que tienen los funcionarios civiles para requerir la colaboración de las fuerzas armadas no se ejerce únicamente cuando ha habido una declaración de estado de sitio o de perturbación del orden público; es suficiente que dichas autoridades presuman que puede presentarse una situación anormal, como en los casos de conflictos sociales, para que hagan intervenir las fuerzas armadas con el objeto de cumplir la misión de preservar ese orden, misión que no es de exclusivo carácter policivo sino también militar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

En la investigación adelantada en el Municipio de Guaca, por la muerte violenta que sufrió el doctor Alfonso Villamarín Gallo, la que tuvo ocurrencia en aquella población el día veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y seis y de la cual se sindica al cabo del ejército señor Víctor Manuel Gómez Mora, el señor Juez del Circuito de San Andrés a quien correspondió conocer del asunto, con fecha noviembre diez y seis del mismo año, se pronunció así:

"Teniendo en cuenta la naturaleza del hecho grave investigado en este sumario, el territorio en que fue consumado, la calidad del sindicado (suboficial del Ejército Nacional) y los artículos 5º, 6º, 7º y 198 de la Ley 3ª de 1945, se ordena remitir, por competencia este proceso y los elementos de que trata el precedente recibo, al señor Juez Militar de la Quinta Brigada, Comando Superior de Bucaramanga".

Por su parte, el Juzgado Militar de la Quinta Brigada del Ejército decidió considerar el auto del Juez de San Andrés como provocación de una colisión de competencias, hecha de oficio, rechazando el conocimiento en los términos que para mayor claridad se transcriben a continuación:

"Siguiendo el orden empleado por el funcionario que primero se abstuvo del conocimiento, se hará la refutación a cada uno de los tópicos de su argumentación: a) Atendiéndose a la descomposición del acto punible en alusión a sus elementos constitutivos, tal infracción es estrictamente común o se halla prevista en el artículo 362 del Código Penal o de la Ley 95 de 1936. No se trata, pues, del hecho contenido en la disposición 198 del Código Militar o Ley 3ª de 1945, si se analiza bien el servicio o la función que tuvo el señor Víctor Manuel Gómez Mora el domingo veintisiete de octubre del corriente año, que es sencillamente de aspecto policivo, al no olvidar que se encontraba apenas en comisión de orden público, en Guaca (Santander del Sur), el Cuerpo del Ejército Nacional de que él hacía parte. De manera que el ejercicio a que se refiere la última norma pertenece a la índole rigurosamente militar y no al trabajo extraño a su verdadera destinación y que pudiera adscribírsele por la administración. Se sabe también que en aquel sector del Departamento no estaba turbado el orden público cuando se consumó el acto punible y que las autoridades judiciales del precitado lugar funcionaban normalmente. b) El territorio donde

cometió el homicidio es de la jurisdicción ordinaria, ya que la calle en tiempo de normalidad legal no depende de la militar (sic), ni se registró este hecho en sección alguna del Ministerio de la Guerra. c) La calidad del sindicado o agente Víctor Manuel Gómez Mora, suboficial o Cabo Segundo del Ejército Nacional, no exime la ejecución de actos infractores del Código Penal común. Los militares son tan responsables de los delitos previstos en la Ley 3ª de 1945 como de los comunes de la 95 de 1936. d) Por lo que hace al artículo 5º de la Ley 3ª de 1945, la jurisdicción militar debe ejercerse dentro de las condiciones señaladas en el precepto 170 de la Constitución Nacional y en el estatuto especial de su propio fuero. e) Por lo tocante al artículo 6º de la prenombrada Ley 3ª de 1945, hay una regla por así expresar, como la primordial para concluírse que la competencia en el conocimiento del homicidio en la persona del doctor Alfonso Villamarín Gallo, corresponde a la Justicia Ordinaria: consiste en que se requiere la reunión de los tres elementos de la calidad del agente, del hecho y del lugar en que éste se comete, para que pueda ejercerse la jurisdicción militar por las entidades y funciones enumeradas en la disposición que inmediatamente le precede. Faltando uno de ellos, se aparta el conocimiento de la Justicia Militar para pasarse a la ordinaria. En el caso determinado o en concreto del homicidio del doctor Villamarín Gallo, los pormenores del hecho están faltando para que fuera de la competencia militar su conocimiento, pues ya se vio que el acto se halla previsto en el artículo 362 del Código Penal común y que el punto donde se le cometió no hace parte de cuanto comprende el Ministerio de Guerra. Es suficiente fijarse (sic) la atención en la simple redacción del artículo 6º en referencia, en que la conjunción "y" copulativa tiene por oficio unir, a diferencia de la disyuntiva "o" que separa. De lo contrario se permitiría el medio más expedito para usurparse constante jurisdicción entre los dos fueros: el militar y el común. f) En cuanto al artículo 7º de la susodicha ley 3ª de 1945 es de observarse que explica con lógica adoptada lo que se entiende por cada uno de los elementos exigidos, y al ocuparse del hecho en el inciso b), precisamente cuando deja el juzgamiento de los actos comunes cometidos por los sujetos del Ejército a la jurisdicción militar, pone la condición de que sea en tiempo de guerra o conflicto armado o turbación del orden público, agregándose "si en los respectivos lugares no están funcionando normalmente las autoridades del orden judicial." Lo que aclara por completo el aspecto del conocimiento. g) Poniendo en relación el precepto constitucional 170 y el artículo 198 de la Ley 3ª de 1945 se establece un constitutivo (sic) muy importante en la infracción penal militar, cual es el del servicio que se preste por el agente de ella o el sujeto del Derecho. El H. Consejo de Estado, en sentencia de 17 de junio de 1938 (Anales, número 266, página 320) define así: "El acto de policía se caracteriza por el efecto jurídico que produce. Es una operación que asegura, por vía general e individual, preventivamente y gracias a medidas apropiadas, la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, evitando atentados contra los derechos y propiedades de los individuos que podrían sobrevenir por defecto de tranquilidad, seguridad o salubridad." En cambio, el servicio a que ha sido destinado el Ejército es el de la defensa de la Nación, mediante su permanente preparación para la guerra contra otro país que vulnere su derecho. La función policiva que de modo transitorio se le encomiende no puede sustraer nada de la naturaleza de su esencial creación y organización. La misión de la conservación del orden interno, es de origen policivo; el mantenimiento del respecto externo o del inherente a defensa misma de la Nación, compete al Ejército Nacional. En forma ya excepcional se ha dedicado toda la fuerza pública a la función de la prevención de los delitos y de las simples contravenciones. Y si se sostuviera que al Ejército le corresponde también la finalidad de la Policía, entonces se deduciría que no existe sino un solo cuerpo armado encargado de la vigilancia interna de los habitantes para la protección de la integridad personal y de sus bienes, lo cual no se acomodaría al régimen constitucional vigente, de modo exacto.

La H. Corte Suprema de Justicia en su Jurisprudencia ha delimitado muy bien la competencia tanto de los Jueces comunes, como de los militares, interpretando con alcance restrictivo el artículo 170 de la Constitución Nacional. En tiempo de paz o mientras ejerzan con normalidad todas las autoridades, cada fuero conoce de los asuntos que le son peculiares. De ahí que quienes no sean militares se sometan a la Justicia Ordinaria, al no presentarse la situación en que deba aplicarse el inciso c) de la parte sobre calidad del agente de que trata el artículo 7º de la Ley 3ª de 1945, que dice: "Contra los particulares que en tiempo de guerra, conflicto armado o de tur-

bación del orden público, cometan alguno de los delitos señalados en este Código".

"Por consiguiente, ha surgido la colisión de competencias entre un juez común y uno militar, la que debe resolver la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, de conformidad con los artículos 42 del C. de Procedimiento Penal y 11 de la Ley 3ª de 1945".

Se considera:

En providencias anteriores de esta misma Sala, examinando precisamente lo dispuesto por los artículos 170 de la Constitución Nacional y 140 de la Ley 3ª de 1945 se afirmó que eran requisitos esenciales para tomar un acto ilícito como infracción de carácter militar, los siguientes:

a) Que la violación la lleve a cabo un militar, o un civil al servicio de las fuerzas militares;

b) Que se viole la ley penal militar;

c) Que en el sitio en donde se cometa la infracción se hallen establecidas o **actúen** fuerzas militares; y

d) Que el delito se cometa con ocasión del servicio militar o por funciones inherentes a su cargo.

Conviene, para aclarar bien el sentido de la presente providencia, examinar a grandes rasgos los sucesos del día veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y seis ocurridos **en la población** santandereana de Guaca y a consecuencia de los cuales se ha sindicado al Cabo del Ejército Nacional, señor Víctor Manuel Gómez Mora, como autor de la muerte del doctor Alfonso Villamarín Gallo.

Refieren las diligencias investigativas que en las primeras horas de la noche del 27 de octubre del año próximo pasado, se encontraba el doctor Alfonso Villamarín Gallo reunido con otros señores en una tienda situada en la plaza de la población de Guaca, tomando licor; que al calor de la conversación, en forma impensada, sin motivo que justificara esa actitud, el propio doctor Villamarín Gallo salió a la puerta del establecimiento en que se encontraba y disparó su revólver al aire, volviendo en seguida a penetrar al lugar en donde compartía con sus contertulios. Como por motivos de orden público y a solicitud de las autoridades civiles, el señor Comandante de la 5ª Brigada de las Fuerzas Militares había destacado una comisión de tropa perteneciente al Batallón de Infantería número 14 "Ricaurte", para que en la dicha población de Guaca previniera posibles desórdenes "con motivo de la exaltación de los ánimos allí reinantes", al oír el disparo producido por el doctor Villamarín Gallo, algunos soldados al mando del Cabo Gómez Mora, en cumplimiento de su misión preventiva del orden para la cual se les había designado, decidieron salir a la plaza pública en busca del motivo que pudiera estar perturbándolo. Una vez averiguado que el doctor Villamarín Gallo había hecho un disparo al aire y que esta situación se había producido seguramente por su estado de embriaguez, decidieron desarmarlo, cosa que no fue posible obtener y a la cual se resistió de distintas maneras hasta lograr salir a la plaza pública en plena oscuridad aquella noche. En su persecución los soldados, se produjeron algunos disparos y se sorprendió al doctor Villamarín Gallo en estado francamente agónico, atravesado por una bala al parecer hecha con "fusil modelo", instrumento que fue disparado por el Cabo Gómez.

A fls. 241 v. y 242, se encuentra un **certificado** expedido por el Comando de la 5ª Brigada de las Fuerzas Militares, en el cual se lee en el punto 6º, lo siguiente:

"6º El día veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, el Cabo 2º Víctor Manuel Gómez M., era miembro activo del Ejército de Colombia y se encontraba prestando sus servicios en Comisión de Orden Público en el Municipio de Guaca, Departamento de Santander".

Con el anterior antecedente se demuestra de manera plena que el Cabo 2º Víctor Manuel Gómez M. era miembro en ejercicio del Ejército de Colombia y por este solo aspecto puede ya considerarse comprobado uno de los requisitos esenciales relativos a la condición personal del sujeto activo del delito para los efectos de la competencia.

El homicidio que se imputa al cabo Gómez Mora, está previsto por el artículo 198 del Código de Justicia Militar (Ley 3ª de 1945). En nada se diferencia un homicidio cometido por un civil de cometido por un militar si no es por la simple modalidad de que el segundo está investido de un cargo público dentro de la jerarquía militar. No es exacta, por consiguiente, la afirmación del señor Juez militar que en su providencia afirma que el delito de homicidio a que se refieren estas diligencias no es de carácter militar sino común porque está previsto, según él, en el artículo 363 del C. P. común y no en el 198 del Estatuto Penal Militar, pues, realizado por un elemento no

litar que estaba en cumplimiento de un servicio militar, el hecho se desplaza para los efectos de la competencia, de la ley ordinaria, a la ley especial que consagra el fuero judicial para los militares, cumpliéndose de esta manera el segundo requisito para que el hecho asuma el carácter de delito militar que debe ser juzgado por las correspondientes autoridades militares.

Ahora bien, que el delito se cometió en ejercicio de funciones de carácter militar, es un hecho incuestionable en el caso que se analiza. En efecto, con fecha 14 de diciembre de 1946, el Coronel Comandante de la 5ª Brigada, expidió con destino al señor Juez militar correspondiente, la siguiente **Certificación:**

"1º Que durante los días domingo y lunes, veintisiete y veintiocho del mes de octubre del presente año, se hallaba en la población de Guaca una comisión de tropa perteneciente al Batallón de Infantería número 4 "Ricaurte" establecida en ese Municipio por orden de este Comando y a solicitud de las autoridades civiles por motivos de orden público y para prevenir posibles desórdenes con motivo de la exaltación de los ánimos allí reinante.

"2º Que por hallarse en esta clase de servicios, el Comandante de toda comisión está en la obligación de prestar apoyo a las autoridades civiles cuando éstas así lo solicitaren.

"3º Que no está en conocimiento de este Comando que haya habido turbación del orden público en los días citados en la población de Guaca, pero la tropa allí acantonada estaba sujeta a prestar los servicios demandados por las autoridades civiles".

La anterior certificación está demostrando con evidencia, que la tropa acantonada en Guaca aun cuando prestaba servicio de orden civil, ellos deben entenderse dentro de la función estrictamente militar por cuanto el Ejército de la República cuando cumple misiones de esta naturaleza, lo hace en obedecimiento de terminantes disposiciones de la Constitución Nacional, sin que esa misión pueda entenderse desvinculada de las funciones propias de la institución militar. Y ello es así aun cuando el orden público no se halle perturbado ni se haya declarado el estado de sitio. El señor Juez militar al hablar de este aspecto de la cuestión, considera que la función o servicio prestado por las fuerzas militares no pueden considerarse como propias de la naturaleza misma de la institución durante las épocas de normalidad, pero olvida que el artículo 195 de la Constitución Nacional da a los Gobernadores la facultad "de requerir el auxilio de la fuerza armada, y el Jefe Militar obedecerá sus instrucciones", y esto es así porque la función de las fuerzas armadas no consiste solamente en la defensa exterior de la Nación sino en la defensa interna del orden público y de las instituciones patrias. Por tanto, cuando esta clase de misiones se llevan a término, es indudable que las fuerzas armadas están cumpliendo rigurosamente una función del servicio de carácter militar. Y que el Jefe Militar a quien se le piden estos servicios no se puede negar a ellos es cuestión que está prevista por la ley 3ª de 1945 que en su artículo 214, dispone: "El que ejerciendo mando y requerido legítimamente por autoridad competente para un asunto relacionado con el **orden público** o **social,** niegue o retarde sin causa justificada el apoyo que se le solicite, incurre en prisión de seis meses a tres años." La prerrogativa constitucional que se da a los funcionarios civiles para requerir la colaboración de las fuerzas armadas no se ejerce únicamente cuando ha habido una declaración de estado de sitio o de perturbación del orden público, es suficiente que las dichas autoridades presuman que puede presentarse una situación anormal, como en los casos de conflictos sociales, para que hagan intervenir las fuerzas armadas con el objeto de cumplir la misión de preservar ese orden, misión que no es de exclusivo carácter policivo sino también militar, como antes se vio.

Estas mismas ideas fueron ya expuestas, con el mismo sentido, por esta Sala de la Corte, en caso muy similar al presente, en auto que fue proferido con fecha tres de febrero de mil novecientos cuarenta y siete.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, dirime la colisión de competencias a que se refiere el presente asunto, en el sentido de que el conocimiento corresponde al señor Juez Militar de la 1ª y 5ª Brigadas, residente en Bucaramanga.

En consecuencia, devuélvanse las presentes diligencias al señor Juez Militar de Bucaramanga y dése cuenta al señor Juez del Circuito de San Andrés.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL Y SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

El contenido del fallo que declara prescrita la acción penal determina la inmediata desintegración del proceso, por una causal establecida por la ley penal con un carácter formal, esto es, sin haber escudriñado y debatido ampliamente la inocencia o culpabilidad del acusado, decidiendo automáticamente por imperativo de la misma la terminación de la fuerza impulsadora de la acción penal. Esto es, el legislador con un criterio de economía procesal, de certidumbre real y jurídica de los fallos que deban dictarse y queriendo amparar la seguridad del conglomerado y a la vez la tranquilidad del individuo que se ve envuelto en un litigio de carácter penal, ha querido establecer que transcurrido cierto tiempo y llenados ciertos requisitos, la acción penal se agote automáticamente, aunque las bases sobre las cuales haya corrido, tengan suficiente fuerza incriminadora en contra del acusado. El transcurso de tiempo para la prescripción de la acción penal lo reputa la ley como suficiente para que dentro de él se produzca el hecho de tornarse brumosos y débiles los cargos y pruebas que deban aducirse y desvanecida y olvidada la impresión de los hechos que conturbaron la tranquilidad social. Para nada se entra a averiguar o calificar la responsabilidad del acusado. La ley mira un simple lapso de tiempo y ordena la prescripción de la acción penal. Por esta razón siempre que en un determinado caso —a pesar de que se haya cumplido la prescripción— por el estudio claro del proceso se llegue a la conclusión de que éste no podía iniciarse o proseguirse en virtud de no existir la más mínima huella de haberse cometido la infracción denunciada o de ser inocente el acusado, el Juzgador debe declararlo así por encima de cualquiera otra consideración, teniendo en cuenta un elemental criterio de equidad y de justicia, autorizado ampliamente por la misma ley penal (artículo 153).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El doctor Luis E. Bonilla Plata denunció criminalmente al doctor Teodomiro Calderón Domínguez, Juez 1º del Circuito Penal de Cali, como autor de un delito de prevaricato, en el proceso penal adelantado por estafa contra el doctor Eduardo Garrido Campo. Dicha acusación se inició el día 13 de junio de 1940.

En relación con este proceso el cual se adelantó con mucha lentitud y descuido, el Tribunal Superior de Cali, en providencia que lleva fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, después de haber analizado pormenorizadamente los diversos incidentes planteados en las diligencias, previa demostración de la calidad de Juez que ostentaba el doctor Calderón Domínguez, declaró prescrita la acción penal y ordenó consultar ese fallo con la Corte Suprema de Justicia.

La acusación que por prevaricato hizo el doctor Bonilla Plata contra el ex-juez Calderón Domínguez, la resume el Tribunal sentenciador, más o menos en los siguientes términos:

a) Que el funcionario instructor del proceso contra el doctor Garrido Campo y el doctor Calderón Domínguez, "sin que mediara tacha y menos comprobación de ella, dieron por no realizada una diligencia de inspección ocular y avalúo de una finca, en la suma de seiscientos cincuenta pesos.

"b) Que realizada una nueva inspección ocular con el fin de obtener otro avalúo sobre la misma finca, el Juez Calderón Domínguez aceptó de plano tal avalúo y envió el proceso al Juzgado Municipal, en providencia que terminaba con las siguientes palabras: "Cúmplase y cancélese su

dicación", sin haber hecho notificar tal providencia al señor Agente del Ministerio Público.

c) Que no se practicaron careos ni averiguaciones sobre las varias declaraciones contradictorias de cargo y descargo existentes en el sumario.

d) Que el Juez Calderón Domínguez aceptó el descargo hecho por Eduardo Garrido Campo de una gestión judicial relacionada con el negocio de la quinta "La Clementina", y desechó el documento presentado por el doctor Rafael Olano Arboleda, en que declaraba cancelado tal negocio.

e) Que el auto de sobreseimiento definitivo dictado en favor del doctor Eduardo Garrido Campo, es manifiestamente injusto, porque por una parte el Juez Calderón Domínguez aceptó el testimonio mudo del cheque por trescientos cincuenta pesos, y por otra admitió el avalúo del inmueble en la suma de ciento cincuenta pesos.

Estos cargos se relacionan con el denuncio por el delito de estafa instaurado por la señora Delfina Ortiz en contra del doctor Garrido Campo, con motivo de una negociación llevada a cabo en los siguientes términos: Por escritura número 706 de 1938 la señora Delfina Ortiz vendió al doctor Garrido Campo una finca denominada "El Almorzadero", por valor de mil pesos, avalúo catastral. El comprador pagó la finca por medio de un cheque de trescientos cincuenta pesos y los seiscientos restantes los computó como precio de sus servicios profesionales otorgados a la vendedora con motivo de un litigio que estaba verificándose. En virtud del arreglo amigable de este negocio, el doctor Garrido Campo quedó debiendo a la señora Ortiz la suma de seiscientos cincuenta pesos, cifra que determinó el denuncio de que se habla, puesto que la señora creyó vulnerado su patrimonio por el hecho que ella denominó "estafa".

Adelantada la investigación correspondiente, se cedieron los hechos estimados por el doctor Bonilla Plata como constitutivos de prevaricato por parte del Juez 1º del Circuito Penal, doctor Calderón Domínguez; los que a continuación pasa a analizarse:

El doctor Calderón Domínguez dio por no realizada la inspección ocular y avalúo de la finca "El Almorzadero" a petición del propio querellante doctor Bonilla Plata, quien dijo: "Aprovecho también esta ocasión para manifestarle que hazo el peritazgo e inspección ocular practicados sobre el inmueble que ha sido materia del to que se investiga, por las circunstancias de irregularidad que aparecen cometidas en dicha diligencia. Como ellas fueron solicitadas por mí, quiero significarle que estimo más conveniente dejar para más tarde el efectuar un nuevo peritazgo e inspección." (Folio 31, cuaderno Nº 1).

De lo observado se deduce que no fue arbitraria la decisión del Juez Calderón Domínguez al no tener en cuenta la primera inspección y avalúo de la finca "El Almorzadero".

En segundo término, la aceptación del segundo avalúo ordenado por el Juez, se hizo en virtud de la tácita aprobación que le dio la parte querellante, puesto que si no hubiera estado de acuerdo con ella, tenía los caminos legales para demostrar su inconformidad con aquella diligencia. La no notificación del auto de aceptación al señor Agente del Ministerio Público fue una irregularidad que no entrañaba un vicio grave dentro del proceso, puesto que en todo caso, las posteriores actuaciones estuvieron revisadas y aceptadas por las partes fiscal y denunciante a lo largo del sumario.

En virtud del criterio que el señor Juez Calderón Domínguez tenía de la ninguna fuerza y base del cargo imputado al doctor Garrido Campo, no dio importancia al cúmulo de sugerencias, suspicacias y declaraciones nimias que se llevaron al expediente, para tratar de hacer un complejo tejido de cargos y complicaciones ajenas al asunto sobre un hecho suficientemente claro, según las pruebas allegadas al proceso. Pero si la parte civil, quien demostró tanta vigilancia en el sumario, no quiso sobre esta situación manifestar su interés, solicitando lás diligencias cuya omisión tilda de delictuosa, menos obligado estaba el funcionario quien por un sentido de economía procesal no creía prudente entrabar la fácil y recta solución del negocio, con diligencias que pudieran hacer más confusa la ordenación del proceso.

Los demás cargos del denunciante se refieren a la apreciación que el Juzgador dio a las pruebas sobre la existencia de la deuda del doctor Garrido Campo en favor de la denunciante Ortiz. Si como en efecto sucedió, el fundamento de la querella criminal era un simple negocio civil, que tuvo su desenlace amigable al devolver el doctor Garrido Campo por medio de escritura número 492 de 1940, el dominio de la finca "El Almorzadero" a la señora Ortiz, el Juzgador debía darle a aquellas pruebas el valor civil que por sí mismas tenían.

En el fondo, el doctor Calderón Domínguez ha

debido impedir el desarrollo del proceso criminal en un asunto que pertenecía claramente a la jurisdicción civil y no dar impulso a un sumario que por ningún motivo tenía base para el descubrimiento de un posible delito.

Como bien se observa el sobreseimiento definitivo proferido por el Juez Calderón Domínguez en favor del doctor Garrido Campo fue una providencia fundada con exceso de cuidado y pruebas irrefutables de su inocencia por no existir delito alguno. Por otra parte, en ningún momento del proceso que se investiga, se ha encontrado prueba del elemento a sabiendas que es indispensable para estructurar el delito de prevaricato ni la simpatía o animadversión del Juzgador para alguna de las partes.

Desde este punto de vista se observa que la conducta del Juez doctor Calderón Domínguez se ciñó a la ley, por lo cual el hecho imputado no es constitutivo de ninguna infracción penal.

El Tribunal Superior de Cali, después de un análisis de la investigación hecha y de los cargos aducidos contra el doctor Calderón Domínguez llega a la conclusión de que la acción penal está prescrita. Y de acuerdo con ese criterio dictó su providencia de fecha treinta y uno de agosto del año próximo pasado, cuya consulta se está realizando.

El señor Procurador conceptúa que si bien la solución adoptada por el Tribunal se ajusta a la realidad, la decisión pertinente debe ser la de cesar el procedimiento criminal en contra del doctor Calderón Domínguez, aplicando el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, que prevé la hipótesis de la inexistencia del delito y la de la terminación del procedimiento por prescripción de la acción penal.

Las consideraciones del señor Procurador se ciñen por este aspecto a un estricto criterio de equidad. El contenido del fallo que declara prescrita la acción penal, determina la inmediata desintegración del proceso, por una causal establecida por la ley penal con un carácter formal, esto es, sin haber escudriñado y debatido ampliamente la inocencia o culpabilidad del acusado, decidiendo automáticamente por imperativo de la misma, la terminación de la fuerza impulsadora de la acción penal. Esto es, el Legislador con un criterio de economía procesal, de certidumbre real y jurídica de los fallos que deban dictarse y queriendo amparar la seguridad del conglomerado y a la vez la tranquilidad del individuo que se ve envuelto en un litigio de carácter penal, ha querido establecer que transcurrido cierto tiempo y llenados ciertos requisitos, la acción penal se agota automáticamente, aunque las bases sobre las cuales haya corrido, tengan suficiente fuerza incriminadora en contra del acusado. El transcurso de tiempo para la prescripción de la acción penal lo reputa la ley como suficiente para que dentro de él se produzca el hecho de tornarse brumosos y débiles los cargos y pruebas que deban aducirse y desvanecida y olvidada la impresión de los hechos que conturbaron la tranquilidad social. Para nada se entra a averiguar o calificar la responsabilidad del acusado. La ley mira un simple lapso y ordena la prescripción de la acción penal.

Por esta razón, siempre que en un determinado caso —a pesar de que se haya cumplido la prescripción— por el estudio claro del proceso se llegue a la conclusión de que éste no podía iniciarse o proseguirse en virtud de no existir la más mínima huella de haberse cometido la infracción denunciada o de ser inocente el acusado, el Juzgador así debe declararlo por encima de cualquiera otra consideración, teniendo en cuenta un elemental criterio de equidad y de justicia, autorizado ampliamente por la misma Ley Penal, la cual en su artículo 153 dice: "...en cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado..., la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse.", debe decretarse la cesación del procedimiento. Por tanto, en el presente caso, es necesario, con el objeto de llevar a la sociedad la certeza de que el acusado no cometió delito alguno y que fue un funcionario honrado ceñido siempre a la más estricta norma de justicia y legalidad, por lo cual no existe en él la más mínima huella de peligrosidad social —a pesar de estar autorizada por la ley la prescripción de la acción penal— está más de acuerdo con la justicia, declarar que el doctor Calderón Domínguez no cometió ningún hecho punible, y decretar la cesación del procedimiento, según el mandato del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

la ley, REFORMA la providencia de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y seis proferida por el Tribunal Superior de Cali, en virtud de la cual se decretó la prescripción de la acción penal en contra del doctor Teodomiro Calderón Domínguez por los cargos que le fueron imputados en su carácter de Juez 1º Penal del Circuito de Cali, en el sentido de decretar en su lugar la cesación del procedimiento por la inexistencia de los hechos delictuosos imputados.

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

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

APRECIACION DE LOS INDICIOS

En la apreciación de los indicios el juzgador de instancia tiene libertad de criterio y amplitud de exégesis, tan sólo limitada por la posible ejecución de errores manifiestos y evidentes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo seis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en fallo de primero de marzo del año próximo pasado, condenó a Andrés Rivas a la pena principal de ocho años de prisión en la Colonia Agrícola que el Gobierno designe y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de robo, sentencia contra la cual interpuso su defensor el recurso de casación.

Declarado admisible se corrió traslado a la parte recurrente para que formulara su demanda, la cual fue presentada oportunamente.

El doctor José Vicente Sánchez, quien suscribe la demanda, invoca las causales primera y segunda del artículo 567 del C. de P. P., apoyando toda la fuerza de su argumentación en la errada apreciación de los hechos e indicios que sirvieron para condenar a Rivas, por lo cual, las dos causales se sostienen en una misma impugnación de la sentencia.

La Sala estudia la causal segunda.

El memorialista, al verificar el examen de los indicios deducidos en contra de Rivas, trata de desvirtuarlos por medio del razonamiento que a continuación se expone:

En cinco circunstancias diversas se apoya la sentencia recurrida para probar la responsabilidad de Andrés Rivas, pero, ninguna de ellas ofrece suficiente fuerza para sostener de modo indudable la incriminación del condenado.

La primera circunstancia, se refiere a la insinuación de Juan Manuel Díaz, uno de los copartícipes del delito, de que Rivas era uno de los responsables, no tiene —según el demandante— fuerza probatoria alguna puesto que aquella indicación surgió en virtud de los ofrecimientos de los detectives que lo detuvieron y prometieron darle su libertad si descubría a los culpables. Por otra parte, en su indagatoria, Díaz no hace cargos concretos a Rivas; de consiguiente, este indicio debe desecharse.

La Sala observa que sí existe cargo eficiente por parte de Díaz en contra de Rivas. En efecto, en la diligencia de careo verificada entre Rivas y Díaz, se lee lo siguiente:

'Preguntado Díaz: Si el señor que tiene aquí presente no es el mismo a que (sic) usted se refirió en su indagatoria, por qué motivo o razón indicó usted al detective número 73 el nombre y la dirección de Andrés Rivas en Bogotá, como uno de los sindicados o culpables en el delito que se investiga? Contestó: Porque como a mí el detective que figura ahí me prometió conseguirme mi libertad, porque le consiguiera los responsables le indiqué esa tienda no dándole la dirección ni el apellido del señor, tan sólo me imaginé que fuera el señor o tuviera algo que ver con lo que se me averiguaba por haberlo visto días antes con los dos señores que me mandaron aquí a Pacho".

Si se considera que Díaz al hacer esta declaración lo hacía con el ánimo de contrarrestar su actitud de delator, atemorizado por las posibles amenazas que Rivas le hiciera durante su estrecha permanencia en la cárcel, a pesar de ello la anterior manifestación conserva toda su fuerza para ameritar la verdad de lo dicho en el informe de los detectives, el cual fue además coadyuvado por el Jefe de Policía de Pacho. De consiguiente el primer indicio de la responsabilidad de Rivas subsiste perfectamente.

Según el parecer del demandante la segunda circunstancia apreciada por el Juzgador tampoco tiene consistencia. El hecho de que el testigo Jorge Enrique Ruiz, reconociera inseguramente a Rivas como uno de los viajeros que se trasladaron a Pacho, el día anterior a la comisión del ilícito no puede tomarse como indicio digno de mérito probatorio, puesto que el hecho indicado —el viaje a Pacho— no se halla probado dentro del expediente.

Sin embargo, de las declaraciones y pruebas deducidas sí está plenamente establecido el viaje de los tres procesados a la ciudad de Pacho y su descenso del vehículo antes de la entrada a la ciudad, y muy cerca del paraje donde en la misma noche se había de llevar a efecto el asalto de la casa del señor Jiménez. Estos viajeros que tenían apariencia sospechosa fueron descritos y filiados por el declarante Ruiz y posteriormente reconocidos por él, como bien se verificó en la persona de Andrés Rivas. De tal manera que el indicio apreciado por el Tribunal sí tiene fuerza probatoria.

El querellante afirma que la tercera circunstancia tenida en cuenta por el Tribunal o sea el reconocimiento y declaración enfática de la señorita Julia Jiménez —hecha en rueda de presos— de que el señalado por ella era uno de los asaltantes, no puede tenerse en cuenta puesto que mal podía la señorita Jiménez darse cuenta del físico de los asaltantes, cuando el hecho se llevó a cabo favorecidos por la oscuridad de la noche, circunstancia a la cual debe aunarse la de la tremenda impresión de miedo y zozobra que debió conturbar el ánimo de la declarante.

No está en lo verdadero el demandante al referirse a esta circunstancia. La señorita Jiménez sí pudo ver y aun fijar detenidamente el físico de los asaltantes, puesto que al sentir ruido producido por los ladrones, encendió la luz eléctrica. Además el tiempo largo demandado por la actividad de los asaltantes le permitió —a pesar de la posible impresión de temor que debió embargarla— fijar y guardar memoria de la filiación de los acusados, circunstancia que después la capacitó para reconocer a Juan Manuel Díaz, como el individuo que estuvo el día anterior en la casa con el pretexto de comprar maíz.

Como se observa, el reconocimiento hecho por la señorita Jiménez es irrefutable y tiene la fuerza probatoria que por sí mismo le reconoce la ley.

El señor apoderado del recurrente afirma por último que el hecho de que Rivas sostuviera su inocencia, negando el viaje a Pacho, en la fecha del suceso delictuoso, no puede tomarse por sentido contrario, como un nuevo indicio contra el procesado.

No se trata de que el condenado Rivas haya simplemente afirmado su inocencia. Este trató de probar su coartada —negando su viaje a Pacho y afirmando su estadía en Bogotá— jugada que le falló en virtud de declaraciones que obran en los autos. En este sentido el Tribunal tomó su insistencia negativa del viaje y la caída de la coartada, como un nuevo indicio de su culpabilidad.

Como se observa del análisis hecho, la responsabilidad de Rivas se estructuró sobre prueba de indicios, algunos de gran vehemencia, que se complementan lógica y suficientemente para tenerlos como fundamento con fuerza de verdad. En la apreciación de estos elementos el Juzgador de instancia tiene libertad de criterio y amplitud de exégesis, tan sólo limitada por la posible ejecución de errores manifiestos y evidentes, circunstancia que aquí no ha tenido vida. Por tanto, es necesario colegir que la prueba indiciaria tenida en cuenta por el Juzgador ha sido suficientemente estudiada y fundamentada.

El señor Procurador conceptúa que no debe aceptarse la petición del demandante y rechazarse en consecuencia sus pretensiones, fundamentadas en las causales primera y segunda de casación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA la casación de la sentencia de primero de marzo del año próximo pasado proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se condenó a Andrés Rivas a la pena principal de ocho años de prisión y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de robo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

JURADOS. — NULIDADES. — VEREDICTO

La circunstancia de reemplazar a un jurado que no tiene las condiciones requeridas por la ley para desempeñar el cargo, no es motivo de nulidad. Si el ciudadano a quien por suerte le ha correspondido intervenir en un proceso, al notificársele de dicha designación, manifiesta que NO SABE LEER NI ESCRIBIR, y constatada esa realidad por el Secretario del Juzgado, se adquiere el convencimiento de que es persona "ignorante", el Juez, basado en este informe, puede reemplazarlo y su acto no vicia de nulidad el proceso, sino que se atempera a los términos exactos de la ley.

La omisión de firmas en la notificación sobre designación de un jurado y la falta de constancia escrita sobre traslado del expediente al mismo, si bien es verdad que constituyen irregularidades de forma no implica pretermisión de formalidades sustanciales en el procedimiento capaces de constituír nulidad procedimental. Si la falta de notificación del auto de proceder y la del que señala día y hora para el sorteo de jurados, constituyen nulidades relativas, subsanables por el transcurso del tiempo, o por notificaciones de autos posteriores al que entraña la nulidad, con mayor razón se puede decir, que la falta de notificación del nombramiento o designación de un jurado queda subsanada por la intervención de éste en la celebración de la audiencia pública.

No es causal de nulidad el hecho de que uno de los Magistrados que integran la Sala de Decisión dicte los autos de sustanciación y otro redacte el proyecto de fallo que deben adoptarse por mayoría de votos. El reparto y adjudicación de negocios a cada uno de los magistrados que componen la Sala, se realiza para facilitar una labor de trabajo en relación con los procesos que deben fallarse, y cuando por olvido o inadvertencia se pasa el negocio a un magistrado distinto de aquel a quien se adjudicó, éste tiene facultad para dictar los autos de sustanciación que preceden al fallo y aun redactar el proyecto, sin que por este motivo, esa actuación quede viciada de nulidad, porque la jurisdicción y competencia, no la confiere la ley en favor del magistrado a quien se adjudica el negocio —como lo insinúa el recurrente— sino a la Sala Penal en la Corte y a la Sala de Decisión en el Tribunal, entidades que en definitiva pronuncian el correspondiente fallo.

Entre dos respuestas —ambas afirmativas de la responsabilidad — no puede existir contradicción, porque falta la proposición que sirve de término de comparación para concluír que la una afirma lo que la otra niega. Cuando el veredicto del jurado se halla integrado por una sola respuesta, bien sea un "SI" afirmativo de la responsabilidad o un "NO" negativo de la misma, de esas respuestas, o del veredicto emitido en esa forma, no puede predicarse el principio de contradicción, porque existe un imposible real o físico derivado de la ausencia de otra proposición con la cual se pueda hacer la comparación, para luego sí, afirmar la contradicción.

Se dice que la sentencia se dicta sobre un veredicto evidentemente contradictorio cuando la contradicción radica en las respuestas emitidas por el Jurado a los cuestionarios propuestos a su consideración, desacuerdo de la sentencia con el veredicto que la ley procedimental consagra como causal de casación, no puede deducirse la oposición del veredicto con las pruebas del proceso; porque en ese supuesto, el veredicto no sería contradictorio, sino contrario a la evidencia de los hechos procesales tema extraño al recurso de casación que ha sido erigido por la ley como causal casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticinco de marzo de novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de marzo primero de mil novecientos cuarenta y seis, condenó a Virgilio Montañez a la pena principal de ocho años, nueve meses y un día de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones cometidos en las personas de Rubén Cristancho y Enrique Torres, respectivamente.

Contra esta sentencia, el defensor del procesado interpuso recurso de casación, y en su debida oportunidad formuló la correspondiente demanda, la cual se pasa a resolver.

Demanda

Dos son las causales que sirven de fundamento a la demanda, y son las contempladas en los numerales 4º y 7º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta.—Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Los hechos de los cuales se deduce la nulidad alegada son cinco, que pueden sintetizarse en la forma siguiente:

a) El Juzgado basado en la manifestación que hiciera el Jurado Antonio María Santos, al momento de notificársele la designación, de no ser vecino de Santa Rosa sino de Sogamoso, fue reemplazado por el señor Arturo González.

b) Que al Jurado Antonio Pedraza, de quien se dijo ser "persona absolutamente ignorante" se lo reemplazó por Marco Lino.

Sobre los motivos de nulidad referentes a los puntos anteriores dice el recurrente: De acuerdo con la ley, designados los jurados no pueden cambiarse, sino mediante excusa comprobada, por impedimento o por recusación. Toda sustitución que no obedezca a estos mandatos es ilegal y el procedimiento se vicia de nulidad por incompetencia de jurisdicción.

c) No existe constancia en el expediente de que al jurado Luis Avelino Rodríguez se le hubiera notificado la designación, ni tampoco que se le hubiera dado en traslado el respectivo negocio. La falta de notificación privó al Juzgado de la oportunidad de saber si concurría o no algún impedimento en la persona designada como jurado y la omisión del traslado del expediente dio como resultado el que un juez de hecho juzgue al procesado sin tener la menor información del negocio. "Circunstancias que generan la nulidad por incompetencia de jurisdicción, por ejercicio absolutamente inadecuado y deficiente de ella".

d) En la audiencia pública y al pronunciarse el veredicto, actuó como juez de hecho el señor Carlos A. González, persona distinta a la de Arturo González, quien fue designado en el acto de sorteo parcial de jurados.

La diferencia de nombres sugiere esta conclusión: que en la audiencia pública actuó un ciudadano que no era jurado, "lo que hace nulo el acto, o que esa disparidad de nombres, cuya fuente es el acta de sorteo parcial, hace que no se pueda saber ciertamente quiénes debían formar realmente el jurado".

e) En la tramitación de la segunda instancia actuó como Magistrado sustanciador el doctor Suárez, pero el fallo fue redactado por el Magistrado Ortiz, a quien correspondía la tramitación del juicio, por habérsele adjudicado, con anterioridad, el conocimiento del proceso.

"Como el Magistrado Suárez actuó como ponente en larga etapa de la instancia durante la cual el procesado ejerce derechos fundamentales, hubo una clara incompetencia de jurisdicción" e invoca los artículos 83 y 88 del Código Judicial.

Se considera:

Las providencias del Juzgado por las cuales se dispuso el reemplazo de dos jurados, por no ser uno de ellos vecino de la cabecera del distrito judicial donde debía efectuarse la audiencia, y por estar el otro impedido, por no saber leer ni escribir, no son actos constitutivos de nulidad.

Aunque la ley de procedimiento no expresa claramente que las personas designadas para servir el cargo de jurados deben tener su residencia y domicilio permanente en el lugar donde deben efectuarse las audiencias públicas, la interpretación natural y lógica de la ley lleva a esa conclusión. El pensamiento del legislador no fue el de nombrar jurados a ciudadanos residentes en otros municipios de aquel donde deben celebrarse las audiencias, sino aquéllos individuos cuya residencia y domicilio sea el del municipio donde deben cumplir su misión; de no ser así, los procesos se harían interminables y no existiría el principio de economía procesal en la administración de justicia.

La circunstancia de reemplazar a un jurado que no tiene las condiciones requeridas por la

ley para desempeñar el cargo, no es motivo de nulidad. Si el ciudadano a quien por suerte le ha correspondido intervenir en un proceso, al notificársele de dicha designación, manifiesta que **no sabe leer ni escribir**, y constatada esa realidad por el Secretario del Juzgado, se adquiere el convencimiento de que es persona "ignorante", el Juez, basado en este informe, puede reemplazarlo y su acto no vicia de nulidad el proceso, sino que se atempera a los términos exactos de la ley.

Por otra parte, los autos en que se ordena el reemplazo de los jurados fueron notificados legalmente a las partes, y las diligencias de sorteo parciales se realizaron con intervención del procesado y su defensor; con esas actuaciones se buscaba garantizar una absoluta imparcialidad en la administración de justicia y una mejor ponderación de capacidad en los miembros del jurado para proteger los intereses del procesado y de la sociedad. Si el procesado y su defensor estimaban que ese procedimiento era ilegal, y que los actos eran constitutivos de nulidad, oportunamente y en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 199, numeral 3º del Código de Procedimiento Penal, debieron alegar esas causales de nulidad, pero no lo hicieron, porque se hallaban convencidos de que la actuación no estaba afectada de nulidad; y así dejaron transcurrir el término señalado por la ley para hacer el reclamo. Así, pues, la nulidad, en la hipótesis de que existiera, quedó subsanada por la aquiescencia o conformidad de las partes en relación con los actos procesales.

La omisión de firmas en la notificación sobre designación de un jurado y la falta de constancia escrita sobre traslado del expediente al mismo, si bien es verdad que constituyen irregularidades de forma no implican pretermisión de formalidades sustanciales en el procedimiento capaces de constituír nulidad procedimental. Si la falta de notificación del auto de proceder y la del que señala día y hora para el sorteo de jurados, constituyen nulidades relativas, subsanables por el transcurso del tiempo, o por notificaciones de autos posteriores al que entraña la nulidad, con mayor razón se puede decir, que la falta de notificación del nombramiento o designación de un jurado queda subsanada por la intervención de éste en la celebración de la audiencia pública.

"La omisión de los traslados —ha dicho la Corte— a que hacen referencia los artículos 459 y 516 del Código de Procedimiento Penal, no es hecho constitutivo de nulidad, porque la ley, en ninguna de las disposiciones del Capítulo Sexto del Título IV, que trata de las nulidades que afectan los procesos penales, la consagra como causal de este género. Cuando la ley indica normas a las cuales deben sujetarse ciertos actos, su omisión o falta de cumplimiento no implica, necesariamente, un acto de nulidad; estas irregularidades, más bien de forma que de contenido, no tienen la capacidad suficiente para anular el proceso.

"Si la omisión de los traslados no está erigida por la ley en causal de nulidad, esa circunstancia puede constituír una falta de cumplimiento de los deberes del Secretario, o negligencia de las partes para reclamar a tiempo sobre la irregularidad, pero en ningún caso ese hecho menoscaba las garantías procesales o constitucionales que afectan los intereses del procesado. Para que esas irregularidades de forma o de procedimiento incidan en las llamadas nulidades constitucionales —de que habla el recurrente— es necesario que directa o indirectamente se viole el contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Los Jurados pueden adquirir, en la celebración de la audiencia pública, con prescindencia del traslado previo del expediente, la convicción íntima de los hechos sobre los cuales se los interroga, porque en ese acto es cuando se examinan los cargos imputados en el auto de proceder, con la defensa que de ellos se hace al procesado como resultado del conocimiento de los hechos, de la convicción formada, se pronuncia el veredicto; cuando así se procede, no se menoscaba ninguna garantía procesal, ni se omiten formalidades esenciales del juicio, para alegar posteriormente la omisión del traslado (artículo 516) con una nulidad constitucional."

La circunstancia de haber actuado en la audiencia el Jurado Carlos Arturo González, y aparecer este mismo jurado en algunas diligencias con el nombre de Arturo González, no es un hecho constitutivo de nulidad; ora porque en diversas diligencias judiciales se lo designa distintamente con los dos nombres, ya también porque no se ha demostrado en las instancias del juicio que existiera una verdadera dualidad de personas. Si el defensor estaba convencido de que se trataba de dos personas distintas, debió reclamar este error al momento de verificarse la diligencia de sorteo o después de los cinco días siguientes a aquélla, pero callarse esa circuns-

cia, aceptando con conocimiento de causa y sin reproche alguno la intervención del jurado en la audiencia, pensando en una nulidad surgida de una duda, para luego invocarla ante la Corte, en recurso de casación, es un acto que carece de seriedad y cuya aceptación constituiría un quebrantamiento de la ley.

"La explicación del caso es fácil de dar —dice la Procuraduría—: se trata de un nombre compuesto, y así consta claramente en las firmas del jurado y en la diligencia de notificación que le hizo el Secretario, allí consta:

"Hoy veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro notifico personalmente el auto anterior al jurado Carlos Arturo González..."

"Por tanto, es preciso aceptar la identidad del jurado, que es lo fundamental aquí".

No es causal de nulidad el hecho de que uno de los Magistrados que integran la Sala de Decisión dicte los autos de sustanciación y otro redacte el proyecto de fallo que deben adoptarse por mayoría de votos. El reparto y adjudicación de negocios a cada uno de los magistrados que componen la Sala, se realiza para facilitar una labor de trabajo en relación con los procesos que deben fallarse, y cuando por olvido o inadvertencia se pasa el negocio a un magistrado distinto de aquel a quien se adjudicó, éste tiene facultad para dictar los autos de sustanciación que preceden al fallo y aun redactar el proyecto, sin que por este motivo, esa actuación quede viciada de nulidad, porque la jurisdicción y competencia, no confiere la ley en favor del magistrado a quien adjudica el negocio —como lo insinúa el recurrente— sino a la Sala Penal en la Corte y a la Sala de Decisión en el Tribunal, entidades que definitiva pronuncian el correspondiente fallo.

En varias sentencias ha sostenido la Sala la tesis de que, las nulidades relativas que afectan procesos penales deben previamente discutirse en las instancias del juicio, porque —las nulidades relativas— son subsanables por el silencio de las partes o por la aceptación implícita que de ellas se haga mediante la intervención de los interesados con actos posteriores a aquél en que se produjo la nulidad. Si las partes tuvieran la facultad omnímoda de alegar causales de nulidad relativas en el recurso extraordinario de casación, los procesos penales serían interminables; sería advertir la presencia de estas nulidades y callarlas, para alegarlas ante la Corte, siempre y cuando el fallo no fuera favorable a las pretensiones de los interesados en las consecuencias del juicio, y esto precisamente es lo que el legislador quiso evitar en aras de la administración de justicia.

Por otra parte, de aceptar el examen de causales de nulidad relativas, se plantearía el caso de abordar puntos que no fueran materia de estudio en la sentencia recurrida y "la Corte rebasaría en la casación su competencia para tratar de apreciar en cualquier sentido una cuestión perteneciente a las instancias." En casación sólo pueden analizarse los problemas que fueron objeto del fallo o sentencia recurrida, lo contrario daría base para invalidar una sentencia, con fundamento en cuestiones jurídicas que el Tribunal no tuvo oportunidad de resolver, porque previamente no le fueron planteadas por las partes en las instancias del juicio.

Las nulidades sustanciales o absolutas o sea aquellas que afectan el contenido esencial del proceso, o menoscaban las garantías de la sociedad o los intereses del procesado, por regla general, pueden ser objeto del recurso extraordinario de casación, porque un juicio viciado de nulidad en sus bases fundamentales no puede tener vida jurídica por el silencio de las partes o por la aquiescencia de las mismas mediante la intervención en actos posteriores a aquel que origina la nulidad. Las nulidades sustanciales o absolutas son insubsanables, y para estos casos la ley otorga el derecho de invocarlas en casación.

Por estos motivos no prospera la causal invocada.

Causal séptima. — Dictarse la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Dice el recurrente que el veredicto afirmó la responsabilidad de Montañez como autor de los delitos de homicidio y lesiones personales y negó la grave anomalía psíquica que sufría el procesado a tiempo de cometer los hechos por los cuales se lo responsabiliza.

Y posteriormente agrega:

"Como defensor sostengo que este veredicto contradice la evidencia de los hechos demostrados en el expediente y que la sentencia condenatoria de Montañez, al basarse en el veredicto contradictorio debe invalidarse", y como consecuencia de lo anterior pide se ordene convocar nuevo jurado.

Veredicto

Al Jurado se le formularon dos cuestionarios integrados cada uno de ellos por dos preguntas:

El primero, referente al homicidio, con la modalidad de haberse realizado el hecho cuando el procesado padecía de grave anomalía psíquica, y el segundo, relativo al delito de lesiones personales con la circunstancia de haberse ejecutado el hecho cuando el reo sufría de grave anomalía psíquica.

La respuesta de los jueces de conciencia a las preguntas de los cuestionarios fueron: un "Sí" afirmativo de la responsabilidad para cada uno de los delitos de homicidio y lesiones personales, y un "No" para cada una de las preguntas referentes al estado de grave anomalía psíquica.

Entre dos respuestas —ambas— afirmativas de la responsabilidad no puede existir contradicción, porque falta la proposición que sirve de término de comparación para concluír que la una afirma lo que la otra niega. Cuando el veredicto del jurado se halla integrado por una sola respuesta, bien sea un "Sí" afirmativo de la responsabilidad o un "No" negativo de la misma, de esas respuestas, o del veredicto emitido en esa forma, no puede predicarse el principio de contradicción, porque existe un imposible real o físico derivado de la ausencia de otra proposición con la cual se pueda hacer la comparación, para luego sí, afirmar la contradicción.

Se dice que la sentencia se dicta sobre un veredicto evidentemente contradictorio, cuando la contradicción radica en las respuestas emitidas por el Jurado a los cuestionarios propuestos a su consideración, el desacuerdo de la sentencia con el veredicto que la ley procedimental consagra como causal de casación, no puede deducirse de la oposición del veredicto con las pruebas del proceso; porque en ese supuesto, el veredicto no sería contradictorio, sino contrario a la evidencia de los hechos procesales, tema extraño al recurso de casación que no ha sido erigido por la ley como causal de casación.

"Que en la aplicación de la pena —dice la Procuraduría— el Tribunal y también el Juez incurrieron en el error de computarla por el sistema de la acumulación material, ya abolido, y no por el método de la acumulación jurídica, que consagró el estatuto vigente. En el presente asunto, tratándose de un concurso material de infracciones, debió aplicarse el artículo 33 del Código Penal".

La Sala acoge el concepto de su colaborador como una crítica a la sentencia del Tribunal, para que en lo sucesivo, no se repitan estos errores que revelan descuido y falta de estudio de la ley sustantiva, para aplicarla en los fallos sometidos a su consideración. Tema éste de que trata la causal primera y que no fue invocada por el recurrente.

En consecuencia el cargo es infundado y no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley NO INVALIDA el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por el cual se impuso a Virgilio Montañez la pena principal de ocho años, nueve meses y un día de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., S

CONCEPTO SOBRE LA INSTITUCION PROCESAL DEL TRASLADO EN MATERIA PENAL

El traslado en el proceso penal se ha instituído para garantía de los derechos de las partes (acusación y defensa), a fin de que ellas, con vista en el expediente, puedan prepararse para el debate público, y también para garantía de la función de los jurados, a fin de que éstos comiencen a formar en su conciencia el juicio que ha de guiarlos en la emisión del veredicto; el traslado en el proceso penal es, pues, la institución que otorga los medios eficaces de realización de la actividad funcional de las partes y del jurado; se deduce de esta noción que si aquéllas y éste, por la negativa del derecho al traslado, no pueden desempeñar su cometido, fueron privadas de la garantía constitucional y entonces sí podría ser ésta alegada; pero si, como aquí ha ocurrido, a pesar de no haberse ordenado el traslado que ordena la ley (artículo 418), las partes asintieron tácitamente a la omisión mediante el no ejercicio del derecho al reparo, e intervinieron en las posteriores etapas del proceso y también y especialmente en la audiencia, en forma que demostró inequívocamente el conocimiento del proceso como si el traslado se hubiera realizado, entonces el fundamento de la nulidad desaparece, con más razón, si la omisión objetada, por causa de la posterior intervención, no causó lesión alguna a los intereses del proceso y de las partes.

te Suprema de Justicia. — Sala de Casación enal.—Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cuarenta y siete.

Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

donaí Real Avila (35 años en 1944, nacido en pí, analfabeto, soltero, obrero agrícola) re- ó en casación contra la sentencia del Tribu- Superior de Bogotá, del 10 de junio del año pasado por la cual —con base en el artículo 362 del estatuto penal — fue condenado a la pena principal de ocho años de presidio, como autor único del homicidio en Martín Ulloa, cometido en estado de embriaguez, en el sitio denominado "Palo Gordo", vereda de "Cabo Verde", ubicados en el territorio municipal de Yacopí, de este Departamento.

Sometido el recurso a las normas de los artículos 563 a 566 del estatuto procesal y con vista en la demanda presentada por el defensor doctor Díaz (Carlos Arturo) y en el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, sin que —por inasistencia de las partes no explicada— se haya celebrado la audiencia, la Corte decide el recurso en este fallo, previo resumen del delito y de sus modalidades y de los actos procesales que culminaron en la sentencia recurrida.

A) El delito

Aunque las objeciones que en este recurso se han formulado a la sentencia no conducen a que, al fundarse, se modifique, en la actualidad al menos, la posición jurídica del procesado, ni en cuanto al delito ni en cuanto a la responsabilidad ni en cuanto a la pena, posición aquella afirmada desde la calificación del sumario y no desvirtuada al través de las etapas posteriores del proceso, considera la Corte indispensable —subordinándose al criterio de ordenación del estudio— describir previamente cómo y por qué Adonaí Real Avila dio muerte, de una puñalada, a Martín Ulloa en la región abdominal, que le perforó la base del hígado. Aunque nadie presenció cómo nacieron y se desarrollaron los hechos que culminaron en la muerte de Ulloa, a excepción del encuentro — sin consecuencias — ocurrido horas antes del delito en la tienda de Carlos Melo entre Real Avila de una parte y Jesús Avila y Martín Ulloa de la otra, en el cual —según la afirmación de Tulio Beltrán— el primero dirigió a los otros frases ofensivas e injuriosas, sin embargo Jueces de hecho y de derecho actuaron sobre la certeza que les dio la aseveración de testigos que

oyeron claramente a Real conversando o discutiendo con Avila y Ulloa cuando éstos, en grave estado de embriaguez, se hallaban tendidos en el camino, frente a la casa de María Eva Bustos, la aseveración de que Real Avila fue la única persona que pasó por allí, a aquella hora, la inculpación de Ulloa a Real hecha repetidamente, momentos después de la conversación o discusión referidas, de que Real lo había matado; afirmaciones éstas que, relacionadas con las relativas al encuentro en la cantina de Meld, fundaron la base probatoria (indicios múltiples, convergentes y conexos) del proceso contra Real.

B) El proceso

Calificado el delito y abierto el juicio mediante sendos autos del Juez 3º Superior y del Tribunal de Bogotá, del 24 de mayo y 19 de julio de 1944 —respectivamente— se decretó lo siguiente:

a) El traslado del proceso al Fiscal y a las partes, por cinco días, a fin de que dentro de este término lo estudiaran y manifestaran si tenían pruebas que pedir (artículo 442);

b) La apertura del juicio a pruebas a solicitud del defensor doctor Díaz y fijación de término (veinte días) para su práctica (artículo 446) sin que ni el procesado ni el defensor las pidieran;

c) La fijación —en virtud del informe sobre la omisión de solicitud de pruebas— de hora y día para el sorteo de jurados, la orden en la diligencia de sorteo de que se les notificara la designación y se les corriera el traslado del expediente (artículo 516);

d) La fijación de día y hora para la audiencia, sin la orden del traslado a las partes ni señalamiento de término para el estudio del expediente (artículos 458 y 459), y

e) Las sentencias de primero y segundo grado, del 10 de noviembre de 1945 y 10 de junio del año pasado, por las cuales Real Avila —con base en el veredicto (responsabilidad por comisión del delito en estado de embriaguez) fue condenado a ocho años de presidio.

Como actos procesales que conciernen al recurso, se mencionan estos: la audiencia, cuya acta no firmaron ni el defensor ni los jurados, y el debate sobre nulidad del juicio promovido en las instancias.

C) La demanda

El recurrente —con base en el numeral 4º del artículo 567— impugna la sentencia, por cuanto, como lo sostiene, fue dictada en juicio viciado de nulidad.

Las omisiones que —según él— han originado la nulidad son las siguientes:

a) La de no haber corrido a las partes mediante auto el traslado del proceso para su estudio (artículo 458);

b) La de no haber ordenado mediante auto se notificara su designación a los ciudadanos sorteados para jurados —por mandato del artículo 516— y se les corriera el traslado del expediente, y

c) La de no haber firmado el acta de audiencia —como lo prescriben los artículos 149 y 475— el procesado, el defensor y los jurados.

Aunque el defensor de Real, en su demanda, advierte que estas informalidades no están enunciadas en el Código como motivos de nulidad procesal, considera que Real no ha sido juzgado con observancia de la plenitud de las formas propias del juicio y que, por lo tanto, se ha violado el artículo 26 de la Constitución Nacional e incurrido en nulidad constitucional.

El Procurador Delegado —en la respuesta a la demanda— aunque reconoce que son evidentes las omisiones anotadas, considera que unas fueron subsanadas por la intervención de las partes en los actos posteriores y otras —como la carencia de firma del acta de audiencia— no violan las garantías y derechos del procesado; y pide, como consecuencia de su objeción a la demanda, que no se invalide el fallo.

D) Estudio del recurso

Los dos puntos en que el recurrente concreta su demanda son: la omisión de la orden del traslado a las partes al iniciarse el juicio y la del traslado a los jurados al notificarles la designación, y la omisión de las firmas en el acta de audiencia; es decir, nulidad por falta de traslados y nulidad por falta de firmas. Ambos puntos se examinan en seguida:

El traslado en el proceso penal se ha instituido para garantía de los derechos de las partes (acusación y defensa), a fin de que ellas, con vista en el expediente, puedan prepararse para el debate público, y también, para garantía de la función de los jurados, a fin de que éstos comiencen a formar en su conciencia el juicio que ha de guiarlos en la emisión del veredicto; el traslado en el proceso penal es, pues, la institución

otorga los medios eficaces de realización de la actividad funcional de las partes y del jurado; se deduce de esta noción que si aquéllas y éste, por la negativa del derecho al traslado, no pueden desempeñar su cometido, fueron privadas de la garantía constitucional y entonces sí podría ser ésta alegada; pero si, como aquí ha ocurrido, a pesar de no haberse ordenado el traslado que ordena la ley (artículo 418) las partes asintieron tácitamente a la omisión mediante el no ejercicio del derecho al reparo, e intervinieron en las posteriores etapas del proceso y también y especialmente en la audiencia, en forma que demostró inequívocamente el conocimiento del proceso como si el traslado se hubiera realizado, entonces el fundamento de la nulidad desaparece, con más razón si la omisión objetada, por causa de la posterior intervención, no causó lesión alguna a los intereses del proceso y de las partes.

Descartada la objeción relativa a la orden de notificar a los ciudadanos sorteados su designación para jurados y de correrles el traslado del expediente para su estudio como lo prescribe el artículo 516 por cuanto —dada dicha orden en la misma acta de sorteo— fue estrictamente cumplida, como consta en el proceso, la otra objeción —la relativa al artículo 458— es cierta en cuanto en el auto que fijó día para la audiencia no se ordenó correr traslado del expediente a las partes, pero —como se dijo— no hicieron ellas oportunamente su reclamo, y el silencio, seguido de su intervención en la audiencia, en forma tácita subnó la anomalía, e hizo tardío el formulado ante Tribunal cuando ya se había dictado el fallo primer grado; suerte contraria habría tenido recurrente si hecho el reclamo en el momento oportuno, antes de la audiencia, se le hubiera nedo: ello sí habría constituído una flagrante violación de los intereses del procesado, un juzgamiento con pretermisión de las formas propias juicio, y —en consecuencia— un claro e inevico motivo de nulidad constitucional.

La omisión de las firmas del procesado, del desor y de los jurados en el acta de la audiencia, que viola una prescripción legal (artículos y 475), no tiene la entidad que el recurrente atribuye; es cierto que el Código considera la el acta en que falta la indicación de la fey lugar donde se llevó a cabo la diligencia y designación de las personas que intervinieron en ella" (artículo 152), pero esta norma no hace mención alguna a nulidad por omisión distinta a las allí enunciadas, ni está incluída en la enumeración taxativa de los artículos 198 y 199 del estatuto respectivo.

En cuanto a las sentencias de la Corte que el recurrente invoca en apoyo de su tesis— entre ellas la dictada en el proceso contra el menor Alfonso Ochoa Velásquez— cabe advertir que la Corte ha venido interpretando restrictivamente el artículo 26 de la Constitución y aplicándolo solamente en los casos de flagrante desconocimiento del derecho de las partes, del procesado especialmente, con el propósito de reafirmar la doctrina de que los motivos de nulidad son los determinados en la ley y de alejar el riesgo del uso inmoderado y a veces no pertinente de la norma constitucional.

E) El fallo

Siendo evidente que la omisión en la orden del traslado a los jurados y a las partes no les irrogó merma alguna en el ejercicio de su función a los primeros ni de su derecho a los segundos, y siéndolo también que la omisión de las firmas en el acta de la audiencia no le quita su valor probatorio, y que ninguno de estos motivos está por la ley instituído como nulidad, se concluye que la causal cuarta invocada no tiene fundamento ni en la doctrina ni en la ley.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y conforme a petición del señor Procurador Delegado NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del diez (10) de junio del año pasado por la cual —con base en el artículo 362 del estatuto penal— impuso a Adonaí Real Avila, la pena de ocho (8) años de presidio por el homicidio de Martín Ulloa, cometido la noche del nueve (9) de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), en la vereda "Cabo Verde", Municipio de Yacopí, de este Departamento.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

EXTRADICION

El artículo 9º del Código Penal colombiano, dispone que la extradición se ofrecerá o concederá, de acuerdo con los tratados públicos y que a falta de tratados públicos el Gobierno puede ofrecer o conceder la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal, previo dictamen de la Corte Suprema de Justicia.

Como entre Colombia y el Ecuador, existe un acuerdo sobre extradición, suscrito por los países Bolivarianos el 18 de julio de 1911, y ratificado en nuestro país por la ley 26 de 1913, las disposiciones aplicables al caso SUB JUDICE serán de preferencia las contenidas en dicho Acuerdo.

Los Estados contratantes convinieron mutuamente, en entregar a los individuos que condenados o procesados por las autoridades judiciales de los respectivos países, en calidad de autores, cómplices o encubridores busquen asilo o se encuentren en territorio de uno de ellos. Pero este principio —Extradición— no se consignó en el tratado público como norma absoluta y libre, sino —como precepto— restringido o condicionado, bien sea a la calidad de la persona cuya extradición se pide, ora a las modalidades que pueden acompañar al hecho, para tipificarlo como delito común o delito político o también a la pena correspondiente, con la cual cada Estado reprime la infracción.

La Corte al emitir concepto sobre la solicitud de extradición, no tiene facultad legal para examinar factores o condiciones inherentes a la responsabilidad del autor o autores del hecho. Esa es función privativa de las autoridades judiciales donde se consumó el delito y no de los funcionarios de la rama jurisdiccional que emiten un concepto.

Si el Acuerdo o la ley, expresamente, le hubieran conferido esa atribución, a la Entidad que emite concepto, naturalmente, tendría que pronunciarse sobre el punto referente a la responsabilidad, pero no existiendo disposición especial su deber se limita a conceptuar sobre la conveniencia o inconveniencia de la extradición.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Gobierno de Colombia solicita de la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— concepto sobre la petición de extradición formulada por la Embajada de la República del Ecuador, del ciudadano chino Juan J. Chang, a quien se le imputa la comisión de varios delitos de estafa por haber girado varios cheques contra distintas entidades bancarias, sin tener fondos suficientes para que a su presentación fueran cubiertos.

Pruebas

A la solicitud de extradición se acompañaron copias de los siguientes elementos:

1º Del denuncio presentado por el doctor Aurelio Calero Media contra el ciudadano chino Juan J. Chang.

2º Del auto por el cual se admite el denuncio y se ordena hacer las prevenciones del artículo 343 del C. P. para que deposite los fondos necesarios al pago de los cheques girados.

3º Del auto de detención de fecha julio 1º de 1935 que en lo pertinente dice:

"Como de los autos aparece justificada la responsabilidad criminal, en que ha incurrido el sindicado Chang se ordena su detención en la Cárcel Pública de esta ciudad, debiendo girarse la boleta de ley para su encarcelamiento".

4º De las declaraciones de los señores Efraín Alava, Miguel Loor Alcivar, Federico Reyes y Antonio Leo, tendientes a probar los hechos imputados al sindicado Chang, y

5º Del artículo pertinente del Código Penal, disposición que se presume violada con los actos realizados por el ciudadano Juan J. Chang, cuyo tenor literal dice:

"**Artículo 343 del Código Penal.**—Será reprimido con prisión de tres meses a dos años y multa de cincuenta a quinientos sucres, el que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero, y siempre que no constituya otro delito mayor, un cheque o giro, sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no abonase, él mismo, en moneda de curso legal, dentro de veinticuatro horas de habérsele hecho saber el protesto en cualquier forma".

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, que tratan de la extradición.

Los elementos probatorios exigidos por el artículo 709 del Código de Procedimiento Penal y por el artículo 1º del Decreto citado, se hallan cumplidos, por lo cual procede la Corte, a emitir su concepto en virtud de la atribución conferida por la ley procedimental en su artículo 710.

Examen del problema

El artículo 9º del Código Penal colombiano, dispone que la extradición se ofrecerá o concederá, de acuerdo con los tratados públicos y que a falta de tratados públicos el Gobierno puede ofrecer o conceder la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal, previo dictamen de la Corte Suprema de Justicia.

Como entre Colombia y el Ecuador, existe un acuerdo sobre extradición, suscrito por los países Bolivarianos el 18 de julio de 1911, y ratificado en nuestro país por la ley 26 de 1913, las disposiciones aplicables al caso **sub judice** serán de preferencia las contenidas en dicho Acuerdo.

Los Estados contratantes convinieron mutuamente, en entregar a los individuos que condenados o procesados por las autoridades judiciales de los respectivos países, en calidad de autores, cómplices o encubridores busquen asilo o se encuentren en territorio de uno de ellos. Pero este principio —Extradición— no se consignó en el tratado público como norma absoluta y libre, sino —como precepto— restringido o condicionado, bien sea a la calidad de la persona cuya extradición se pide, ora a las modalidades que pueden acompañar al hecho, para tipificarlo como delito común o delito político o también a la pena correspondiente, con la cual cada Estado reprime la infracción.

Acuerdo Bolivariano

En cuanto a las condiciones especiales exigidas por el Acuerdo Bolivariano, para que pueda operarse el fenómeno de la extradición, o sea, la entrega del ciudadano chino Juan J. Chang, están cumplidas, así:

a) El delito cometido es susceptible de extradición en virtud de lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 2º al determinar que ésta se concede por el delito "de fraude que constituya estafa o engaño".

b) La sanción con la cual se reprime el hecho realizado por el sindicado, de conformidad con el numeral a) del artículo V del Tratado Público en su máximo, como pena privativa de la libertad, excede de seis meses.

c) El artículo 343 del Código Penal de la República del Ecuador establece como pena privativa de la libertad la de tres meses a dos años de prisión para el hecho imputado al sindicado y el Código Penal colombiano en su artículo 408 sanciona con prisión de uno a siete años, y

d) Contra el sindicado Juan J. Chang, se dictó auto de detención por las autoridades judiciales de la República del Ecuador, requisito exigido por el artículo VIII del mencionado Acuerdo, y por otra parte, estos documentos fueron presentados en copias debidamente autenticadas.

Oposición

El doctor Carlos Arturo Díaz, nombrado curador de Juan J. Chang, para representarlo en las diligencias referentes a la solicitud de extradición, al contestar el traslado, se opone a que se conceda la extradición fundado en estos razonamientos:

a) Porque "no aparece en manera alguna acreditado en las diligencias el elemento de engaño o el embuste para creer que se trataba de un delito de estafa", y

b) Porque el delito que se imputa a su representado no está sancionado con una pena privativa de la libertad que exceda de seis meses".

El primer argumento no es pertinente:

La Corte al emitir concepto sobre la solicitud de extradición, no tiene facultad legal para examinar factores o condiciones inherentes a la responsabilidad del autor o autores del hecho. Esa es función privativa de las autoridades judiciales donde se consumó el delito y no de los funcionarios de la rama jurisdiccional que emiten un concepto.

Si el Acuerdo o la ley, expresamente, le hubieran conferido esa atribución, a la Entidad que emite concepto, naturalmente, tendría que pronunciarse sobre el punto referente a la responsabilidad, pero no existiendo disposición especial su deber se limita a conceptuar sobre la conveniencia o inconveniencia de la extradición.

En cuanto al segundo argumento, adelante se observó, que tanto la ley penal de la República del Ecuador como la legislación vigente en el país, reprimen el delito con una pena privativa de la libertad mayor de seis meses, y como esta pena no se refiere a la sanción impuesta en la sentencia sino a la contemplada en la respectiva disposición penal, es el máximo de esa pena la que debe tenerse en cuenta al rendir el correspondiente concepto.

Conclusión

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la facultad conferida por el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal, emite concepto favorable sobre la solicitud de extradición del señor Juan J. Chang, formulada por la Embajada de la República del Ecuador, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

LA CAUSAL TERCERA DE CASACION.—LA RIÑA IMPREVISTA

1.—La razón de ser, jurídicamente, de la causal tercera de casación, en torno al desacuerdo que pueda advertirse entre la sentencia y el veredicto, radica en la circunstancia fundamental de que el veredicto constituye por sí mismo la expresión con fuerza de verdad legal hecha por el Jurado sobre la responsabilidad del acusado en consonancia con los cargos que a éste han hecho al través del proceso, cargos que define y concreta en una sencilla fórmula el Tribunal de Conciencia, poniendo de esta manera límites precisos a las hipótesis planteadas. En consecuencia, la sentencia con la cual concluye el juez de derecho el proceso, no puede ser otra cosa que la traducción fiel del veredicto, sometiéndolo formalmente a las normas de la ley, con la acomodación a que haya lugar dentro de los textos correspondientes del Código Penal y sin variar en nada la esencia del fallo de conciencia. Cualquier desviación que se haga en la sentencia por fuera de los límites que haya fijado el Jurado constituye, desde luego, un desacuerdo entre el veredicto y la sentencia. El juez de derecho no tiene atribución ninguna para transformar con ánimo de interpretación lo que concretamente haya respondido el Jurado y tan sólo puede moverse dentro de esos precisos límites.

2. — Con relativa frecuencia la doctrina emanada de esta Sala de la Corte ha precisado el contenido jurídico de lo que se entiende por riña, como una actitud violenta de lucha entre dos o más personas o a base de cambio mutuo de golpes susceptibles de causar un mal físico. Naturalmente, dentro de la actual ley penal, tal actitud se sostiene únicamente en los casos de verdadera riña imprevista, por no subsistir ya como delito autónomo la simple riña. La IMPREVISIBILIDAD de la riña es lo que da al homicidio o a las lesiones que a consecuencia de ésta se produzcan, el carácter de circunstancia modificadora, con las consecuencias prácticas consiguientes, como son la disminución excepcional de la pena en los términos previstos por el artículo 383 del Código Penal y, procesalmente, la posibilidad de la excarcelación para el sindicado que pruebe haber actuado dentro de los límites de esta especie atenuada de homicidio o de lesiones personales, según el caso. Tratándose por consiguiente de una circunstancia modificadora es al Jurado en su caso a quien corresponde responder y precisar este aspecto de la cuestión del hecho delictuoso en cuanto se refieren a la responsabilidad, conforme a nuestra legislación, tienen por juez único al Jurado, quien afirma o niega su existencia. La razón filosófica o más propiamente la razón jurídica de la atenuación en casos como el de la riña imprevista, que convierten el hecho en un delito especial, de responsabilidad atenuada, reside en el aspecto subjetivo intencional del delito, puesto que al calor de la violencia combativa, el sujeto o los sujetos trabados en la pelea hacen expresión de un temperamento irritable que, si no justifica su actitud, por lo menos la explica como un ANIMUS NOSCENDI sin previsión exacta de las consecuencias, por lo repentino e imprevisto del combate, que revelan en el que ataca o se defiende menor peligrosidad que en aquellos casos en que el dolo representa una elaboración intelectual más detenida y lenta y tiene un contenido preciso y directo en relación con el resultado. Por esta causa, no podía el legislador conferir a toda clase de homicidios en riña la atenuación que sólo atribuye al que se realiza en "riña imprevista". En otras palabras, la riña sólo alcanza el carácter de circunstancia modificadora del hecho delictuoso cuando asume nítidamente los caracteres de imprevista. Y asume el carácter de imprevista cuando se presenta de modo tan fortuito y ocasional que el combatiente no haya podido presumir su ocurrencia porque lógicamente ella, dentro de circunstancias normales, no debía producirse. En estas condiciones no será imprevista para quien verbalmente o por vías

de hecho la suscitare o para quien habiendo podido evitarlo racionalmente incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda. En consecuencia, cuando el Jurado no expresa con entera claridad la circunstancia de imprevisión de la riña, y sólo como en el caso del proceso que ocupa a la Corte habla de "riña provocada por el occiso", esta última situación tan sólo alcanza a transformarse en una circunstancia de menor peligrosidad que el Juez de derecho puede tener en cuenta al proferir su fallo.

Desde luego, cuando se habla de un homicidio que se ha realizado en riña imprevista, figura modificadora de la responsabilidad, debe exigirse por parte del Jurado gran claridad en su respuesta y en razón, precisamente de que aquella entidad no es técnica, corresponde a las partes durante la audiencia ilustrarla sobre la importancia y consecuencias de su presunta declaración para que el fallo se acomode a la realidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

Por sentencia fechada el día seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, el Tribunal Superior de Medellín, condenó al señor Carlos José Espinal a cumplir la pena de cinco años de presidio, más las accesorias consiguientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Francisco Montoya.

Contra el anterior fallo interpuso recurso de casación el señor Fiscal Segundo del mismo Tribunal. Declarado admisible se corrió el traslado de la demanda a la parte no recurrente igual que al señor Procurador General de la Nación quien, en su vista de fondo concluye pidiendo a la Corte que invalide la sentencia aludida y en su lugar condene al procesado a cumplir ocho años de la misma pena de presidio.

Antecedentes

Para determinar posteriormente en este fallo algunos aspectos de importancia doctrinaria en relación con el fenómeno de la riña imprevista, es conveniente resumir los hechos que dieron lugar al homicidio de Francisco Montoya, perpetrado por Espinal, resumen que se toma textualmente de la sentencia proferida por el Tribunal correspondiente:

"Por cuenta de Andrés Avelino Giraldo (a. Nino) trabajaban Francisco Montoya y José Casas. Quizá por orden del mismo, en la mañana del siete de julio de mil novecientos cuarenta y tres se preparaban a hacer un rancho, contiguo o cercano al que había construído Carlos José Espinal para estar cerca de sus trabajos de aserrío, en el paraje o finca "El Bosque" del Municipio de Ituango. Se deduce de algunas manifestaciones visibles en el proceso que Porfirio Espinal, padre de Carlos José, y Andrés Avelino Giraldo (a. Nino) se disputaban derechos de propiedad sobre ese punto o paraje. Carlos José Espinal se opuso abiertamente a que Montoya y Casas continuaran sus trabajos allí, y para hacer más valedera su oposición sacó de su rancho la escopeta. En vista de esto Jesús Ciro, como mediador, se ofreció a bajar en busca de los presuntos propietarios para que zanjaran las diferencias, accediendo, entre tanto, Montoya y Casas a suspender labores. Hacia las tres de la tarde de ese día los directos interesados no habían subido y Francisco Montoya se acercó al rancho de Espinal, parece que con el objeto de recoger algunos utensilios de cocina que allí tenía, mientras Casas lo esperaba a alguna distancia. Ya adentro, donde estaba Espinal comiendo, dizque le preguntó Montoya si estaba muy sofocado. La respuesta de Espinal fue coger de nuevo la escopeta y Montoya asiéndola del cañón, para evitar que la disparara fueron luchando hasta la puerta del rancho en donde uno y otro sacaron sus peinillas, pero Montoya ya se alejaba, pues se había separado unos siete metros, cuando Espinal le disparó su escopeta lesionándolo gravemente en la región posterо-superior izquierda. Montoya falleció como las siete de esa misma noche.

El proceso

Adelantada la correspondiente investigación, señor Juez Segundo Superior decidió llamar a juicio a Carlos José Espinal por el delito de homicidio. Convocado el Jurado de conciencia, le propuso la siguiente cuestión:

"¿El acusado Carlos José Espinal Mazo es responsable de haber lesionado con arma de fue

(escopeta) y con el propósito de matar, a Francisco Montoya (a. Quico), quien a consecuencia de tales lesiones murió éste pocas horas después, y hecho (sic) que tuvieron su cumplimiento, así: la herida a eso de las tres a las tres y media de la tarde del día siete de julio de mil novecientos cuarenta y tres, y la muerte, a eso de las ocho de la noche del mismo día, mes y año citados, todo lo cual tuvo su ocurrencia en el paraje denominado 'El Bosque' de la comprensión del Municipio de Ituango?"

Contestó a esta pregunta el Tribunal popular con la siguiente respuesta: **Sí, en riña provocada por el occiso.**

Con base en el veredicto anterior el Juez de la instancia condenó a Carlos José Espinal Mazo a cumplir la pena de ocho años de presidio, dando aplicación al artículo 362 del Código Penal, por considerar que se trata de un homicidio simple y que la agregación hecha por el Jurado relativa a la riña provocada por el occiso, no tenía ninñún valor modificativo que diera lugar a apreciar el caso como de responsabilidad especialmente atenuada.

Por su parte, el Tribunal Superior de Medellín al revisar la providencia anterior, en fallo del seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, decidió reemplazar el de primera instancia por uno condenatorio a pena menor (presidio por cinco años), considerando que la agregación propuesta por el Jurado en el veredicto, debe relacionarse con la circunstancia atenuativa de "Homicidio en riña imprevista" de que trata el artículo 384 del Código Penal. Son éstas las palabras del Tribunal:

"...Pero es evidente también que la locución el Jurado "sí, en riña provocada por el occiso" nplica una atenuante favorable al procesado. Y ómo no, si para sentar su responsabilidad pura simple habríale bastado un sí lacónico. No hará de pensarse que la agregación "en riña procada por el occiso" obedeció a una simple exicación intrascendente del Jurado. No. Ella conva su intención de hacer menos precaria la siación jurídica del incriminado. Con un monoabo "sí" quedaba aceptada la responsabilidad ueta como homicida simplemente voluntario, necesidad de abundar en detalles. Luego, a la ución siguiente hay que buscarle el por qué, ntención y el sentido de lo que el Jurado quiexpresar con respecto al enjuiciado. Pero el or Juez de instancia interpretó ese veredicto en el sentido afirmativo de responsabilidad, sin limitación ni atenuación alguna, y como tal aplicó el mínimo de las sanciones previstas para el homicidio simplemente voluntario. La Sala, por su parte, considera que ese veredicto implica atenuación, aunque requiere interpretación que se hará de la manera más lógica posible armonizándola con las constancias procesales.

"A los jurados no puede exigírseles técnica jurídica en sus veredictos. Por eso, en determinados casos ellos requieren una interpretación racional para desentrañarles la intención o ánimo del **Juri** con respecto al procesado en cada causa, armonizándola con el ambiente procesal. Por eso, sin duda, es notoria en el veredicto a estudio la falta de terminación de la frase o su complemento de que fue imprevista para el acusado".

La demanda de casación

El señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Medellín, doctor Luis Arcila Ramírez, con un exacto sentido del cumplimiento del deber, ha recurrido a la Corte para que ésta infirme el fallo proferido en este proceso por el Tribunal sentenciador, afirmando en su inteligente escrito que la interpretación hecha por éste, haciendo significar al veredicto lo que no dijo, es equivocada y coloca la sentencia en desacuerdo con el veredicto pronunciado por el Jurado, colocándose así la sentencia en desacuerdo total con el fallo de conciencia, por lo cual invoca la existencia de la causal tercera prevista por el artículo 567 del C. P.

Estudio de la causal tercera

Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto

La razón de ser, jurídicamente, de la causal tercera de casación, en torno al desacuerdo que pueda advertirse entre la sentencia y el veredicto, radica en la circunstancia fundamental de que el veredicto constituye por sí mismo, la expresión con fuerza de verdad legal, hecha por el jurado sobre la responsabilidad del acusado en consonancia con los cargos que a éste se han hecho a través del proceso, cargos que define y concreta en una sencilla fórmula el Tribunal de Conciencia, poniendo de esta manera límites precisos a las hipótesis planteadas. En consecuencia, la sentencia con la cual el Juez de derecho concluye el proceso, no puede ser otra cosa que la traducción fiel del veredicto, sometiéndolo formalmente

a las normas de la ley, con la acomodación a que haya lugar dentro de los textos correspondientes del código penal y sin variar en nada la esencia del fallo de conciencia. Cualquier desviación que se haga en la sentencia por fuera de los límites que haya fijado el jurado, constituye, desde luego, un desacuerdo entre el veredicto y la sentencia. El juez de derecho no tiene atribución ninguna para transformar con ánimo de interpretación, lo que concretamente el jurado haya respondido y tan sólo puede moverse dentro de esos precisos límites.

La riña imprevista

Con relativa frecuencia la doctrina emanada de esta Sala de la Corte, ha precisado el contenido jurídico de lo que se entiende por riña, como una actitud violenta de lucha entre dos o más personas o a base de cambio mutuo de golpes susceptibles de causar un mal físico. Naturalmente, dentro de la actual ley penal, tal actitud, se sostiene únicamente en los casos de verdadera riña imprevista, por no subsistir ya como delito autónomo la simple riña. La **imprevisibilidad** de la riña es lo que da al homicidio o a las lesiones que a consecuencia de ésta se produzcan, el carácter de circunstancia modificadora, con las consecuencias prácticas consiguientes, como son la disminución excepcional de la pena en los términos previstos por el artículo 383 del código penal y, procesalmente, la posibilidad de la excarcelación para el sindicado que pruebe haber actuado dentro de los límites de esta especie atenuada de homicidio o de lesiones personales, según el caso. Tratándose por consiguiente de una circunstancia modificadora es al jurado en su caso a quien corresponde responder y precisar este aspecto de la cuestión del hecho delictuoso en cuanto se refieren a la responsabilidad, conforme a nuestra legislación, tienen por juez único al jurado quien afirma o niega su existencia. La razón filosófica o más propiamente la razón jurídica de la atenuación en casos como el de la riña imprevista, que convierten el hecho en un delito especial, de responsabilidad atenuada, reside en el aspecto subjetivo intencional del delito, puesto que al calor de la violencia combativa, el sujeto o los sujetos trabados en la pelea, hacen expresión de un temperamento irritable que si no justifica su actitud por lo menos la explica como un **animus noscendi** sin previsión exacta de las consecuencias, por lo repentino e imprevisto del combate, que revela en el que ataca o se defiende menor peligrosidad que en aquellos casos en que el dolo representa una elaboración intelectual más detenida y lenta y tiene un contenido preciso y directo en relación con el resultado. Por esta causa, no podía el legislador conferir a toda clase de homicidios en riña la atenuación que sólo atribuye al que se realiza en "riña imprevista." En otras palabras, la riña sólo alcanza el carácter de circunstancia modificadora del hecho delictuoso cuando asume nítidamente los caracteres de imprevista. Ahora bien, la riña asume el carácter de imprevista cuando se presenta de modo tan fortuito y ocasional que el combatiente no haya podido presumir su ocurrencia porque lógicamente ella, dentro de circunstancias normales, no debía producirse. En estas condiciones no será imprevista para quien verbalmente o por vías de hecho la suscitare o para quien habiendo podido evitarlo racionalmente incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda.

En consecuencia cuando el jurado no expresa con entera claridad la circunstancia de imprevisión de la riña, y sólo como en el caso que ocupa a la Corte habla de "riña provocada por el occiso", esta última situación tan sólo alcanza a transformarse en una circunstancia de menor peligrosidad que el Juez de derecho puede tener en cuenta al proferir su fallo.

Desde luego, cuando se habla de un homicidio que se ha realizado en riña imprevista, figura modificadora de la responsabilidad, debe exigirse por parte del jurado gran claridad en su respuesta y en razón, precisamente de que aquella entidad no es técnica, corresponde a las partes durante la audiencia ilustrarla sobre la importancia y consecuencias de su presunta declaración para que el fallo se acomode a la realidad.

En el proceso que se siguió a Carlos José Espinal, la parte defensora promovió concretamente el tema relativo a la riña imprevista, tesis que el jurado no aceptó en esos términos sino en otros diferentes, cuando habló sencillamente de riña provocada por el occiso, lo cual significa que en el veredicto no se tuvo en cuenta para nada la circunstancia modificadora de la riña imprevista, razón por la cual no se puede dar a la respuesta mencionada la extensión propuesta por el Tribunal sentenciador.

En estas condiciones la responsabilidad del procesado Espinal Mazo es la de quien comete

homicidio simple de los previstos por el artículo 362 del Código Penal, sin que haya motivo para agravarle la sanción, por no existir circunstancias de mayor peligrosidad, antes por el contrario, deberá imponerse al mismo ciudadano la pena correspondiente al homicidio simple en su mínimo, pues, se trata de un hombre sin antecedentes criminales anteriores a su delito, trabajador y honrado, ignorante e iletrado que no presenta síntomas de una personalidad más peligrosa de la que expresó con la acción que ha motivado su condena.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia de seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco y en su lugar dispone condenar a Carlos J. Espinal a cumplir en el establecimiento que el Gobierno determine la pena de ocho años de presidio, de la cual se deducirá el tiempo que lleva en detención a partir del 14 de julio de 1943. Condénasele igualmente, a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena impuesta. En lo demás queda en firme la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

ELEMENTOS DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA

Los elementos estructurales del delito de abuso de confianza son: a) La apropiación o uso indebido de una cosa en provecho propio o de un tercero; b) Que la cosa ajena sea mueble, y c) Que se haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril catorce de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El señor Ricardo Tarquino, vecino de Barranquilla, se presentó ante el Juez Municipal de La Dorada, el día 24 de mayo de 1940, con el fin de dar denuncio criminal contra Alfredo Camacho por el delito de abuso de confianza. El denunciante expuso los siguientes hechos:

El día 22 del mes nombrado Tarquino entregó a Camacho una mercancía por valor de quinientos treinta pesos en calidad de consignación, para que le rindiera cuenta la tarde del mismo día. Tarquino traía esa mercancía desde el puerto de Barranquilla, en el vapor "Camilo Torres", nave que atracó en la margen derecha del río Magdalena, esto es, sobre el poblado de Puerto Salgar. En ese barco el señor Tarquino hizo entrega de la mercancía a Alfredo Camacho y éste la sacó de allí para depositarla en el almacén del señor Sigfredo Musa, de la misma población, de donde la traspasó al día siguiente al tren en que viajó a la villa de Utica.

Indagado el negociante Camacho, negó que la mercancía hubiera sido entregada en consignación, afirmando que había sido una compraventa con plazo de seis días para el pago. Sin embargo, no supo explicar por qué inmediatamente vendió una porción de los artículos a un precio menor del cual podían expenderse sin hacer ninguna ganancia; el por qué no se presentó a avisarle su viaje al presunto vendedor Tarquino; el por qué cuando supo que en su contra había orden de captura, entregó las mercancías a una persona desconocida y huyó hacia Bogotá. Sobre estos hechos el juez investigador adelantó la averiguación hasta que por medio de auto de fecha julio quince de 1940, el Juzgado Municipal de La Dorada, dijo lo siguiente:

"A folios 37 v. y 38 y 39, se encuentran los testimonios jurados de los señores Ricardo Tarquino, como denunciante e interesado en el negocio, y Graciliano García y Víctor M. Olaya, quienes uniformemente declaran que el hecho delictuoso, sin lugar a duda, se verificó a bordo del vapor "Camilo Torres", el día veintidós de mayo del corriente año, surto en el puerto de Salgar, jurisdicción de Puerto Liévano, cuando en dicho buque se practicaba el descargue, estando, de consiguiente, amarrado o sea adherido a dicho puerto, y en la jurisdicción dicha, y la fuerza probatoria de estos tres testimonios, de nudo hecho, llevan a este despacho a la plena convicción de que es al señor Juez o a las autoridades de Puerto Liévano, a quienes corresponde seguir avocando su conocimiento, máxime si ya están practicadas todas las diligencias importantes y conducentes para el esclarecimiento del hecho denunciado".

El señor Juez del Circuito de Guaduas, a quien correspondió el negocio, rechazó la competencia del negocio con los siguientes conceptos:

"De forma, que, dada la naturaleza del delito que se investiga en estos autos, incurrió en error el señor Juez Municipal de La Dorada al estimar que había sido cometido en jurisdicción de este Circuito por haber sido en Puerto Liévano en donde fueron entregadas las mercaderías, ya que en ese preciso instante, de ser cierto lo que afirma el denunciante, lo que se verificó fue un contrato de fiducia, y tan sólo cuando Camacho abusó de esa confianza se integró legalmente el delito de abuso de confianza, cosa que aconteció al abandonar la población de La Dorada que era su domicilio y lugar en el cual debería realizarse las mercaderías y rendir cuentas a su mandante.

"Las anteriores consideraciones llevan a la conclusión de que el delito de que se sindica a Camacho, en el supuesto de haberse cometido, se

onsumó en la población de La Dorada que forma arte del Circuito Judicial de Manzanares, y es l señor Juez de ese Circuito a quien corresponde avocar el conocimiento del proceso".

El Juzgado Promiscuo de Manzanares, en auto e ocho de septiembre de 1943, aceptó las razones del Juez de Guaduas y de consiguiente avocó conocimiento del negocio. Sin embargo, con cha veintiuno de junio de 1944, el señor Juez Manzanares volvió a remitir al conocimiento l Juez de Guaduas el negocio aludido.

El Juez de Guaduas volvió a rechazar la comtencia del asunto, por lo cual el señor Juez del cuito de La Dorada, a quien correspondió el nario, lo envió al Tribunal Superior de Manies. El Tribunal, considerando que se trata de a colisión de competencias entre dos Juzgados diferente distrito judicial, ha enviado el neio a la Corte, para que se resuelva lo condute, al tenor del artículo 42 del Código de Promiento Penal.

a Sala observa:

a dificultad para desatar el negocio, esto es, olisión propuesta, reside en la duda de si el o de abuso de confianza se consumó en la ación de Puerto Salgar, donde el sindicado ió la mercancía, en donde vendió parte de y del cual partió al día siguiente hacia Ution el objeto de burlar la cita con el consig Tarquino, o si se perfeccionó en La Doraoblación donde se hallaba domiciliado el do y donde debía haber realizado las meras y rendido cuentas a su mandante.

denunciante Tarquino, como bien lo afirma querella dice que él entregó la mercancía nacho en consignación y para que le rincuentas esa misma tarde; el acusado afire con él se realizó una compraventa con de seis días para el pago. De las probanzas as se ha establecido sin lugar a duda que vención del negocio y la entrega de la mer se realizó en el Puerto de Salgar. ¿Es, en blación, donde se consumó el delito inves-

lementos estructurales del delito de abuso ianza son:

a apropiación o uso indebido de una cosa echo propio o de un tercero;

ue la cosa ajena sea mueble;

ue se haya confiado o entregado por un o traslaticio de dominio.

Los dos elementos últimos se hallan establecidos claramente en el presente negocio, puesto que la negociación se produjo sobre una cosa mueble de propiedad del señor Tarquino: varias gruesas de pañuelos y manteles; y el contrato celebrado fue el de una simple consignación, esto es, la cosa quedaba en propiedad del consignante y el mandatario no tenía derecho alguno distinto del de venta del artículo, en nombre y para beneficio del mandante Tarquino.

De tal manera que establecidos estos dos elementos, es necesario estudiar si se halla estructurado el de la apropiación o uso indebido de la cosa en provecho ajeno o propio.

El uso indebido en provecho propio o ajeno, es necesario descartarlo por la naturaleza misma de las mercancías y de los hechos que se han narrado. Tan sólo queda observar si se trata de una apropiación en provecho propio.

Este elemento se halla establecido plenamente si se observan los siguientes hechos; Desde el momento mismo en que le fue entregada la cosa, el sindicado Camacho trasladó el artículo a la casa del comerciante Musa, a quien le vendió una porción de ella, por un valor menor del que le había sido estipulado, esto es, principió a revelar exteriormente su propósito de realizar a la mayor brevedad y a cualquier precio la mercancía con el objeto de disponer prontamente de dinero para gastarlo esa misma noche en una fiesta. Al día siguiente partió del lugar en que debía realizar la mercancía, Puerto Salgar, hacia Utica, en donde entregó ésta a persona desconocida, población de la cual huyó hacia Bogotá, para esquivar la captura ordenada por la justicia.

Como se observa, fue en la población de Puerto Salgar, en donde se realizó la entrega y en donde se verificó el primer acto externo de disposición arbitraria de la mercancía en beneficio propio. No importa que la posible ideación del abuso, la hubiera tenido el sindicado, en el momento en que surgió la convención del negocio, esto es, en la población de La Dorada. El perfeccionamiento de la transacción se realizó en Puerto Salgar, allí se efectuó la entrega y de allí huyó el sindicado para esquivar la búsqueda del consignante Tarquino y la rendición de cuentas a que él debiera someterlo.

Sobre este tema, bien hizo en transcribir el señor Juez del Circuito de Manzanares, la jurisprudencia de esta Sala, de fecha cinco de mayo

de mil novecientos cuarenta y uno, en la cual se dijo:

"La intención y el propósito delictuosos son fenómenos internos que no caen dentro de la órbita del derecho, puesto que carecen de la virtud requerida para que la defensa social ejerza su función de reprimir, ni aun en el caso de que aquéllos sean conocidos del poder público, excepto las figuras **sui generis** de concierto, asociación y propuestas para violar la ley penal.

"Así, y como no siempre coinciden el lugar de la ideación de un delito y aquel en donde éste se realiza, el abuso de confianza por apropiación de las cosas muebles a que se refiere la presente colisión de competencia, se consumó en el territorio del municipio en que el acto positivo de la enajenación de dichas cosas reveló la intención del procesado, no olvidando dos puntos de suma importancia: que el abuso de confianza es delito instantáneo y que el que cometiera no fue por uso indebido sino, se repite, por apropiación".

De consiguiente, es necesario aceptar que los actos externos en los cuales se puede apreciar la estructuración del delito de abuso de confianz que se investiga, tuvieron lugar en el Puerto d Salgar de la jurisdicción del Tribunal Superio de Bogotá, y por lo cual es a este Distrito Judi cial al que corresponde el conocimiento del ne gocio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprem Sala de Casación Penal, administrando justicia e nombre de la República de Colombia y por aut ridad de la ley, DIRIME la colisión de compete cias suscitada entre los Jueces del Circuito Guaduas y de La Dorada, correspondientes a Distritos Judiciales de Bogotá y Manizales, r pectivamente, en el sentido de definir que es Juzgado de Guaduas y Distrito de Bogotá, al c corresponde el conocimiento del negocio aludi

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno— ge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jimé Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., S

DELITOS DE RESPONSABILIDAD

El Código de Procedimiento, atribuye competencia a la Corte —Sala Penal— para conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o las leyes, o por mal desempeño de funciones, se promuevan contra los Gobernadores de los Departamentos, pero esa competencia se refiere exclusivamente a los delitos de responsabilidad y no a los delitos comunes que dichos funcionarios puedan cometer aunque se hallen investidos de autoridad proveniente de un cargo público.

La sola investidura oficial del sindicado no es causa suficiente que confiere a la Corte, facultad legal para ampliar las normas relativas a jurisdicción y competencia; éstas son de orden público y su aplicación no puede hacerse con criterio analógico sino restringido, ya que aplicando el principio analógico se llegaría a la conclusión de dar a los simples delitos comunes el carácter de delitos de responsabilidad. El fuero especial de que gozan los Gobernadores no es para los delitos comunes sino para los de responsabilidad, y como el hecho imputado en el supuesto de que existiera, cae dentro de la jurisdicción de los primeros, la competencia es de los jueces de circuito.

rte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, quince de abril de mil novecientos cuarenta y siete.

agistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

nte el Juzgado del Circuito de Segovia, Ar- Villegas, denunció criminalmente al doctor ro Claver Aguirre, quien desempeñaba en ese nces las funciones de Gobernador del Depar- nto de Antioquia, por el delito de calumnia, istente en haber transcrito dicho funcionario, lcalde del Municipio de Remedios, un tele- ha del Directorio Liberal que dice:

ledellín, septiembre 27 de 1946 — Nro. 2027 Alcalde Remedios, Liberales independientes.—El señor Arturo Villegas Giraldo no es delegado esta Directiva, por el contrario es enviado de César Giraldo y pagado por la coalición.—Pedro Villa, Presidente.—Servidor, Pedro Claver Aguirre, Gobernador".

Concepto de la Procuraduría

En su vista de marzo 28 de 1947 dice la Procuraduría:

"De acuerdo con este telegrama, y admitiéndo la autoridad de él, no puede decirse que se trate de un cargo por responsabilidad contra el Gobernador del Departamento, puesto que no es función propia de tales empleados la de transcribir documentos procedentes de directorios políticos. El telegrama en la forma en que está concebido, más parece apócrifo que verdadero, como así lo declara el testigo Luis Rojas en los siguientes términos:

"...me dijo Arturo Villegas Giraldo, que había puesto un telegrama a la Gobernación averiguándole si él había mandado ese telegrama... Según me dijo Villegas, de la Gobernación le habían contestado que de allá no había salido ese telegrama." (Fs. 8 v.).

"La H. Corte, al tenor de la Carta y del Código de Procedimiento Penal, conoce de los procesos que, por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan entre otros, contra los Gobernadores de los Departamentos.

"El nuevo estatuto procedimental se atuvo, para fijar la competencia legal de la Corte, exclusivamente a la naturaleza del hecho juzgable.

"Si se trata de un delito común, el juzgamiento del asunto no corresponde a la Corte sino a los jueces ordinarios aun cuando el sindicado haya ejecutado el hecho siendo Magistrado y aun cuando conserve tal carácter al tiempo en que se le vaya a juzgar." (GACETA JUDICIAL, números 1996 y 1997, pág. 326).

"Si se trata de delitos comunes —dijo después esa ilustre corporación— el juzgamiento no co-

rresponde a la Corte sino a los jueces ordinarios, aun cuando el sindicado haya ejecutado el hecho en ejercicio de una función que le diera competencia a la Corte." (GACETA JUDICIAL, números 2029-2030-2031, pág. 181).

"Y en un caso más concreto, en que se le imputaba un delito de calumnia a un Magistrado de Tribunal Superior de Justicia, dijo la H. Corte:

"Las imputaciones falsas de un hecho personal concreto que la ley ha erigido en delito (calumnia), o el ataque al honor, la reputación o la dignidad de una persona (injuria), no son delitos de responsabilidad, sino delitos comunes. La circunstancia de que la calumnia o injuria se hubiera cometido por un Magistrado de Tribunal, no le imprime al hecho el carácter de delito oficial o de responsabilidad, porque el acto no se realiza por razón del ejercicio de atribuciones judiciales o de funciones como administrador de justicia." (Auto de 8 de julio de 1946. Proceso por calumnia contra el doctor Primitivo Vergara Crespo).

"En consecuencia, aun aceptando —lo que es muy dudoso— que el doctor Pedro Claver Aguirre hubiera puesto el telegrama que se deja copiado, esa conducta no implica una relación necesaria con las funciones oficiales de Gobernador, por exceso u omisión, sino con actividades de un simple particular. Se trataría de un delito común y no de aquellos llamados de responsabilidad.

'Por lo tanto, la H. Corte no tiene competencia para conocer del presente sumario, 'sino el Juez del Circuito, a quien se le debe enviar el proceso".

Se considera:

El Código de Procedimiento, atribuye competencia a la Corte —Sala Penal— para conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o las leyes, o por mal desempeño de funciones, se promuevan contra los Gobernadores de los Departamentos, pero esa competencia se refiere exclusivamente a los delitos de responsabilidad y no a los delitos comunes que dichos funcionarios puedan cometer aunque se hallen investidos de autoridad proveniente de un cargo público.

Los Gobernadores de los Departamentos pueden violar la ley penal bajo dos aspectos, como particulares y como empleados públicos. En el primer caso, cometen un delito común, con prescindencia absoluta de la investidura oficial. En el segundo caso, al violar la ley como funcionarios públicos por razón o causa del ejercicio de funciones propias o inherentes a su cargo, cometen un delito de responsabilidad. En el primer supuesto, la jurisdicción y competencia para conocer del hecho constitutivo de infracción penal, no está sujeta a fuero especial y el conocimiento por consiguiente, es de los jueces municipales, de Circuito o Superiores, según la naturaleza del hecho; en el segundo supuesto, el sindicado goza de un fuero especial para que lo juzgue una autoridad de superior jerarquía, en atención a que el hecho se cometió por razón o causa del ejercicio de funciones públicas, circunstancias que tipifican el delito de responsabilidad.

La sola investidura oficial del sindicado no es causa suficiente que confiera a la Corte, facultad legal para ampliar las normas relativas a jurisdicción y competencia; éstas son de orden público y su aplicación no puede hacerse con criterio analógico sino restringido, ya que aplicando el principio analógico se llegaría a la conclusión de dar a los simples delitos comunes el carácter de delitos de responsabilidad. El fuero especial de que gozan los Gobernadores no es para los delitos comunes sino para los de responsabilidad, como el hecho imputado en el supuesto de que existiera, cae dentro de la jurisdicción de los primeros, la competencia es de los jueces de circuito.

Por las consideraciones expuestas la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto de colaborador, se INHIBE DE CONOCER del presente negocio, por no ser de su competencia.

Pasen las presentes diligencias al Juzgado del Circuito que sea **competente**, para que resuelva lo que sea legal, en relación con las imputaciones que se hacen al doctor Pedro Claver Aguirre.

Notifíquese, cópiese, y cúmplase.

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno— ge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jimé Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., S

CAUSAL 2ª DE CASACION

Es cierto que al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal —la Sala— guiada por un criterio de amplitud dio cabida en algunos casos a la causal segunda del artículo 567 de la ley procedimental, pero a partir del fallo de noviembre 3 de 1944, la Corte recogió sus conceptos, y en sentencias posteriores unificó su doctrina afirmando que la causal segunda de casación no puede ser alegada en los juicios en que interviene el jurado, sino únicamente en los juicios de derecho. El examen de la responsabilidad del acusado, no es tema propio del recurso de casación, sino de las instancias del juicio, es el JURI en los juicios por jurado, quien afirma o niega la responsabilidad fundado en la libre apreciación de las pruebas según el criterio de su íntima convicción. La Corte, no tiene facultad para examinar en casación y en los juicios en que interviene el jurado, el valor legal de las pruebas para afirmar o negar la responsabilidad del acusado, porque esa atribución la dio la ley únicamente a los jueces de conciencia y no al Juez de derecho, quien dicta sentencia con base en el veredicto del jurado.

La omisión del Juzgado al no formular en el respectivo cuestionario, la pregunta relativa a la riña imprevista, no es hecho constitutivo de nulidad constitucional, porque las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, si bien es verdad que deben ser resueltas por el Jurado, su declaración sólo es obligatoria para el JURI, cuando previamente se reconocen, bien sea en el respectivo auto de proceder o en el curso del juicio en virtud de pruebas aducidas legalmente. No hay lugar a reconocer la existencia de la nulidad prevista en el artículo 26 de la Carta, cuando se omite proponer a la consideración de los jueces de conciencia una circunstancia modificadora de la responsabilidad, que no está probada ni reconocida en el proceso; para que exista esta nulidad, y para que prospere en casación, no basta alegarla sino que es indispensable demostrarla.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, dieciocho de abril de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en sentencia de febrero veintidós de mil novecientos cuarenta y seis, condenó a José Trinidad Berty, a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del homicidio agotado en la persona de Agustín Valdeblánquez.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el procesado, y oportunamente se formuló la correspondiente demanda de casación por el apoderado del recurrente.

Antecedentes

El diez y seis de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, en la casa de Ramón Campo, se reunieron varias personas y se dedicaban a libar copas. Posteriormente llegaron a ese lugar, José Andrés Moreu y Agustín Valdeblánquez, con el objeto de reclamar un tiple de propiedad de Braulio Socarrás. Según relato de varios testigos presenciales, Valdeblánquez pidió a Campo le entregara el tiple que estaba en su poder, pero Berty, que se hallaba en dicha reunión, sin motivo alguno, se opuso a que se hiciera la entrega, e inmediatamente se lanzó sobre Valdeblánquez, trabándose una especie de lucha, y por consecuencia de ella cayeron al suelo, circunstancia que fue aprovechada por Berty, para causarle a Valdeblánquez varias lesiones que posteriormente le ocasionaron la muerte.

El Juzgado Primero Superior en el auto de proceder imputó a José Trinidad Berty, la comisión de un delito de homicidio intencional, providencia que al ser apelada, fue confirmada por el respectivo Superior sin modificación alguna, en relación con las apreciaciones hechas antes por el inferior.

A la consideración del Jurado se propuso la siguiente cuestión:

"¿El acusado José Trinidad Berty, es responsable, conforme al auto de proceder de haber dado muerte a Agustín Valdeblánquez por medio de tres heridas producidas con instrumento punzocortante, las cuales interesó los órganos descritos en la respectiva diligencia de autopsia; hecho que tuvo lugar en la ciudad de Riohacha el día diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, como a las diez y media de la noche?"

Los jueces de conciencia respondieron afirmativamente a la pregunta del cuestionario por medio de un **"sí"**. Veredicto que no trae adición ni explicación alguna que pueda modificar la responsabilidad del reo.

Demanda

El recurrente invoca como causales de casación las contempladas en los numerales 2º y 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda

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

Dice el recurrente:

"En la sentencia recurrida no se valoró un hecho esencial plenamente acreditado en el proceso. Del estudio del expediente, se deduce que el homicidio perpetrado por José Trinidad Berty en la persona de Agustín Valdeblánquez, se acompañó de una circunstancia modificadora de la responsabilidad: la **riña imprevista.**

"Procede, pues, casar la sentencia en referencia por la causal 2ª por haberse atribuído a los hechos un valor probatorio que no tienen, es a saber el de hechos constitutivos de un simple homicidio voluntario cuando lo fueron de un homicidio en riña imprevista, según las propias declaraciones estimadas como pruebas en el auto de proceder; o por habérseles negado a tales hechos el valor que sí tienen (homicidio en riña imprevista), no obstante haberse acreditado así en el proceso, tratándose, como en efecto se trata, de circunstancias distintas a influír en la determinación de la sanción".

Para respaldar su tesis transcribe las doctrinas de la Corte, tomadas de los fallos de 18 de marzo y 4 de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en cuyas sentencias se dio cabida en los juicios por jurado, a la causal segunda que hoy se invoca.

Se considera:

Es cierto que al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal —la Sala— guiada por un criterio de amplitud dio cabida en algunos casos a la causal segunda del artículo 567 de la ley procedimental, pero a partir del fallo de noviembre 3 de 1944, la Corte recogió sus conceptos, y en sentencias posteriores unificó su doctrina afirmando que la causal segunda de casación no puede ser alegada en los juicios en que interviene el jurado, sino únicamente en los juicios de derecho. El examen de la responsabilidad del acusado, no es tema propio del recurso de casación, sino de las instancias del juicio, es el Jurado en los juicios por jurado, quien afirma o niega la responsabilidad fundado en la libre apreciación de las pruebas según el criterio de su íntima convicción. La Corte, no tiene facultad para examinar en casación y en los juicios en que interviene el Jurado, el valor legal de las pruebas para afirmar o negar la responsabilidad del acusado, porque esa atribución la dio la ley únicamente a los jueces de conciencia y no al juez de derecho quien dicta sentencia con base en el veredicto del jurado. El nuevo examen de pruebas del proceso conduciría a declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, facultad privativa de los falladores de instancia.

En el auto de llamamiento a juicio se imputó al procesado la comisión de un homicidio intencional, y en esta forma, sin modificación alguna fue confirmada por el Tribunal. No se dijo que el homicidio se realizó en **riña imprevista,** por Berty, por ser éste quien atacó a Valdeblánquez y la circunstancia modificadora de la responsabilidad —riña imprevista— no sería para el agresor sino para el ofendido.

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

Causal cuarta

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

Deduce el recurrente la causal de nulidad del rtículo 26 de la Constitución Nacional, pues, firma que en el proceso no se observaron la Plenitud de las formas propias" del juicio, por- ue al jurado no se le formuló la pregunta rela- va a la circunstancia modificadora de la respon- abilidad determinada y reconocida en el proceso sea la de la riña imprevista, y al no hacerlo se currió en la nulidad de origen constitucional.

El Juzgado y el Tribunal en providencias de gosto nueve, de septiembre nueve y noviembre es de mil novecientos cuarenta y cuatro, recha- ron la modalidad de la riña imprevista y en to de noviembre 23 de 1944 se dijo:

"El Tribunal estimó al confirmar el auto de oceder y se repite ahora que, en el homicidio metido por José Trinidad Berty no hubo riña, rque los testigos que presenciaron el delito, no jan establecida claramente esta modalidad".

Y posteriormente afirma:

'En resumen, ni en el caso que se contempla stió la riña, ni habiendo existido, la excarcela- n podría concederse, por ser José Trinidad ty el provocador y para el provocado la riña es imprevista".

o existiendo fundamento probatorio para de- ir la circunstancia de la riña imprevista, el gado, no podía formular en el cuestionario gunta alguna referente a esta modalidad, pero el supuesto de que esta circunstancia se hu- a deducido en el auto de proceder, y el juz- por olvido la hubiera omitido en el respec- cuestionario, en su veredicto el jurado podía nocerla, aunque no se le hubiera interrogado e el particular.

La omisión del Juzgado al no formular en el respectivo cuestionario, la pregunta relativa a la riña imprevista, no es hecho constitutivo de nulidad constitucional, porque las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, si bien es verdad que deben ser resueltas por el Jurado, esa declaración sólo es obligatoria para el **Juri,** cuando previamente se reconoce bien sea en el respectivo auto de proceder o en el curso del juicio en virtud de pruebas aducidas legalmente. No hay lugar a reconocer la existencia de la nulidad prevista en el artículo 26 de la Carta, cuando se omite proponer a la consideración de los jueces de conciencia una circunstancia modificadora de la responsabilidad, que no está probada ni reconocida en el proceso, para que exista esta nulidad, y para que prospere en casación, no basta alegarla sino que es indispensable demostrarla.

En consecuencia, la causal alegada no prospera.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, por la cual se impuso a José Trinidad Berty, la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del homicidio realizado en la persona de Agustín Valdeblánquez.

Cópiese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EXTINCION DE LA ACCION PENAL

Uno de los medios naturales de extinguirse la acción o la condena penales, es la muerte del inculpado o del condenado, y el fundamento racional de este precepto, estriba en la razón de que tanto la imputabilidad como la condena penales son o tienen el carácter de personales, de manera que muerto el sujeto activo de la infracción o de la condena, prácticamente, desaparece una de las partes del proceso penal, y el Estado, no puede hacer efectiva la prosecución del juicio o los resultados de la condena por carencia de sujeto.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, consulta la sentencia de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, que en su parte resolutiva dice:

"1º Decrétase que no puede proseguirse la acción penal en este proceso.

"2º Consecuencialmente ordénase cesar todo procedimiento contra el doctor Roberto Martínez Robles, ex-Juez 1º del Circuito Civil de San Juan de Córdoba (Ciénaga)".

Hechos

En memorial de marzo diez de mil novecientos cuarenta y dos, Agustín Novoa Pinzón denunció ante el Tribunal de Santa Marta al doctor Roberto Martínez Robles, a quien le imputa la comisión de algunos delitos cometidos en actuaciones llevadas a efecto por este funcionario, en el juicio civil que por indemnización de perjuicios adelantaba el denunciante contra el señor Francisco Fuscaldo.

El Tribunal ordenó adelantar la correspondiente investigación y como medida procesal dispuso citar al denunciante para que jurara los cargo pero éste manifestó estar impedido para ratif carse en los hechos denunciados, bajo la grav dad del juramento.

Investigación

Al sumario se allegó el Acuerdo de Nombr miento y la correspondiente acta de posesió para demostrar que el sindicado en la fecha que se realizaron los hechos imputados, tenía calidad de empleado de la Rama Jurisdiccion como Juez Primero Civil del Circuito de Ciéna

Posteriormente se adujo la correspondiente p tida de defunción del doctor Roberto Martí Robles, quien falleció en la ciudad de Santa M ta, el veintiuno de mayo de mil novecientos c renta y seis. Así lo certifica el Notario Segu de esa ciudad.

En providencia de septiembre veinte de novecientos cuarenta y seis, el Tribunal disp correr traslado al Agente del Ministerio Públ para que emitiera concepto —en este proceso conformidad con lo dispuesto por el artículo del Código Penal, en armonía con lo previsto el artículo 153 del Código de Procedimiento, tratan de la extinción de la acción penal muerte del inculpado, y cesación del proc miento.

El colaborador de esa Entidad pidió se d rara extinguida la acción penal y se ordena consecuencia la cesación del procedimiento.

Sentencia

El Tribunal en los considerandos de la se cia dijo:

"1º Al tenor del artículo 100 del C. P. la m te del procesado extinguirá la acción penal.

"2º De acuerdo con el artículo 153 del P. P., en cualquier estado del proceso en qu rezca plenamente comprobado que la acció nal no puede proseguirse, previo dictamen rable del Ministerio Público, debe proceder de oficio, a dictar sentencia en que así se d y ordena cesar todo procedimiento contra

"3º La competencia de la Sala Penal de este Tribunal para dictar sentencia de primer grado se desprende de la calidad probada de Juez del doctor Martínez Robles, cuando se dice perpetró los actos considerados ilícitos por el denunciante.

"4º Es innecesario entrar a estudiar en el fondo este proceso, pues por imperativo de la ley la acción pública para sancionar está extinguida, lo cual hace imposible proseguirla".

Concepto del Procurador

Corrido el traslado legal, este funcionario dice:

"Aparece a folios 18, que el doctor Martínez Robles falleció en la ciudad de Santa Marta el 21 de mayo de 1946, hecho que determinó la providencia del H. Tribunal, en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

"Aunque la investigación no está perfeccionada y carece de elementos suficientes para apreciar debidamente los fundamentos de la denuncia, con todo, el hecho cierto de la defunción del Juez acusado hace inútil toda ulterior actuación procesal.

"Por eso, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que confirme la sentencia consultada".

Se considera:

Dispone el artículo 100 del Código Penal que, la muerte del procesado extinguirá la acción penal, y que la muerte del condenado extingue los efectos de la sentencia.

Uno de los medios naturales de extinguirse la acción o la condena penales, es la muerte del inculpado o del condenado, y el fundamento racional de este precepto, estriba en la razón de que tanto la imputabilidad como la condena penales son o tienen el carácter de personales, de manera que muerto el sujeto activo de la infracción o de la condena, prácticamente, desaparece una de las partes del proceso penal, y el Estado, no puede hacer efectiva la prosecución del juicio o los resultados de la condena por carencia de sujeto.

La muerte, del sujeto activo de la infracción, extingue la acción penal, por ausencia absoluta de persona sobre la cual debe recaer la pena. Y como por otra parte, la muerte del doctor Martínez Robles, está acreditada plenamente con la partida de defunción, la sentencia debió declarar extinguida la acción penal y como consecuencia de ella cesar el procedimiento.

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto de su colaborador, de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REFORMA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, con fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, en el sentido de declarar extinguida la acción penal y la confirma en lo demás.

Cópiese y notifíquese.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DESISTIMIENTO

El desistimiento de un recurso puede llevarse a efecto en cualquier estado del juicio, y para que sea procedente debe reunir los requisitos legales. Cuando la solicitud se hace por intermedio de apoderado o de defensor, estos mandatarios deben tener autorización especial para ello, porque de lo contrario, su petición no produce ningún efecto por prohibición expresa de la ley. Pero si el desistimiento se hace por una de las partes interesadas en los resultados o consecuencias del juicio o proceso, la entidad ante quien se haga la petición debe decretarlo.

El desistimiento del recurso para que la Corte se abstenga de revisar o estudiar la sentencia que por medio de dicho recurso se trata de imputar, necesariamente, implica abandono o renuncia del derecho que la ley otorga en beneficio exclusivo de las partes interesadas. Si el procesado —parte en el proceso penal— a quien afecta de manera directa el resultado favorable o desfavorable del recurso, es la persona que desiste, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad o poder para desistir del recurso de casación y como consecuencia de ello aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual interpuso el recurso.

Si el memorial de desistimiento llena formalidades legales, el funcionario o entidad que tiene jurisdicción para revisar la providencia contra la cual se ha interpuesto el recurso, es el competente para resolver sobre la solicitud del desistimiento.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en sentencia de veintiocho de junio de mil novecientos cuarenta y seis, condenó a Carlos Perdomo o Carlos Pérez o Demetrio Betancourt Cardona a la pena de treinta y nueve meses de presidio, como responsable del delito de robo.

Contra esta sentencia, el defensor del procesado interpuso recurso de casación y oportunamente formuló la correspondiente demanda. Al contestar el traslado, el Procurador Delegado en lo Penal pide se declare desierto el recurso, pues el memorial no reúne los requisitos exigidos por el artículo 531 del Código Judicial.

Desistimiento

En memorial de marzo siete del presente año, el defensor del reo desistió del recurso de casación interpuesto en este negocio, petición que fue negada por la Sala, en providencia de marzo 21 y en ella se dijo:

"El desistimiento por contener la renuncia de un derecho, sólo puede hacerse por el titular del mismo, o por sus mandatarios judiciales. Cierto es que el apoderado en un juicio civil o penal representa a su poderdante y dentro del respectivo juicio puede ejercer todas las atribuciones correspondientes a dicho mandato, pero esa representación no lo autoriza para desistir de la acción o del recurso, sino cuando expresamente se le ha conferido esa facultad.

"El abandono del recurso de casación, por desistimiento, produce el efecto de dejar en firme la sentencia de segunda instancia, y como ésta en el caso **sub judice** contiene una pena privativa de la libertad, es natural que el desistimiento hecho por el apoderado del reo perjudica a éste no a su representante legal; por tanto, el defensor o apoderado debe tener autorización expresa para desistir, pues de conformidad con el numeral 3º del artículo 465 del C. J. no pueden hacerlo los apoderados que no tengan facultad expresa para ello.

"Con fecha 21 de enero de 1946, el procesado nombró como defensor para que lo asistiera en la causa al doctor Carlos A. Vargas Cuéllar,

dentro de las facultades conferidas en el memorial poder, no se encuentra la especial para desistir. No habiéndole conferido esa facultad, la solicitud sobre desistimiento, no puede prosperar, porque la ley expresamente lo prohibe en el artículo 465, numeral 3º de la obra últimamente citada".

En memorial de abril 14, Carlos Perdomo Villa, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, formula nueva petición sobre desistimiento del recurso de casación, pero esa Entidad ordenó enviar el memorial a la Corte para que resuelva lo que fuere legal.

Se considera:

El desistimiento de un recurso puede llevarse a efecto en cualquier estado del juicio, y para que sea procedente debe reunir los requisitos legales. Cuando la solicitud se hace por intermedio de apoderado o de defensor, estos mandatarios deben tener autorización especial para ello, porque de lo contrario, su petición no produce ningún efecto por prohibición expresa de la ley. Pero si el desistimiento se hace por una de las partes interesadas en los resultados o consecuencias del juicio o proceso, la entidad ante quien se haga la petición debe decretarlo.

El desistimiento del recurso para que la Corte se abstenga de revisar o estudiar la sentencia que por medio de dicho recurso se trata de impugnar, necesariamente, implica abandono o renuncia del derecho que la ley otorga en beneficio exclusivo de las partes interesadas. Si el procesado —parte en el proceso penal— a quien afecta de manera directa el resultado favorable o desfavorable del recurso, es la persona que desiste, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad o poder para desistir del recurso de casación y como consecuencia de ello aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual interpuso el recurso.

Si el memorial de desistimiento llena formalidades legales, el funcionario o entidad que tiene jurisdicción para revisar la providencia contra la cual se ha interpuesto el recurso, es el competente, para resolver sobre la solicitud del desistimiento.

Como la petición de Carlos Perdomo Villa reúne los requisitos exigidos por la ley, debe decretarse lo pedido.

— Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º Admítese el desistimiento del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 28 de junio de mil novecientos cuarenta y seis dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué por la cual se condena a Carlos Perdomo o Carlos Pérez o Demetrio Betancourt a la pena principal de treinta y nueve meses de presidio, como responsable del delito de robo.

2º Declárase ejecutoriada la sentencia a que se hace referencia en el punto primero, por causa del desistimiento del recurso de casación interpuesto contra dicha providencia, y

3º Condénase en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérez Anzola — Francisco Bruno— Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

Es evidente que la sentencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, requiere como condición previa el concepto favorable del Agente del Ministerio Público, pues, si la acción penal que se ejercita por el Estado está atribuída a estos funcionarios, naturalmente que no puede prescindirse de su concepto, para saber si es indispensable que se adelante la investigación o se termine por estar el hecho comprendido en los términos de la citada disposición.

Pero si bien es verdad que el concepto del Agente del Ministerio Público en estos casos concretos es indispensable para dictar sentencia, esa norma general, ni el principio que informa el contenido de la disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal se viola, cuando el problema por resolver es de apreciación objetiva y real cuya situación probatoria, frente a la realidad de los hechos, no sería modificable, por imposible físico y material, como ocurre cuando fallece el presunto sindicado.

El concepto del Ministerio Público, favorable o desfavorable, no modificaría la situación procesal creada por la muerte del sindicado, y aun en el supuesto de ser adverso, el Juez o funcionario que conoce del negocio puede rechazarlo para dar aplicación preferente al contenido de la disposición sustantiva de la ley penal que en su artículo 100 determina que, la muerte real y no presunta del procesado extingue la acción Penal, toda vez que no se podría sacrificar el contenido esencial de la norma sustantiva —para este caso de excepción— a los términos formales o externos de la ley adjetiva.

La tesis que se propugna, como excepción, al principio general del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, es de aplicación restringida para aquellos casos de muerte real del procesado, siempre que la prueba demostrativa de ese hecho no admita duda alguna, porque en el supuesto de tratarse de un homónimo, o de una presunción de muerte por desaparecimiento, el concepto del Ministerio Público es indispensable y necesario para dictar sentencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, consulta el fallo proferido el seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, por el cual, dando aplicación a la disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, declara cesado todo procedimiento contra el doctor Roberto Martínez Robles, ex-Juez Primero Superior de Santa Marta.

Hechos

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el doctor Dionisio Rincones Ponce, en memorial de noviembre quince de mil novecientos cuarenta y cinco, formuló denuncia criminal contra el doctor Roberto Martínez Robles ex-Juez Primero Superior de esa ciudad, por violación del artículo 413 del C. de P. P., al no resolver dentro de los términos legales la solicitud de la excarcelación de Tomás Rafael Castro, sindicado de un delito de heridas en la persona de Edrulfo Jácome.

El Tribunal en auto de diciembre tres de mil novecientos cuarenta y cinco, ordenó abrir la correspondiente investigación.

Elementos probatorios

Al sumario se allegó el Acuerdo de Nombramiento y la correspondiente acta de posesión para demostrar que el sindicado, tenía en la fecha en que se realizaron los hechos imputados, la calidad de empleado de la Rama Jurisdiccional como Juez Primero Superior de Santa Marta.

Posteriormente se adjuntó la correspondiente partida de defunción del doctor Roberto Martínez Robles, quien falleció en la ciudad de Santa Marta, el día veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, como lo certifica el Notario Segundo de esa ciudad.

Concepto del Procurador

Corrido el traslado que ordena la ley este funcionario dice:

"El Tribunal aplicó al caso el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, pero sin oír previamente el concepto favorable del Agente del Ministerio Público, que es obligatorio en tal evento. El Fiscal se limitó a solicitar una prueba, que no le fue aceptada, y luego no se le volvió a correr traslado del negocio para que opinara sobre el fondo del asunto.

'"A este respecto ha dicho la Corte:

"Precisamente por ser de aplicación excepcional y por la trascendencia que tiene la orden de cesación de un procedimiento penal, el legislador exigió que conceptuara el representante de la sociedad, es decir, el Agente del Ministerio Público.

"Si aquel concepto es favorable, el Juez puede dictar la providencia de cesación de procedimiento o apartarse de la opinión del Agente del Ministerio Público; pero si fuere desfavorable, el juzgador no puede contrariar el querer de la sociedad que se supone expresado por medio de su vocero, porqué justamente el ejercicio de la acción penal le está atribuído al Ministerio Público si éste considera que debe proseguirse un proceso, la autoridad judicial no puede apartarse de su opinión." (GACETA JUDICIAL, Nros. 2010 a 2014, pág. 658).

"En consecuencia, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que revoque el fallo consultado, a fin de que el Tribunal de origen oiga el concepto del Ministerio Público sobre la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal".

Se considera:

Es evidente que la sentencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, requiere como condición previa el concepto favorable del Agente del Ministerio Público, pues, si la acción penal que se ejercita por el Estado está atribuída a estos funcionarios, naturalmente que no puede prescindirse de su concepto, para saber si es inadmisible que se adelante la investigación o se termine por estar el hecho comprendido en los términos de la citada disposición.

Pero si bien es verdad que el concepto del Agente del Ministerio Público en estos casos concretos es indispensable para dictar sentencia, esa norma general, ni el principio que informa el contenido de la disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal se viola, cuando el problema por resolver es de apreciación objetiva y real cuya situación probatoria, frente a la realidad de los hechos, no sería modificable, por imposible físico y material, como ocurre cuando fallece el presunto sindicado.

Si en las diligencias sumarias, reposa el documento público, expedido por el funcionario competente y con las formalidades legales, en el cual consta que la persona contra quien se adelanta una investigación criminal ha fallecido, deber del juzgador es el dar aplicación inmediata a la norma sustantiva de la ley penal que establece en forma perentoria que la muerte del procesado extingue la acción penal.

Puede suceder —como en el caso de estudio— que el Juez o Tribunal, adopte en la tramitación las normas del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, y que la sentencia se dicte sin previo concepto del Agente del Ministerio público, pero el caso, por ser de carácter especial, constituye prácticamente una excepción a la norma o postulado general, y ésta es la interpretación lógica que se deduce del citado precepto.

El concepto del Ministerio Público, favorable o desfavorable, no modificaría la situación procesal creada por la muerte del sindicado, y aun en el supuesto de ser adverso, el Juez o funcionario que conoce del negocio puede rechazarlo para dar aplicación preferente al contenido de la disposición sustantiva de la ley penal que en su artículo 100 determina que, la muerte real y no presunta del procesado extingue la acción penal, toda vez que no se podría sacrificar el contenido esencial de la norma sustantiva —para este caso de excepción— a los términos formales o externos de la ley adjetiva.

Si la Corte acepta la petición del colaborador, la sentencia en su parte resolutiva sería la misma, anotándose una injustificada demora en la actuación; y por un principio de economía procesal, si la conclusión en el fondo es la misma, cualesquiera que sea el procedimiento que se adopte para dictar la sentencia, si con ello no se perju-

dica la defensa de los intereses sociales debe revisarse la providencia consultada.

La tesis que se propugna, como excepción, al principio general del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, es de aplicación restringida para aquellos casos de muerte real del procesado, siempre que la prueba demostrativa de ese hecho no admita duda alguna, porque en el supuesto de tratarse de un homónimo, o de una presunción de muerte por desaparecimiento, el concepto del Ministerio Público es indispensable y necesario para dictar sentencia.

En la providencia que se revisa, se dice:

"A lo anterior cabe agregar que el doctor Roberto Martínez Robles falleció en esta ciudad el 21 de mayo del corriente año. Por lo cual se impone la cesación del procedimiento, conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal".

Si el Tribunal hubiera procedido con lógica, la conclusión que se deriva de la afirmación anterior, era la de declarar extinguida la acción penal, como medida principal, y como consecuencia de esto, ordenar la cesación del procedimiento, y como esto no se hizo, la Sala debe reformar la sentencia consultada.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto de su colaborador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REFORMA la sentencia consultada, en el sentido de declarar extinguida la acción penal, por muerte del sindicado y la confirma en lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

PARTE CIVIL EN EL PROCESO

Desde el momento en que el interesado en la indemnización de perjuicios civiles confiere poder para reclamarlos, cuando el poder es aceptado y se presenta a la respectiva autoridad para su reconocimiento, y éste se lleva a efecto, por medio de una providencia, en que se hace la declaratoria o reconocimiento de la personería, se fija la situación jurídica de la parte civil, en relación con las consecuencias del proceso. El vínculo de parte civil en relación con las personas que intervienen en el proceso penal, no nace de la actuación cumplida con posterioridad al reconocimiento del poder, esa personería surge desde el momento en que el Juez hace el reconocimiento de la parte civil aunque ésta no actúe u olvide su mandato, porque la circunstancia de que el mandatario no haga uso de las atribuciones conferidas en el poder, no le quita el carácter de parte civil que le asigna la ley.

El Juzgado reconoció al doctor Ramón Gómez Naar como apoderado de la parte civil y en el respectivo poder se encuentra la aceptación del mandato; si bien es verdad que no hay constancia de que el apoderado se hubiera posesionado del cargo —de parte civil— también es evidente que para el ejercicio del poder no es necesaria la posesión del abogado de la parte civil; esa posesión al tenor de los artículos 107 y 108 y pertinentes del Código de Procedimiento Penal, es necesaria e indispensable, cuando se trata del apoderado que se constituye o puede constituír en el sumario, y para el defensor que se constituye o puede nombrarse de oficio en el curso del juicio o causa, pero la ley no exige la posesión del apoderado para el ejercicio de la acción civil, pues, este mandato se rige por las disposiciones del C. J. y en esta institución procesal a ningún apoderado se le exige la correspondiente posesión para desempeñar o ejercer el poder.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En el sumario seguido contra Juan Romero León, por el delito de lesiones personales, el Magistrado doctor Camargo Sierra, se declara impedido para conocer del negocio, invocando la causal 5ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, y funda el impedimento así:

Que en el expediente reposa el poder conferido por Bartolomé Vélez, al doctor Ramón Gómez Naar, para que se constituya parte civil. Que el doctor Gómez Naar fue reconocido como apoderado, y aunque no existe constancia de que el apoderado presentara la demanda, "a fin de evitar suspicacias" por circunstancias de interés personal, se declara impedido para actuar en estas diligencias, por enemistad grave con el doctor Ramón Gómez Naar.

Los magistrados restantes, afirmaron no ser legal el impedimento manifestado por el doctor Camargo Sierra, fundados en estos motivos:

"...al doctor Camargo Sierra no lo comprende la causal 5ª de recusación que invoca. Esta en efecto hace referencia a la enemistad grave o a la amistad íntima que exista entre el juzgador y "alguna de las partes o su apoderado o defensor". El poder que Vélez confiere al abogado Gómez Naar tiende, cabalmente, a obtener su reconocimiento como parte civil en el negocio; y mientras dicho abogado no haga uso del poder y obtenga ese reconocimiento en favor de su mandante, el señor Vélez no es parte dentro del proceso y por ende mal puede tener un apoderado que como tal lo represente.

"El H. Magistrado doctor Camargo Sierra así lo comprende y solamente por "evitar suspicacias" manifiesta el impedimento. Cree la Sala que hay en esto un exceso de escrúpulo en el colega y que, a lo sumo, para evitar esas suspicacias, ha debido dejar una constancia dando las razones por las cuales conociera del negocio. En esta forma se habría ahorrado la demora que este impedimento viene ocasionando".

Se considera:

Desde el momento en que el interesado en la indemnización de perjuicios civiles confiere po-

der para reclamarlos, cuando el poder es aceptado y se presenta a la respectiva autoridad para su reconocimiento, y éste se lleva a efecto, por medio de una providencia, en que se hace la declaratoria o reconocimiento de la personería, se fija la situación jurídica de la parte civil, en relación con las consecuencias del proceso. El vínculo de parte civil en relación con las personas que intervienen en el proceso penal, no nace de la actuación cumplida con posterioridad al reconocimiento del poder, esa personería surge desde el momento en que el Juez hace el reconocimiento de la parte civil aunque ésta no actúe u olvide su mandato, porque la circunstancia de que el mandatario no haga uso de las atribuciones conferidas en el poder, no le quita el carácter de parte civil que le asigna la ley.

El Juzgado reconoció al doctor Ramón Gómez Naar como apoderado de la parte civil y en el respectivo poder se encuentra la aceptación del mandato; si bien es verdad que no hay constancia de que el apoderado se hubiera posesionado del cargo —de parte civil— también es evidente que para el ejercicio del poder no es necesaria la posesión del abogado de la parte civil, esa posesión al tenor de los artículos 107 y 108 y pertinentes del Código de Procedimiento Penal, es necesaria e indispensable, cuando se trata del apoderado que se constituye o puede constituír en el sumario, y para el defensor que se constituye o puede nombrarse de oficio en el curso del juicio o causa, pero la ley no exige la posesión del apoderado para el ejercicio de la acción civil, pues, este mandato se rige por las disposiciones del C. J. y en esta institución procesal a ningún apoderado se le exige la correspondiente posesión para desempeñar o ejercer el poder.

Dice el Magistrado impedido: "Estimo de mi interés personal declararme impedido por enemistad grave. Artículo 73, causal 5ª del C. de P. P."

"Dos son las situaciones que pueden presentarse en esta causal de amistad o de la enemistad —ha dicho la Corte—: que el funcionario manifieste estar impedido por abrigar uno de esos sentimientos; o que el funcionario no manifieste tener esas causales de impedimento. En el primer caso hay una poderosa base de apreciación, porque el mejor juez de sus propios sentimientos es la misma persona que los experimenta; pero si el funcionario no manifiesta sentir enemistad grave o amistad íntima por las partes, tiene que aparecer demostrada suficientemente del proceso".

Si el doctor Camargo Sierra hizo la manifestación del impedimento por enemistad grave, debió reconocerse esa causal y declararlo separado del conocimiento; el hecho de que el apoderado no hubiera actuado, no es motivo legal para no declarar el impedimento, esperar a que la parte civil actúe dentro de las diligencias procesales, es retardar la calificación de un impedimento que, posteriormente, debe hacerse con perjuicio de los intereses de la administración de justicia.

Por las consideraciones expuestas la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara fundado el impedimento manifestado por el doctor Camargo Sierra y en consecuencia lo declara separado para conocer de este negocio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

PROCESOS CONTRA MENORES DE EDAD.—SU CONOCIMIENTO

Las normas sobre jurisdicción y competencia por ser de orden público, son de aplicación restringida o limitada; y esta interpretación taxativa rechaza el criterio analógico o de semejanza, para resolver un problema no contemplado en la ley. El criterio de analogía en la interpretación de normas sobre jurisdicción y competencia conduciría a aceptar la tesis del arbitrio judicial, o de la libre interpretación de la ley, que permite a los falladores hacer uso de atribuciones que ni la Constitución ni las leyes les han señalado como normas fundamentales para juzgar y fallar en determinado caso concreto.

La Ley 83 de 1946 orgánica de la defensa del niño, creó una jurisdicción especial para menores, y sus normas son de aplicación estricta cuando se trata de sancionar una infracción penal cometida por un menor de diez y ocho años. Los jueces en el juzgamiento de esas infracciones, no pueden prescindir de las normas sobre jurisdicción y competencia consagradas por el legislador de mil novecientos cuarenta y seis, so pretexto de que el presunto delincuente, a la fecha en que se dicta el fallo, ha traspasado los límites de la edad fijada por la citada ley.

Cuando la infracción penal se realiza por un menor de edad, el hecho vincula directamente con la personalidad del presunto delincuente, para efectos del juzgamiento y de la represión. La edad—diez y ocho años— es el factor preponderante o el índice fundamental, que separa las dos legislaciones, la especial de menores y la común u ordinaria. Si el hecho que se imputa al menor se realiza antes de cumplir los diez y ocho años, en este caso —17 años, 8 meses— término fijado por la ley, esa infracción, puede ser de conocimiento de la justicia común u ordinaria, porque este procedimiento necesariamente conduce a violar el precepto constitucional de que nadie puede ser juzgado sino de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio; y es bien sabido que el procedimiento para juzgar a los menores es sustancialmente distinto del que emplean los jueces ordinarios para juzgar a los delincuentes cuya edad pasa de los diez y ocho años.

Pero en el supuesto de que no existiera este precepto constitucional, tampoco podrían los jueces penales comunes, juzgar a un menor de edad, porque ese procedimiento sería arbitrario e ilegal, por carecer de jurisdicción y competencia necesarias para conocer de estas infracciones, e imponer la correspondiente sanción. Sólo para esos casos excepcionales, y como excepción al principio general, mientras se nombran jueces de menores de algunos departamentos donde no existen estos funcionarios, la ley atribuye competencia a los jueces de Circuito —no Superiores— en lo penal, para conocer de procesos seguidos contra menores, no por los trámites ordinarios sino por los especiales de la Ley 83 de 1946 (artículo 2º).

El Juez Superior del Distrito Judicial en ningún caso, es el funcionario competente para conocer de los procesos que se adelanten contra los menores de edad, porque el artículo 2º de la Ley 83 de 1946 atribuye esa competencia de manera privativa, al Juez de Menores, sólo para casos excepcionales, es decir, para aquellos departamentos donde no existen Jueces de Menores, la ley da competencia para conocer de esos procesos, a los jueces penales de Circuito. O lo que es lo mismo, excluye de manera absoluta la intervención del Juez Sumario en tales casos.

El Juez de menores no puede alegar incompetencia de jurisdicción, para conocer de un negocio, porque el menor de edad, a la fecha en que debe imponerse la respectiva medida de protección o asistencia es mayor de diez y ocho años, porque el ar-

tículo 39 de la Ley 83 de 1946 le amplía esa jurisdicción hasta los veintiún años, fecha en la cual si el menor no se hubiere reformado pasa a la penitenciaría o al establecimiento que determine el Ministerio de Gobierno por el tiempo necesario para completar la reforma. Estas resoluciones las dicta el Juez de Menores; de manera que su jurisdicción por mandato de la ley, se amplía hasta los veintiún años, para los delincuentes que infringen la ley penal antes de cumplir los diez y ocho años de edad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Juzgado 2º Superior del Socorro, remite a la Corte, las presentes diligencias, para que se resuelva la colisión de competencia suscitada entre éste y el Juzgado de Menores con residencia en la ciudad de Bucaramanga.

Antecedentes

El Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de San Gil llamó a responder en juicio criminal con intervención del Jurado, a Marco Lino Téllez, Marco Aurelio Hernández o Julio Delgado o Sanabria, Rafael Rojas, Campo Elías Peña y Hermelindo Velasco, por un delito de doble homicidio cometido en las personas de Pedro y Campo Elías Valero, en la vereda de "Golondrinas", jurisdicción del Municipio de Albania el 17 de julio de 1938.

Cumplidas las formalidades procesales, verificada la audiencia, emitido el veredicto del Jurado y cuando el negocio estaba listo para dictar sentencia, Hermelindo Velasco, pidió la nulidad del juicio, negando la competencia del Juzgado Superior, y afirmando que éste era del Juez de Menores, funcionario que debía juzgarlo, por ser menor de edad, a la fecha en que se sucedieron los hechos, que dieron origen a la investigación.

Velasco presentó la partida de nacimiento, en la cual consta que nació el diez y siete de noviembre de mil novecientos veinte. Es decir, la edad del procesado el 17 de julio de 1938, fecha del crimen, era la de diez y siete años, ocho meses.

En providencia de agosto veinticuatro de mil novecientos cuarenta y siete, el Juzgado 2º Superior del Socorro, decretó la nulidad pedida, ordenó sacar copia del proceso y remitirlo al Juzgado de Menores, por ser en su concepto, el funcionario competente, para adelantar y fallar el negocio seguido al menor Hermelindo Velasco.

Colisión de competencia

El Juez de menores, en providencia de veint de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis dice no ser competente para conocer del negoci y ordena remitir el proceso al Juzgado Segund Superior del Socorro, Distrito Judicial de Sa Gil.

Las razones expuestas por este funcionario pu den sintetizarse así:

a) Los Jueces de Menores actúan dentro una legislación especial que "sólo contempla delincuencia minoril y las sanciones aplicables los menores delincuentes" se hacen efectiv mientras sean menores de edad, pasado este mite, el juzgamiento corresponde a las autorid des ordinarias o comunes, y

b) Hermelindo Velasco era menor de ed cuando se realizaron los hechos que se imput hoy al traspasar la edad fijada por la ley —d y ocho años— el Juez de Menores no tiene fac tad legal para juzgarlo, porque la competen es del Juzgado 2º Superior.

El Juzgado 2º Superior del Socorro, no ace las razones del Juez de Menores "por cuanto es un hecho demostrado que Hermelindo Vela en la época en que se consumaron los delitos que se trata, era menor de diez y ocho años ordenó remitir el negocio al Tribunal Supe del Distrito Judicial de San Gil, para que Entidad decidiera lo que fuera legal.

Competencia de la Corte

El Tribunal se declaró incompetente para nocer de la colisión de competencias, porqu conformidad con el artículo 67 del Código de cedimiento Penal no es el Superior del Jue Menores de Bucaramanga, que depende del bunal de aquel distrito, y como la ley sólo fiere facultad para resolver incidentes de est turaleza al inmediato Superior, afirma s Corte la Entidad que debe fallar el incidente puesto.

La Corte debe resolver la colisión de competencias, suscitada entre el Juez de Menores y el Juez 2º Superior, porque es la única entidad que tiene jurisdicción sobre los dos funcionarios que plantean el problema. En efecto: el Tribunal de San Gil es el Superior jerárquico del Juzgado 2º Superior del Socorro pero no lo es del Juez de Menores con residencia en Bucaramanga y el Tribunal de Bucaramanga, es el Superior jerárquico del Juez de Menores, pero no lo es del Juez 2º Superior del Socorro por ser este funcionario de distinto Distrito Judicial, de manera que, no siendo ninguno de los Tribunales mencionados el inmediato superior para resolver el incidente planteado, lógicamente se concluye que la Entidad que debe decidir la colisión de competencias es la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— por mandato expreso del numeral 4º del artículo 2 del Código de Procedimiento Penal.

"...en las ediciones oficiales del código de procedimiento penal —ha dicho la Corte— se omitió en la parte final del numeral 4º del artículo 42, establecer la división de la competencia "entre los juzgados de distritos judiciales", como atribución privativa de la Corte, la palabra "distintos" referentes a distritos; omisión que sugiere equivocada interpretación de que la norma así dactada comprende únicamente la competencia scitada entre juzgados superiores, con exclusión la posible competencia entre juzgados de circuito o municipales o entre éstos y aquéllos, pertenecientes unos y otros a distintos distritos judiales.

Así, pues, la parte final del numeral 4º del estuto procesal penal, otorga a la Corte la facul de decidir las competencias que se susciten re jueces superiores, de circuito o municipa de distintos distritos judiciales, pues si fueran mismo distrito, aquéllas serían decididas, neariamente en su orden, por los tribunales o es de circuito, de acuerdo con las normas de artículos 35 y 112 del código de organización cial".

considera:

jurisdicción es la facultad que tienen los ionarios que administran justicia para aplicar y en los juicios sujetos a una controversia administrativa o penal. Y la competencia es der funcional que tiene el Juez o Tribunal conocer de un negocio determinado, por rade la naturaleza del hecho, o por razón del torio o del lugar donde se realiza, o por la calidad de la persona que comete el acto o ejecuta el hecho.

La jurisdicción y competencia, en su ejercicio concreto, frente a un acto determinado, se divide en dos clases: común u ordinaria y especial o privilegiada. La primera constituye la regla general y la segunda una excepción, aquélla se da para la generalidad de los casos sin consideración de personas, ésta se vincula a actos o personas que por su naturaleza especial, salen de la regla general para entrar en las normas especiales o de privilegio establecidas por factores inherentes al hecho, lugar, o persona.

Las normas sobre jurisdicción y competencia por ser de orden público, son de aplicación restringida o limitada; y esta interpretación taxativa rechaza el criterio analógico o de semejanza, para resolver un problema no contemplado en la ley. El criterio de analogía en la interpretación de normas sobre jurisdicción y competencia conduciría a aceptar la tesis del arbitrio judicial, o de la libre interpretación de la ley, que permita a los falladores hacer uso de atribuciones que ni la constitución ni las leyes les han señalado como normas fundamentales para juzgar y fallar en determinado caso concreto.

La Ley 83 de 1946 orgánica de la defensa del niño, creó una jurisdicción especial para menores, y sus normas son de aplicación estricta cuando se trata de sancionar una infracción penal cometida por un menor de diez y ocho años. Los Jueces en el juzgamiento de esas infracciones, no pueden prescindir de las normas sobre jurisdicción y competencia consagradas por el legislador de mil novecientos cuarenta y seis, so pretexto de que el presunto delincuente, a la fecha en que se dicta el fallo, ha traspasado los límites de la edad fijada por la citada Ley:

Cuando la infracción penal se realiza por un menor de edad, el hecho se vincula directamente con la personalidad del presunto delincuente, para efectos del juzgamiento y de la represión. La edad —diez y ocho años— es el factor preponderante o el índice fundamental, que separa las dos legislaciones, la especial de menores y la común u ordinaria. Si el hecho que se imputa al menor se realiza antes de cumplir los diez y ocho años, en este caso —17 años, 8 meses— término fijado por la ley, esa infracción, no puede ser de conocimiento de la justicia común u ordinaria, porque este procedimiento necesariamente conduce a violar el precepto constitucional de que

nadie puede ser juzgado sino de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio; y es bien sabido que el procedimiento para juzgar a los menores es sustancialmente distinto del que emplean los jueces ordinarios para juzgar a los delincuentes cuya edad pasa de los diez y ocho años.

Pero en el supuesto de que no existiera este precepto constitucional, tampoco podrían los jueces penales comunes, juzgar a un menor de edad, porque ese procedimiento sería arbitrario e ilegal, por carecer de jurisdicción y competencia necesarias para conocer de estas infracciones, e imponer la correspondiente sanción. Sólo para casos excepcionales, y como excepción al principio general, mientras se nombran jueces de menores de algunos departamentos donde no existen estos funcionarios, la ley atribuye competencia a los jueces de circuito —no Superiores— en lo penal, para conocer de procesos seguidos contra menores, no por los trámites ordinarios sino por los especiales de la Ley 83 de 1946 (artículo 2º).

La diferencia sustancial de los dos estatutos, se acentúa más, cuando se examina el procedimiento, la clase de sanciones y medidas que deben imponerse a los infractores. En la legislación de menores, el hecho, no se reprime o sanciona con la imposición de una pena, como se hace para los delincuentes mayores, sino con la imposición de medidas especiales de asistencia o protección que pueden consistir en la absolución plena, simple amonestación, libertad vigilada, entrega del menor a una institución para obtener su educación; internamiento del menor en una escuela de trabajo o en una granja agrícola especial; o internamiento del menor en un reformatorio especial por tiempo indeterminado hasta obtener su reeducación o la formación de su sentido moral; y dentro del sistema común u ordinario, los delitos cometidos por personas normales mayores de diez y ocho años, se sancionan con penas de presidio, prisión, arresto, confinamiento, multa como principales (artículo 41) y con penas accesorias aquellas de que trata el artículo 42 del Código Penal.

Para reprimir los delitos previstos por el Código Penal, como para aplicar las medidas de asistencia y protección de defensa del niño, la ley ha creado funcionarios especiales que revestidos de jurisdicción y competencia tienen facultad legal para proceder en cada caso concreto. Para delitos cometidos por mayores de edad, normales o anormales existen los jueces de la justicia penal común u ordinaria, y para las infracciones penales cometidas por menores de diez y ocho años, existen los jueces de menores con residencia en cada una de las capitales de los departamentos. Y la jurisdicción y competencia de cada uno de estos funcionarios, es improrrogable, por mandato expreso de la ley.

El Juez Superior del Distrito Judicial en ningún caso, es el funcionario competente para conocer de los procesos que se adelanten contra los menores de edad, porque el artículo 2º de la Ley 83 de 1946 atribuye esa competencia, de manera **privativa,** al Juez de Menores, sólo para casos excepcionales, es decir, para aquellos departamentos donde no existen jueces de menores, la ley da competencia para conocer de esos procesos, a los jueces penales del Circuito. O lo que es lo mismo, excluye de manera absoluta la intervención del Juez Superior en tales casos.

El Juez de Menores no puede alegar incompetencia de jurisdicción, para conocer de un negocio, porque el menor de edad, a la fecha en que debe imponerse la respectiva medida de protección o asistencia es mayor de diez y ocho años porque el artículo 39 de la Ley 83 de 1946 le amplía esa jurisdicción hasta los veintiún años, fecha en la cual si el menor no se hubiere reformado pasa a la penitenciaría o al establecimiento que determine el Ministerio de Gobierno por el tiempo necesario para completar la reforma; estas resoluciones las dicta el Juez de Menores, de manera que su jurisdicción por mandato de la ley se amplía hasta los veintiún años, para los delincuentes que infringen la ley penal antes de cumplir los diez y ocho años de edad.

Podría argüirse que las disposiciones de la Ley 83 de 1946, no son aplicables al caso de estudio por haberse cometido la infracción cuando regían los códigos penal y de procedimiento de 1936 y 1938 y que estas normas son aplicables de preferencia a la nueva Ley.

No. En la vigencia de los códigos penal y de procedimiento, la jurisdicción y competencia, para conocer de las infracciones cometidas por menores de diez y ocho años, era del Juez de Menores, por mandato expreso del artículo 46 del código de procedimiento penal, que dice: los Jueces de Menores **conocerán privativamente** y en única instancia de los procesos a que dieren lugar las infracciones penales, cometidas por menores de diez y ocho años y el procedimiento para

poner las medidas de seguridad de que tratan los artículos 30 y 61, numeral b) del C. P. era el señalado en el Libro 3º, Título 5º, Capítulo 2º del C. de P. P.

De manera que tanto en la vigencia del código penal y de procedimiento, como en la nueva ley, el legislador atribuyó de manera expresa y privativa la jurisdicción y competencia para las infracciones penales realizadas por menores de diez y ocho años al **Juez de Menores.**

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE:

Es el Juez de Menores, con residencia en Bucaramanga, el funcionario competente para conocer de la infracción penal cometida por el menor Hermelindo Velasco y no el Juez 2º Superior del Socorro.

Queda en esta forma resuelto el incidente de colisión de competencias suscitado entre los funcionarios ya nombrados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

TERMINO PROBATORIO EN MATERIA PENAL

La expresión "no mayor de diez días" que emplea el artículo 444 del Código de Procedimiento Penal quiere decir que hasta ese tiempo puede señalar el Juez para que se haga la manifestación de que allí se trata, que ese es el límite que no se ha de traspasar y, A CONTRARIO SENSU, significa que puede señalar uno menor. Si alguna duda quedara la desvanecería el artículo siguiente. Ese término no es para PRACTICAR las pruebas, sino para manifestar si hay algunas que PEDIR. El Juez puede decretar de oficio la apertura a pruebas si lo estima conveniente y las partes tienen dos días para indicar cuáles son las que estiman que deben realizarse. Para practicarlas puede señalarse hasta treinta días, no contadas las distancias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, siete de mayo de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de 10 de junio del año pasado, condenó a Elisio Vega Mendoza a la pena principal de quince años de presidio y las accesorias legales, como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Jesús Sarmiento, el 31 de agosto de 1940, en la hacienda de "San José", del Municipio de San Juan de Rioseco.

Su apoderado invoca como causal de casación la cuarta del artículo 567 del código de procedimiento penal, o sea, el **ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.**

El recurrente pide que se invalide la sentencia y se declare nulo todo lo actuado en el juicio a partir del auto dictado por el Juez Primero Superior el 17 de septiembre de 1942, que ordena poner el proceso a disposición de las partes por tres días, para que manifiesten si tienen pruebas que pedir (folio 165 del cuaderno principal).

Alega que esa providencia es nula, porque el término para que las partes manifiesten si tienen pruebas que pedir debe ser por lo menos de diez días, según lo enseña el artículo 444 del código de procedimiento. Y admitiendo que pudiera ser menor, en un proceso voluminoso y de tanta importancia como el presente, en que se imputa un asesinato que culmina con quince años de presidio, el término ha debido ser el de diez días y no el de tres señalado por el Juez, cuando el agente del ministerio público, tiene cinco para el mismo efecto, según las voces del artículo 442 del mismo código.

Se considera:

Dispone el citado artículo 444 que, una vez devuelto el proceso por el agente del ministerio público, se ordene ponerlo a disposición de las partes en la secretaría del juzgado "por un término no mayor de diez días", para que manifiesten si tienen pruebas que pedir.

La expresión "no mayor de diez días" es de sentido claro y no se presta a confusiones: quiere ella decir que hasta ese tiempo puede señalar el juez para que se haga la manifestación de que allí se trata, que ese es el límite que no se ha de traspasar y, a **contrario sensu,** significa que puede fijar uno menor. Si alguna duda quedara, se desvanece el artículo siguiente al advertir que el término de diez días puede ampliarse "hasta por diez días, cuando el proceso sea muy voluminoso o de mucha importancia." En realidad se necesita hacer un esfuerzo exagerado de raciocinio para entender que cuando la ley señala un término hasta cierto tiempo o no mayor de tantos días ha de emplearse todo y no una parte.

No debe olvidarse que el término de que se trata no es para **practicar** las pruebas, sino sencillamente para manifestar si hay alguna que pedir; que el juez puede decretar de oficio la apertura a pruebas si lo estima conveniente; que todavía las partes tienen dos días para indicar cuáles son las que estiman que deben realizarse y que para la dicha práctica pueden señalarse hasta treinta días, no contadas las distancias.

No obstante lo dicho, pudiera pensarse que el término de tres días señalado para hacer la

nifestación de que se viene hablando hubiera sido muy corto, dado el volumen e importancia del expediente. Pero que no, es así se deduce de la circunstancia de que en la generalidad de los casos el procesado o su defensor siempre tienen muy presentes las diligencias o probanzas cuya práctica puede serles favorable, sin que tengan que hacer un detenido estudio del proceso; y, sobre todo, la de que en el caso actual el expediente estuvo más de un mes a disposición del procesado y su defensor sin que hubieran solicitado la apertura a pruebas, es más, el defensor manifestó expresamente que no tenía pruebas que pedir.

Pero eso aparece nítidamente de la confrontación de la actividad procesal en el particular:

El auto de 17 de septiembre se le notificó al scal y manifestó que no tenía pruebas que pedir . 165).

En escrito de 19 de agosto el procesado desig- como su defensor al doctor Marino López Lus, quien fue reconocido el 23 y se posesionó el del mismo mes (fs. 166 y 167).

Al citado defensor se le notificó el auto de 17 septiembre el 15 de octubre y manifestó que pedía pruebas (f. 167).

El expediente permaneció en la secretaría casi mes entero, desde el 24 de septiembre hasta 22 de octubre, y el juicio siguió su curso, por- en todos aquellos días no manifestaron los resados que tuvieran pruebas que pedir (fs. v. y 167 v.).

olamente el 28 de octubre dice el procesado no había comprendido el auto del 17 de septbre y solicita la práctica de algunas pruebas 169); pero a más de que los términos de la videncia eran de tan fácil comprensión para quier persona, ya no era la oportunidad de hacer la solicitud aludida, a la cual, por otra parte, había renunciado su defensor.

De esta suerte, mal puede alegarse que al procesado se le cercenaron las garantías personales, porque no se le privó del derecho de defensa en forma alguna.

En cuanto al hecho de no haber dejado constancia el Secretario de que el expediente quedaba a disposición del procesado en la Secretaría para que hiciera la manifestación de que se ha venido hablando, tampoco hubo quebrantamiento de la ley procedimental. Primeramente, porque la notificación se le hizo personalmente y con ella quedó advertido en forma que no admitía dudas del derecho que se le facultaba para ejercitar. Sería exagerado sostener que si el Secretario no dice al notificarlo que le advierte que los autos quedan a su disposición, éste no entiende lo que la providencia le dice, que es lo mismo: que por tantos días se le corre traslado para que haga tal manifestación y, en consecuencia, que puede consultar el expediente, para saber qué puede o debe pedir.

Lo expuesto es suficiente para llegar a la conclusión de que la sentencia recurrida no está viciada de nulidad y, por tanto, que no debe invalidarse. Tal es también el concepto del señor Procurador.

Por lo cual, la Corte Suprema, de acuerdo con el 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.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

TECNICA DE CASACION. — CAUSAL 2ª DE CASACION—INTERPRETACION DEL ARTICULO 266 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Para que una demanda de casación prospere y sus causales sean dignas de estudio no basta citar o enunciar las disposiciones que se estiman violadas, sino que es necesario e indispensable, expresar en forma concreta los motivos, las razones o fundamentos de orden técnico y legal en que se apoya la causal invocada, para que la Corte tenga base suficiente sobre la cual hacer el estudio, y resolver si es procedente o no el motivo alegado.

El Código de Procedimiento Penal, no erigió como causal de casación, la de la contraevidencia del veredicto, sino la del numeral 3º del artículo 567 o sea la de que la sentencia esté en pugna con el veredicto. Y es doctrina constante de la Sala, que la causal segunda de casación no es pertinente para los juicios en que interviene el Jurado, sino para los juicios de derecho.

El artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, encarna un desarrollo lógico del precepto constitucional cuando dice: que a nadie se puede obligar 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, porque ello iría contra el estudio de armonía que debe existir en la familia y contra las relaciones o vínculos de afecto que la naturaleza crea entre personas que se hallan ligadas por la sangre.

Pero esta prohibición no impide que los parientes del ofendido declaren sobre los hechos, que directa o indirectamente lesionan los intereses o la persona de sus ascendientes, descendientes, hermanos o allegados, porque en este supuesto no se busca ni se crea con esas declaraciones una pugna de vínculos familiares, sino el descubrimiento de la verdad. Y sobre los testimonios de los parientes, cuando éstos reúnen las condiciones exigidas por la ley, el Juez, dentro de la facultad que le otorga el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, puede fundar una condena sin que por este hecho se incurra en nulidad procedimental.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y siete.

Vistos:

En providencia de marzo seis de mil novecientos cuarenta y seis, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, condenó a Dimas Correa Rodríguez, a la pena de veinticuatro años de presidio, como responsable de los delitos de homicidio (dos) y robo, cometido en las personas de Nicolás Conampia y Nicolasa Charrero.

Contra esa sentencia el defensor del procesado interpuso recurso de casación, e invoca como causales las de los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Antecedentes

El 24 de marzo de mil novecientos cuarenta (1940), Dimas Correa Rodríguez llegó a la casa de habitación de los esposos Conampia Charrero, ubicada en los parajes de Cañaduzal y Chontaral, Corregimiento de Lloró, Municipio de Quibdó, solicitó se le diera hospedaje, el cual le fue ofrecido por sus moradores. Según se desprende de la confesión indagatoria del procesado, éste tenía el propósito de robar, y ya entrada la noche dio principio a sus actividades delictuosas, pero al tratar de sustraerse unos objetos, fue sorprendido por Nicolás, quien salió en defensa de sus intereses.

Correa Rodríguez salió en fuga y fue perseguido por Nicolás, y al llegar a orillas del río Quito tumbudó el procesado trabó lucha con Nicolasa Charrero, quien fue a prestarle auxilio a su esposo; entonces dice el reo: "Los cogí de los cabellos y me les monté encima y aquí que ellos debajo de mi persona en el agua, y c

yo vi que no podrían perseguirme, entonces yo los solté y ellos se fueron abriendo paso para fuera gritando y como Mutumbudó estaba grande, ellos se fueron agua abajo y los cogió la reventazón del cabezón y ahí los pudo haber ahogado." Posteriormente Correa volvió a la casa y se llevó los baúles en los cuales estaban los dineros provenientes del robo.

Tramitación

Cumplidas las formalidades legales, demostrados los elementos objetivos y subjetivos de los delitos, el Juzgado llamó a responder en juicio criminal, con intervención del Jurado a Dimas Correa Rodríguez, por los delitos de homicidio y robo. En la parte motiva del auto de proceder se dijo que el homicidio revestía las características de asesinato, por las circunstancias a que aluden los ordinales 2º, 3º y 5º del artículo 363 del Código Penal.

El Juzgado formuló a los miembros del Jurado, un cuestionario integrado por tres preguntas; la primera relativa al delito de robo, la segunda y la tercera en relación con los delitos de homicidio —agravados— cometidos en las personas de Nicolás Conampia y Nicolasa Charrero o Amágara Charrero.

Los jueces de conciencia respondieron en la siguiente forma:

Cuestión primera. — "Sí es responsable sin poder determinar la cuantía".

Cuestión segunda. — "Sí es responsable de la muerte por lesiones y asfixia, pero sin premeditación", y

Cuestión tercera. — "Sí es responsable de la muerte por lesiones y asfixia pero sin premeditación".

El veredicto niega la premeditación para los delitos de homicidio, pero no descarta las circunstancias modificadoras de los numerales 3º y 5º del artículo 363 del Código Penal, o sea la de que éstos se cometieron para consumar el delito de robo, y que la muerte de los esposos Conampia y Charrero, se realizó en condiciones de inferioridad o indefensión de las víctimas, como la insidia, actores que fueron contemplados en las respectivas preguntas del cuestionario.

Con fundamento en este veredicto, se dictó la sentencia de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, que condenó al procesado a la pena de veinticuatro años de presidio como sanción principal, fallo que fue confirmado por el Tribunal, con fecha marzo seis de mil novecientos cuarenta y seis, contra la cual se ha interpuesto recurso de casación.

Demanda

El defensor aduce como motivos de casación, los de los numerales 1º, 2º y 4º del Código de Procedimiento Penal, que se estudian, en el mismo orden en que fueron presentados.

Causal primera.—Violación de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Estima el recurrente como disposiciones violadas, los artículos 259 y 269 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 26 de la Constitución Nacional, que determina que nadie puede ser juzgado sino de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias del juicio. Se enuncia la causal pero no la funda.

Para que una demanda de casación prospere y sus causales sean dignas de estudio, no basta citar o enunciar las disposiciones que se estiman violadas, sino que es necesario e indispensable, expresar en forma concreta, los motivos, las razones o fundamentos de orden técnico y legal en que se apoya la causal invocada, para que la Corte tenga base suficiente sobre la cual hacer el estudio, y resolver si es procedente o no el motivo alegado.

Como el demandante invoca una causal sin expresar las razones de ella, el cargo expuesto, sin fundamento alguno, no prospera.

Causal segunda.—Cuando por errada interpretación de los hechos, en la sentencia se les atribuye un valor probatorio que no tienen o se les niega el que sí tienen.

Afirma el recurrente que a Dimas Correa Rodríguez se le condenó teniendo como prueba las declaraciones de Reinaldo Conampia y Araceli Dumaza, y que en la sentencia no se estimó la declaración indagatoria de Correa que sostiene que él ejecutó el hecho en defensa de su vida.

Tanto el problema relativo a la apreciación de las pruebas, como el valor probatorio que debe darse a la confesión indagatoria del reo, son hechos que conducirían al estudio de la contraevi-

dencia del veredicto de los jueces de conciencia, o a la injusticia notoria del mismo, tema éste propio de las instancias del juicio y no del recurso de casación.

El Código de Procedimiento Penal, no erigió como causal de casación, la de la contraevidencia del veredicto, sino la del numeral 3º del artículo 567 o sea la de que la sentencia esté en pugna con el veredicto. Y es doctrina constante de la Sala, que la causal segunda de casación no es pertinente para los juicios en que interviene el jurado, sino para los juicios de derecho.

El cargo es infundado y no prospera.

Causal cuarta.—Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en juicio viciado de nulidad.

Dice el recurrente: "En el presente caso, sometido a vuestro estudio no sería petulancia decir que todo el Código de Procedimiento Penal se ha violado".

Pero el apoderado no ha demostrado en qué consiste la violación del Código de Procedimiento Penal. Probablemente deduzca la nulidad, del hecho de que para dictar sentencia se apreciaron los testimonios de Reinaldo Conampia y Araceli Dumaza, de quienes dice son parientes del ofendido, pero esa circunstancia no vicia de nulidad la actuación.

El artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, encarna un desarrollo lógico del precepto constitucional cuando dice: que a nadie se puede obligar 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, porque ello iría contra el estado de armonía que debe existir en la familia y contra las relaciones o vínculos de afecto que la naturaleza crea entre personas que se hallan ligadas por la sangre.

Pero esta prohibición no impide que los parientes del ofendido declaren sobre los hechos, que directa o indirectamente lesionan los intereses o la persona de sus ascendientes, descendientes, hermanos o allegados, porque en este supuesto no se busca ni se crea con esas declaraciones una pugna de vínculos familiares, sino el descubrimiento de la verdad. Y sobre los testimonios de los parientes, cuando éstos reúnen las condiciones exigidas por la ley, el Juez, dentro de la facultad que le otorga el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, puede fundar una condena sin que por este hecho se incurra en nulidad procedimental.

Por estas razones no prospera la causal invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador, de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por la cual se condenó a Dimas Correa Rodríguez a la pena principal de veinticuatro años de presidio, como responsable de un doble delito de homicidio y robo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

INDAGATORIA DEL SINDICADO

La recepción de la indagatoria no es diligencia esencial del proceso, según lo enseña claramente el artículo 365 del Código de Procedimiento y lo ha sostenido la Corte, pues nadie está obligado a acusarse a sí mismo (artículos 25, Constitucional Nacional, 192, C. P. y 225 a 228, C. de P. P.). La indagatoria tiende más bien a proporcionarle al culpado una manera de probar sus descargos o de ejercitar su derecho de defensa. (Artículo 354, C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de 18 de junio del año pasado, condenó a Luis Antonio y Manuel Villabona Celis a la pena principal de ocho años de presidio, como responsables de la muerte de Martín Lamus Caballero.

El defensor de los procesados interpuso contra ese fallo el recurso de casación e invocó las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal; pero la demanda fue presentada en la Corte por medio de apoderado especial y éste alega solamente las causales primera y cuarta del mismo artículo.

Hechos y actuación procesal

Entre Luis y Manuel Villabona, por una parte, Martín Lamus Caballero por la otra, existía una enemistad grave, nacida o manifestada por un incidente ocurrido en el día de pascuas de 1944, en el cual resultó herido José Villabona, hermano de los anteriormente nombrados del mismo apellido. El 13 de junio del citado año, estaba Lamus Caballero en el trapiche de "La Ramada", del vecindario de San Andrés (S.) comiéndose un poco de miel, cuando de golpe entraron Luis Manuel Villabona y, sin mediar palabras, según algunos testigos, o previa alguna frase injuriosa de parte de Lamus Caballero, según otros, lo atacaron a cuchillo y le causaron nueve heridas (f. 5), cuatro de ellas mortales. El herido dio algunos pasos y se sentó en el cimiento que bordea los fondos en que se cocinaba la miel, pero por el estado agónico en que se hallaba cayó de cabeza a uno de ellos. Sacado de allí, a pocos momentos falleció y los victimarios emprendieron la fuga.

El Juzgado 1º Superior de Bucaramanga llamó a juicio criminal a los dos Villabonas, en auto de 13 de noviembre del año citado, por homicidio simplemente intencional.

Como el jurado los declaró responsables del delito, fueron condenados por el mismo funcionario a sufrir la pena principal de once años de presidio cada uno.

El Tribunal Superior de Bucaramanga la redujo al mínimo señalado en el artículo 362 del Código Penal, o sea, a la de ocho años de presidio, en la sentencia de que al principio se habló y que ahora debe revisar la Corte.

Estudio del recurso

Como ya se dijo, el apoderado presenta como causales de casación la primera y la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la indebida aplicación de la ley penal y el haberse pronunciado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Causal cuarta: Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Alega el recurrente que a Manuel Villabona se le sentenció sin que se le hubiera recibido indagatoria dentro del proceso, como lo prescribe el artículo 346 del Código de Procedimiento, circunstancia que puede considerarse como motivo de nulidad, porque la Constitución ordena juzgar a los ciudadanos "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Se considera:

La Procuraduría explica muy bien lo ocurrido en el particular diciendo que los sindicados huyeron después de cometido el delito, y así, a Luis

Antonio sólo se le recibió indagatoria el 28 de septiembre de 1944, por haberse presentado ante las autoridades luego de haber rendido su concepto el Fiscal del Juzgado (f. 58); y que a Manuel no se le recibió, porque fue capturado después de proferido el enjuiciamiento.

Pero alega tres razones, que la Sala acoge, para concluír que no existe la nulidad que invoca el recurrente, aunque lo hace, no en forma segura, sino hipotética.

La primera, que el Juez, al hacerle al procesado los interrogatorios de que trata el artículo 452 del estatuto procesal penal, procedió a hacerle preguntas sobre el hecho en forma igual a la que hubiera podido emplear en la declaración instructiva (fls. 8 y 9 del c. 2º).

La segunda, que la recepción de la indagatoria no es diligencia esencial del proceso, según lo enseña claramente el artículo 365 del Código de Procedimiento y lo ha sostenido la Corte, pues nadie está obligado a acusarse a sí mismo (artículos 25 de la Constitución, 192 del Código Penal y 225 a 228 del Código de Procedimiento Penal) y, la indagatoria tiende más bien a proporcionarle al culpable una manera de probar sus descargos o de ejercitar su derecho de defensa (artículo 354 del C. de P. P.) G. J. Tomo LX, números 2029-2031, páginas 207 y 213).

Y la tercera, que admitiendo que la irregularidad anotada hubiera existido con merma del derecho de defensa del reo, hubiera sido necesario que dentro del proceso se hubiera alegado y el juez no hubiera accedido a declarar nula la actuación. Así se desprende de lo preceptuado en los artículos 198 y 199 del Código procedimental al hablar de las nulidades relativas o que se subsanan por no haberse reclamado oportunamente contra vicios del procedimiento.

Por eso concluye la Procuraduría que esta causal, que no fue debidamente analizada en la demanda tampoco, no puede prosperar.

Causal primera: Indebida aplicación de la ley penal

Alega el demandante que el Juez del conocimiento acogió una versión de los hechos, la sostenida por los testigos Facundo Barajas y Eleuterio Sierra, descartando la de los procesados y la que dan otros declarantes, sin haber dado razones convincentes. Pero que aun acogiendo los dichos de los mentados deponentes tampoco se pueden aceptar el enjuiciamiento, los cuestionarios para el jurado y la condena, porque lo que aparece de las exposiciones de Barajas y Sierra es que no se sabe cuál de los dos hermanos fue el que causó las heridas que le produjeron la muerte a Lamus Caballero. En otros términos, que lo que resulta es una complicidad correlativa, y al aplicar la sanción del artículo 362 del Código Penal para cada uno de los procesados, como si la responsabilidad de cada cual estuviera claramente determinada, se violó la ley penal sustantiva, pues ha debido aplicarse lo dispuesto en el artículo 385 del citado Código.

Se considera:

En el auto de proceder se hizo a los dos hermanos Villabonas el cargo de ser autores del delito de homicidio perpetrado en la persona de Lamus Caballero. Así, después del relato detallado de los acontecimientos, se dice que ambos "se abalanzaron sobre Luis Martín, le propinaron (sic) numerosas puñaladas y luego de dejarlo ahí casi exánime emprendieron la retirada"; que "fue asaltado por los dos hermanos Luis Antonio y Manuel Villabona, quienes desarrollaron toda la actividad que estuvo a su alcance en aquellos momentos para llevar a cabo su propósito homicida", etc.

Al jurado se le preguntó sobre la responsabilidad de cada uno de los Villabonas, como autores principales del homicidio y el jurado dio una respuesta simplemente afirmativa. Por tanto, la sentencia tenía que condenar a los dos sindicados como autores principales y no como partícipes en complicidad correlativa, porque se descartó desde el auto de proceder la ignorancia sobre la calidad de la participación de los dos procesados, y el jurado los declaró responsables con esa calidad, sin lugar a dudas o vacilaciones, en forma cierta y precisa.

La Procuraduría analiza así esta causal:

"...el auto de proceder y el veredicto le asignaron a cada uno de los acusados la calidad de autor del delito, por haberle causado ambos a la víctima heridas de naturaleza mortal. Es decir su participación en el hecho criminoso tiene un carácter principal: es la de coautores.

"Y ello es evidente, porque los hermanos Villabona atacaron conjuntamente al que murió causándole numerosas heridas, entre las cuales cuatro eran letales. Los estragos ocasionados a la víctima demuestran precisamente que los procesados sí concurrieron esencialmente en la produc

ción del homicidio y que éste les pertenece como a sus propias causas.

"Esa responsabilidad principal descarta la complicidad correlativa, puesto que no hay duda alguna sobre los autores de la infracción, ni existen aquí cómplices en sentido estricto que puedan confundirse con aquéllos.

"En tal virtud, siendo extraña al debate la figura de la complicidad correlativa, y no apareciendo ella en ninguna forma consignada en el veredicto, mal podían los juzgadores de instancia, y menos la Corte en casación, tenerla en cuenta para aminorar la pena que señala el artículo 362 del Código Penal, infringido por los acusados".

Verdaderamente extraña al recurso es la figura de la complicidad correlativa que trae el recurrente, pues de su invocación se deduce que desea que se acepte la contraevidencia del veredicto con los hechos probados, pues en lugar de la versión acogida alega que debió aceptarse otra, lo cual no es propio de la causal primera, sino de la causal segunda, que no puede aceptarse en los juicios en que el jurado ha intervenido, como tan repetidas veces lo ha dicho la Corte.

Así, en uno de tantos fallos en que se ha sustentado esta doctrina, en el de 3 de diciembre de 1945, expresó lo siguiente:

"Esta causal toca muchos puntos que son de la libre apreciación del jurado. Y si hubiera que desconocer la validez de un fallo que descansa en el veredicto, se presentaría este dilema: o se declara que él está en pugna con lo que el proceso presenta como evidente y entonces habría que convocar nuevo jurado, o se absuelve al infractor. En la primera hipótesis se estaría reviviendo una causal abolida (la injusticia notoria), que es medida que el juez puede tomar en las instancias (veredicto contrario a la evidencia de los hechos), pero que resulta inoportuna después de terminado el proceso. Y en el segundo término de la proposición, se haría írrita la función del jurado y se fallaría con un criterio que no es el fijado para la decisión de aquellos casos que la misma ley estableció y que no debe ser precisamente el criterio jurídico." (G. J. Tomo LIX, Nros. 2025-2027-bis, página 1019).

Las consideraciones anteriores hacen ver que esta causal tampoco puede prosperar.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CONFIRMACION DEL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO DICTADO EN FAVOR DE UN JUEZ

El procedimiento que debe seguirse en caso de violación de la reserva de un sumario, por parte de los empleados que hayan tenido noticia de él en virtud de sus empleos (hecho delictuoso no comprendido en el artículo 34 de la ley 29 de 1944), es el señalado en el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, por ser una disposición de carácter especial. El artículo 34 de la ley 29 de 1944 (sobre prensa) se refiere, como es obvio, a personas particulares distintas del "juez o funcionario del conocimiento", pues éste no ha de imponerse penas a sí mismo; mientras que la del artículo 276 del código citado se refiere también a "los empleados que han conocido del sumario en ejercicio del cargo." Naturalmente que la primera parte del inciso primero del citado artículo 276 fue subrogada por el 34 de la ley 29, pero no el resto del precepto, que está vigente en lo que atañe con los empleados o funcionarios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y siete.

Vistos:

Por apelación concedida al señor Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla debe revisar la Corte el sobreseimiento definitivo dictado por esa entidad en favor del doctor Manuel Vanegas Mendoza, por los cargos de responsabilidad que se le hicieron en su condición de Juez 1º Penal del Circuito de dicha ciudad.

Lo ocurrido puede relatarse brevemente así:

En la Inspección 4ª Municipal de Barranquilla se adelantaba un sumario por estafa contra Antonio Durán y Julio Valderrama, consistente en haber girado el primero un cheque a favor del segundo y contra el Banco Comercial. Marco Donado le cambió el cheque a Valderrama, pero el Banco no se lo pagó por carencia de fondos. Antonio Durán, a quien no se había recibido indagatoria, había dirigido, entre tanto, varios memoriales al Juez del Circuito, doctor Vanegas Mendoza, dándose por sabedor de la denuncia que contra él cursaba y pidiéndole, entre otras cosas, que reclamara el proceso al Inspector 4º de Policía.

Por dos veces tuvo el señor Juez el proceso en su despacho: en la primera lo devolvió a la Inspección, por no haber encontrado irregularidad alguna en la tramitación del sumario; y en la segunda revocó el auto de detención dictado contra Durán, auto que fue confirmado por el Tribunal. Pero esta entidad observó que el señor Durán había comparecido en la investigación en "forma notablemente irregular", lo que indicaba que se había violado la reserva del sumario. A su vez, el señor Donado, acusó al Juez doctor Vanegas Mendoza por el mismo hecho.

Se considera:

Que el acusado no quebrantó la reserva a qu estaba obligado, se deduce plenamente de la pruebas que obran en este informativo.

En efecto, Antonio Durán afirma que él sup por informe de una persona, que se había pr sentado una denuncia criminal contra él en Inspección 4ª, por haber girado el cheque de q se habló al principio, informe que dicha perso había obtenido de Marco Donado; y que habie do hablado con éste sobre el particular, le hab ratificado el dicho diciéndole que ese asunto iba a costar mucho dinero; agrega, además q preocupado con el asunto, había acudido a servicios profesionales del abogado doctor J Ulloque Meneses.

El abogado Ulloque Meneses confirma la ex sición de Durán, añadiendo que le había acon jado que buscara medios amistosos para reco el cheque y que basado en las informaciones Durán, le había pergeñado algunos escritos t dientes a su defensa.

Con estas explicaciones se explica, pues, cl mente lo sucedido, pues de ellas aparece que

memoriales suscritos por Durán fueron redactados por el abogado, Ulloque, previa la información del interesado obtenida de labios del propio denunciante. Ahora, como el Ministerio Público lo anota, el hecho de aparecer Durán como sabedor de la denuncia que contra él cursaba no constituye delito, porque el artículo 34 de la ley 29 de 1944 no prohibe hacer pública la iniciación de un sumario, aunque se señale al funcionario del conocimiento, ni el haberse dictado auto de detención o de libertad (aunque sin indicar fundamentos de hecho o de derecho), ni la constitución de parte civil, etc. De manera que ni aun en el supuesto de que los funcionarios le hubieran informado a Durán de la existencia de la denuncia, habrían incurrido en infracción de la reserva del sumario, si no hay prueba —como no la hay— de que conociera de las piezas del mismo antes de rendir su indagatoria.

Es más, el Tribunal observa, al confirmar la providencia por medio de la cual el Juez Vanegas excarceló a Durán, cuál era la situación precaria que en materia de probanzas tenía la investigación por estafa. Dice así:

"Ninguna comprobación se ha traído a los autos diversa del cheque mencionado con la respectiva nota de protesto "por no tener suficiente fondo" el girador, a la una y treinta de la tarde del catorce de agosto pasado (1944), día de la denuncia. Ni indagatorias, ni declaraciones de testigos, ni informes del Banco girado, ni ninguna otra diligencia de las que deben practicarse para el esclarecimiento de los hechos aparece evacuada en el expediente. Y en este estado, el proceso no ofrece la base legal exigida por el artículo 379 del C. de P. P. para dictar auto de detención preventiva contra persona alguna, ya que no se hallan diligencias que vengan a afirmar que en el hecho denunciado medió algún artificio o engaño para causar perjuicio al señor Marco Donado, elemento indispensable para que el ilícito adquiera fisonomía jurídica de estafa, y sin la cual el hecho de girar un cheque sin tener el girador suficientes fondos, no cambia la faz delictiva que para el caso contempla el artículo 3º de la ley 8ª de 1925, que sólo sanciona el hecho con pena de arresto".

No sólo eso, sino que después de afirmar que el funcionario instructor apenas había practicado la diligencia de ratificación juramentada de la denuncia, anota el Tribunal que fue entonces cuando Durán introdujo un memorial dándose por sabedor de la acusación criminal que contra él pesaba y sin haber documentos cuyo contenido debiera mantenerse en reserva, concluye que se ha violado la reserva del sumario, esto es, de un sumario que apenas se había iniciado.

El sobreseimiento definitivo consultado, es, pues, legal, y por eso debe recibir confirmación.

"La inconformidad del señor Fiscal recurrente —anota el señor Procurador— se reduce a que la investigación se declaró cerrada prematuramente, por cuanto no decidió nada sobre los cargos que el denunciante Marco Donado le hizo al Juez 2º Penal del Circuito doctor Bernardo Jaramillo; y porque aún faltan varias pruebas por practicar que, en su concepto, son necesarias para un mejor esclarecimiento de los hechos aquí averiguados.

"Pero a esto basta replicar que la investigación contra el doctor Jaramillo se adelantó en proceso separado, por tratarse de hechos distintos, siendo, así, aplicable el artículo 52 del Código de Procedimiento (fls. 10 y 74 del cuaderno 1º). Y en cuanto a las pruebas insinuadas por el Agente del Ministerio Público, es preciso convenir que ellas nada nuevo aportarían al sumario, desde luego que los elementos allegados a éste son más que suficientes para establecer que el funcionario **sub judice** no cometió delito alguno".

La Procuraduría observa, en fin, y en ello está de acuerdo la Sala, que el procedimiento que debe seguirse en caso de violación de la reserva del sumario, por parte de los empleados que hayan tenido noticia de él en virtud de sus empleos (hecho delictuoso no comprendido en el artículo 34 de la ley 29 de 1944), es el señalado en el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, por ser una disposición de carácter especial. El artículo 34 de la ley 29 de 1944 (sobre prensa) se refiere, como es obvio, a personas particulares distintas del "juez o funcionario del conocimiento", pues éste no ha de imponerse penas a sí mismo; mientras que la del artículo 276 del Código citado se refiere también a "los empleados que han conocido del sumario en ejercicio de su cargo". Naturalmente que la primera parte del inciso primero del citado artículo 276 fue subrogada por el artículo 34 de la ley 29 citada, pero no el resto del precepto, que está vigente en lo que atañe con los empleados o funcionarios.

Sin embargo, lo anterior no conduce a declarar la nulidad de lo actuado por pretermisión de las formalidades propias del proceso, porque las es-

peciales que para el caso hubieran debido aplicarse, son en el fondo las mismas que las ordinarias, aunque abreviadas; de suerte que en vez de cercenamiento de los derechos de defensa del acusado hubo exceso en su ejercicio. Por eso la resolución del Tribunal debe confirmarse, como lo pide el Ministerio Público.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia apelada de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

COMPLICIDAD NECESARIA Y SECUNDARIA.—LA EMBRIAGUEZ EN LA EJECUCION DEL HECHO DELICTUOSO

1.—Nuestro Código consagra dos formas de complicidad: la necesaria, esto es, la que consiste en prestar al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el delito; y la no necesaria o secundaria, que consiste en cooperar de cualquier otro modo no indispensable para que el hecho se consume. Es obvio que la primera forma equivale a la coautoría o codelincuencia y por eso el infractor debe ser sancionado con la pena establecida para el delito; mientras que la segunda, como accesoria que es, comporta una disminución de la pena, según la importancia de la actividad desarrollada, esto es, de la participación en el delito. (Artículos 19 y 20, C. P.). En el caso del proceso, habiendo declarado el jurado responsable a uno de los acusados como cooperador necesario no se le puede tener como secundario, lo que equivaldría a declarar contrario a la evidencia de los hechos el veredicto, y esa circunstancia no figura entre las causales de casación del nuevo Código de procedimiento.

2.—La embriaguez no es excusa de la responsabilidad, porque, en sentir de los comentadores de la escuela positiva, es apenas la causa ocasional reveladora de las inclinaciones antisociales del infractor cuando éste llega a quebrantar la ley.

Suprema de Justicia. — Sala de Casación
al.—Bogotá, veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y siete.

strado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

os: El Tribunal Superior de Santa Marta, tencia de 7 de mayo del año pasado, con Pedro Antonio y Emiro Rivas a la pena al de catorce años de presidio cada uno, esponsables de la muerte causada a Ro García, en la noche del 12 de mayo de 1943, oblación de Ciénaga, del Departamento del ena.

Los procesados interpusieron el recurso de casación contra esa sentencia y un apoderado especial, el doctor Jesús Estrada Monsalve, presentó ante la Corte la demanda respectiva, en forma ajustada a la técnica propia de este recurso.

Hechos y actuaciones procesales

En la noche citada se hallaban los hermanos Joaquín, Pedro Antonio y Emiro Rivas en el establecimiento denominado "El Sport", de la población de Ciénaga, en compañía de otras personas, dedicados a tomar bebidas embriagantes, cuando de pronto surgió una riña en la cual tomaron parte Emiro y otro de los circunstantes. Como interviniera Antonio Sánchez, se dieron de puñetazos, y al actuar Rodrigo García en favor de Sánchez, fue atacado por los hermanos Pedro Antonio y Emiro, quienes lo derribaron al suelo, en donde estuvo a punto de ser herido a cuchillo por el mentado Pedro Antonio, lo que evitó uno de los allí presentes.

Rodrigo se levantó y salió a la calle, pero entonces los dos hermanos Rivas, Pedro Antonio y Emiro, salieron detrás de él y aquél comenzó a dar vueltas alrededor de un automóvil que se hallaba estacionado al pie del establecimiento, para evitar el ataque de los Rivas. Mas no le valió su precaución, porque Pedro Antonio por un lado y Emiro por el otro lo cercaron y el primero le dio dos puñaladas en el abdomen, mientras Emiro le dio una bofetada. Y no contentos con ello, ya en el suelo la emprendieron a puñetazos y puntapiés contra el herido.

El Juzgado 2º Superior de Santa Marta llamó a juicio a Pedro Antonio y en la parte motiva dijo que era el caso de sobreseer definitivamente a favor de Emiro, pero de esto último nada dijo en la parte resolutiva. (F. 161 del cuaderno principal).

El Tribunal confirmó el enjuiciamiento contra Pedro Antonio y enjuició a Emiro como partícipe necesario en el homicidio (f. 159 ibídem).

El jurado declaró que los dos hermanos eran responsables del delito, a Pedro Antonio como

autor principal y a Emiro como cooperador necesario; por lo cual los condenó el juez de primera instancia a sufrir trece años de presidio el primero y doce el segundo.

Pero el Tribunal, en la sentencia recurrida, elevó la pena a catorce años para cada uno de los acusados. Pasa, pues, la Corte a estudiar las causales invocadas, que son la cuarta y la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta: Nulidad del juicio

El recurrente alega como causal de nulidad el hecho de que al defensor de Emiro Rivas, doctor Dionisio Rincones, no le fue notificado el auto de proceder dictado por el Tribunal y debido a esa omisión no había podido actuar en debida forma en favor de su representado.

La Procuraduría, con un minucioso análisis de la actuación, contesta el cargo haciendo ver cómo el defensor sí fue notificado del auto de proceder y cómo por esa causa no estuvo sin la debida defensa el procesado.

En efecto, el doctor Rincones era apoderado de los Rivas en el sumario y Pedro Antonio le ratificó el poder cuando fue llamado a juicio por el Juez 2º Superior de Santa Marta.

El Tribunal, al revisar el proveído del inferior, llamó a juicio también a Emiro Rivas, como cómplice necesario del homicidio, al tenor del artículo 19 del Código Penal, y esa resolución le fue notificada personalmente al doctor Rincones el 16 de junio de 1944 (f. 201 v.).

Devuelto el expediente a la oficina de origen, se le notificó personalmente el auto de proceder al enjuiciado Emiro (f. 203 v.) y nombró como su defensor al mismo doctor Rincones, quien tomó posesión del cargo y siguió actuando en todas las diligencias pertinentes (fls. 205 v. y siguientes).

Fácilmente se concluye, según lo que se deja expuesto, que la nulidad invocada por el recurrente no existe, porque si bien es cierto que el enjuiciamiento dictado contra Emiro no se le notificó a su defensor después de posesionarse de su cargo, sí lo fue anteriormente en forma personal, por tener a su cargo la defensa del otro sindicado y, sobre todo, porque siguió actuando como defensor de los dos hermanos Rivas en el juicio hasta la sentencia de segunda instancia, sin reclamar por la omisión apuntada. (Artículo 198 del C. de P. P., ordinal 3º).

El Procurador, después de hacer notar cór hubiera sido superfluo que el enjuiciamiento co tra Emiro se le hubiera notificado al defens siendo así que ya lo conocía, termina diciendo

"Además, la nulidad que prevé el artículo 1 numeral 3º, del Código de Procedimiento, es las llamadas relativas, que se subsanan por la i plícita aquiescencia del interesado. Y como Rivas y su defensor fueron notificados person mente de las providencias que recayeron desp del auto de proceder, sin que ninguno de e reclamara dentro de los treinta días siguiente aquel en que se les hizo la notificación perso como lo dispone el citado numeral, resulta s ranamente claro que, aun en el caso de qu notificación que se echa de menos no se hub realizado, la nulidad hubiera quedado subsan por el silencio de la defensa".

Por tanto, no prospera esta causal.

Causal primera: Indebida aplicación de la ley penal

El demandante alega dos motivos como de esta causal, que deben estudiarse por sepa

Dice, en primer lugar, que hubo "erróne terpretación de la ley en la sentencia recu al imponerse a Emiro Rivas la sanción est cida en el artículo 19 del Código Penal pa cooperador necesario, en vez de la estableci el artículo 20 de la misma obra para el coo dor no necesario".

En favor de su tesis presenta algunas co raciones de derecho sobre la complicidad, d do, en síntesis, que una es la codelincuencia la propia complicidad, o sea, la participaci necesaria en un delito; y hace un análisis constancias procesales, para concluír que Rivas no fue "cómplice necesario de la ción".

Se considera:

Es evidente que nuestro código consag formas de complicidad: la necesaria, esto que consiste en prestar al autor o auto auxilio o cooperación sin los cuales no hab dido cometerse el delito; y la no necesari cundaria, que consiste en cooperar de cu otro modo no indispensable para que el h consume. Es obvio que la primera form vale a la coautoría o codelincuencia y po infractor debe ser sancionado con la pe blecida para el delito; mientras que la s

como accesoria que es, comporta una disminución de la pena, según la importancia de la actividad desarrollada, esto es, de la participación en el delito. (Artículos 19 y 20 del C. P.).

Pero resulta que el auto de proceder enjuició a Emiro Rivas como cómplice necesario. Y así, se lee en esa providencia:

"El artículo 19 del Código Penal en consonancia con las probanzas que obran en el expediente, desvirtúan completamente la tesis que sostiene en su alegato presentado ante el Tribunal por el defensor de los Rivas, respecto de que no está demostrada la complicidad o participación de Emiro en la muerte de Rodrigo García, ya que está ampliamente demostrado que tomó parte en la ejecución del hecho, que prestó a su autor auxilio o cooperación sin los cuales muy probablemente aquél no habría podido cometerse. Por tanto debe quedar sometido Emiro Rivas a la sanción establecida para el homicidio.

"Porque si Emiro Rivas no hubiera contribuído con su hermano a acorralar a Rodrigo García entre el frente del establecimiento "El Sport" y el automóvil que estaba estacionado en la puerta de dicho establecimiento, y si además no hubiera contribuído a impedir la evasión de García y a debilitar su defensa propinándole (sic) trompadas y patadas, aun estando la víctima en el suelo, García muy probablemente hubiera podido escapar del estrecho espacio en que se vio obligado a frontar la encarnizada persecución de los agresores, quienes luego de golpearlo y derribarlo al suelo, uno de ellos, Pedro Rivas, le asestó una puñalada en el abdomen que horas después le ocasionó la muerte".

El jurado contestó afirmativamente la pregunta sobre complicidad necesaria, no obstante los esfuerzos del defensor por librar a Rivas de la imputación.

Y, en fin, el Juez de la causa y el Tribunal consideraron a Emiro en esa calidad de cómplice necesario.

Ahora bien, en los juicios en que el jurado interviene, es éste el que ha de calificar los hechos y decidir sobre la responsabilidad (artículo 480 del C. de P. P.), y la sentencia debe estar de acuerdo con el veredicto, salvo el caso de que se declare contrario a la evidencia procesal.

En el presente caso, el jurado declaró a Emiro Rivas como responsable del homicidio en su calidad de cooperador necesario y la sentencia lo condenó de acuerdo con ese veredicto. De manera que si ahora se dijera que Rivas no fue cooperador necesario, sino simplemente secundario, se estaría declarando el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, y esa circunstancia no figura entre las causales de casación del nuevo Código de Procedimiento.

Así, pues, no prospera la causal por este motivo.

Dice el recurrente, en segundo lugar, que el señalamiento de la pena para los dos acusados se hizo en forma indebida, porque habiendo reconocido que el delito se había perpetrado bajo la influencia del alcohol —en estado de embriaguez no premeditada ni preordenada al delito, sino puramente accidental— en la sentencia se les aplica el máximo de la pena que trae el artículo 632 del Código Penal, esto es, la de catorce años de presidio. Ese señalamiento va en contra de lo preceptuado en el artículo 39 del mismo código, que sólo permite aplicar el máximo de la sanción, "cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad".

Se considera:

El código estatuye que es circunstancia de menor peligrosidad "la embriaguez voluntaria, cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas" (artículo 38, ord. 5º). Y está bien que así sea, porque la intoxicación que el alcohol produce obnubila la mente y disminuye o anula el poder de control sobre la voluntad. Pero no es excusa de la responsabilidad, porque la embriaguez, en sentir de los comentadores de la escuela positiva, es apenas la causa ocasional reveladora de las inclinaciones antisociales del infractor cuando éste llega a quebrantar la ley.

Pero la expresión del precepto citado indica con claridad que no basta que el delincuente haya obrado estando ebrio para que en todo caso se abone esa circunstancia de menor peligrosidad. Es obvio que el sujeto que toma licores con el fin de darse estímulo para ejecutar el delito o de buscar el medio de proporcionarse una atenuación de la pena, prevé y quiere las consecuencias dañosas que se sigan. Mas debe agregarse que en igualdad de condiciones se halla quien por sus antecedentes de conducta sabe que las bebidas embriagantes lo llevan a la realización de actos ilícitos o a tomar actitudes peligrosas. La persona "de malos tragos", que se torna pendenciera al embriagarse, no puede alegar ese estado si comete un delito bajo la influencia del alcohol, pues

quien pone la causa debe responder igualmente de los efectos que de ordinario son su consecuencia.

La Corte, en la casación de 31 de agosto de 1943, no consideró la embriaguez en que se hallaba un sujeto que había perpetrado un homicidio, como circunstancia atenuante del delito (antiguo código), porque esa embriaguez no había provenido de fuerza o violencia de terceros o de alguna circunstancia "pura y exclusivamente ocasional." El transgresor tenía el hábito de las bebidas embriagantes —dijo la Corte— y "bajo su influencia adquiría una personalidad transitoriamente antisocial y peligrosa." (G. J. Tomo LVI, números 2001-2005, página 408).

Viniendo al caso que la Corte estudia, no es posible admitir que las consecuencias delictuosas de la embriaguez eran imprevisibles para los procesados. En efecto, como certeramente lo analiza el Ministerio Público, es verdad que ellos habían estado ingiriendo licores, pues así lo dijeron en sus exposiciones y lo aseguran no pocos declarantes. Pero que no habían perdido totalmente el control de sus actos, que se daban cuenta de sus actividades, se deduce, en primer lugar, del relato pormenorizado que hicieron de ellas, hasta el preciso momento del delito, de tal suerte que ni siquiera olvidan que sacaron de la cantina a su hermano Joaquín para llevárselo a su casa, por considerarlo embriagado; y, en segundo lugar, de las mismas actividades desarrolladas esa noche, pues los Rivas sostienen lucha con varios sujetos, a puñetazos derriban a quien quiere intervenir y, en últimas, persiguen y acosan a García impidiéndole la salida para poder asegurar el resultado del ataque. Y es obvio que —como lo observa la Procuraduría— quienes recuerdan con tanta lucidez los varios episodios de aquella noche y desarrollan las actividades que llevaron a término, no pueden alegar el estado de embriaguez en que se hallaban.

Pero, la principal razón para no acep[illegible] esa circunstancia como de menor peligrosidad, segun lo expuesto anteriormente, es la de que los Rivas se embriagan con frecuencia y que en esas condiciones se tornan pendencieros o peleadores, pues no pocas veces han sido sancionados por infracciones de policía, como se deduce de las constancias que obran a los folios 58, 111 y 124 v. del cuaderno principal y de las declaraciones de Manuel Durán (f. 44 v.), Luis Castillo Cotes (69) y Ramón Obispo (77 v.). Es más, Pedro Antonio fue condenado por homicidio cometido en riña, en vigencia del anterior código, a doce meses de reclusión (f. 108 v.).

"No puede colocarse en el mismo plano —ha dicho la Corte— la actitud de un individuo que nunca se embriaga, o que si lo hace no representa peligro para nadie, porque es calmado y pacífico, y la de otro que en ese mismo estado se vuelve animoso y pendenciero, es decir, que constituye un peligro para los demás." (Casación de Félix Becerra, de 13 de febrero de 1947).

Eso no quiere decir que las sanciones no hubieran debido ser diversas para cada uno de los procesados, dada la desigualdad de su participación en el homicidio, pues es la de Pedro mayor que la de Emiro. Pero, como lo anota el señor Procurador, ese tema no fue planteado en la demanda, pues el recurrente se limitó a atacar la cuantía de la pena por haber dejado de computar la sentencia como índice de menor peligrosidad el estado de embriaguez, "sin aducir los otros factores mensuradores que prevé el artículo [illegible] del Código Penal." La casación es un recurso extraordinario en el cual no pueden discutirse sino los puntos sometidos a debate en la demanda.

No puede, por lo tanto, prosperar esta causa por este segundo aspecto.

La Procuraduría termina su concepto diciendo:

"No sobra tampoco anotar estas otras irregularidades graves que se observan en el proceso. En el auto de proceder del Juzgado se le imputó a Pedro Antonio Rivas un homicidio específicamente agravado por, haber acometido a la víctima hallándose ésta "en perfecto estado de indefensión y por motivos nimios" (f. 161).

"El Tribunal, al definir la especie del homicidio de que debían responder los Rivas, aludió, con evidente desacierto, al delito preterintencional (artículo 365 del C. P.).

"Y el cuestionario sometido al jurado interrogó sobre homicidio simplemente intencional, figura ésta no deducida en el enjuiciamiento.

"Por tanto, existe un verdadero caos, un desorden completo, entre el llamamiento a juicio, los interrogatorios que absolvieron los jueces de conciencia respecto de la naturaleza del homicidio, lo que implica una clara violación de las normas procedimentales y penales.

"Mas estas anomalías tampoco pueden subsanarse, por no haber sido materia de la demanda de casación".

Resolución

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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

TECNICA DE CASACION.— CAUSAL 2ª DE CASACION

Si el objeto o fin primordial del recurso de casación es promover un nuevo examen desde el punto de vista jurídico entre la sentencia y la ley, es natural que para que sea procedente ese estudio, las causales de casación que se invocan se ajusten a las prescripciones legales, pues no basta invocarlas cuando por otra parte no se las funda; porque en ese supuesto la demanda adolece de un defecto sustancial que consiste en la falta de demostración en forma clara y precisa de los fundamentos que sirven de base a la causal invocada.

La injusticia notoria del veredicto o la contraevidencia de éste con los hechos procesales, es problema que sólo pueden resolverlo los juzgadores de instancia; el examen de los diversos elementos probatorios con las respuestas del Jurado, conduce a la declaratoria de contraevidencia del veredicto; función privativa del Juzgado o del Tribunal, pero no de la Corte, toda vez que el recurso de casación no constituye dentro del proceso penal una tercera instancia, sino la confrontación de la ley con la sentencia, para saber si ésta fue correctamente aplicada o no. Por esto se ha dicho en multitud de fallos que la causal segunda no puede invocarse en juicios en que interviene el Jurado porque expresamente fue excluída del recurso de casación, "según lo dejó claramente establecido la Comisión Redactora del nuevo Código de Procedimiento Penal." Esta causal — la segunda — sólo es procedente alegarla en los juicios en que no interviene el Jurado.

La ley de procedimiento penal no consagró como causal de casación, la contraevidencia del veredicto del Jurado, sino el hecho de que la sentencia se pronuncie teniendo como fundamento un veredicto contradictorio; puntos sustancialmente distintos, y que como ya se expresó, el primero sólo puede resolverse en las instancias del juicio, y el segundo ante la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de julio veintiseis de mil novecientos cuarenta y seis, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá condenó a Paulina de Miranda, a la pena principal de siete años seis meses de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Antonio Miranda Laverde.

Antecedentes

En el Municipio de Subachoque, corregimiento de "El Rosal", el diez y seis de septiembre de novecientos cuarenta y cuatro, cuando Paulina Barragán y Antonio Miranda en compañía de varios trabajadores se dedicaban a labores agrícolas, Paulina injurió de palabra a su esposo, insultos y provocaciones que no fueron atendidos por Miranda, quien hizo la manifestación de que se iba para la casa. Pero al pasar por unas sementeras de trigo, intempestivamente fue sorprendido por Paulina, quien continuó ultrajándolo de palabra y luego lo atacó de obra. Su esposo Miranda le manifestó que se quejaría a la autoridad competente, y Paulina sin otro motivo que justificara su actitud, apoderándose de una hoz le causó a su esposo varias lesiones que posteriormente le ocasionaron la muerte.

En auto de febrero doce de mil novecientos cuarenta y cinco, el Juzgado calificó el mérito sumario y llamó a responder en juicio criminal a Paulina Barragán como responsable de un delito de homicidio agravado, providencia que al ser apelada fue confirmada por el Tribunal en fecha treinta de junio de mil novecientos cuarenta y cinco.

A la consideración de los jueces de conciencia se sometió un cuestionario integrado por dos preguntas: la primera, relativa a los hechos ma

s y al propósito del autor para realizarlos; y la gunda, en relación con la calidad del homicidio agravado— en la categoría de asesinato.

Los jueces de conciencia pronunciaron su veicto negando la modalidad que agravá el hocidio, y afirmando la responsabilidad de Pau- a Barragán como autora del delito con la cirnstancia de haberse realizado en "riña impreta, y estando ambos bajo la influencia de la cha".

Sobre este veredicto se pronunció la sentencia hoy se impugna en demanda de casación.

Demanda

l defensor de la procesada invoca las causales nda y séptima del artículo 567 del Código de cedimiento Penal.

Causal segunda

uando por errada interpretación de los hechos, a sentencia se les atribuye un valor probatoque no tienen o se les niega su verdadero r.

defensor funda esta causal así:

as modalidades mismas del ataque a su maciego, fulminante y veloz como aparece de opia confesión y de los testimonios presens; el número de heridas certificado por la sia y el peritazgo del palo (sic), a más de itados testimonios; la actitud posterior de la da, notoria hasta la extrema potencialidad nvicción en la firmeza de la primera indaia y en la insensibilidad morbosa del reimiento del cadáver, están indicando que na Barragán llegó, al anochecer del 16 de mbre de 1944, al clímax de un desequilisico-fisiológico, nacido de su predisposición tucional ancestral y desarrollado a lo largo a vida llena de miseria, de trabajo bestial ntranquilidad e inquietud intolerables. La delictiva de la Barragán es evidentemente stica. Y el paroxismo (indicado principalpor la cantidad de golpes), es uno de los res que revisten los homicidios cometidos desequilibrados de mente.

consecuencia, Paulina Barragán Santana, da como persona de mínima peligrosidad y único de una crecida familia de chiquillos denada a la pena que consta.

embargo, tales hechos son **constitutivos del circunstancias que deben influir en la deción de la sanción.** Porque, si se los hubiera tomado en consideración, Paulina Barragán hubiera sido condenada en las condiciones del artículo 29 del C. P., y libre ya y reformada de su hábito de ingerir chicha, estaría al frente de su familia dirigiéndola con su carácter fuerte y su tremenda capacidad para el trabajo".

Se considera:

La anomalía psíquica de la procesada, que alega el defensor, no fue considerada por el Juzgado, ni por el Tribunal, ni por el Jurado, porque en las diversas constancias procesales no se halla demostrada, y entonces, mal haría el juzgador de derecho en considerar en la sentencia una modalidad que no está probada porque ello equivaldría a violar la ley sustantiva como la procedimental.

En efecto: los representantes de la acción pública allegaron al proceso el certificado de los médicos legistas, en el cual consta:

"Las actividades intelectuales de esta sindicada son las corrientes en las personas de su clase social. Discurre muy bien, habla con facilidad, la memoria es exacta y la afectividad correcta. Se lamenta de su desgracia y de la hora fatal que le preparó la crueldad y la mala conducta de su marido y llora con sentimiento al pensar en las penas que estarán soportando sus seis hijos, todos pequeños, abandonados, sin recursos y sin parientes que velen por ellos".

"Esta no es una mujer perversa. Ofuscada por la ira dio un golpe cuyos efectos no pudo prever".

"Aunque de carácter fuerte, Paulina Barragán de Miranda no presenta ninguna anomalía psíquica"

Frente a esta prueba de carácter científico, los jueces de conciencia no podían emitir un veredicto que desconociera esa realidad para dar cabida al estado de anomalía psíquica, que el jurado con base en el criterio de su íntima convicción, estaba en imposibilidad para declararla. En esa hipótesis — anomalía psíquica, — el veredicto sería contrario a la evidencia de los hechos procesales, situación que los jueces de derecho, en virtud de disposiciones legales, hubieran tenido que declarar.

La injusticia notoria del veredicto o la contraevidencia de éste con los hechos procesales, es problema que sólo pueden resolverlo los juzgadores de instancia, porque el examen de los diversos elementos probatorios con las respuestas

del jurado, conduce a la declaratoria de contraevidencia del veredicto; función privativa del Juzgado o del Tribunal, pero no de la Corte, toda vez, que el recurso de casación no constituye dentro del proceso penal una tercera instancia, sino la confrontación de la ley con la sentencia, para saber si ésta fue correctamente aplicada o no. Por esto se ha dicho en multitud de fallos que la causal segunda no puede invocarse en juicios en que interviene el jurado porque expresamente fue excluída del recurso de casación, "según lo dejó claramente establecido la Comisión Redactora del Nuevo Código de Procedimiento Penal". Esta causal — la segunda — sólo es procedente alegarla en los juicios en que no interviene el jurado.

Por estos motivos la causal invocada no prospera.

Causal séptima

Dictar la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Dice el recurrente:

"Otra consecuencia de los hechos presentados es la de que, el veredicto del jurado es evidentemente contradictorio con los hechos del proceso y, sobre él, sin embargo, se dictó la sentencia".

Se replica:

Aunque esta causal se la invoca como subsidiaria de la principal, ella como se desprende de su simple anunciado está mal planteada, pues lo que invoca el demandante es la contraevidencia del veredicto, y no propiamente el hecho de que la sentencia esté en desacuerdo con el veredicto.

"El veredicto —dice la Procuraduría— es injusto o contrario a la evidencia de los hechos cuando desconoce palmariamente lo establecido en autos. Y es contradictorio cuando afirma y niega al mismo tiempo dos situaciones que recíprocamente se destruyen, porque la una acepta lo que la otra niega. Lo contradictorio es el caos, la confusión, el desorden, en una palabra, el absurdo porque niega el principio mismo de contradicción. En tales circunstancias, no hay propiamente veredicto. En tanto que la injusticia de éste presupone algo lógico, racional y apreciable jurídicamente, pero no acorde con la verdad plenamente demostrada en el proceso".

Si el objeto o fin primordial del recurso de casación es promover un nuevo examen desde el punto de vista jurídico entre la sentencia y la ley, es natural que para que sea procedente ese estudio, las causales de casación que se invocan se ajusten a las prescripciones legales, pues no basta invocarlas cuando por otra parte no se las fun da; porque en ese supuesto la demanda adolec de un defecto sustancial que consiste en la falt de demostración en forma clara y precisa de lo fundamentos que sirven de base a la causal invo cada.

La ley de procedimiento penal no consag como causal de casación, la contraevidencia d veredicto del jurado, sino el hecho de que la se tencia se pronuncie teniendo como fundamen un veredicto contradictorio; puntos sustancialme te distintos, y que como ya se expresó, el prime sólo puede resolverse en las instancias del juic y el segundo ante la Corte.

El veredicto pronunciado por el jurado no contradictorio, porque negada la posibilidad que el hecho fuera constitutivo de un homici agravado, sólo queda la afirmación de la resp sabilidad de la procesada, atenuada por la mo lidad de la riña imprevista que fue reconoc por el jurado. En esta respuesta no hay con dicción porque los términos de la proposición son contrapuestos, en el sentido de que la una a me lo que la otra niega, sus términos no son conciliables, no sugieren discrepancia u oposic en el sentido de que no se podría admitir el r nocimiento de la responsabilidad porque la ción la niega, la afirmación de esta modalida excluye la circunstancia de que el delito se biera cometido en riña imprevista; esta circ tancia sirve únicamente para atenuar la res sabilidad e individualizar la pena, pero con no se demuestra que la sentencia se pron sobre un veredicto contradictorio.

En consecuencia se desecha el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema — Sa Casación Penal, administrando justicia en no de la República y por autoridad de la ley, el concepto de su colaborador, de acuerdo c NO INVALIDA la sentencia pronunciada p Tribunal Superior del Distrito Judicial de tá, que condenó a Paulina Barragán v. d randa a la pena principal de siete años y sei ses de presidio y a las accesorias correspon tes como responsable de la muerte de su legítimo Antonio Miranda Laverde.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutérrez Anzola. — Francisco Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán nez — Domingo Sarasty M. — Julio E. A R., Srio.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION.—MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Como lo afirma la Procuraduría, la causal primera ha sido estatuída únicamente en relación con la llamada Ley Penal sustantiva, no con la procedimental, para la cual se han formulado otras causales diferentes. Lo cual no significa en forma rotunda que no existan en el Código de Procedimiento Penal ciertas normas excepcionales que por su naturaleza y características sean de aquellas que pueden considerarse como sustantivas porque consagran ciertos derechos fundamentales que, por esas razones, se han colocado en el Código de Procedimiento. Tal cosa ocurre, por ejemplo, cuando en esta última se trata lo relativo al Habeas Corpus, detención preventiva, liberación provisional, etc., y para estos casos es precisamente función de la jurisprudencia la de destacar y señalar por vía de interpretación cuáles de las normas incluídas en el Código llamado generalmente adjetivo pueden considerarse como formando parte de la legislación penal sustantiva. No es precisamente el artículo 131 del C. de P. P. una de estas excepcionales normas, pues el derecho de indemnización por los daños ocasionados con la infracción penal emana concretamente del C. P. (artículo 92), resultando, en cambio, que el artículo 131 es por esencia y por su naturaleza de carácter puramente adjetivo puesto que se limita a reglamentar en parte el artículo 92 del Código Penal.

2. Cuando en el artículo 96 del Código Penal se habla de penas, ello debe entenderse en forma concreta a una cualquiera de las que están definidas por la ley penal, como el presidio, la prisión o el arresto, si son corporales, o el confinamiento, la multa o la interdicción de derechos o funciones públicas cuando no entrañan separación o aislamiento de los demás asociados. No podría, por consiguiente, pensarse que por vía de extensión, cuando se habla tan expresamente de penas en el artículo 96, pudiera abarcarse a la vez esa otra forma de sanción legal que está constituída por las medidas de seguridad. Pero puede suceder, a la vez, que al momento de ejecutarse la medida de seguridad se halle el reo restablecido a la normalidad porque su estado de insania fue pasajero y se manifestó precisamente en el momento de comisión del hecho ilícito. Resultaría inaceptable, no sólo desde el punto de vista teórico sino también práctico, imponer la medida de seguridad — manicomio criminal — a un sujeto que ya no es anormal y a quien se causaría un grave perjuicio sometiéndole al régimen privativamente especial y científico adecuado para los enajenados de la mente, cuando el mínimo de la sanción impuesta se ha cumplido ya en detención preventiva, no en un manicomio ni en una colonia agrícola especial, sino en una cárcel común de detención, sin detrimento alguno ni para la justicia ni para el propio reo por haberse reintegrado éste a la normalidad psíquica. En otras palabras, si por la latitud del proceso penal no es posible aplicar ni la medida de seguridad, cuando se trata de anormales, ni la pena, cuando se trata de normales, porque una y otra han sido cumplidas en el término de la detención preventiva, la solución debe ajustarse a los principios que rigen la cuestión.

Armonizando los artículos 96, 98 y 99 del C. P. resulta posible conferir al condenado a cumplir una medida de seguridad el beneficio de que se le descuente como parte cumplida de la misma el tiempo que haya permanecido en detención preventiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

En sentencia que lleva fecha primero de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Ibagué, reformó la de primera instancia proferida por el señor Juez Primero Superior del mismo Distrito, que había dispuesto condenar al señor Isauro Pérez Pérez como responsable del delito de homicidio en la persona de Eladio Rojas a cumplir, a juicio del Gobierno, o dos años de manicomio criminal, o uno de colonia agrícola especial. La modificación hecha por el Honorable Tribunal consiste en condenar al mismo Pérez Pérez a cumplir reclusión en un manicomio criminal por un término no menor de dos años "que empezará a contarse a partir de la fecha en que se realice su traslado de la penitenciaría de esta ciudad en donde actualmente se encuentra (Ibagué) al manicomio que determine el gobierno. Como accesoria se le impone al mismo condenado la prohibición de concurrir a los lugares en donde se expendan bebidas embriagantes, por un término de cinco años, contados a partir de la fecha de su liberación condicional. Pérez, dice el Tribunal, queda además obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, cuya cuantía se establecerá en juicio separado". En lo demás, el fallo de primera instancia se confirma.

Los hechos

El día siete de agosto de mil novecientos treinta y ocho, en la ciudad de Ibagué, el señor Isauro Pérez Pérez dio muerte de un disparo de revólver al señor Eladio Rojas. Adelantada la correspondiente investigación criminal y el juicio legal ordinario, éste concluyó con la sentencia condenatoria de que antes se hizo mención, la cual tuvo como base la respuesta emitida por el jurado de conciencia reunido para determinar la responsabilidad del acusado. La pregunta formulada al jurado es del siguiente tenor:

"El acusado Isauro Pérez Pérez es responsable de haber ocasionado la muerte a Eladio Rojas, por medio de una herida causada con proyectil de arma de fuego de pequeño calibre (revólver) que penetró en la región abdominal, un centímetro a la izquierda del ombligo, en línea horizontal, perforó el intestino yeyuno en dos partes de sus pliegues, produjo una peritonitis agudísima que sobrevino como consecuencia natural de dicha herida perforante, y por cuyo motivo Rojas falleció al día siguiente; hecho ejecutado por Pérez Pérez, con el propósito de matar y ocurrido como a eso de las seis y media a las siete de la noche del día siete de agosto de mil novecientos treinta y ocho en la esquina inmediata a la cantina de Valeriano Rojas, ubicada en la población de Dolores?"

La respuesta emitida por el jurado fue la siguiente:

'Sí ejecutó el hecho, pero no es responsable por encontrarse en estado de enajenación mental".

Ya se ha indicado en qué sentido el Tribunal Superior de Ibagué reformó la sentencia de primera instancia, fallo que fue recurrido en casación por el señor defensor del procesado Pérez Pérez, quien alega en su demanda la causal primera de casación por diversos aspectos que se estudian a continuación.

Causal primera. — Mala aplicación de la Ley Penal

Incidentalmente, recuerda el señor Procurador Delegado en lo Penal, con respecto al veredicto emitido por el jurado, que éste aceptó únicamente la imputabilidad física del hecho (existencia del homicidio) negando por entero la responsabilidad del procesado, de modo que la sentencia se opone a la decisión principal, resultado que se debe a una errada concepción de lo que es la responsabilidad penal conforme al nuevo concepto de la ley vigente sobre el particular. Pero como tal trascendental tema no fue objeto del recurso, no puede entrar la Corte oficiosamente a decidir este punto, por imperativos mandatos de la ley que no le dan asidero para fundamentar una decisión sobre el particular. En tal virtud, es preciso puntualizar solamente las objeciones que en concreto se formulan en la demanda contra la sentencia del Tribunal de Ibagué y que son: 1º Violación del artículo 131 del C. P. P., y 96 del Código Penal. En su orden se estudiarán esos puntos.

1º Violación del artículo 131 del C. P. P.

Sostiene el recurrente con respecto a esta presunta violación:

"Quiero entender también que la sentencia del Honorable Tribunal motivo de la casación es también violatoria de la ley cuando ordena el pago de los perjuicios causados por el delito, porque el Juzgado negó tal cosa y lo hizo dando aplicación estricta a la ley, ya que ni hay bienes determinados para que hubieran sido embargados, ni bienes raíces tampoco determinados por linderos se otorgó la fianza a que se refiere la ley y por lo mismo el Tribunal violó al hacer esta condenación el artículo 131 del C. de P. P."

Se considera:

Evidentemente, como lo afirma la Procuraduría al referirse a este aspecto de la cuestión, la causal primera ha sido estatuída únicamente en relación con la llamada Ley Penal sustantiva, no con la procedimental, para la cual se han formulado otras causales diferentes. Lo cual no significa en forma rotunda que no existan en el Código de Procedimiento Penal ciertas normas excepcionales que por su naturaleza y características sean de aquellas que pueden considerarse como sustantivas, porque consagran ciertos derechos fundamentales que, por esas razones, se han colocado en el Código de Procedimiento. Tal cosa ocurre, por ejemplo, cuando en esta última obra se trata lo relativo al Habeas Corpus, detención preventiva, liberación provisional, etc., y para estos casos, es precisamente función de la jurisprudencia la de destacar y señalar por vía de interpretación cuáles de las normas incluídas en el Código llamado generalmente adjetivo pueden considerarse como formando parte de la legislación penal sustantiva. No es precisamente el artículo 31 del C. de P. de P. una de estas excepcionales normas, pues el derecho de indemnización por los daños ocasionados con la infracción penal, emana concretamente del C. P. (artículo 92), resultando, en cambio, que el artículo 131 es por su esencia y por su naturaleza de carácter puramente adjetivo puesto que se limita a reglamentar en parte el artículo 92 del Código Penal. En consecuencia, no puede prosperar la afirmación del demandante que se funda en este argumento.

Por lo demás, no se debe olvidar que la Corte al referirse a la materia relacionada con la indemnización de los perjuicios causados como consecuencia de la infracción penal, ha afirmado ya en sentencia de 26 de junio de 1946. Casación de Fortunato Cuervo) que no puede haber excepción alguna en cuanto a la obligación del Juez de condenar, aunque sea en abstracto, a la correspondiente indemnización de perjuicios, cuando haya lugar a ella, cualquiera que sea el estado mental del condenado al momento de ejecutar el hecho perturbador constitutivo de delito, pues consagrado el principio de responsabilidad legal en nuestra Ley, no se hacen diferencias entre normales y anormales para ejecutar la defensa de la sociedad, porque, por regla general, toda infracción de la ley penal origina no solamente un daño público sino uno de carácter privado. Y la defensa social, al realizarse contra el infractor, no solamente tiene en cuenta el daño de primer grado (público) para imponer la sanción que sea del caso sino también el de segundo grado (privado) ordenando por su propio imperio la imposición y obligatoriedad de indemnizar al perjudicado o a sus herederos por el daño patrimonial consiguiente.

2º — Violación del artículo 96 del C. P.

El demandante sostiene:

"En ninguna parte de la ley se establece que al darse aplicación por los administradores de justicia a esta especie de pena (se refiere a las medidas de seguridad) el condenado a ellas debe cumplirlas totalmente, es decir, que no se le puede descontar, en manera alguna, el tiempo de detención que haya sufrido por razón del delito y no obstante ello, el Honorable Tribunal al dictar la sentencia materia del recurso, advierte que los dos años de manicomio criminal o de colonia agrícola se comenzarán a contar desde que el procesado sea llevado a Bogotá, violando así el Honorable Tribunal el artículo 96 del mismo Código Penal que establece: "el tiempo de la detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad".

Se considera:

Ya se expresó anteriormente cómo el Tribunal de conciencia afirmó que el homicidio de Pérez Pérez se había consumado hallándose el reo en estado de enajenación mental. Era natural que la consecuencia jurídica de la anterior afirmación se tradujera en una condenación a la medida de seguridad correspondiente al estado de anormalidad expresado y reconocido por el jurado. Y así se hizo por los juzgadores de instancia, con la sola omisión — por parte del Tribunal de Ibagué — de no computar en beneficio del condenado, el tiempo que éste hubiera permanecido detenido provisionalmente.

Efectivamente, dispone el artículo 96 del C. P.:

"El tiempo de la detención preventiva se tendrá en cuenta como parte cumplida de la pena privativa de la libertad".

Bien sabido es que el Código Penal establece una dualidad trascendental en cuanto a sanciones se refiere, pues asigna a todo sujeto normal una de las diversas penas definidas y reglamentadas en él, así como también, por otra parte, estatuye que los delincuentes menores y anormales de los referidos en el artículo 29 de la Parte General son pasibles de modalidades de seguridad,

que se acomodan con el fin de reeducación o readaptación a la normalidad, según el estado de su personalidad.

En realidad de verdad, cuando en el artículo 96 se habla de penas, ello debe entenderse en forma concreta a una cualquiera de las que están definidas por la ley penal, como el presidio, la prisión o el arresto, si son corporales, o el confinamiento, la multa o la interdicción o aislamiento de los demás asociados. No podría, por consiguiente, pensarse que por vía de extensión, cuando se habla tan expresamente de penas en el artículo 96, pudiera abarcarse a la vez esa otra forma de sanción legal que está constituída por las medidas de seguridad. Pero puede suceder, a la vez, que y ya el caso ha sido estudiado por esta Sala (Casación de 31 de julio de 1946. Leonor González), que al momento de ejecutarse la medida de seguridad, el reo se halle restablecido a la normalidad porque su estado de insania fue pasajero y se manifestó precisamente en el momento de comisión del hecho ilícito. Resultaría inaceptable, no sólo desde el punto de vista teórico sino también práctico, imponer la medida de seguridad —manicomio criminal— a un sujeto que ya no es anormal y a quien se causaría un grave perjuicio sometiéndolo al régimen privativamente especial y científico adecuado para los enajenados de la mente, cuando el mínimo de la sanción impuesta se ha cumplido ya en detención preventiva, no en un manicomio ni en una colonia agrícola especial, sino en una cárcel común de detención, sin detrimento alguno ni para la justicia ni para el propio reo por haberse reintegrado éste a la normalidad psíquica. En otras palabras, si por la latitud del proceso penal, no es posible aplicar ni la medida de seguridad, cuando se trate de anormales, ni la pena, cuando se trata de normales, porque una y otra han sido cumplidas en el término de la detención preventiva, la solución debe ajustarse a los principios legales que rigen la cuestión. Y para el caso concreto que ocupa la atención de la Corte, bastaría recordar que, precisamente cuando se decidió en Casación el caso de Leonor González de Rodríguez, similar a éste, se dijo de modo expreso que a la condenada debía computarse como parte cumplida de la medida de seguridad señalada por el sentenciador, el tiempo que ésta hubiera permanecido en detención preventiva. Acudir a tal solución lo permiten textos expresos de la Ley, como son los artículos 98 y 99 del C. J., armonizados con el 96 de la misma obra. Dichas normas, establecen:

"Artículo 98. Cuando después de pronunciada la sentencia, fuere atacado el delincuente de enajenación mental, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad y se le pasará al manicomio o colonia agrícola especial".

"Artículo 99. En cualquier tiempo en que el delincuente recobrare la salud, volverá a cumplir la pena en el lugar respectivo, debiéndose descontar el tiempo que hubiere permanecido en el manicomio o colonia agrícola especial, como parte cumplida de esa pena".

Bien claro se ve, cómo armonizando estos dos artículos con el 96 que antes se estudió, resulta posible conferir al condenado a cumplir una medida de seguridad, el beneficio de que se le descuente como parte cumplida de la misma, el tiempo que haya permanecido en detención preventiva. La detención preventiva no tiene carácter penal alguno porque bien puede acontecer que el detenido resulte inocente después del juicio; pero como de todos modos constituye una restricción personal de la libertad, por estar el detenido sometido a las rigurosas medidas de la segregación provisional o temporal mientras el proceso se adelanta, es natural que este tiempo haya de ser descontado al reo declarado culpable, solamente cuando se le condena a una pena sino también cuando se trate de anormales que al momento de proferirse la sentencia se hayan rehabilitado psíquicamente, pues su estado anormal fue transitorio y solamente se expresó en el momento de cometer el delito y no después.

Como consecuencia de todo lo dicho, resulta excesiva la afirmación que hace el Tribunal Superior de Ibagué, cuando dice: que Isauro Pérez será recluído en un manicomio criminal, por término no menor de dos años **que empezará a contarse a partir de la fecha en que se realice el traslado de la penitenciaría de esta ciudad, donde actualmente se encuentra, al manicomio que determine el gobierno.**

No computó, por tanto, el Tribunal Superior el tiempo en que Isauro Pérez ha estado privado de libertad en detención preventiva, y desde este punto de vista es casable la sentencia recurrido. Naturalmente, debe advertirse, aun cuando ya ha sido cumplido sobradamente el término mínimo de dos años a que fue condenado Isauro Pérez, que aún falta el concepto de los médicos psiquiatras, cuidadoso y científico como debe ser, en el cual se explique al señor Juez de la instancia si el estado mental del condenado se ha re-

rado y si a su parecer, no ofrece mayor peligrosidad. Si este concepto es favorable, y el Juez está de acuerdo con él por no encontrarle objeciones, queda a su arbitrio el ordenar la liberación condicional del mismo acusado, descontando el tiempo que en la actualidad lleva cumplido.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Penal de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto emitido por el señor Procurador Delegado en lo Penal,

Rèsuelve:

INVALIDAR la sentencia proferida con fecha 1º de agosto de 1946 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en la causa adelantada contra Isauro Pérez Pérez por el delito de homicidio, en la parte en que el Tribunal condena al cumplimiento de la medida de seguridad sin tener en cuenta el tiempo que ha permanecido en detención preventiva, y en lo demás queda en firme.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ROBO

1. — Aunque en el caso del proceso afirma el señor Procurador Delegado que por haber omitido el Juez incluír en la pregunta una cuestión tan característica y específica del delito imputado al acusado, como es el haber hecho uso de armas en su consumación, lo que le imprimió al hecho ilícito una modalidad en extremo grave que quedó concretada en la parte considerativa del auto de proceder de segunda instancia, se incurrió en nulidad, la Corte sin embargo no halla justificada su declaración en el caso del proceso. No desconoce la Sala que ello es así, en términos generales. Y menos puede negarse que en esa forma se han resuelto más de dos recursos de este género. Sin embargo, hay que decir que la semejanza jurídica de los casos que cita el Procurador con el del proceso, es apenas relativa. Y esto en manera alguna debe entenderse como una rectificación al principio imperante en este recurso extraordinario, por explícita orden legal (art. 568, C. de P. P.) de que no debe tenerse en cuenta causal que no haya sido expresamente alegada por las partes. O, lo que es lo mismo, que si se alega una por otra, o resulta impertinente la única propuesta, por más que la sentencia merezca algún serio reparo, no le es dado a la Corte suplir la deficiencia del demandante invalidando el fallo por la existencia de error no fundado en casación. El Juez concretó en su pregunta un delito de robo, cuya sanción oscila, en la época de los hechos a que se contrae el proceso, entre ocho meses y seis años de prisión (actualmente uno a ocho años), y el jurado contestó que ese era el delito del cual declaraba responsable al acusado. No obstante, el Tribunal dedujo la sanción del artículo 404. Y esto quiere decir sencillamente que la sentencia se pronunció en desacuerdo con el veredicto. Porque no hubo vaguedad en la determinación del jurado, ni es dudosa su respuesta. Su misma simplicidad la libera de toda confusión. Hubo sí descuido del Juez, porque habiéndose planteado en el proceso un caso más grave, omitió someter esa gravedad al Tribunal popular. Y si esta omisión podría ser causa de nulidad, es evidente que también el indiscutible desacuerdo entre la sentencia y el veredicto conduce a la invalidación solicitada. Diferente fuera el resultado si el uso de armas en el delito de robo o el cometerse en despoblado no estuviera establecida como circunstancia modificadora del mismo. Pero es precisamente una de ellas, y su pronunciamiento corresponde al jurado y no al juez de derecho.

2. — La Sala ha creído que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal se refiere únicamente a la ley penal llamada sustantiva, es decir, a esas normas que en su mayor parte se encuentran en el Código Penal, que es el Derecho Penal material, y a todas las disposiciones del mismo contenido sustantivo que se encuentren en otras leyes y aún en el Código de Procedimiento que es el Derecho Penal formal, en el cual hay varios artículos que bien pudieran hacer parte de aquel. Por otra parte, no debe entenderse que la VIOLACION DE LA LEY PENAL (causal 1ª) constituya motivo de casación por separado y que también lo constituya la errónea interpretación o la indebida aplicación de ella. En otros términos: los motivos referentes a esta causal no son tres sino dos: error en la interpretación o mala aplicación, lo que al fin y al cabo viene a ser lo mismo, porque lo que se aplica mal está erradamente aplicado. Propiamente, pues, el motivo es uno o debiera ser uno. Y en esa forma, por error o por mala aplicación, es como se viola la ley penal, o mejor dicho, como resulta pertinente invocar la causal 1ª de que se está hablando. De donde se colige que no puede alegarse en una demanda, a propósito de la causal 1ª, violación de la ley y al mismo tiempo error o mala aplicación de ella.

3. — No es jurídico computar como circunstancia de mayor peligrosidad la indi

da en el numeral 9º del artículo 37 (complicidad previamente concertada), pues la preparación ponderada no excluye el concierto previo ya que una sola persona puede preparar un delito sin buscar el auxilio de otros, sino porque esa circunstancia está prevista como agravante especial del hecho. (Artículo 398, numeral 5º)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

En la audiencia pública celebrada en los días 3, 24 y 26 de octubre, 5 y 10 de diciembre de 1945, con el fin de establecer la responsabilidad o irresponsabilidad de Hernando Gómez Paniagua, Anaías Cely Gómez y Luis Edmundo Palacios, procesados por el delito de robo, el señor Juez Cuarto Superior de Bogotá le propuso al jurado tres uestiones que éste contestó afirmativamente, sin dición alguna.

La pregunta, que fue la misma — salvo el natural cambio de nombres — para cada uno de los rocesados, dice así, en lo referente a Hernando ómez Paniagua:

"¿El acusado Hernando Gómez Paniagua es responsable de haberse apoderado de la suma de cin mil trescientos pesos ($ 5.300.00) mediante el npleo de violencia física contra las personas y s cosas y con el propósito de aprovecharse de suma de dinero perteneciente a R. Medina y a. (Fábrica de Hilados y Tejidos Monserrate), cho realizado en asocio y con el concurso de is Edmundo Palacios y Ananías Cely Gómez la mañana del veinte de diciembre de mil nocientos cuarenta y uno, en la ciudad de Bogodentro de la comprensión de este Distrito Juial?"

n esa forma creyó el Juez de la causa resuel hecho que aparece relatado en los autos, o sigue:

..... el día veinte de diciembre del año de novecientos cuarenta y uno como a eso de las ve y media de la mañana, llegó el chofer Sa- ón Martín conduciendo el carro particular ero 2186 a la puerta de entrada de la Fábri- e Hilados y Tejidos Monserrate, situada en esta ciudad en la calle 13 número 38-91, con el fin de llevar a la mentada fábrica la suma de cinco mil trescientos pesos ($ 5.300.00) que le había entregado el señor Jorge Medina, Gerente de esa fábrica, suma ésta destinada al pago de los obreros de la empresa dicha. Tan pronto el chofer nombrado estuvo frente a la puerta de la fábrica y como se diera cuenta de que estaba cerrada, pitó por repetidas veces a efecto de que alguna de las personas empleadas de la fábrica saliera a abrírsela. Como nadie concurriera a esta solicitud, se bajó del carro disponiéndose él mismo a abrir la puerta. Al hacer esto se dirigió nuevamente al automóvil y en momentos en que iba a subir nuevamente a él, por el lado izquierdo le salieron dos individuos que se colocaron frente a él armados de revólveres, uno de los cuales le apuntó su arma diciéndole: "No se mueva", y el otro, teniendo el revólver en la mano, abrió la puerta izquierda delantera del carro, se entró en él y comenzó a prenderlo, pues el chofer Martín había dejado puestas las llaves en el suiche; luégo se presentaron por el lado derecho del vehículo otros dos individuos. El chofer Martín una vez intimidado se retiró hacia la puerta de la fábrica y comenzó a gritar auxilio. A los gritos de Martín salieron algunos empleados, quienes dispararon contra los asaltantes, los cuales a su vez se refugiaron entre el automóvil, dispararon contra los empleados de la fábrica y salieron huyendo llevándose la suma de $ 5.300.00 que el chofer Martín había dejado dentro del vehículo. Momentos después pasó por tales sitios una camioneta de servicio particular, la cual fue ocupada por los empleados de la fábrica, y emprendieron la persecusión de los asaltantes, a quienes perdieron de vista en las inmediaciones de la Estación de la Sabana. Posteriormente al bajarse del automóvil los individuos que verificaron el asalto anteriormente relatado, en la calle 12-B con carrera 30, fueron vistos por Fernando Garzón, quien tuvo sus sospechas las cuales comunicó a dos agentes de la policía, quienes procedieron a la captura de uno de tales individuos, el conductor del automóvil, y que resultó ser Hernando Gómez Paniagua. Verificada la captura, éste denunció a Ananías Cely Gómez y Luis Edmundo Palacios, como sus compañeros en el asalto al pagador de la Fábrica de Tejidos Monserrate, ocurrido poco antes. Sobre la identidad del cuarto individuo que dicen los testigos haber visto en momentos de ocurrir el ataque no se pudo establecer".

Acogido el veredicto, se dictó la sentencia de primera instancia, que el Tribunal, en la suya del 26 de julio de 1946, reformó en el sentido de condenar a cada uno de los responsables (Palacios y Ananías Cely Gómez habían sido condenados a siete años) a la sanción principal de ocho años de presidio.

Contra este fallo interpusieron recurso de casación los tres procesados. Pero solamente Hernando Gómez Paniagua se hizo presente en él, por medio de su apoderado doctor Saúl Luna Gómez, quien en la respectiva demanda ha invocado las causales 3ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Demanda de casación

Funda el actor el cargo referente a la 3ª causal en que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Este cargo lo ha sostenido el señor apoderado con razones que la Sala sintetiza así:

Que en la sentencia se aplicó el artículo 404 del Código Penal, mientras que el veredicto definió una infracción distinta (la del artículo 402). Hace el demandante la diferencia entre estas dos disposiciones legales y dice que la expresión ("por medio de violencia a las personas o a las cosas") que figura en el artículo 402 para señalar un elemento constitutivo del delito de robo en su definición genérica, no tiene el mismo valor que la otra, que aparece como condición modificadora en el artículo 404 ("con armas"). El delito de robo cometido en despoblado o con armas es una figura especial de esa infracción cuya diferencia con el otro delito de robo se advierte tanto en la calidad como en la cantidad de las penas señaladas. Luego si en el cuestionario no se incluyó ninguno de esos elementos (en despoblado o con armas), ni el jurado los agregó en sus respuestas, la sentencia, que sí los computó, se puso en franca pugna con el veredicto.

Y agrega el demandante, como para hacer resaltar su crítica al fallo, que no sólo por no aparecer expresos en el cuestionario esos dos factores que el jurado tampoco reconoció libre o espontáneamente, sino porque ninguno de ellos está demostrado, podía el sentenciador deducirlas en el fallo. Porque si el hecho ocurrió en la ciudad de Bogotá, es claro que no fue en despoblado; y porque Hernando Gómez Paniagua no llevaba armas el día 20 de diciembre de 1941, ni, por consiguiente, usó de ellas en el hecho de que da cuenta el proceso.

En sustentación de la causal 1ª afirma el demandante que se violaron los artículos 1º y 499 del Código de Procedimiento Penal, y se aplicaron indebidamente los artículos 404 y 403 del Código Penal.

Extracto de los argumentos del actor, es el que va a continuación:

El artículo 499 del Código de Procedimiento Penal dispone que la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor peligrosidad corresponden al Juez de derecho, siempre que ellas no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito. Como la circunstancia de obrar con armas o en despoblado es modificadora agravante del delito de robo, resulta que el sentenciador al apreciarla y calificarla fuera del veredicto violó el artículo 499 y consecuencialmente aplicó indebidamente el artículo 404 del Código Penal.

Continúa diciendo el demandante que al tomar como sanción básica la señalada en el artículo 404, era indebido agravar el delito sumándole alguna de las circunstancias a que se refiere el 403, porque esta disposición alude al delito genérico de robo de que trata el artículo 402, y no al 404, que comprende casos de por sí agravados y especiales. Luego la pena se impuso contrariando lo preceptuado en el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente, el doctor Saúl Luna Gómez critica el que se hubiera deducido como circunstancia de mayor peligrosidad "la preparación ponderada del delito", habiéndose al mismo tiempo formulado el cargo de haber obrado el procesado en complicidad previamente concertada, porque esto es una **bis in idem**. E igualmente considera que la mayor "insensibilidad moral" atribuída a su patrocinado no aparece comprobada, como tampoco la alarma social que el hecho produjo, del cual no se puede aseverar que fuera más resonante que la provocada por cualquier delito parecido.

Concepto del Ministerio Público

Reconoce el Procurador Delegado en lo Penal que el jurado no se pronunció sobre el elemento modificador de la responsabilidad, o sea, el haberse cometido el delito "con armas", circunstancia que influye notablemente en la imposición de la pena. Pero al mismo tiempo cree que esa

ta de determinación del jurado se debió a la omisión del Juez, quien no incluyó tal punto en el cuestionario, estando obligado a hacerlo por tratarse de un elemento modificador del delito de robo, que no podía quedar comprendido en la expresión que figura en la pregunta ("empleo de violencia física contra las personas y las cosas"), puesto que esa modalidad (violencia) es apenas uno de los componentes del robo que sirve para tipificarlo, pero que no basta para colocarlo en el caso especial del artículo 404 del Código de las sanciones.

Sobre esta premisa, que constituye la esencia de la impugnación al fallo por parte del apoderado del recurrente y en la que están de acuerdo actor y Ministerio Público, construye el Procurador la tesis de que lo acertado hubiera sido invocar la causal 4ª de casación (nulidad), tanto porque en el juicio se faltó a una regla propia del mismo, como porque así lo ha resuelto esta Corporación en recursos análogos, como puede verse en las sentencias de casación dictadas en el proceso de Agustín Barrera Niño y en el de Francisco A. Alayón. Fragmentos de esas sentencias vienen transcritos en la Vista Fiscal.

Fuera de no encontrar pertinente la causal 3ª invocada y sustentada, el señor Procurador estima que la afirmación del demandante de que por no haber concurrido Hernando Gómez Paniagua con armas a la consumación del delito no podía compartir la situación jurídica de sus compañeros, es inaceptable, porque las circunstancias materiales de la infracción son comunicables a todos los partícipes, siempre que las conozcan, como las conocía en sus más pequeños detalles el procesado Hernando Gómez Paniagua.

Con la previa advertencia de que cuando se habla de violencia de la ley penal (causal 1ª) se entiende aquélla que establece las sanciones y no la que indica el trámite a que debe someterse el proceso, principia el señor Procurador a estudiar los argumentos de la demanda concernientes a la causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Pero sólo en cuanto al segundo cargo (aplicación indebida de los artículos 403 y del Código), puesto que el primero atinente a la (violación de los artículos 1º y 499 del Código de Procedimiento Penal) quedó contestado al tratar de la causal 3ª, o sea, que el resultado de esa violación es la nulidad del juicio, la cual procede declarar si no se ha invocado y sustentado la causal 4ª, que trata de dicho problema.

El segundo cargo sí lo encuentra justificado. Acude para demostrarlo a dos sentencias de esta Sala de la Corte, una de 17 de marzo de 1943 y otra de marzo de 1946. Y concluye diciendo que conforme a doctrina, que no permite la invo-lucración de dos figuras delictuosas diversas (las de los artículos 402 y 404), debe invalidarse el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, imponiéndole a Hernando Gómez Paniagua — en lugar de la que en la sentencia aparece — la sanción de seis años de presidio, con base en el artículo 404 del Código Penal. Esta individualización se afianza en la peligrosidad revelada por el procesado Hernando Gómez Paniagua, quien demostró un ánimo más resuelto para ejecutar el delito y se encargó de fortalecer el de sus compañeros cuando éstos — ante el primer obstáculo — quisieron desistir o comenzaron a desmayar. E igualmente se apoya en la circunstancia general prevista en el artículo 37 — numeral 5º — del Código Penal.

Considera la Sala:

La más notable deficiencia en un proceso penal es la de haberse desarrollado sin el lleno de las garantías constitucionales. Y de ahí que se haya admitido, además de las causales de invalidez taxativamente numeradas en la ley procedimental, otras concernientes a la falta de esas garantías, conociéndose esas nulidades con el nombre de "sustanciales".

Y es claro que cuando se nota una nulidad, debe ella manifestarse y pedirse que se declare, como primera y racional medida. Pero esto no quiere decir que en la defensa de los intereses del procesado, a quien los atiende no le sea permitido elegir el camino más conveniente para obtener sus naturales fines. Y así, si a la vez que en un proceso hay un motivo fundado para demandar la nulidad existe otro para pedir la invalidación de la sentencia, el demandante puede preferir este segundo motivo y dejar sin sustentación y aun sin invocación el primero.

La declaración de nulidad impone rehacer el proceso desde su parte afectada. La invalidación de la sentencia obliga a su reemplazo. Y de estas dos soluciones a quien le corresponde escoger la más conveniente para los derechos del procesado es a la parte que lo representa en casación.

Esta consideración viene a propósito de la tesis del Procurador Delegado, doctor Luis Zafra, celoso sostenedor de las doctrinas de la Corte, en muchas de las cuales ha sido especialmente eficaz

su contribución y no pocas se deben a su personal iniciativa.

Afirma él que por haber omitido el Juez incluír en la pregunta una cuestión tan característica y específica del delito imputado a Hernando Gómez Paniagua, como es el haber hecho uso de armas en su consumación, lo que le imprimió al ilícito una modalidad en extremo grave, la cual quedó concretada en la parte considerativa del auto de proceder de segunda instancia, se incurrió en nulidad; y que para declararla en casación era necesario que el actor la hubiera invocado y sustentado.

No desconoce la Sala que ello es así, en términos generales. Y menos puede negarse que en esa forma se han resuelto más de dos recursos de este género, como para el efecto pueden servir de ejemplo los dos casos que cita el señor Procurador.

Sin embargo, hay que decir que la semejanza jurídica de esos dos casos con el presente es apenas relativa. Y esto en manera alguna debe entenderse como una rectificación al principio imperante en este recurso extraordinario, por explícita orden legal (artículo 568 del C. de P. P.), de que no debe tenerse en cuenta causal que no haya sido expresamente alegada por las partes. O lo que es lo mismo, que si se alega una por otra, o resulta impertinente la única propuesta, por más que la sentencia merezca algún serio reparo, a la Corte no le es dado suplir la deficiencia del demandante invalidando el fallo por la existencia de un error no fundado en casación.

Se ha hablado de semejanza relativa y no absoluta o completa entre los casos traídos por el señor Procurador Delegado y el presente, y así es en realidad. Porque en el de Barrera Niño, en el que se invocó la causal 4ª — que prosperó,— se estudiaba un cuestionario múltiple, elaborado antes de la vigencia de la Ley 4ª de 1943 y en el cual se prescindió de una pregunta tan primordial como es la relativa a la responsabilidad.

Y sobre qué podía descansar — dijo entonces la Sala — un fallo condenatorio por homicidio, si el jurado no contestó que el delincuente había tenido el propósito de darle muerte a la víctima? Afirmó la Sala que un proceso así era inconcluso por más que en él hubiera una actuación con perfiles de sentencia, porque el haber prescindido de una formalidad tan esencial equivaldría a no haber convocado al jurado, cuyo veredicto no podía ser interpretado en forma alguna. Y no apareciendo veredicto, mal podía haber sentencia. Total: proceso nulo.

En el caso de Francisco A. Alayón se trataba de saber si el jurado al contestar de conformidad la única pregunta formulada por el Juez de la causa, o sea, si el mencionado Alayón era responsable de haberle dado muerte a Aparicio Pardo, quiso atribuírle a éste un homicidio voluntario y podía ser sentenciado de acuerdo con el artículo 362 del Código Penal. Faltaba en la pregunta el "propósito de dar muerte", y esto fue lo que alegó el recurrente para apoyarse en las causales 1ª y 3ª

La Sala dijo en esa oportunidad:

"..... Pero podrá argüirse que si fue equívoco el veredicto, la sentencia — que contiene no una determinación vàga sino precisa— se halla en desacuerdo con aquél. En primer lugar, esta demostración le corresponde al demandante, y ya se ha visto que él fue demasiado sobrio en el desenvolvimiento de sus puntos de vista. Y en segundo lugar, ese desacuerdo, que equivale a tanto o casi a tanto como a una oposición, no es un aspecto claro y que pueda afirmarse con seguridad. Porque no hay que olvidar que el jurado declaró responsable a Francisco A. Alayón de haberle dado muerte a Aparicio Pardo. En manera alguna lo eximió de ese cargo, caso en que s tal disconformidad resultaría manifiesta".

Otro es el problema que se ofrece en este fallo. El jurado definió claramente un determinado delito de robo (artículo 402) y la sentencia del Tribunal sancionó otro (artículo 404).

Se dice que lo definió, porque la respuesta—por ser simplemente afirmativa — no carece de contenido, ni es posible suponer que al jurado le faltaron medios para adicionar su veredicto, si hubiera deseado manifestarse con más amplitud (artículo 29, Ley 4ª de 1943).

El Juez concretó en su pregunta un delito robo, cuya sanción oscilaba, en la época de hechos a que este proceso se contrae, entre oc meses y seis años de prisión (actualmente unc ocho años), y el jurado contestó que ese era delito del cual declaraba responsable a Herna do Gómez Paniagua, pues no otra cosa signif el seco "Sí" de la respuesta. No obstante, el T bunal dedujo la sanción del artículo 404 (tre catorce años de presidio). Y esto quiere d sencillamente que la sentencia se pronunció desacuerdo con el veredicto. Porque no h

vaguedad en la determinación del jurado ni es dudosa su respuesta. Su misma simplicidad la libera de toda posible confusión.

Hubo sí descuido del Juez, porque habiéndose planteado en el proceso un caso más grave, omitió someter esa gravedad al Tribunal popular. Y si esta omisión podría ser causa de nulidad, es evidente que también el indiscutible desacuerdo entre la sentencia y el veredicto conduce a la invalidación solicitada.

Diferente fuera el resultado si el uso de armas en el delito de robo o el cometerse en despoblado no estuviera establecida como circunstancia modificadora del mismo. Pero es precisamente una de ellas, y su pronunciamiento corresponde al urado y no al Juez de derecho.

Y valga a propósito de los robos en despoblado na breve digresión. Si es verdad que el sitio yermo" o "desierto" — que es lo que según el iccionario de la Academia equivale a **despobla-o** — asegura en cierta forma la efectividad del elito, en cambio no revela de parte del delinuente gran capacidad criminal, puesto que quien sí actúa muestra un ánimo medroso, permeable las consecuencias de una posible lucha o de congencias desgraciadas para él. Y el Código, al dicar esa circunstancia como especialmente ravante, más bien que a la personalidad del fractor parece que quiso atender a las condines de la víctima del delito, consignando una pecie de protección — de carácter intimidati- — a los habitantes de parajes despoblados. En nbio, un robo realizado en lugares concurridos una mejor idea de la capacidad delictiva del cutor, de su peligrosidad, pues pone de manisto una apreciable decisión de parte de quien esas circunstancias se lanza no a una conquisfácil sino tal vez a una aventura temeraria.

---

a aceptación del cargo de que la sentencia en desacuerdo con el veredicto significa que ha probado la causal 3ª que el demandante a.

ste reconocimiento le resta importancia a la parte de la demanda relativa a la causal 1ª embargo, la Sala no dejará de ocuparse en lo concerniente a ese tema, porque así lo exil resultado del recurso.

uando la sentencia sea violatoria de la ley l, por errónea interpretación o por indebida ación de la misma".

Tal es el texto literal de la causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Y se pregunta: ¿a qué ley penal se refiere esta disposición, a la que define los delitos y señala las penas, como también a la que fija las reglas para aplicarlas, o solamente a aquélla?

La Sala ha creído que únicamente a la ley llamada sustantiva, es decir, a esas normas que en su mayor parte se encuentran en el Código Penal, que es el Derecho Penal material, y a todas las disposiciones del mismo contenido sustantivo que se encuentran en otras leyes y aun en el Código de Procedimiento, que es el Derecho Penal formal, en el cual hay varios artículos que bien pudieran hacer parte de aquél.

Por otra parte, no debe entenderse que la **violación de la ley penal** (causal 1ª) constituya motivo de casación por separado y que también lo constituya la errónea intepretación o la indebida aplicación de ella. En otros términos: los motivos referentes a esta causal no son tres sino dos: error en la interpretación o mala aplicación, lo que al fin y al cabo viene a ser lo mismo, porque lo que se aplica mal está erradamente aplicado. Propiamente, pues, el motivo es uno o debiera ser uno. Y en esa forma, por error o por mala aplicación, es como se viola la ley penal o, mejor dicho, como resulta pertinente invocar la causal 1ª de que se está hablando.

De donde se colige que no puede alegarse en una demanda, a propósito de la causal 1ª, violación de la ley penal y al mismo tiempo error o mala aplicación de ella.

Con esto queda contestado el cargo del demandante respecto de los artículos 1º y 499 del Código de Procedimiento Penal, que él considera violados. Pueden estarlo, pero la demostración no conduce a declarar probada la causal 1ª, que fue presentada así:

"..... Y bajo esta causal formulo contra el fallo el cargo de haber violado los artículos 1º y 499 del código de procedimiento penal y de haber aplicado indebidamente los artículos 404 y 403 del código penal".

El otro cargo consiste en haber agravado el delito computando o valorizando circunstancias predicadas en los artículos 398, 399 y 400, como comunes a los delitos de hurto y de robo.

En las sentencias que cita el señor Procurador quedó suficiente y claramente expuesto el crite-

rio que debe predominar en la interpretación del artículo 404 del Código Penal, el cual plantea un fenómeno jurídico distinto del descrito en el artículo 402 y para el que no cuenta la agravación señalada en los artículos 398, 399 y 400, por ser ese (el del 404) un delito de por sí agravado.

De consiguiente, también en esta parte tiene razón el actor de la demanda.

Corresponde, pues, a la Sala fijar la sanción que debe imponerse a Hernando Gómez Paniagua, sanción que debe deducirse del artículo 402 del Código Penal. Y como concurren las circunstancias que el señor Procurador señala (preparación ponderada del delito, gravedad y modalidades del hecho), fuera de las agravantes propias del delito (numerales 2º y 5º del artículo 398 del C. P.), cree la Sala que la sanción queda convenientemente individualizada fijándola en cuatro años de prisión. Mas habrá que declararla cumplida porque hay constancia en el proceso de que aún antes del auto de detención (23 de enero de 1942) Hernando Gómez Paniagua estaba privado de su libertad.

No es jurídico computar como circunstancia de mayor peligrosidad la indicada en el numeral 9º del artículo 37 (complicidad previamente concertada) no por las razones que el demandante aduce, pues la preparación ponderada no excluye el concierto previo ya que una sola persona puede preparar un delito sin buscar el auxilio de otros, sino porque esa circunstancia está prevista como agravante especial del hecho (numeral 5º, artículo 398).

El recurso debe declararse desierto en cuanto a los recurrentes Luis Edmundo Palacios y Ananías Cely Gómez, por no haberse formulado demanda de casación respecto de ellos.

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, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º INVALIDASE la sentencia de veintiséis de julio del año próximo pasado, del Tribunal Superior de Bogotá, en la parte en que se condena a Hernando Gómez Paniagua a ocho años de presidio y a las accesorias determinadas en la sentencia de seis de febrero del mismo año, del Juzgado Cuarto Superior de Bogotá;

2º CONDENASE a Hernando Gómez Paniagua a cuatro años de prisión, como pena principal, y a las siguientes accesorias: interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de cuatro años; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y publicación especial de la sentencia. También se le condena a pagar los daños y perjúicios de orden moral y material causados con el delito;

3º DECLARASE cumplida en detención preventiva la sanción privativa de la libertad que se ha impuesto; y

4º DECLARASE DESIERTO el recurso de casación interpuesto por los procesados Edmundo Palacios y Ananías Cely Gómez.

Líbrese orden de libertad para Hernando Gómez Paniagua, la cual no tendrá efecto si estuviere detenido por otro delito.

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

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

HURTO Y ROBO. — MOMENTO DE LA CONSUMACION DE ESTOS DELITOS.— DOCTRINAS DE PESSINA Y CARRARA. — DOCTRINA DE SOLER. — OPINIONES DE GOMEZ E IRURETA COYENA

1.—El hurto y el robo, que se diferencian únicamente por el elemento de la violencia que requiere el segundo, son delitos instantáneos que se consuman desde el momento en que el ladrón toma para sí una cosa mueble ajena, sin el consentimiento de su dueño, poseedor o tenedor, y con el ánimo de aprovecharse de ella. Pero sobre el momento en que deben entenderse consumados discuten los autores: unos requieren la simple aprehensión material de la cosa; otros esa aprehensión seguida de la remoción de la misma del punto en que se tiene; otros exigen, además, que se haga LA ABLATIO, o sea, el traslado fuera de la órbita de acción del poseedor; quiénes llegan hasta pedir que la cosa se haya llevado a lugar seguro; y no ha faltado la opinión de que es menester LA LOCUPLETATIO o aprovechamiento efectivo del bien por parte de su detentador.

De acuerdo con el concepto general de los comentadores, no basta la simple aprehensión material de la cosa, pero tampoco es necesario que el ladrón la haya trasladado a lugar seguro o que se haya aprovechado de ella: con lo primero no puede decirse que haya habido APODERAMIENTO del bien; pero cuando se realizan esos otros actos ya se ha ejecutado antes el de tomarlo para sí con el ánimo de hacerlo propio, y ha quedado excluída de hecho la posesión del dueño o de quien a nombre de éste la tenía, sin que sea indispensable el lucro efectivo, pues basta el propósito de obtenerlo. Sobre el particular sólo se controvierten hoy las doctrinas de Pessina y de Carrara.

2.—En el robo debe haber una relación de medio a fin entre la violencia y el apoderamiento del bien mueble, porque la razón para que se considere más grave que el hurto es la de que el ladrón quebranta las seguridades con que las personas rodean sus haberes, y con ello produce mayor alarma social y demuestra mayor peligrosidad. En el caso del proceso existió la violencia porque N. se sirvió de llaves falsas para consumar su delito, y esa circunstancia está considerada no solamente como constitutiva de robo en nuestro Código Penal, sino de robo agravado (artículo 404, ordinal 3º). En este caso el delincuente vence los obstáculos físicos que se consideran como suficientes para resguardarlos de ordinario, lo cual se toma como violencia especialmente peligrosa.

3.—No es necesario que se diga de modo expreso en el auto de enjuiciamiento que se trata de un "concurso real de delitos" o de un "concurso material de delitos", ni que se cite el art. 33 del código, si de la discriminación de los hechos delictuosos con sus elementos constitutivos aparece claramente que existe un concurso de infracciones debidamente individualizadas.

4.—En cuestiones como la de autos en que se trata de una circunstancia modificadora de la sanción, no puede procederse sobre conjeturas o probabilidades, sino sobre la plena prueba de que tal circunstancia existe.

5.—Mal puede hablarse de riña imprevista en quien resuelve atacar a quienes proceden no solamente en uso de su facultad sino en el cumplimiento del deber que impone la ley a los ciudadanos de capturar y entregar a las autoridades a quienes sorprenden en flagrante delito. (Artículos 24 de la Constitución y 384 del C. de P. P.).

6.—Sobre la circunstancia "en despoblado" han discutido los autores con el deseo de fijar lo que debe entenderse por despoblado, si solamente el campo abierto, los caminos, los predios en que no hay casas habitadas, o si también puede entenderse que se ha realizado un robo agravado por tal característica, cuando el delincuente o delin-

cuentes han penetrado con violencia en una casa o habitación apartada de otras, aunque no haya habitantes en ella. El antiguo código consideraba como delito más grave de robo el cometido en "camino público o en casa, choza, o barraca u otro edificio HABITADO o sus dependencias, fuera de poblado" (artículo 778). El actual código no hace ninguna distinción al respecto, pues apenas considera como robo más grave el que se comete "en despoblado o con armas"; y el empleo de estas dos expresiones, en forma disyuntiva, indica que se trata de ataque a las personas o de asalto a las habitaciones aunque no haya habitantes en ellas, pero en todo caso, fuera de un núcleo de población grande o pequeño.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos: El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo condenó a Pedro José Monroy a la pena principal de ocho años y medio de presidio, como responsable de los delitos de robo y lesiones personales cometidos el 6 de agosto de 1940, en una finca de propiedad del doctor Fernando Camargo Angulo, situada en el punto de El Tintal, del municipio de Firavitoba, del Departamento de Boyacá.

Contra la sentencia, que lleva fecha de 24 de junio de 1946, interpuso el recurso de casación el defensor del procesado e invoca las causales primera, segunda, tercera y cuarta del Código de Procedimiento Penal.

Hechos: El día citado (a las doce más o menos), dos niños que estaban cerca de la casa-quinta de la hacienda, vieron a un sujeto que, luego de abrir un candado que aseguraba la puerta de una de las habitaciones del segundo piso, salía con un joto o bulto debajo de un brazo. Como acudieran algunas personas, tanto el ladrón como su acompañante (un menor que se había quedado vigilando cerca de la casa) salieron huyendo por entre un maizal, donde aquél dejó abandonada una máquina de escribir que había sustraído, perseguidos por aquellas personas, armadas de palos, que se habían dado cuenta de que se trataba de un robo. El menor, de nombre Alejandro Rivera, fue capturado, no así Pedro José Monroy, quien al acercársele Juan de Dios Acosta, mayordomo o cuidandero de la finca, lo atacó con un cuchillo y le causó dos herida que lo tuvieron incapacitado por veinte días.

Como de las actuaciones procesales se hablará luego, deben estudiarse ya las causales invocadas, en el orden propuesto por el recurrente, que es el inverso al arriba indicado.

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

Dos motivos alega el recurrente, relativo el uno a la falta de competencia, y el otro al error en que se incurrió sobre la denominación jurídica de uno de los delitos.

a) Respecto de la competencia dice que el auto de proceder se dictó conjuntamente contra Monroy y contra Rivera, pero como el Tribunal advirtiera, al revisar el proceso por apelación de la sentencia, que éste último era menor, anuló lo actuado y ordenó sacar las copias para que fueran remitidas al Juez de Menores de Tunja. Pero esa nulidad cobija la actuación desde el auto de proceder, "porque para dictar esa pieza también se operaba la incompetencia de jurisdicción".

Piensa la Sala, de acuerdo con el Ministerio Público, que la nulidad supone un acto que no se ha realizado de acuerdo con las normas que lo regulan y que son necesarias para su validez y además que, en tratándose del procesado, la nulidad implica una merma de su derecho de defensa. En el presente caso la nulidad no existe respecto de Monroy, porque éste era mayor de edad y las infracciones cometidas por él eran de competencia del juez del circuito, quien podía, por tanto, dictar el auto de proceder y condenarlo. La actuación era inválida respecto del menor Rivera y por eso se anuló en relación con él, como era obvio.

Este cargo debe, pues, rechazarse.

b) Alega también el demandante que Monroy fue llamado a juicio por robo y lesiones personales, siendo así que el primer delito no está probado, pues lo que se puede admitir es que hubo una tentativa de hurto o, a lo sumo, un hurto consumado, pero jamás un robo, lo que se deduce de dos motivos: el primero, que la máquina de escribir fue dejada dentro de la finca del doctor Camargo Angulo, esto es, dentro de la órbita

acción de su poseedor legítimo y, además, sin que se causen perjuicios, no puede decirse que un hurto o un robo se hayan consumado como parece deducirse de los artículos 401 y 429 del código; y el segundo, que no hubo violencia por parte del acusado para apoderarse del objeto, ni para asegurar el producto de la infracción, que fue abandonado, sino con el exclusivo fin de defenderse del ataque de que lo hacían víctima sus perseguidores.

En cuanto al primer aspecto, se considera:

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

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

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

Sobre el particular sólo se controvierten hoy las doctrinas de Pessina y de Carrara. Para Pessina no basta la simple remoción de la cosa del sitio que ocupaba (**contrectatio**), sino que es necesario que se haya trasladado a otro lugar donde ya la acción del dueño no pueda ser ejercida (**ablatio**), es decir, que no basta el simple desplazamiento físico, sino un desplazamiento de la esfera de acción, o como dicen otros, de la esfera de vigilancia, de su poseedor. Esta teoría cuenta con no pocos partidarios, pero se le han hecho críticas severas, tales como la de ser incierta e insegura, pues no permite determinar en muchos casos el momento de la consumación del delito; la de que hace depender en cierto modo el ilícito no de la actividad del delincuente sino del hecho de la víctima; la de que confunde la objetividad de la infracción con el propósito del infractor; y, en fin, la de que favorece a los ladrones con una fijación lógica o meramente formal, en vez de atender a su peligrosidad.

Según la doctrina de Carrara, para que el robo o el hurto se consumen, no es necesario el aprovechamiento de las cosas, ni el perjuicio efectivo, pero ni siquiera que se hayan sacado del lugar en donde se encontraban. Basta que haya habido **contrectación (contrectatio),** es decir, el tocamiento de las cosas seguido de su desplazamiento del punto en donde estaban. No es menester, dice el maestro, que los objetos tomados se hayan dejado en lugares adyacentes a la casa del dueño, por ejemplo, ni dentro de ella misma, pero ni siquiera dentro de la habitación donde estuvieran, porque no es posible dudar "de que el ladrón, cuando ha traído bajo la propia mano, aun por breves momentos, la cosa ajena, se ha apoderado de ella", y no debe perderse de vista que una es la posesión de las cosas y otra la de los inmuebles en que aquellas se encuentran (Programa, números 2017 a 2023).

Si se prescinde "de este primer momento de la emoción, que ya en sí misma presenta la violación completa de la posesión —dice en otro pasaje— ya no se sabe dónde encontrar un criterio exacto para definir el momento consumativo del hurto", y lo mismo podría decirse del robo, añade la Corte. Y así, profesores tan destacados como el moderno expositor argentino Sebastián Soler, consideran que la fijación del momento consumativo del hurto o del robo depende no sólo de conceptos jurídicos previos, sino "de la forma en que el derecho violado es ejercido sobre la cosa", de suerte que unas veces habrá que exigir la **ablatio** sin que baste la simple remoción, y que en otras, "resultaría absurda esta exigencia." El profesor Eusebio Gómez, en cambio, da por sentada en la jurisprudencia argentina la tesis de Carrara, y añade:

"Anteriormente se ha manifestado adhesión a la doctrina sustentada por Carrara. El fundamento de esa adhesión es sencillo y claro: cuando, para apoderarse de la cosa ajena, ésta es remo-

vida del lugar en que se encuentra, la posesión de la misma resulta lesionada ya. Más aún: la posesión que de ella tenía aquel en cuyo poder se encontraba, deja de ser efectiva, pues la ha tomado el ladrón, y es indiscutible que dos posesiones sobre un mismo objeto no pueden coexistir. Nada importa el tiempo que dure la posesión del delincuente; por breve que él sea, impide al que la tenía el ejercicio de su derecho. Nada importa que la cosa no haya salido de la vigilancia del tenedor, si la simple remoción ya no le permite poseer. La teoría de Carrara es, no únicamente la más justa, sino también, la más defensiva. Su aceptación por parte de nuestros tribunales es, pues, digna de ser loada. La de Pessina es indefendible entre nosotros." (Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, página 69).

A Irureta Goyena le parece esta doctrina no sólo la más científica sino la más precisa, pues con ella nunca habrá problema para saber si el delito está consumado o no, lo que evita los errores en la función represiva y que se causen gravísimas lesiones al orden jurídico. También se pronuncia por la teoría de Carrara el profesor Cuello Calón, quien después de citar la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo de España agrega que ha sido aceptada últimamente y la adopta en su "Derecho penal" (tomo II de la parte especial, página 124, edición de 1945).

Se ha tratado este punto por su gran importancia y por haber sido propuesto expresamente en la demanda y por el Ministerio Público. Pero en este caso no hay dificultad, porque ni aceptando la teoría de Pessina podría decirse que se trata de un delito imperfecto, ya que al sacar la máquina de escribir, no sólo de la habitación, sino de la casa en que la tenía su dueño, se hizo un desplazamiento de la misma de "la órbita de acción de su poseedor"; la posesión de un objeto como ese se ejercita de ordinario dentro de las habitaciones y no fuera de ellas y en realidad así sucedía en la ocurrencia que se estudia.

En cuanto al segundo aspecto, se tiene:

En el robo debe haber una relación de medio a fin entre la violencia y el apoderamiento del bien mueble, porque la razón para que se considere más grave que el hurto es la de que el ladrón quebranta las seguridades con que las personas rodean sus haberes, y con ello produce mayor alarma social y demuestra mayor peligrosidad.

En el hecho de Monroy existió la violencia, porque se sirvió de llaves falsas para consumar su delito, y esa circunstancia está considerada no solamente como constitutiva de robo en nuestro Código Penal, sino de robo agravado (artículo 404, ordinal 3º). En este caso el delincuente vence los obstáculos físicos que se consideran como suficientes para resguardarlos de ordinario, lo cual se toma como violencia especialmente peligrosa.

Y esta circunstancia del empleo de llaves falsas está plenamente acreditada, como adelante se verá.

Las anteriores consideraciones permiten concluír que la causal cuarta invocada no puede prosperar.

CAUSAL TERCERA, **o sea, no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.**

Afirma el recurrente:

"Para la calificación de los delitos y la asignación logarítmica de la pena se tuvo en cuenta por la sentencia el concurso real de infracciones".

'El auto de proceder contra Monroy —agrega— no mencionó el concurso real en su parte motiva y en la resolutiva demandó por los dos delitos citando los respectivos títulos. Al confirmarlos el Tribunal, en sus considerandos, habló hasta de las respectivas "casillas" del código, no de la única del concurso: el artículo 33".

La Procuraduría contesta diciendo que el cargo es inadmisible, y así debe considerarse, por las dos razones que aduce.

En primer lugar, el auto de proceder expresa claramente que había una concurrencia de delitos: robo y lesiones personales.

"A este delito de robo —dice el enjuiciamiento— está agregado el de heridas que es necesario también considerar en esta providencia, advirtiendo que en concepto del Juzgado estos son los únicos delitos cometidos, robo y heridas".

Que es lo que el propio demandante admite al afirmar que el auto de proceder "demandó por los dos delitos citando los respectivos títulos'.

Además, no es necesario que se diga de manera expreso en el auto de enjuiciamiento que se trata de un "concurso real de delitos" o de un "concurso material de delitos", ni que se cite el artículo 33 del código, si de la discriminación de los hechos delictuosos con sus elementos constitutivos aparece claramente que existe un concurso de infracciones debidamente individualizadas como aquí acontece.

Por tanto, debe desecharse también la causal tercera.

CAUSAL SEGUNDA: **errónea interpretación de los hechos.**

Cuatro motivos alega el recurrente, a saber:

a) Que se dio por establecida una perturbación funcional transitoria en el ofendido Juan de Dios Acosta, consistente en una diplopía o visión doble en el ojo izquierdo, que no se comprobó debidamente.

El 8 de agosto de 1940, a los dos días de los hechos, dijo el médico legista:

"...presenta en el párpado inferior izquierdo una herida por instrumento cortante y punzante, de dirección transversal, de dos centímetros de longitud que interesó la piel.... Estas lesiones con tratamiento adecuado y salvo accidente o complicación lo incapacitan por ocho días".

El 13 de agosto se le practicó un segundo examen a Acosta y se leé en el acta respectiva:

"Las heridas están cicatrizadas pero parece que hay alguna lesión ocular que no se notó en el primer reconocimiento y que prolonga la incapacidad que se le fijó como transitoria. En reconocimiento posterior se fijará definitivamente y se anotarán **las lesiones que le puedan quedar**". (Subraya la Sala).

En el tercer reconocimiento, de 6 de septiembre, dijo el legista:

"La incapacidad definitiva fue de veinte días. Como perturbación funcional, que puede ser transitoria mediante intervención quirúrgica por un especialista de ojos, le queda una diplopía (visión doble) cuando mira hacia el lado derecho. No le queda desfiguración facial apreciable, pues la cicatriz casi no se nota".

En auto de 16 de octubre dispuso el Juzgado un reconocimiento por la oficina médico-legal de Bogotá, con el fin de que se determinara **"con exactitud la perturbación funcional"** de que hablan los peritos, pero tal examen no se realizó.

El 13 de febrero de 1942 dijo el señor médico legista de Sogamoso que le quedaba al ofendido una perturbación funcional transitoria porque se podía corregir con una intervención quirúrgica practicada por un especialista en ojos. "Hoy sostengo lo mismo—agrega—a pesar de que el agredido ha mejorado bastante, pero la diplopía o visión doble por el ojo izquierdo siempre persiste. Otra cosa es que el agredido se halla ya con el tiempo acostumbrado a tolerar su defecto". (Subraya la Sala).

El 16 del mismo mes, la oficina de medicina legal de Tunja afirmó:

"...la diplopía acusada por Juan de Dios Acosta en el ojo izquierdo, **es un fenómeno subjetivo que no puede comprobarse por la clínica.** En consecuencia este individuo debe ser examinado por un especialista en ojos a fin de conocer cuáles, de los múltiples elementos constitutivos del órgano de la visión **pueden estar interesados** para ocasionar el desarreglo funcional, si en efecto lo hay del ojo en referencia." (Subraya la Sala).

Y, finalmente, el 26 de octubre del citado año, la oficina de medicina legal de Sogamoso, conceptuó:

"Actualmente Juan de Dios Acosta está muy mejor de su lesión ocular, al menos eso dice él. Pues como aquí carecemos de elementos de examen para saber el sitio en que pueda estar su anterior lesión, sólo me ratifico en mis dictámenes anteriores en que digo, como lo dicen también los médicos legistas de Tunja, **que es preciso que lo examine un especialista en ojos.**" (Subraya la Sala).

Como se ve, la perturbación funcional no está demostrada plenamente en el proceso, porque los dictámenes periciales hablan de que es de carácter subjetivo y de que no puede darse concepto sobre ella mediante solo examen clínico, y por tal motivo se remiten a la comprobación que pueda hacer con seguridad un especialista en órganos de los sentidos.

Ahora bien, en cuestiones como ésta en que se trata de una circunstancia modificadora de la sanción, no puede procederse sobre conjeturas o probabilidades, sino sobre la plena prueba de que tal circunstancia existe. Y como no aparece con esta calidad en este proceso y se tuvo en cuenta en el fallo recurrido, forzoso es concluír que hubo una errada apreciación de la pericia médico-legal de que se ha venido hablando, porque se le dio un valor que no tiene.

Por tanto, este cargo prospera.

b) Afirma también el recurrente que no se tomó en cuenta "la circunstancia de la riña en el hecho de las lesiones personales cometidas por Monroy", es decir, que hubo una riña imprevista, modificadora de la responsabilidad y consecuencialmente de la pena.

Este cargo lo contesta el señor Procurador diciendo que en el caso no concurrió la dicha circunstancia, porque según las declaraciones de los testigos presenciales, Monroy resolvió reaccionar contra los que lo perseguían por haberlo sorprendido en el momento de realizar el delito, y mal puede hablarse de riña imprevista en quien resuelve atacar a quienes proceden no solamente en uso de una facultad sino en el cumplimiento del deber que la ley impone a los ciudadanos de capturar y entregar a las autoridades a quienes sorprendan en flagrante delito (artículos 24 de la Constitución y 384 del Código de Procedimiento Penal).

Por consiguiente, el cargo se desecha.

c) Alega el demandante que en la sentencia se agravó la sanción teniendo en cuenta que el hecho se había cometido "en despoblado", circunstancia que no está probada; al contrario, aparece del proceso que la zona donde se halla la casa del doctor Camargo Angulo está "densamente habitada".

También sobre esta circunstancia han discutido extensamente los autores con el deseo de fijar lo que debe entenderse por despoblado, si solamente el campo abierto, los caminos, los predios en que no hay casas habitadas, o si también puede entenderse que se ha realizado un robo agravado por tal característica, cuando el delincuente o los delincuentes han penetrado con violencia en una casa o habitación apartada de otras, aunque no haya habitantes en ella.

El antiguo código consideraba como delito más grave de robo el cometido en "camino público o en casa, choza, o barraca u otro edificio habitado o sus dependencias, fuera de poblado" (artículo 778). El actual código no hace ninguna distinción al respecto, pues apenas considera como robo más grave el que se comete "en despoblado o con armas"; y el empleo de estas dos expresiones, en forma disyuntiva, indica que se trata de ataque a las personas o de asalto a las habitaciones aunque no haya habitantes en ellas, pero en todo caso, fuera de un núcleo de población grande o pequeño.

"El robo que se realiza en despoblado o con armas, presenta caracteres de mayor gravedad. Las razones son obvias: es indudable que en los sitios no concurridos, no habitados, tal como ocurriría en una granja, en una hacienda, en un camino, etc., el ladrón tiene más posibilidades de consumar su asalto sin mayor resistencia..." (Gutiérrez Anzola, "Delitos contra la propiedad").

En el presente caso, comenta la Procuraduría, el delito se realizó en una finca rural y, aunque la región en que ésta se halla puede estar relativamente poblada, sucede de ordinario en nuestros campos que las casas de habitación pertenecientes a los diferentes dueños de las estancias o predios se encuentran más o menos alejadas entre sí, lo que impide la protección a las víctimas de los atentados contra el patrimonio.

En consecuencia, no puede aceptarse el cargo.

d) En fin, alega el demandante que la sentencia dio por probada, sin estarlo, la circunstancia del empleo de llaves falsas, de suerte que sólo puede admitirse por una conjetura o "simple inferencia procesal".

El Ministerio Público observa que la dicha circunstancia está plenamente acreditada y cita varias declaraciones que así lo permiten sostener, que son las siguientes:

El menor Julio Acosta vio cuando Monroy, que tenía unas llaves en la mano, "metía una y otra en el candado del despacho donde tiene su escritorio el doctor Camargo".

Rafael Acosta también vio cuando Monroy "estaba abriendo el candado".

Edelberto Camargo declara que un sujeto "tenía un manojo de llaves y ensayando una y otra, pretendía abrir el candado de una de las piezas".

Hortensia Acosta de Fonseca manifestó en careo con el procesado que cuando Monroy iba corriendo "le sonaban unas llaves".

Y si a estas pruebas se agrega el hecho de que Monroy ha sido condenado por ratería, arguye el Procurador, mal puede decirse que se hizo en el fallo una mera inferencia procesal de la circunstancia meritada.

Este cargo debe, pues, desecharse.

Pero las consideraciones hechas al principio de esta causal, permiten concluír que ella prospera en parte.

CAUSAL PRIMERA: **Indebida aplicación de la ley penal.**

El recurrente alega siete motivos para sustentar esta causal:

Primero, que no hubo robo, sino tentativa de hurto o, a lo sumo, hurto consumado.

Segundo, que fueron violados los artículos 16 y 402 del Código Penal y 2º de la ley 4ª de 1943, porque solamente hubo tentativa y no hurto consumado.

Tercero, que si no hubo violencia no hubo robo, y que si no hubo robo mal puede hablarse de la circunstancia agravante del "en despoblado".

Cuarto, que no ha debido aplicarse el artículo 374 del Código Penal, sino el 372, inciso segundo, porque no está plenamente acreditada la perturbación funcional ocasionada por las heridas que Monroy le causó a Acosta.

Quinto, que no se tuvo en cuenta la riña imprevista en que se vio envuelto el sindicado.

Sexto, que tampoco se tuvo en cuenta que el hecho no había causado perjuicios a la víctima y por eso se quebrantó el artículo 401 del Código Penal.

Y séptimo, que se le hizo al procesado el cargo de haber procedido en complicidad previamente concertada, que no aparece probado.

Estos motivos, con excepción de los dos últimos, fueron analizados anteriormente.

Sobre el sexto cabe observar que no es exacto que la sentencia no lo hubiera tenido en cuenta, pues aprobó lo resuelto por el Juzgado, que dijo en su fallo:

"Pueden tenerse en su favor (de Monroy) como circunstancias aminorativas su pobreza y falta de ilustración y lo exiguo de la suma en que se justipreció el bien sustraído".

Sobre el séptimo tampoco hizo el Tribunal manifestación expresa, pero el Juzgado, cuyo fallo fue confirmado "sin ninguna observación", le atribuye a Monroy la circunstancia de haber actuado "con la complicidad preordenada del menor Luis Alejandro Rivera Mecón".

Esta circunstancia de "obrar con la complicidad de otro, previamente concertada", está prevista como de mayor peligrosidad. Se ha invocado, pues, oportunamente dentro de la causal primera, porque para que se tenga como agravante del delito es necesario que sea cometido el robo "por dos o más personas reunidas" o por más de tres que estén organizadas en cuadrilla permanente (artículos 398, ordinal 5º, 403 y 404, ordinal 2º).

Pero al respecto comenta el señor Procurador que el acuerdo previo entre Monoy y Rivera no está plenamente demostrado, pues ambos lo niegan en sus indagatorias y de otros factores no aparece con suficiente claridad. De tal manera que lo que hay que concluír es que hubo un acuerdo ocasional, pues éste no ofrece duda alguna.

La Procuraduría cita al respecto esta doctrina de la Corte:

"Cuando en el numeral 9º (artículo 37 del Código Penal) se habla de complicidad previamente concertada, se está especificando el acuerdo previo para diferenciarlo del acuerdo instantáneo de dos delincuentes ocasionales que coincidencialmente perpetran un delito conjuntamente pero sin haberse puesto de acuerdo para ello. Naturalmente aquí la pluralidad de sujetos activos no tiene el significado de peligrosidad que presenta la típica "pareja de criminales." Por eso, dondequiera que aparezca la complicidad, esto es, la coparticipación instantánea y coincidencial de dos delincuentes, no se les puede aplicar la agravante aludida". (Casación de Pedro Lesport y Carlos Romero).

De manera que el último motivo habrá de acogerse al proferir el fallo.

Por las consideraciones anteriores se concluye que la sentencia recurrida debe invalidarse, porque se tomó en cuenta la perturbación funcional de Juan de Dios Acosta, que no está debidamente acreditada, y porque se le hizo al procesado el cargo de haber obrado en complicidad con otro previamente concertada, circunstancia que tampoco se probó en forma convincente.

Las disposiciones infringidas por Monroy fueron las de los artículos 404 y 372 del Código Penal, en relación con el 33 del mismo código.

El mínimo de la pena señalada para la infracción más grave, el robo, es el de tres años de presidio. Pero como concurren dos circunstancias que lo hacen más grave, el haber sido cometido con llaves falsas y en despoblado, hay que señalar una pena mayor.

Además, Monroy aparece como sujeto de mala conducta anterior. No se trajeron al expediente las copias de las anteriores condenaciones, en que aparece como prófugo de la cárcel de Corrales y de la colonia penal de Pandi, pero sí las de las condenaciones que sufrió en 1927 por robo (f. 65) y en 1937 por ratería en compañía de otro ambas condenas (fls. 48 y 59).

Sólo obra en su favor la circunstancia de la menor cuantía de la cosa de que se apoderó, se-

gún se dejó expuesto, pues la indigencia y la falta de ilustración no aparecen como factores determinantes de su delito, según lo exige la ley.

Dada, pues, su peligrosidad, acreditada por los factores apuntados, puede señalarse como base una pena de cuatro años y medio de presidio, que se aumenta en seis meses más por las lesiones que le causó a Juan de Dios Acosta, lo que da un total de cinco años.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando en cuanto por ella se condena a Pedro José Monroy a la pena principal de ocho años y medio de presidio, por los delitos de robo y lesiones personales porque fue llamado a juicio, y en su lugar lo condena a cinco años de la misma pena. En lo demás queda en firme el fallo, pero la accesoria de la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar el mismo tiempo de cinco años.

Como el procesado está detenido desde el 9 de enero de 1942 (f. 67 del c. 1), líbrese orden telegráfica de libertad, si no hubiere motivo distinto para continuar detenido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

VEREDICTO QUE NO ES CONTRADICTORIO

El veredicto redactado en estos términos: "Sí, pero sin intención de causar la muerte", no es contradictorio, pues aunque el SI de la primera parte de la respuesta contradice la frase siguiente en cuanto al homicidio simplemente intencional, no se opone a otras figuras del homicidio, como el preterintencional, el concausal y el culposo, en las que no hay el propósito de matar y, sin embargo, el resultado de la acción es la muerte del ofendido. La respuesta dice simplemente que el procesado sí es responsable de la muerte, pero no por haberla causado con intención directa, sino sin el mentado propósito, lo cual no es contradictorio. Lo que sucede es que una respuesta como la que se comenta es incompleta y los juzgadores de instancia han debido acudir a los medios legales para que el tribunal popular hubiera aclarado su sentido. Porque si no hubo la intención de matar, hace falta saber si hubo la de herir solamente y se produjo la muerte por exceso en la acción física o por hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, o por imprudencia, o, en fin, saliéndose ya de la responsabilidad, si lo que quisieron los jueces de conciencia fue simplemente absolver al procesado, en lo cual sí habría contradicción.

orte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, dos de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos: El Tribunal Superior de Cali, en sentencia de 30 de marzo de 1946, condenó a José Rodríguez Escobar a la pena de cinco años de presidio, como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Isidoro Millán.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el Fiscal del Tribunal, quien invoca las causales tercera y séptima del artículo 567 del Código de procedimiento.

Hechos: El 24 de diciembre de 1943 se realizaba un baile en la cantina de Pedro Velasco, en el Caserío de Liberia, del Municipio de Timba, Departamento del Valle, en el cual se hallaban varias personas, entre ellas José Rodríguez e Isidoro Millán. Rodríguez se hallaba en estado de embriaguez, bailando o mirando bailar, y como alguien le diera un pisotón, reclamó por el hecho en términos ultrajantes y después de negarse a prestarle a Salvador Daza un tiple o "bandolín" que tenía en la mano, alegando que éste no sabía tocar el instrumento, reaccionó violentamente porque Máximo Cruz se rio de su respuesta, y le tiró una cuchillada, que éste logró esquivar; pero entonces lanzó una segunda, no se sabe si directa o indirectamente, contra Isidoro Millán, que estaba sentado al pie de Cruz en una banca, al cual hirió en el flanco izquierdo, a consecuencia de lo cual murió el 24 de enero siguiente, por peritonitis.

CAUSAL SEPTIMA: **haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio.**

Alega el recurrente que el jurado negó el propósito de matar y que al mismo tiempo reconoció la responsabilidad del acusado, lo cual envuelve contradicción.

"Al contestar afirmativamente ese cuestionario —dice— aceptó que en el ilícito había jugado la actividad consciente de Rodríguez, pues el concepto gramatical de "acto humano responsable" conlleva, además de la simple imputabilidad física, el ser ejecutado en forma voluntaria. Pero al afirmar, a renglón seguido, la frase explicativa "pero sin intención de causar la muerte", desechó el acto consciente o voluntario y en esa forma violó el principio de contradicción, pues no es posible predicar de un mismo sujeto atributos contradictorios como existentes en él, a un mismo tiempo".

Se considera:

Al jurado se le preguntó si Rodríguez Escobar era responsable de haberle ocasionado la muerte a Isidoro Millán con la herida que le infirió en el lugar y tiempo conocidos, y el Tribunal popular

contestó: "Sí, pero sin intención de causar la muerte".

Este veredicto no es contradictorio, pues aunque el SI de la primera parte de la respuesta contradice la frase siguiente en cuanto al homicidio simplemente intencional, no se opone a otras figuras del homicidio, como el preterintencional, el concausal y el culposo, en las que no hay el propósito de matar y, sin embargo, el resultado de la acción es la muerte del ofendido. La respuesta dice simplemente que el procesado sí es responsable de la muerte, pero no por haberla causado con intención directa, sino sin el mentado propósito, lo cual no es contradictorio.

Lo que sucede es que una respuesta como la que se comenta es incompleta y los juzgadores de instancia han debido acudir a los medios legales para que el tribunal popular hubiera aclarado su sentido. Porque si no hubo la intención de matar, hace falta saber si hubo la de herir solamente y se produjo la muerte por exceso en la acción física o por hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, o por imprudencia, o, en fin, saliéndose ya de la responsabilidad, si lo que quisieron los jueces de conciencia fue simplemente absolver al procesado, en lo cual sí habría contradicción.

Comentando el caso, dice la Procuraduría:

"Tratándose de homicidio, si el tribunal de hecho acepta la responsabilidad y niega la intención de matar, no afirma dos nociones contradictorias e irreconciliables, sino que sencillamente descarta una de las varias especies de ese ilícito —la del homicidio simplemente intencional— pero sin definir en qué otra casilla del homicidio debe colocarse la responsabilidad del acusado conforme a la acción psíquica desarrollada por éste".

Así pues, esta causal no puede prosperar.

CAUSAL TERCERA: estar la sentencia en desacuerdo con el auto de proceder y con el veredicto del jurado.

"Rodríguez fue llamado a juicio por homicidio concausal —dice el recurrente—; fue condenado por homicidio preterintencional, pero la respuesta del jurado no da derecho a deducir jurídicamente ninguna de estas dos figuras delictuosas, pues al negar la intención homicida descartó el jurado el homicidio concausal, pero no hizo nacer el ultraintencional, toda vez que de esa respuesta pueden deducirse, asimismo, otros delitos diferentes, tales como el homicidio culposo o las lesiones personales".

Se considera:

Es evidente que Rodríguez fue llamado a juicio por homicidio concausal (folio 90), que el jurado lo declaró responsable de un homicidio no intencional, pero sin que explicara a qué clase pertenecía, y que la sentencia lo condenó por homicidio preterintencional (fls. 107 v. y 126). Pero, se repite, en las instancias no consiguieron los jueces que el jurado hubiera dado un veredicto claro y preciso, armónico con las pruebas del proceso. De manera que, conforme con la lógica y la doctrina, habría que absolver al sindicado, si el Ministerio Público hubiera prohijado la tesis del Fiscal recurrente. Pero no lo hizo así.

En efecto, la Procuraduría contesta el cargo diciendo:

"...si bien es cierto que la causal tercera de casación invocada tiene pleno fundamento, con todo, la Procuraduría no puede prohijarla en este caso, pórque ello sería tanto como abogar por la impunidad, pues el acusado obró en forma antijurídica y debe responder penalmente de las consecuencias de sus actos que, al fin y al cabo, privaron de la vida al ofendido Isidoro Millán.

"Realmente, Rodríguez atacó a la víctima inmotivadamente, cuando ésta se hallaba desprevenida como espectadora del baile que se celebraba en la cantina de Pedro Velasco, en el caserío de Liberia. El acusado estaba embriagado y eso explica su agresividad y su temperamento altamente peligroso.

"Por consiguiente, la sanción impuesta al procesado es de justicia, aunque ella no se ciña estrictamente al auto de proceder y al veredicto. En todo caso, causaría mayor alarma y temor en los ciudadanos y más grave perjuicio en la función social de represión el dejar impune un delito de esta naturaleza.

"En un caso semejante, este Despacho sostuvo la misma tesis, y ella fue acogida por la H. Corte.

Y así es, pues esta misma Sala dijo lo siguiente en la casación de Ernesto Montoya Fonnegra, de 31 de julio de 1946:

"En los juicios de competencia de los jueces superiores, quienes representan al ministerio público son los Fiscales de esos Juzgados; en los Tribunales, son colaboradores inmediatos sus respectivos fiscales; y cuando se trata de negocios de competencia de la Corte, o del recurso ex

ordinario de casación, la representación del Ministerio Público sólo puede cumplirse por el Procurador General de la Nación, a quien corresponde formular la correspondiente demanda, o coadyuvar o impugnar la del inferior del mismo ramo.

"En los asuntos penales susceptibles de casación, puede el Fiscal del Tribunal interponer el recurso (artículo 558 del C. de P. P.); pero si el Procurador General de la Nación —quien lleva la personería del Ministerio Público ante la Corte— no formula la correspondiente demanda, el recurso debe declararse desierto. Puede suceder que el Fiscal del Tribunal, junto con la interposición del recurso, o con posterioridad a este acto formule demanda de casación.

En tal caso la parte recurrente —ante la Corte— no es el Fiscal sino el Procurador, y es a este funcionario a quien debe darse el traslado ordenado por el artículo 563 del código de procedimiento penal, para que formule la demanda o para que sustente la introducida por el Fiscal. Pero si la Procuraduría lejos de apoyarla, la impugna, la Corte no puede estudiar el fondo del problema, por carecer la demanda de base firme de sustentación, toda vez que la parte recurrente (Procurador) no la formula, ni coadyuva o sostiene la presentada por el Fiscal". (Sentencia de 31 de julio de 1944. Casación de Ernesto Montoya Tonnegra, por homicidio).

De esta suerte, la causal invocada no puede prosperar.

Anota la Procuraduría que la sentencia no hizo la condenación al pago de los perjuicios, como ha debido hacerlo, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 92 del Código Penal.

"Las normas sobre condenación en perjuicios —ha dicho la Corte— son de obligatorio cumplimiento, de suerte que toda sentencia condenatoria, sin excepción alguna, debe contener dicho pronunciamiento, por exigirlo así el artículo 92 de la ley penal. Cuando no se determinan en la respectiva investigación, la condenación se hace en forma abstracta". (Sentencia de 26 de junio de 1946. Casación de Fortunato Cuervo, por homicidio).

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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

INCIDENTES DE NULIDAD

El artículo 40 de la ley 105 de 1931 y el numeral 8º del 40 —C. J. derogado— contienen una misma doctrina. Vale decir que la Corte Suprema sólo tiene atribuciones en única instancia para conocer de las controversias que se susciten entre la Nación y los particulares sobre contratos celebrados con éstos, mas no sobre controversias que se susciten en relación, más o menos lejana, con tales contratos. No basta, por tanto, que las controversias se refieran a dichos contratos, sino que es preciso que versen sobre ellos mismos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En escrito fechado el 14 de septiembre de 1946, el señor Procurador Delegado en lo Civil pidió que, previo el trámite indicado en el artículo 456 del C. J., se declarara la nulidad del presente proceso, a partir del auto de 8 de mayo de 1944, por el cual se admitió la demanda promovida por el General Martínez Landínez contra la Nación.

Transcribe en seguida este alto funcionario la parte petitoria del libelo en que se impetra la revisión de la sentencia proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte el 24 de mayo de 1929, y se solicita, a la vez, que los bienes reintegrados al Estado, por gestiones del demandador, se aprecien en este juicio o en el incidente de que trata el artículo 553 del C. J.; que el 45% de los bienes ocultos a que tiene derecho el actor, se estime 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"; que las liquidaciones contenidas en el fallo de 24 de mayo de 1929, se adicionen y reformen; y, finalmente, que a la liquidación se agregue el derecho proporcional del 45 %, al haberse hecho viable la caducidad de la concesión.

En la parte subsidiaria de la demanda se pretende que las liquidaciones y deducciones acogidas en la citada sentencia de 24 de mayo fueron equivocadas "porque se hizo aplicación de la rata del diez mil por ciento (10.000 %), debiendo hacerse al tipo del cambio sobre Londres".

En el numeral B) de la petición subsidiaria, se dice: "Que se declare que la Nación debe a Jorge Martínez Landínez y está obligada a pagarle perjuicios compensatorios por las participaciones en la explotación del ferrocarril de Bogotá a Zipaquirá desde el primero de julio de 1924 hasta el fin de la concesión privilegiada o sea hasta el 23 de abril de 1997, por haber tomado el Gobierno la explotación y administración de esa empresa el 14 de julio de 1925 y celebrado una transacción con The Colombian Northern Railway Company Limited aprobada por la ley 29 de 1927, asumiendo el Estado las obligaciones y prestaciones a cargo de esa Compañía concesionaria de la concesión privilegiada, al tenor de la sentencia de 1º de diciembre de 1923, y haber adquirido el denunciante Martínez Landínez la participación estipulada en el contrato de 1920...". "Y, en consecuencia, que esos perjuicios compensatorios se estimarán en el incidente prescrito en el artículo 553 del C. J. dentro de este mismo juicio, conforme lo estipulado en el contrato de bienes ocultos de 14 de diciembre de 1920 celebrado entre la Nación y el demandante".

La Sala, en vez de hacer una prolija relación transcribe los siguientes apartes del memorial del señor Procurador Delegado en lo Civil, porque en ellos están claramente expuestos los motivos fácticos para la nulidad que se pide:

"Según se afirma en la demanda, el actor Jorge Martínez Landínez celebró el 14 de diciembre de 1920 un contrato con el Gobierno en el cual

comprometió a presentar una exposición sobre bienes ocultos pertenecientes al Estado; el Gobierno, por su lado, se obligó a pagar a Martínez Landínez una participación en los bienes que reingresaran al patrimonio nacional; los bienes a que se refería el denuncio —tales como derechos en los contratos sobre construcción, equipo y explotación del ferrocarril de Bogotá a Zipaquirá y su prolongación a Chiquinquirá— ingresaron al patrimonio nacional en virtud de sentencia de la H. Corte de fecha 1º de diciembre de 1923 y en virtud de convenio celebrado entre el Gobierno y The Colombian Northern Railway Company Limited el 10 de junio de 1929. El señor Martínez Landínez promovió un juicio sumario tendiente a obtener el pago de su participación.

"El juicio sumario fue fallado por esa H. Corte en sentencia de 24 de mayo de 1929 "con aprobación —dice el demandante— de 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 mi participación estimada en $ 123.176.16".

"El señor Martínez Landínez considera que las liquidaciones mencionadas están erradas "sobre estimativos desproporcionados a la realidad, que sirvieron de base para fijar mi participación del 5% en cantidad muy inferior a la que me corresponde." Y acusa tales liquidaciones por varios motivos relacionados en el hecho vigésimo del libelo.

"En suma, el demandante pretende revisar, mediante este juicio ordinario, la sentencia de 24 de mayo de 1929 proferida por esa H. Corte en el juicio sumario que el mismo Martínez Landínez adelantó contra la Nación: modificar la estimación del valor de los bienes que, por sus gestiones, ingresaron al patrimonio nacional y, por consiguiente, reformar y adicionar las liquidaciones contenidas en la citada sentencia del 24 de mayo de 1929 a fin de obtener el actor un pago mayor como participación de los bienes que reingresaron al patrimonio del Estado".

De todo lo anterior, el señor Procurador Delegado en lo Civil concluye que el negocio en cuestión no puede ventilarse en única instancia ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, conforme lo previenen el artículo 40 del Código Judicial y el 2º de la ley 67 de 1943.

Sobre esta base, el señor representante del Ministerio Público estima que se ha incurrido en la primera de las causales de nulidad establecidas por el artículo 448 del C. J., por cuanto el actual juicio ordinario no es de única instancia ante la Corte sino que debe tramitarse en primera ante el respectivo Tribunal Superior.

El doctor Luis Vergara Zapata, apoderado especial del General Martínez Landínez en esta articulación, se opone a las pretensiones del articulante, por las siguientes razones:

Primero, porque la controversia que va a decidirse en este juicio proviene de un contrato celebrado con la Nación, y el artículo 40 del C. J. no permite hacer los distingos que enuncia el señor Agente del Ministerio Público, y, segundo, porque en el evento de que se tratara de la revisión de una sentencia pronunciada por la Corte, sería esta entidad la competente y no un Tribunal inferior, pues, de ocurrir lo último, ello sería absurdo.

Ante todo precisa relacionar lo que ha ocurrido en la presente contienda judicial:

La demanda fue presentada el 13 de abril de 1944; se dictó el auto admisorio de ella el 8 de mayo del mismo año; la tramitación continuó hasta la providencia que dispuso el traslado para alegar de conclusión (auto de 6 de octubre de 1944). Así las cosas, se presentó una dificultad relacionada con el perito tercero, lo que lógicamente había que solucionar antes de continuar los traslados.

El negocio fue repartido primeramente al Magistrado doctor Cock, y luego, en el nuevo período de la Corte, iniciado el primero de mayo de 1945, en el reparto del 3 del mes y año precitados, le tocó en suerte al suscrito Magistrado, a cuyo despacho sólo pasó el expediente el 26 de junio de 1945, porque antes estaba en la mesa del Magistrado doctor Alvarado, que tramitaba un recurso de súplica, por haberle correspondido en turno.

En julio 14 de 1945, se dictó por el suscrito un auto sobre costas; en la misma fecha se profirió otra providencia en relación con un memorial telegráfico.

El 15 de septiembre del mismo año, se dispuso lo que a continuación se copia:

"1º Dése posesión al doctor Alfonso Paláu, del cargo de perito tercero para que fue designado por el auto de 17 de octubre de 1944, dentro del término de quince días, a partir de la notificación de este auto que se hará saber personalmente al expresado doctor.

"Una vez posesionado, se le señalará el término para que rinda el correspondiente dictamen.

"2º El traslado al Procurador se continuará cuando haya terminado el incidente sobre peritazgo".

La última actuación, que figura al folio 222 del cuaderno número 1º, es relativa al impedimento manifestado por el Magistrado doctor Cardoso.

Como aparece de autos, el General Martínez celebró con la Nación un contrato sobre bienes ocultos, en virtud del cual demandó ante la Sala de Negocios Generales de la Corte a The Colombian Northern Railway Company Limited, habiendo triunfado en la mayor parte de sus pretensiones, como puede verse en la sentencia de 1º de diciembre de 1923, obrante en el expediente.

Posteriormente, en litis del señor Martínez L. y la Nación, la misma Sala de Negocios Generales pronunció el primero de julio de 1927 fallo en cuya parte resolutiva se lee:

"1º .....

"2º Declárase que el señor Jorge Martínez Landínez tiene derecho y la Nación está obligada a reconocerle un cuarenta y cinco por ciento (45%) 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 24 del Código Fiscal.

"3º Declárase probada la excepción de petición antes de tiempo, pero únicamente en cuanto al pago de los porcientajes a que se refiere el punto anterior y mientras no se realicen los requisitos indicados en el mismo punto.

"4º Absuélvese a la Nación del reconocimiento y pago del porcientaje demandado por el señor Martínez L. sobre los frutos naturales y civiles de la carretera citada en el punto segundo de este fallo.

"5º Absuélvese a la Nación de los cargos formulados en los puntos segundo y tercero y del marcado con la letra B) de la demanda últimamente citada".

Como claramente puede observarse, en esta providencia se definieron, en forma general, los derechos correspondientes al General Martínez L. y provenientes del contrato sobre bienes ocultos.

En sentencia de 1º de octubre de 1927, la Corte decidió el pleito del General Martínez contra The Colombian Northern Railway Company Limited sobre rendición de cuentas de utilidades obtenidas por esta compañía en la explotación del Ferrocarril.

La existencia y modalidades de los derechos habían quedado establecidas en los juicios ordinarios y sólo había faltado la liquidación que convirtiese en cantidades concretas las condenaciones ilíquidas.

Para llevar a cabo esta finalidad, el General Martínez demandó a la Nación, a efecto de que se hiciese la liquidación de su participación del 45%, en juicio breve y sumario que era el existente para el caso, de conformidad con la Ley 3ª de 1921. Tal era la manera de ejecutarse una sentencia en que se habían hecho condenaciones o prestaciones ilíquidas.

El susodicho juicio sumario se decidió en sentencia de 24 de mayo de 1929, de la cual se insertará este pasaje, constante en el cuaderno número 2-bis, folio 116:

"**Liquidación.** — De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, la liquidación del cuarenta y cinco por ciento (45%) que le corresponde al señor Jorge Martínez L. conforme a los términos de la sentencia de fecha primero de julio de mil novecientos veintisiete, es como sigue: Saldo a cargo de The Colombian Northern Railway Company Limited deducida en el juicio de cuentas según sentencia de esta Sala de fecha primero de octubre de mil novecientos veintisiete, que comprende el período de 23 de abril de 1898 a 30 de junio de 1924, por concepto de utilidades obtenidas en el F. C. del Norte.....$ 134.050.14

Valor del perjuicio sufrido por la Nación por la no rendición de las cuentas por parte de la misma compañía en el período corrido el 1º de julio de 1924 a 22 de mayo de 1925, según la misma sentencia y la estimación hecha por peritos 14.760.67

Valor de la antigua carretera del Norte que conducía de Chapinero al Puente del Común, de acuerdo con el avalúo efectuado por peri-

tos nombrados por el Consejo de Estado y con lo expuesto al respecto en la parte considerativa de este fallo	157.166.48
Monto de lo pagado por la citada compañía por los trayectos de camino público, situados entre "El Banco" y "Las Manas" de Cajicá y entre el "Portachuelo" y Zipaquirá	12.906.01
Monto de lo recibido por los antecesores de la compañía a título de subvención reembolsable, comprendiendo tanto lo pagado legítimamente por los kilómetros de ferrocarril construídos, como lo pagado indebidamente por kilómetros de línea que no fueron construídos	10.5000 (sic)
umas pagadas por intereses del lete por ciento (7%) anual sobre s cantidades recibidas por los ncesionarios del ferrocarril a título de subvención reembolsable.	1.448.32
Suman los bienes recibidos por la Nación .....$	330.867.62
educciones:	
lor de ocho mil acciones de The lombian Central Railway Comny Limited que fueron entregas al Ministerio de Obras Públis para pagarle al Gobierno los 00.000 en oro en que se estimaa las prestaciones pecuniarias e dicha compañía debía a la Nan por las causas expresadas en artículo 44 de la transacción de ha 22 de septiembre de 1905.$	57.142.80
aldo .....$	273.724.82

uarenta y cinco por ciento de esta suma que esponde al señor Jorge Martínez L. conforme sentencia de primero de julio de mil novetos veintisiete, $ 123.176.16. Como consecuende todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Negocios Generales, administrando justicia en bre de la República y por autoridad de la ley, ara que la Nación debe pagar al señor Jorge ínez L. de acuerdo con la sentencia de esta 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 Ministro 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. Sin costas.—Cópiese y notifíquese este fallo, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.—**Julio Luzardo Fortoul — Gustavo Gaitán O.—Francisco Tafur A.—Luis A. Amaya**, Ofl. Mayor".

Con relación a la competencia, le incumbe a esta Sala tener en cuenta el ordenamiento legal contenido en el artículo 40 del Código Judicial. Dice así esta disposición:

"La Sala Civil de Unica Instancia conoce, privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos".

Cuando se expedía la Ley 105 de 1931, el Presidente de la República, en un pliego de objeciones, decía lo siguiente:

"Y a este propósito, hay algo más: De todas las controversias (que no son pocas) provenientes de contratos celebrados por la Nación, y a que se refiere el numeral 8º, artículo 40 del Código Judicial vigente, conocía en una sola instancia la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema..."

Desde este punto de vista, el artículo 40 de la ley 105 de 1931 y el numeral 8º del 40 del código abolido, contienen la misma doctrina. Vale decir que la Corte Suprema sólo tiene atribuciones en única instancia para conocer de las controversias que se susciten entre la Nación y los particulares sobre contratos celebrados con éstos, mas no sobre controversias que se susciten en relación, más o menos lejana, a tales contratos. No basta, por tanto, que las controversias hagan alguna referencia a dichos contratos, sino que es preciso que versen sobre ellos mismos.

Según el ordinal 1º del artículo 76 del C. Judicial, el artículo 40 antes transcrito, es una excepción a la norma general contenida en el susodicho ordinal 1º. Y como las excepciones son de restrictiva interpretación, es obvio que en la nor-

ma exceptiva sólo pueden caber los casos que forzosamente han de estimarse incluídos en ella.

La facultad de revisar en juicio ordinario las providencias de juicios breves y sumarios, de conformidad con el artículo 831 del C. Judicial abolido, consiste en que las situaciones jurídicas definidas por sentencia, puedan discutirse nuevamente en un juicio ordinario, cuyo fallo puede dejar sin valor cualquier resolución anterior entre las mismas partes y sobre la misma materia. No es un recurso contra los fallos sumarios y es cosa distinta del recurso de revisión que en artículos especiales reglamenta el actual Código Judicial. Idéntica doctrina consagra el artículo 473 de la ley 105 de 1931.

A este propósito se expresa así el actor en la demanda:

"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 en el artículo 473 que dice: **"La sentencia firme dada en materia contenciosa, tiene la fuerza de cosa juzgada y hace 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 C. J. anterior..."

Leyendo las peticiones fundamentales del libelo, puede observarse que la demanda se encamina a revisar un juicio sumario, es decir, que la controversia se plantea no sobre los derechos provenientes de los contratos sino sobre la liquidación definida en la sentencia del juicio breve y sumario.

Nada importa que el asunto se relacione con el contrato de bienes ocultos, pues lo fundamental es que la controversia tenga como objeto los derechos emanados del mismo contrato.

La revisión, o el nuevo juicio ordinario, no es necesario que se inicie ante la Corte en una sola instancia, pues casos hay, como las excepciones de jurisdicción coactiva y los juicios sumarios de petróleos, que no obstante ser fallados por la Corte en única instancia, son materia de juicios ordinarios en primera instancia ante los Tribunales.

Las razones expuestas llevan al suscrito a la conclusión de que la demanda de que se está tratando no encaja dentro de los casos de excepción contenidos forzosamente en el artículo 40 del C Judicial.

No es sólo la petición principal la que fija y determina la competencia, sino que es indispensable también estudiar si el fallador tiene facultad para decidir las peticiones subsidiarias, la cuales no se formulan sin objeto y no son meros accesorios ornamentales de las principales. Ellas tienen un preciso valor, pues deben ser resueltas en el evento de que las principales no prosperen lo cual está indicando, con poderosa lógica, que el juzgador ha de ser competente para todas ellas. Si esta competencia no se tuviera en cuenta tanto en las acciones principales como en las subsidiarias, habría que llegar a la conclusión de que cuando fuese la oportunidad de resolver sobre estas últimas, sería indispensable oír al demandado para que se defendiese con las correspondientes excepciones dilatorias.

En el negocio que se cuestiona hay una acumulación objetiva de acciones principales y subsidiarias, de acuerdo con el Código Judicial, cuyo artículo 209 dice:

"En una misma demanda se pueden ejercitar varias acciones, siempre que concurran los siguientes requisitos:

"1º Que el Juez sea competente para conocer de todas. Con todo, si una o más acciones son de mayor cuantía, pueden juntarse a otra de menor cuantía, prorrogándose la jurisdicción y siguiéndose, en su caso, la tramitación que corresponde a la de mayor cuantía".

Si para las subsidiarias falta la competencia existe un motivo de nulidad que afecta las principales o sea que se extiende a todo el proceso porque no sería acertado anularlo parcialmente pues en tales circunstancias el juicio sería bueno desde un punto de vista y válido, a la vez, de otro, lo cual no se compadece con la lógica procesal.

La Sala de Negocios Generales, tratando de una articulación de nulidad en caso similar, dijo lo siguiente, como sostenimiento de la doctrina de la extensión de la anulación:

"Esta tesis es consecuencia ineludible de la unidad que debe existir en todo proceso judicial según los principios legales reguladores de este proceso".

La petición subsidiaria del libelo, marcada con la letra A), se dirige a obtener la declaración de que las liquidaciones son erróneas, porque se hizo aplicación de una rata del diez mil por ciento, cuando debió ser otra distinta, según el libelista.

Esta acción no tiene, pues, su fuente en un contrato sino en otra clase de hechos de los cuales se pretende deducir derechos.

La subsidiaria distinguida con la letra B), persigue el pago de perjuicios compensatorios, por haber tomado el Gobierno la explotación y administración de esa empresa el 14 de julio de 1925 y celebrado una transacción con The Colombian Northern Railway Company Limited, aprobada por la Ley 29 de 1927, asumiendo el Estado las obligaciones y prestaciones a cargo de esa compañía cesionaria de la concesión privilegiada, a tenor de la sentencia de 1º de diciembre de 1923 y haber adquirido el demandante Martínez Andínez la participación estipulada en el contrato de bienes ocultos".

Esta acción no tiene su causa o fuente en una controversia sobre el contrato de bienes ocultos, sino en el hecho de haber tomado el Gobierno la administración del ferrocarril y haber celebrado la transacción.

En suma, las peticiones subsidiarias no caen bajo la norma restrictiva y excepcional del artículo 40 del C. Judicial.

Todo el razonamiento precedente convence de que no es fundada la solicitud del señor Procurador Delegado en lo Civil, ya que, según el artículo 148 del C. J., "los superiores también usurpan jurisdicción cuando proceden pretermitiendo las instancias anteriores".

El artículo 458 del mismo Código Judicial, dispone que se condene en costas, pero para ello es necesario que haya habido culpa del funcionario o también de alguna de las partes.

En el pleito actual, la complicada urdimbre de la demanda y sus nexos con juicios anteriores presentaba aspectos que fácilmente, sin culpa alguna, podían conducir a equivocaciones. De otro lado, el artículo 40 del C. Judicial se ha prestado, con frecuencia, a interpretaciones diversas, quizá por la manera tan sucinta de su redacción. Por estos motivos, en esta providencia, no se hará la condenación en costas.

Podría argüirse que este asunto debiera ir firmado por toda la Sala, por ser un proveído que termina el proceso, y porque tal ha sido también la práctica judicial, cuando se ha dado aplicación al artículo 455 del Código Judicial.

Con todo, aunque en el fondo esto es lo mismo que aquéllo, procesalmente hay diferencia sustancial. Se trata aquí de un auto que decide una articulación, por lo cual es más natural aplicar la regla general del artículo 46 del mismo código, como lo ha hecho la Sala de Negocios Generales, dejando a las partes los recursos que crean tener para enmendar los agravios.

En mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia ANULA el presente juicio, a partir del ocho (8) de mayo de 1944, fecha del auto admisorio de la demanda.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese.

Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás P., Srio.

RECURSO DE SUPLICA CONTRA EL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre siete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

En providencia de 25 de marzo del año en curso, falló el señor Magistrado sustanciador el incidente sobre nulidad provocado por el señor Procurador Delegado en lo Civil en el presente juicio ordinario, instaurado por el General Jorge Martínez Landínez contra la Nación.

Acogió el fallo referido la correspondiente petición de nulidad por incompetencia de jurisdicción de parte de la Corte para conocer del asunto en primera y única instancia y por estimar que la naturaleza del negocio exige el doble grado del juicio, es decir, en primer lugar ante el respectivo Tribunal de Distrito Judicial y luego en segunda instancia ante esta Sala de Negocios Generales.

De suerte que la parte resolutiva del auto al cual se viene haciendo referencia anula el juicio a partir del 8 de mayo de 1944, fecha del auto admisorio de la demanda.

Tal providencia fue suplicada ante los restantes Magistrados de la Sala, recurso a cuya decisión se procede con intervención del Conjuez doctor Manuel Casabianca y por haber quedado separado del conocimiento del asunto el doctor Aníbal Cardoso Gaitán, en virtud de impedimento legal por él manifestado.

Cumple ahora poner de presente, cuáles fueron las razones aducidas por el señor Procurador Delegado en lo Civil al proponer el incidente de nulidad.

Dice, en efecto, en su escrito de 14 de septiembre de 1946:

"En suma, el demandante pretende revisar, mediante este juicio ordinario, la sentencia de 24 de mayo de 1929 proferida por esa H. Corte en el juicio sumario que el mismo Martínez Landínez adelantó contra la Nación: modificar la estimación del valor de los bienes que, por sus gestiones, ingresaron al patrimonio nacional y, por consiguiente, reformar y adicionar las liquidaciones contenidas en la citada sentencia del 24 de mayo de 1929 a fin de obtener el actor un pago mayor como participación de los bienes que reingresaron al patrimonio del Estado.

"Estima, pues, el demandante que la liquidación hecha en la sentencia de 24 de mayo de 192 proferida por esa H. Corte para determinar participación que le correspondía en virtud de denuncia indicada sobre bienes ocultos, adole de errores graves; y por esa razón solicita la r visión del juicio sumario por medio de este ord nario.

"Ahora bien: el artículo 40 del C. J. dice q 'la Sala Civil de Unica Instancia (de la Co Suprema) conoce privativamente y en una s instancia, de todas las controversias provenien de contratos celebrados o que celebre la Nac con cualquiera entidad o persona, aunque la N ción haya transferido, en todo o en parte, sus rechos.' Este artículo fue modificado por el tículo 2º de la Ley 67 de 1943, según el cual Sala de Negocios Generales tendrá, además de actuales atribuciones, las que hoy correspon a la Sala Plena en lo Civil y a la Sala Civil Unica Instancia.' De esta manera, y a partir la vigencia de la ley 67 de 1943, corresponde Sala de Negocios Generales de esa H. Corte nocer privativamente y en una sola instancia las controversias provenientes de contratos c brados por la Nación.

"Entiende la Procuraduría que sólo puede mitarse en única instancia, actualmente ant Sala de Negocios Generales, un juicio que íntimamente vinculado a un contrato celeb con la Nación y cuyas peticiones tiendan a ner precisamente el reconocimiento de der consagrados en el mismo contrato.

"Es cierto que, en su origen más remot juicio ordinario ahora intentado por el señor tínez Landínez puede tener como base alg cláusulas del contrato que celebró él con e bierno Nacional con fecha 14 de diciembr 1920 sobre bienes ocultos; y es cierto tambié el demandante en este litigio ordinario pre obtener el reconocimiento de derechos que é sidera consagrados en el mismo convenio. ocurre que la participación del demandan los bienes que reingresaron al patrimonio

nal ya fue determinada por la justicia, según consta en el fallo de 24 de mayo de 1929 emanado de esa H. Corte. Y, por consiguiente, el nuevo juicio del señor Martínez Landínez tiene por objeto principal el de revisar el fallo dictado en un juicio sumario. Lo esencial en este juicio ordinario no es reconocer el derecho a la participación del señor Martínez Landínez puesto que ese derecho ya fue reconocido por la H. Corte, sino revisar la sentencia de 24 de mayo de 1929 y modificar la liquidación hecha en tal sentencia.

"Por tanto, el contrato de 14 de diciembre de 1920 es una fuente demasiado lejana de este litigio para que pueda ser aplicable el artículo 40 del C. J. en armonía con el artículo 2º de la Ley 67 de 1943; es decir, considera la Procuraduría que este juicio intentado por el señor Martínez Landínez no puede tramitarse en una sola instancia por buscar, ante todo, la revisión de una sentencia proferida en un juicio sumario y no el cumplimiento de un contrato o el reconocimiento de los derechos emanados de un convenio efectuado con el Gobierno Nacional.

"Por lo expuesto, este Despacho considera que se ha incurrido en la primera de las causales de nulidad establecidas por el artículo 448 del Código Judicial, ya que la entidad competente para conocer de este juicio ordinario no lo es esa H. Sala, en única instancia, sino el respectivo Tribunal Superior en primera y esa H. Corte en segunda instancia".

Debe observar ahora que la demanda instaurada consta de dos partes petitorias. Presentada la primera como acción principal y como subsidiaria la segunda.

Como por cuanto en la presente providencia había de volver a hacer referencia a ellas, forzoso es transcribirlas en su integridad:

"**Primero.**—La sentencia de 24 de mayo de 1929 proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, en juicio breve y sumario promovido por el peticionario contra la Nación, se anula y queda revisada en el presente juicio ordinario;

"**Segundo.**—Los bienes reintegrados al patrimonio del Estado debido a mis gestiones se estimarán o 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 años (72), 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 esa vía férrea.

"**VI. — Peticiones subsidiarias**

"A.—Que se declare que los asientos, liquidaciones y deducciones en el juicio de cuentas de la Nación contra The Colombian Northern Railway Company Limited en el período de explotación del Ferrocarril de Bogotá a Zipaquirá del 23 de abril de 1898 al 30 de junio de 1924, acogidas en el juicio breve y sumario que terminó con la sentencia de la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, de fecha 24 de mayo de 1929, fueron equivocados porque se hizo aplicación de la rata del diez mil por ciento (10.000%) debiendo hacerse al tipo del cambio sobre Londres según lo pidió el concesionario del mentado ferrocarril en memorial de ocho (8) de agosto de 1894, fue aceptado, acogido y adoptado por el Ministerio de Fomento en providencia de 21 de septiembre de 1894, consentida esta resolución al tener conocimiento de ella el propio concesionario por medio de declaración escrita de fecha 24 de los mismos mes y año como interpretación y aplicación de los contratos declarados vigentes y obligatorios por sentencia ejecutoriada y registrada de la Corte Suprema de Justicia de primero de diciembre de 1923; y en consecuencia se ordene rectificar esas liquidaciones y deducciones por peritos nombrados dentro del presente juicio ordinario, en el incidente previsto en el artículo 553 del C. J. y pagar a Martínez L. el saldo comprobado.

"B.—Que se declare que la Nación debe a Jorge Martínez Landínez y está obligada a pagarle perjuicios compensatorios por las participaciones en la explotación del Ferrocarril de Bogotá a Zipaquirá desde el primero de julio de 1924 hasta el fin de la concesión privilegiada o sea hasta el 23 de abril de 1997, por haber tomado el Gobierno la explotación y administración de esa empresa el 14 de julio de 1925 y celebrado una transacción con The Colombian Northern Railway Company Limited aprobada por la Ley 29 de 1927, asumiendo el Estado las obligaciones y prestaciones a cargo de esa Compañía cesionaria de la concesión privilegiada, al tenor de la sentencia de primero de diciembre de 1923, y haber adquirido el denunciante Martínez Landínez la participación estipulada en el contrato de bienes ocultos que celebró con el Gobierno el 14 de diciembre de 1920, cuando al quedar ejecutoriada la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el primero de diciembre de 1923, y desde cuando el Gobierno dejó de exigir las participaciones en la explotación del Ferrocarril de Bogotá a Zipaquirá como lo dispuso esa sentencia, declarando que habían entrado íntegramente a formar parte de su patrimonio por los actos de sus órganos constitucionales. Y, en consecuencia, que esos perjuicios compensatorios se estimarán en el incidente prescrito en el precepto 553 del C. J. dentro de este mismo juicio, conforme lo estipulado en el contrato de bienes ocultos de 14 de diciembre de 1920 celebrado entre la Nación y el demandante".

Conocido el texto de las peticiones del demandante, interesa observar que el señor Magistrado sustanciador en el auto suplicado acepta en principio que las peticiones de la acción principal se han suscitado "en relación más o menos lejana" con el contrato sobre bienes ocultos celebrado por el demandante en 1920, pero que no versa sobre el contrato mismo.

Expresa luego en el auto recurrido:

"Leyendo las peticiones fundamentales del libelo, puede observarse que la demanda se encamina a revisar un juicio sumario, es decir, que la controversia se plantea no sobre los derechos provenientes de los contratos sino sobre la liquidación definida en la sentencia del juicio breve y sumario".

En cuanto a las peticiones subsidiarias del libelo, el auto en mención avanza más aún, puesto que, en el fondo, afirma que tales peticiones, dados sus términos mismos, tienen su causa o fuente en hechos que carecen, dentro del caso, de la adecuada vinculación jurídica al contrato en referencia.

Se acepta allí, de otro lado, que la incompetencia de la Corte a la luz del artículo 40 del Código Judicial toca fundamentalmente con las peticiones subsidiarias de la demanda, incompetencia de jurisdicción que viene por tal conducto, y en sentir también del señor Magistrado sustanciador, a afectar la competencia de la Corte por lo que respecta a las peticiones principales del libelo obrando así, lo simplemente subsidiario sobre lo principal, y ello aún en el momento actual del curso, ya bien avanzado, de este juicio.

Volviendo ahora a los fundamentos de la solicitud sobre nulidad presentada por el señor Procurador, se vio ya que aunque él admite que la controversia actual proviene del contrato de 1920 sobre bienes ocultos, le asigna a tal contrato el carácter de fuente remota de la controversia misma.

La calificación de "remota" de la fuente de la controversia tendría algún mérito a juicio de la Sala, si las situaciones creadas por los fallos judiciales dictados con motivo de ese contrato entre las partes contratantes, hubieran originado o constituído, de manera manifiesta, una situación jurídica firme que en el presente juicio pudiera ser realmente apreciada sin necesidad de volver los ojos al contrato mismo.

Mas no es ello así en verdad. Y ya que la sentencia dictada por la Corte en juicio entre las partes y que lleva fecha primero de julio de 1925 en cuanto condenatoria de la Nación se limitó a declarar la obligación de ésta de reconocer ciertos aspectos al demandante el 45% expresamente pactado en el contrato de 1920 sobre denuncia de bienes ocultos.

Y la sentencia subsiguiente, de 24 de mayo de 1929, dictada en ejecución de la anterior, dice en su parte resolutiva textualmente lo que a continuación se copia:

"Como consecuencia de todo lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que la Nación debe pagar al señor Jorge Martínez L. de conformidad 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 Ministro

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 —sin costas—. Cópiese y notifíquese este fallo, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente".

Ahora bien: este último fallo fue proferido en juicio sumario. De manera que el juicio actual, y según las voces mismas de la demanda principal, tiende a la aquí denominada revisión del fallo que se acaba de mencionar, para cuyo efecto ha sido invocado por el demandante el contenido del artículo 831 del antiguo Código Judicial.

Tal precepto legal establecía, en efecto, lo siguiente:

"La sentencia ejecutoriada debe cumplirse: funda la excepción de cosa juzgada, y hace nula cualquier otra sentencia posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas personas, con excepción de los casos expresados en el artículo siguiente y de las sentencias pronunciadas en los juicios sumarios, pues si bien deben cumplirse y ejecutarse, pueden ser revisadas en juicio ordinario en los casos expresamente previstos por la ley".

Es decir que el demandante aduce, por considerarlo aplicable, el precepto legal copiado, como fundamento jurídico para proceder en el presente asunto.

Y en tal virtud acude a los trámites propios del juicio ordinario a efecto de plantear de nuevo, fundamentalmente lo mismo que hubo de plantearse en el juicio sumario, juicio éste en el cual el contrato de 14 de diciembre de 1920 indudablemente debió de jugar un papel primordial si se atiende al tenor de los términos mismos de la parte resolutiva, antes transcrita, de dicho fallo de 1929; la cual, de manera expresa, menciona y regula, a lo allí resuelto, el contrato de que se viene hablando.

Y dados los términos expresos de tal fallo, mal podría sostenerse, que en el presente juicio ordinario, propuesto precisamente como sustitutivo o revisorio del sumario que hubo de culminar con el fallo dicho, no se trata ya de una controversia que provenga del contrato mencionado.

En tal forma que, en opinión de la Sala, no es dado siquiera afirmar que la vinculación entre el juicio actual y el contrato, aunque existente, sea una vinculación "remota." Por el contrario, podría mirarse tal contrato como fuente prácticamente directa, y fundamental desde luego, de la controversia misma tal como ha sido presentada en la actualidad.

Y así parece explicarse el que en la parte petitoria de la demanda principal y aun en la subsidiaria, se haga por el demandante mención expresa de tal contrato celebrado en el año de 1920. (Véanse petición 3ª de la acción principal y petición 2ª de la subsidiaria).

A juicio de la Sala es suficiente lo que se deja expuesto para dar por establecido que la Sala que conoce del presente recurso de súplica no puede compartir las razones fundamentales del auto recurrido y que, en tal virtud, procede la revocación de éste.

En mérito de lo expuesto se revoca el auto de 25 de marzo de 1947, dictado en el presente asunto por el señor Magistrado sustanciador; y, en su lugar, se niega la existencia de la causal de nulidad invocada por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Notifíquese.

Germán Alvarado (con salvamento de voto). **Víctor Cock—Ramón Miranda**—El Conjuez, **Manuel Casabianca—Nicolás Llinás Pimienta**, Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ALVARADO

Con sincero pesar y queriendo el suscrito ser consecuente con actitudes que ha tenido que tomar en anteriores ocasiones, se atreve a consignar las razones para disentir de las opiniones muy ilustradas de los señores Magistrados y del señor Conjuez que firman el proveído anterior.

Primera.—El señor General Martínez al proponer el actual debate judicial pretende principalmente que se revise "la sentencia de veinticuatro de mayo de mil novecientos veintinueve dictada por la Sala de Negocios Generales de la Corte en juicio breve y sumario promovido por el peticionario contra la Nación".

Piensa el suscrito que la revisión de un fallo es cosa esencialmente distinta de la revisión de un contrato.

¿Es erróneo, confuso, necesita enmienda el fallo? Esos son hechos que pudieran engendrar la acción de aclaración o enmienda del respectivo fallo. Pero esa acción no se confunde, no es similar con la demanda para que se reparen yerros o se fije el alcance de las estipulaciones de un contrato.

Para una acción encaminada a este último fin —y en cuanto aparezca que la Nación está vinculada por el contrato— sirve de apoyo el artículo 40 del Código Judicial.

"La Sala Civil de Unica Instancia conoce privativamente y en una sola instancia de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona, aunque la Nación haya transferido en todo o en parte sus derechos".

A **contrario sensu** cuando lo que se pretende es que se hagan contra la Nación pronunciamientos mediante controversias emanadas de hechos en que no juega papel próximo y principal el vínculo contractual, controversias semejantes no caben dentro del artículo 40 del C. Judicial para que la Corte pudiera asumir el conocimiento con competencia privativa.

Segunda.—Cuando ante esta Sala se ventiló el juicio instaurado por Juan N. Gómez contra la Nación, el suscrito adhirió a las consideraciones que expuso entonces el señor Magistrado doctor Serna para apartarse del concepto de la mayoría. Se pretendió entonces por el actor que la interpretación de unos fallos debería tenerse como interpretación de un contrato de fianza. El salvamento de voto consignó las consideraciones que en seguida se reproducen, porque parecen muy conducentes para el caso que ahora se plantea:

"Cuando el Congreso aprobó el proyecto 'sobre organización judicial y procedimiento civil' (Ley 105 de 1931), el Ejecutivo hizo observaciones, y entre ellas, algunas sobre la persistencia de la Sala Civil de Unica Instancia. En efecto, en el pliego de objeciones se lee: 'Todo indica, pues, que conviene mantener la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, dejando a su cargo las controversias nacidas de contratos celebrados por la Nación.' Vale decir, las controversias provenientes, nacidas de los contratos, que tengan su origen o su raíz en ellos.

"Sobre el ordinal 8º del artículo 40 del Código Judicial abolido, sustancialmente igual al que hoy rige, dijo la Corte en providencia de 31 de marzo de 1917:

'Ahora bien: el ordinal 8º comprende forzosamente las controversias que se susciten sobre los contratos que haya celebrado el poder ejecutivo con los particulares, sobre los contratos mismos mas no las que se susciten con relación a esos contratos. Estas no entran forzosamente en la excepción.... En consecuencia, las controversias que no versen sobre los contratos mismos sino que se refieran a ellos, se rigen por la regla general'.

"En providencia fechada el 9 de septiembre de 1946 (números 2038 y 2039 de la GACETA JUDICIAL, página 279) se analizó con especial detenimiento el artículo 40 del Código Judicial, actándose la doctrina que al respecto tenía establecida la Corte bajo el imperio del actual código como del anterior.

"La Sala en esa vez, después de afirmar que el contrato es 'fuente de derechos y obligaciones, por tanto de acciones correlativas, llamadas, caso de litigio, a ser llevadas al conocimiento de los jueces en calidad de acciones nacidas del contrato mismo', dijo lo siguiente:

'De manera que, aun prescindiendo de estudiar el punto de la influencia que pueda tener en la aplicabilidad del artículo 40 del C. J. la circunstancia especial de que el contrato que ha servido al pago de lo no debido sea uno de los llama-

contratos de adhesión, considerados por algunos expositores como cuasi-contratos genuinos, obvio es que la competencia fijada, con carácter excepcional, en la disposición legal que se acaba de citar no pueda extenderse a una acción en la cual no se controvierte ni la interpretación de un contrato, ni acerca del objeto del mismo, ni acerca de su sujeción como tal contrato, etc., y que por tanto no ha originado controversia sobre contrato alguno sino directamente y de manera concreta, sobre un cuasi-contrato de pago de lo no debido, según ya hubo de explicarse'.

.....

'Podría pensarse, sin embargo, que para los efectos de la competencia privativa en una instancia que a la Corte asigna el artículo 40 del C. J. basta que la acción nacida de un cuasi-contrato haya tenido principio con ocasión de un contrato celebrado en nombre de la Nación, sin que se requiera, por tanto, que la acción instaurada sea en realidad una acción directamente nacida del contrato mismo.

'Empero, esta interpretación del contenido del artículo 40 no halla justificación en la naturaleza misma de este precepto.

'Se trata, en efecto, de una disposición legal de carácter excepcional, restrictiva del principio jurídico, a toda luz razonable, de que, por regla general, en los juicios han de existir dos instancias grados, de manera que una interpretación extensiva de la norma jurisdiccional que trae la disposición legal en consideración tropieza con la grave objeción de conducir ella a la supresión de una de las instancias del juicio, cuando quiera que tal supresión no puede aceptarse en doctrina sino siempre que esté de por medio especial e inequívoco mandato de parte del Legislador.

'Principalmente hoy, cuando esta Sala de la Corte conoce, en general, en segundo grado de los asuntos en que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores si en aquéllos es parte la Nación, parece no justificarse que en casos no estrictamente comprendidos dentro del alcance del artículo 40 del Código Judicial conozca precisamente esta Sala, en una sola y única instancia con pretermisión de la primera'.

'Tan clara doctrina es, según nuestro pensar, aplicable al asunto que ahora se discute".

Tercera.—Para la acumulación de acciones exige la ley condiciones específicamente consignadas en el artículo 209 del C. Judicial: que el Juez sea competente para conocer de todas; que pueda tramitarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial; que no sean contrarias e incompatibles entre sí.

Cuando se promueven dentro de una misma demanda distintas acciones, hay acumulación, no obstante que a las unas se les llame principales, y a las otras subsidiarias.

En el caso de autos está deducida como principal la acción de revisión de un fallo. Pero hay subsidiarias que se proponen para que queden resueltas por la Sala de Negocios Generales en el mismo fallo. El pronunciamiento ha de afectar a las partes, en la misma forma en que las ha de afectar el fallo que merezcan las peticiones principales.

En el auto suplicado destaca el señor Magistrado ponente la subsidiaria distinguida con la letra B) en la cual se impetra la declaratoria de que la Nación le debe al General Martínez perjuicios compensatorios por participaciones en la explotación del Ferrocarril de Bogotá a Zipaquirá desde el 1º de julio de 1924 hasta el 23 de abril de 1997.

La simple lectura de esa suplicación deja ver que tal acción es distinta, inconfundible con la de revisión de un fallo, propuesta como primera y principal.

Cuarta.—La demanda constituye la base del proceso. Debe formar ella un todo armónico para que pueda alcanzar una resolución adecuada que cobije a todos y cada uno de los puntos materia de la controversia.

Anómalo sería —dada esa finalidad esencial del proceso— que en una misma demanda pudieran proponerse, como principales, pronunciamientos para los cuales tuviera competencia el Juez, y a la vez pudieran proponerse pronunciamientos para los cuales careciera de competencia.

Jalón inicial del proceso ha de ser la demanda. Aquel jalón debe marcar rumbo hacia la sentencia. Lo que no pueda resolverse en la sentencia no es dable proponerlo en la demanda.

Presupuestos legales como el de la competencia debe tenerlos a la vista el Juez. Si al entrar en función de fallador ve que falta ese presupuesto, tiene que abstenerse de fallar. Y si en el curso del debate se le apunta por una de las partes el vicio de la falta de competencia, no debe permitir el avance del debate.

Quinta.—De la acción concretada en la petición subsidiaria marcada con la letra B) no puede decirse que sea revisión del fallo pronunciado en un juicio sumario. **Revisar**, en el lenguaje común, significa lo mismo que **rever**, esto es, volver a

examinar con detenimiento alguna cosa (en el caso sub lite una sentencia pronunciada en un juicio sumario). Proponer declaraciones que se salen ostensiblemente del marco de la revisión, equivale a proponer una acción nueva.

Bajo este último punto de vista creo yo que a la acción subsidiaria marcada con la letra B) no le es aplicable el artículo 831 del antiguo Código Judicial, porque tal acción nada tiene que ver con la sentencia pronunciada por esta Corte el veinticuatro de mayo de mil novecientos veintinueve como culminación del juicio sumario ventilado entre el General Martínez Landínez y la Nación.

Estas las razones que tengo para salvar el voto, lo que hago con sumo respeto por las opiniones de la H. mayoría.

Bogotá, octubre siete de mil novecientos cuarenta y siete.

Germán Alvarado — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

COBRO, POR LA VIA EJECUTIVA, DE LA SUMA DE DINERO REPRESENTADA EN UN BILLETE DE LOTERIA.— LOS BILLETES DE LOTERIA COMO TITULO EJECUTIVO

1.—La palabra "anulado", escrita sobre el billete de lotería a que alude el proceso, tiene en este caso un sentido que no es el predeterminado en las leyes concernientes a la cancelación por pago de ciertas obligaciones, y por ello es de poca importancia por lo que mira a la presunción probatoria que con fundamento en tal palabra pudiera alegarse contra la validez del billete como título. La presunción contra dicha validez aparece muy debilitada, pues no se trata de ninguno de los casos previstos en el artículo 1764 del Código Civil.

2.—Los billetes de loterías oficiales expedidos con control oficial y sorteados de la misma manera ante autoridades y funcionarios públicos son documentos públicos, lo mismo que las actas de sorteo producidas con el lleno de los requisitos correspondientes, porque reúnen las calidades que para tenerlos como tales exige la ley. Por eso puede afirmarse que un billete de lotería de esta clase, junto con el acta de sorteo en que aparece favorecido, reviste el carácter de título ejecutivo.

orte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Congreso de la República, por medio de la y 112 de 1943, autorizó al municipio de Barranilla para organizar y efectuar un sorteo extradinario de Lotería en el segundo semestre de 44; la misma ley creó una Junta integrada por Gobernador del Departamento (Presidente), Alcalde de Barranquilla, un miembro de la mara de Comercio, otro por el Cabildo y otro los Bancos de la ciudad. Esta Junta inició ores el día 26 de abril de 1944 con el siguiente sonal: doctor Alberto Pumarejo, Gobernador Departamento; don Rafael Borelly, Alcalde de la ciudad; don Enrique A. de la Rosa, Gerente del Banco Comercial Antioqueño, en representación de los banqueros; don Andrés A. Samudio, en su calidad de representante de la Cámara de Comercio, y don Pedro A. Gómez Cera en representación del Concejo Municipal. Asistieron además a la sesión los señores Alejandro Garay y Fernán Pertuz, el primero Inspector de Auditorías y Revisorías, y el segundo Revisor Fiscal de la Aduana, ambos en representación de la Contraloría General de la República.

La Junta, como consta en el acta número 2 que figura en los autos, resolvió fijar el 31 de diciembre de 1944 para efectuar el sorteo, y señaló como premio mayor la suma de doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00).

El artículo 5º de la ley 112 citada dispone que, si verificado el sorteo "se comprobare que no ha sido vendido el premio mayor, se verificarán sorteos consecutivos hasta que saliere premiado alguno de los billetes vendidos".

Posteriormente el Congreso expidió la ley 10ª de 1944 por la cual se prorrogó hasta el 30 de junio de 1945 el plazo señalado al Municipio de Barranquilla para verificar el sorteo, y la Junta organizadora dispuso el 6 de junio del mismo año lo siguiente: 1º aplazar el sorteo hasta el 30 de junio de 1945 (plazo máximo, señalado por la ley); 2º comisionar al Gobernador del Departamento, miembro de la junta, y su presidente, para conseguir de la Asamblea Departamental, reunida entonces, un crédito en el presupuesto para que el Departamento comprara los billetes no vendidos de la Lotería; y 3º que el sorteo se jugara en Bogotá.

No habiéndose verificado el sorteo en la fecha señalada, el Ministerio de Gobierno en Resolución número 783 de 3 de julio de 1945 dispuso: "El sorteo extraordinario de la Lotería de Barranquilla a que se refieren las leyes 112 de 1943 y 10ª de 1944, se verificará hoy a las nueve de la noche en esta ciudad." Por último el Revisor Municipal de Juegos de Bogotá dictó la Resolución número 83, a petición del Personero de Barran-

quilla, concediendo el permiso o licencia "para verificar en esta ciudad, hoy a las 9 p. m. el Sorteo Extraordinario de la Lotería de Barranquilla", "el cual se llevará a efecto empleando el mismo sistema acostumbrado para las loterías de Beneficencia".

El sorteo se realizó en el lugar, día y hora señalados en las Resoluciones mencionadas.

La Asamblea Departamental del Atlántico dictó la ordenanza número 43 de 1945 que dispuso en su artículo 39: "Autorízase al Gobernador del Departamento para invertir en billetes de la Lotería de Barranquilla, que jugará en sorteo especial el día 30 de los corrientes mes y año, hasta la suma de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000). Si el premio o premios que obtuviere el Departamento sobrepasaren el valor total de la suma invertida en billetes, una vez deducida ésta, el excedente ingresará a los fondos de la beneficencia. Si los premios obtenidos no alcanzaren a cubrir la suma invertida en su totalidad, el valor de ellos ingresará a los fondos comunes".

En desarrollo de esta autorización se celebró entre el Gobernador del Departamento y el Gerente de la Lotería un contrato de compra de todos los billetes que una hora antes del sorteo no se hubieran vendido a los particulares o fueran devueltos por los agentes y vendedores. El contrato fue aprobado por el Tribunal Contencioso Administrativo. El Departamento pagó inmediatamente el valor de la compra mediante libranzas que fueron descontadas por el Banco Comercial Antioqueño.

El doctor Juan Tovar Daza, como apoderado especial del Departamento del Atlántico, pidió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 6 de agosto de 1945, que decretara el embargo y secuestro preventivos de los fondos que la Lotería de Barranquilla (Sorteo Extraordinario) tenía depositados en el Banco Comercial Antioqueño, sucursal de esa ciudad. En su solicitud manifestó el señor apoderado que se proponía demandar ejecutivamente al mismo municipio "para el cumplimiento de una obligación personal contraída por el valor de doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00) que corresponden al premio mayor que jugó el 3 de julio pasado, y el (sic) que resultó premiado el billete número cero, nueve, cero, dos, ocho (09028), perteneciente a la entidad que represento." Dijo también el apoderado del Departamento que el municipio eludía el pago, y que estaba dispuesto a prestar la caución exigida por la ley. A su solicitud acompañó el billete mencionado, una copia del acta del sorteo de la Lotería de Barranquilla verificado en Bogotá el 3 de julio de 1945 y el poder por el cual el doctor Alberto Pumarejo, Gobernador del Atlántico, lo autorizaba para representar al Departamento.

El Tribunal ordenó el 8 de agosto de 1945 que el peticionario prestara caución por la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) para responder de los perjuicios que pudiera ocasionar el embargo y el secuestro que solicitó. Una vez prestada la caución se decretó el embargo y secuestro preventivo (agosto 13/45) de los fondos que la Lotería tenía depositados en el Banco Comercial Antioqueño, embargo que posteriormente se redujo (agosto 14/45) a la suma de doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00), es decir, a la equivalente a la concurrencia del crédito que se reclama. Luego (agosto 17/45) el señor apoderad presentó demanda ejecutiva contra el Municipi de Barranquilla por la misma suma embargad ($ 250.000.00) y el Tribunal libró orden de pag (agosto 27/45) a favor del Atlántico y a cargo d Barranquilla, y ordenó intimar esa orden de pag al Municipio "representado por el señor Pers nero Municipal".

El señor Eduardo Medina, en ejercicio de s funciones de Personero Municipal de Barranq lla, compareció ante el Tribunal (agosto 28/4 donde le fue intimado el mandamiento ejecuti y manifestó, al momento de la notificación, q no pagaba el crédito por no tener la cantidad rrespondiente a su disposición, pero que den ciaba para cubrirlo la misma suma embarga preventivamente, y algunos días después, pre mente autorizado por el Concejo Municipal, c cedió poder al Dr. Carlos García Solano para representara como apoderado especial al Mu cipio de Barranquilla. García Solano fue ac tado como tal por el Tribunal (septiembre 14/

Poco antes de que este reconocimiento se hi ra, solicitó el Fiscal del Tribunal (sep. 8/45) se declarara nulo todo lo actuado en el ju ejecutivo, a partir del auto de mandamient pago, inclusive, por considerar que él (el Fis es el representante legal del Municipio ant Tribunal, y que al no haber sido citado, y ha se desarrollado el juicio con la intervención Personero como representante del Municipi había incurrido en una de las causales de nu establecidas en el artículo 448 del C. J. El

bunal tramitó la articulación correspondiente y la decidió declarando nulo todo lo actuado, inclusive el auto de mandamiento de pago. De esta providencia se recurrió en reposición, la que fue negada el 23 de noviembre de 1945.

Como consecuencia de esta nulidad el señor Gobernador del Atlántico entabló una nueva demanda ejecutiva contra el Municipio de Barranquilla, por la misma cuantía ($ 250.000.00), y con base en los mismos documentos con que se inició el juicio que fue anulado (billete premiado y acta del sorteo de 3 de julio de 1945).

A esta última solicitud del Gobernador recayó la providencia de 4 de febrero de 1946 en que el Tribunal negó la orden de pago solicitada y decretó el desembargo de la suma que preventivamente se había embargado. Este auto fue apelado y a consecuencia de esta apelación ha subido el juicio a la Corte.

También ha subido en apelación un auto que recayó sobre una solicitud hecha por el doctor Carlos García Solano para que se le reconozca como apoderado especial del Municipio de Barranquilla. El doctor García Solano consideró que al haber decretado el Tribunal la nulidad de todo lo actuado, en esa nulidad quedaba incluído también el auto que había hecho su reconocimiento como apoderado y por esta circunstancia hizo la solicitud de que se habla. Ella fue negada por el Tribunal el 30 de noviembre de 1945, e interpuesta la apelación se concedió también para ante la Corte.

Han subido pues en apelación a la Corte dos providencias, a saber: la primera, dictada el 4 de febrero de 1946, que confirmó el auto que negó el mandamiento de pago contra el Municipio de Barranquilla; y la segunda, en que se negó el reconocimiento del doctor Carlos García Solano como apoderado del Municipio de Barranquilla.

El auto de 4 de febrero mencionado dispuso: Niégase la ejecución solicitada por el doctor Alberto Pumarejo en su condición de representante legal del Departamento del Atlántico contra el Municipio de Barranquilla —Lotería de Barranquilla— (Sorteo Extraordinario), por no ser procedente".

El motivo de esta negativa se funda en reparos que hace el Tribunal "tanto al billete como al acta o diligencia del sorteo".

El Tribunal, luego de transcribir la leyenda que tiene cada una de las veinte fracciones en que está dividido el billete de la Lotería Extraordinaria de Barranquilla, hace consideraciones, en pasajes de su providencia, que por su interés se copian a continuación:

"Es el de lotería un juego autorizado y reglamentado por la ley en beneficio de los Departamentos como una especie de auxilio para que atiendan a la beneficencia pública, es por ello un juego lícito, por serlo da acción (artículo 95 de la ley 153 de 1887) para exigir el pago del billete que salga premiado por las vías establecidas por la ley procesal, y una de éstas es la ejecutiva. aunque por tener mérito para esta acción el billete no alcanza a cobrar la categoría de un instrumento negociable, ni de un pagaré como algunos pretenden. No es un pagaré porque éste desde su origen contiene una orden incondicional de pagar determinada cantidad de dinero, especies o cuerpo cierto, y aquél, el billete de lotería premiado, no es más que un documento privado común que para adquirir exigibilidad de la obligación que contiene está sujeto a las condiciones siguientes: que juegue en el sorteo, y que en este salga favorecido el número en él determinado. La primera condición se demuestra con no tener el billete signo de anulación y la segunda con el acta o diligencia del sorteo en el cual aparece premiado el número que lo distingue de los demás billetes. El boleto o billete de lotería número 09028 presenta dos perforaciones circulares en cada una de las veinte fracciones y en su reverso ostenta la palabra ANULADO, escrita con lápiz-tinta rojo, con lo que demuestra en contra de su tenedor que el billete bien pudo no jugar en el sorteo por haberse anulado antes de verificarlo, salvo prueba en contrario producida en debate judicial más amplio como lo procuraría el juicio ordinario. Esta duda que le asiste a la Sala la deduce del artículo 1764 del Código Civil, reforzada por una sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá que en su parte pertinente dice así: 'Como el deudor que paga su deuda o parte de ella se suele contentar a veces con que el acreedor anote el pago en el mismo título del crédito, dispone la ley que el escrito puesto por el acreedor al pie, al margen o al dorso de un instrumento público o privado que conserva o ha conservado en su poder, hace fe aunque no esté firmado ni fechado por él mismo, salvo empero su derecho a probar que no puso el escrito sino por error, sorpresa o dolo. También hace fe dicho escrito en el caso de que haya sido puesto por un tercero y aun por el mismo deudor, con tal que el instrumento en que se halle no haya salido nunca de

manos del acreedor, pues para ello, esto es, sin haber recibido lo que él menciona (sic), siendo de su cargo el probar la pérdida o extravío del documento si quiere alegar que el escrito liberatorio puesto por un tercero es fraudulento.' Esta presunción legal creada por la ley a favor del deudor no puede ser destruída dentro de la vía escogida para hacer efectiva la obligación contenida en el billete de lotería perforado y con la leyenda "anulado", sino en un debate judicial más amplio, es decir, por la vía ordinaria. No está de más advertir que la Sala, como lo ha expuesto anteriormente, no se está refiriendo a la calidad de la obligación, que se trata de hacer efectiva por la vía elegida, sino a que dicha obligación, por la circunstancia anotada, bien pudiera haber dejado de tener existencia por la palabra "anulado" escrita a través del boleto y por las perforaciones que ostenta, pues establece la presunción de que si existió se ha extinguido por la voluntad del acreedor, según el precepto del artículo 1764 del Código Civil, es decir, que denuncia la liberación de la obligación, o, por lo menos, crea la duda (sic) que ésta hubiera llegado a tener existencia y hacerse exigible con haber salido favorecido en el sorteo por haber jugado dicho billete número 09028. Para la Sala este hecho de que el billete jugara en el sorteo no es claro, mucho menos si se tiene en cuenta el contenido del artículo 5º de la ley 112 de 1943. El acta o diligencia del sorteo extraordinario, celebrado en Bogotá el día 3 de julio de 1945, está autorizada por el doctor Jorge Herrera Londoño, en su carácter de revisor Municipal de Juegos; por el doctor Eduardo Medina, Personero Municipal de Barranquilla, en representación de la ciudad; por el doctor Mariano Rincón, Auditor Fiscal de Cundinamarca, en representación de la Contraloría General de la República; por el señor Merizalde Reyes, en representación de Gaviria Merizalde y Compañía; y por dos testigos cuyas firmas no se han podido descifrar o leer. En manuscrito —se anota porque el acta está escrita en máquina— se dice que el doctor Francisco J. Arévalo presidió el sorteo a nombre del Alcalde de Bogotá, pero su firma no aparece en el acta. No hay constancia en autos del motivo por el cual el sorteo se verificó en Bogotá y no en Barranquilla por la Junta creada por la ley para ese efecto, por cuanto así lo expresa terminantemente el artículo 1º de la ley 112 de 1943, ni quiénes constituían esa Junta por delegación o designación directa del Gobernador, del Alcalde de Barranquilla, del Concejo de Barranquilla, de la Cámara de Comercio y de los Bancos de la misma ciudad, ni documento ninguno que demuestre que éstos tenían la capacidad legal para delegar sus facultades, lo cual no es claro si se tiene en cuenta que la disposición en cita sólo los facultaba para "organizar" el sorteo extraordinario en la forma que la Junta estime conveniente, no dice como se ve, que para delegar esa facultad en otra Junta o personas distintas; de aquí que no pueda menos de concluírse que el acta no es prueba siquiera sumaria de la validez del sorteo, sino simplemente de que éste se verificó en la ciudad de Bogotá el día 3 de julio de 1945, y que en ese sorteo salió favorecido el número 09028. Es de anotar además que la fecha del sorteo de conformidad con la ley 112 de 1943 debía verificarse en uno cualquiera de los días del segundo semestre del año de 1944, y que por disposición de la ley 10 de 1944, vino luego a prorrogarse esa fecha hasta el 30 de junio de 1945, vale decir que el sorteo efectuado después de esa fecha traspasó los límites de la autorización legal para verificarlo; se repite, en los autos no obra ninguna diligencia o documento, ni siquiera se señala, que demuestre esa autorización, y que permita apreciar qué fuerza legal pudiera tener en contraposición al mandato expreso y limitativo de la ley en referencia. El acta expresa la verificación del sorteo extraordinario en Bogotá ante personas que no se tiene noticia fueran delegadas para ese acto por los miembros de la Junta de la Lotería de Barranquilla por lo menos. No hay constancia en ella de ese hecho importante, y al referirse al Personero dice que "en representación de la ciudad", quien no es miembro nato de la Junta, según el artículo 4º de la ley 112 citada; y como no denuncia dicha acta que procede de la Junta de la Lotería de Barranquilla por autorización expresa de ésta, no hay prueba siquiera sumaria de este hecho sino que se verificó en la fecha ya mencionada y que en ese sorteo salió favorecido con el premio mayor el boleto número 09028. No tiene este documento el mérito de plena prueba del sorteo por que no es un documento auténtico emanado de la Junta de Lotería de Barranquilla que esté autorizada legalmente para verificarlo, porque no aparece que procede de ella, según el artículo 632 del Código Judicial, y como documento privado tampoco tiene mérito de plena prueba de su contenido por no estar reconocido por los que lo firmaron, sino de prueba sumaria según el artículo 647 de la misma obra. Quien tiene la a

bución de efectuar el sorteo extraordinario de la Lotería de Barranquilla es la Junta creada por la ley 112 de 1943 —artículo 1º— y sólo por delegación de ella —si es que podía legalmente darla— podían celebrarlo los que lo verificaron, pero nada de esto consta en autos".

El señor apoderado de la parte apelante al sostener las peticiones del Departamento en extenso alegato presentado ante la Corte advierte que son dos las exigencias legales de la acción ejecutiva consagradas en el artículo 482 del C. J.: a) **formales,** referentes al título en que consta la obligación, como documento; y b) **sustanciales,** referentes al título como declaración. Estima que desde el punto de vista **formal,** el documento en que consta el crédito debe provenir del deudor o emanar de una decisión judicial que deba cumplirse, y tener legalmente el mérito de plena prueba; y que las exigencias **sustanciales** de la ley se refieren al título como declaración en cuanto de él debe resultar a cargo del demandado una obligación expresa, clara, y actualmente exigible de pagar una cantidad líquida de dinero.

Observa además el señor apoderado que nadie ha puesto en duda que el billete premiado número 09028 proviene del deudor, y que por esto llena los requisitos **formales** enunciados; y que es evidente que a simple vista, del título como declaración resulta a cargo del municipio una obligación expresa, clara y actualmente exigible de pagar una suma líquida de dinero, pues al emitirse por el municipio —entidad oficial— el billete, se contrae una obligación con el portador de pagarle la cantidad que en él se expresa en un guarismo determinado; y que esa obligación es exigible por la sola publicación de las listas del sorteo.

Agrega el señor apoderado que según los tratadistas modernos de derecho procesal el "título ejecutivo representa una simplificación impuesta por el interés general a la rapidez de las ejecuciones, sin que ello signifique que falta en absoluto en el funcionario ejecutor el conocimiento; pero este conocimiento tiene por objeto simplemente la existencia de un documento que tenga las características exteriores del título ejecutivo... es cualquiera declaración que tienda a reconocer la actual existencia de la obligación es tarea que compete al deudor mediante la oposición." Dice también que en este caso no se trata siquiera de "una pretensión discutida sino de una prestación insatisfecha", pues el Municipio de Barranquilla por conducto de la Gerencia de la Lotería giró el cheque correspondiente para hacer el pago al Departamento acreedor, pero que el representante de la Contraloría General de la República, cumpliendo órdenes de su superior jerárquico, se negó a autorizar, dejando incompleto en esa forma el instrumento de pago.

Para el señor Procurador un billete de la Lotería presta mérito ejecutivo, en términos generales, pero para el caso concreto de autos, y con fundamento en las razones que adujo el Tribunal, no puede admitir que el que se presenta sirva de recaudo ejecutivo.

Antes de entrar la Corte en el examen de las razones expuestas en el auto que se revisa y de las que expresan el apoderado del Departamento del Atlántico, así como el Procurador Delegado en lo Civil, estima conveniente advertir que no ha de detenerse en el análisis del contrato celebrado entre el Departamento citado y el Municipio de Barranquilla, sobre compra de billetes de la Lotería Extraordinaria, ni en el de las resoluciones dictadas por la Contraloría General de la República, u oficinas de su dependencia, porque a juicio de la Sala ninguna consecuencia válida jurídicamente pueden tener el contrato o las resoluciones en lo que se refiere al procedimiento ejecutivo de que trata la presente acción: Porque el mandamiento de pago debe concederse o debe negarse teniendo en cuenta tan sólo los documentos que constituyen el título para la ejecución, y no otros documentos que acrediten hechos con los cuales pueda discutirse en el fondo la obligación que se pretende ejecutar. Para el mandamiento de pago sólo procede considerar el título en que se basa, contemplado a la luz de las exigencias previstas en las disposiciones pertinentes de la ley procesal.

En el caso sometido al estudio de la Corte los documentos aducidos para solicitar la orden de pago con el billete 09028 de la Lotería Extraordinaria de Barranquilla, que tiene al frente de cada una de sus fracciones la expresión "Pagadero al portador.—Caduca a los 90 días", y al respaldo el plan del sorteo con indicación de cuál es el monto del premio mayor y cuál el de las aproximaciones y el de los premios secos, y el acta del sorteo de la misma Lotería. En ésta se explica que el sorteo tuvo lugar en Bogotá el día 3 de julio de 1945, en el Capitolio Nacional, con la intervención del Personero Municipal de Barranquilla, del Auditor Fiscal de Cundinamarca, en representación de la Contraloría General de

la República, del Revisor Municipal de Juegos y de otras personas; el procedimiento que se siguió para efectuar el sorteo, y la indicación de los números que salieron favorecidos. A esos dos documentos, el billete de la Lotería y el acta del sorteo, ha de contraer la Sala el examen que requiere la resolución que haya de adoptarse para decidir de la apelación.

Por lo que mira al billete de la Lotería, el auto del Tribunal le hace dos reparos: que presenta dos perforaciones circulares en cada una de sus fracciones y que en su reverso tiene la palabra **anulado**, escrita con lápiz de tinta roja, con lo que se demuestra "que el billete bien pudo no jugar en el sorteo por haberse anulado antes de verificarlo, salvo prueba en contrario producida en un debate judicial más amplio como lo procuraría el juicio ordinario", y se apoya el Tribunal en lo dispuesto en el artículo 1764, del C. C. La Corte estima que no se ha configurado en el caso de autos la presunción del artículo 1764, de donde resulta que no proceden las deducciones que se sacan de esa apreciación. Y no se configura la dicha presunción porque los elementos necesarios para que ella se forme no aparecen demostrados. En efecto: no hay prueba de que la palabra **anulado** haya sido escrita en el billete por el acreedor o sea el Departamento, ni está autorizada con la firma de un representante de esa entidad. Estos requisitos que no se han llenado los exige el artículo 1764, por lo que fluye de sus términos, corroborado además por la interpretación que de él han hecho los comentadores de nuestra ley civil, entre ellos don Fernando Vélez, cuando dice: "Los dos primeros incisos de este artículo se refieren a dos casos diferentes, y el tercero a una regla aplicable a ambos: Primer caso. La nota escrita, aunque no esté firmada por el acreedor, aunque la escriba otro, en cualquier parte de un pagaré, bien sea escritura pública o privada, hace fe en todo lo favorable al deudor, siempre que se reúnan estas dos condiciones: a) que si la nota no está firmada, haya sido escrita por el mismo acreedor y no por otra persona; y b) que la escritura siempre haya estado y esté en poder del acreedor".

Como del propio billete de la Lotería que se presenta para el cobro del premio no aparece que la palabra "anulado" hubiese sido escrita en él por el representante del Departamento ni está firmada por éste, y como además el billete no estuvo siempre en poder del acreedor, la presunción que consagra el artículo 1764 no se halla cons tuída, y por consiguiente no existe el apoyo q el auto del Tribunal le da a su decisión con b en el artículo 1764 del C. C.

Además debe advertirse que la palabra "an lado" escrita sobre el billete de la Lotería no s nifica, ni puede significar dadas las circunsta cias propias del caso contemplado, lo que ordir riamente demuestran expresiones de esa clase, les como **cancelado, pagado, no vale,** que se locan sobre un documento que contiene una ob gación de pagar una suma de dinero, y que in can que la obligación se satisfizo con el pa Aquí la palabra "anulado" no es indicativa de berse satisfecho la obligación, ya que el bill de la Lotería se presenta para reclamar con a yo en él una orden judicial de pago y porque municipio admite que el billete 09028 no se pagado. De esta consideración se deduce razon blemente que la importancia de la palabra "an lado", en el billete de Lotería, no es la que diera tener si el billete se hubiese pagado. tal hipótesis su significación sería mucho may y fácilmente se llegaría por el Juez, con base esa palabra, a negar el mandamiento ejecuti No sucede lo mismo tratándose como aquí o rre de la colocación de la palabra mencionada bre el billete cuando éste se ha **anulado** o can lado por el pago. La palabra "anulado" tiene este caso un sentido que no es el predetermi do en las leyes concernientes a la cancelación pago de ciertas obligaciones, y por ello es de p importancia por lo que mira a la presunción p batoria que con fundamento en tal palabra diera alegarse contra la validez del billete co título. La presunción contra dicha validez a rece muy debilitada.

No teniendo la palabra "anulado" la trasc dendencia que de ordinario tienen expresiones mo ésta en los documentos que consignan obli ciones de pago, y no reuniéndose tampoco res to de ella las calidades previstas en el artí 1764 del C. C., es lo natural no atribuírle a vocablo el poder suficiente de sembrar en el mo del juzgador una duda que fuese bastante ra inhibirlo del deber general que tiene de cretar el mandamiento de pago que procede pachar ordinariamente cuando se presentan a bro en juicio ejecutivo billetes de lotería que resultado favorecidos en un sorteo.

Con relación a las perforaciones que osten billete no es necesario hacer consideración di ta a la de que el auto que se revisa tan sólo m

ciona esa circunstancia de las perforaciones sin deducirle consecuencias de ningún género. Y la de que esas perforaciones por sí solas no forman una tacha que invalide el documento a la luz de ninguna disposición legal, cuando como ocurre en el presente caso. tales perforaciones no afectan en parte sustancial el documento, como sería si las cifras del billete estuviesen perforadas y no se pudiese leerlas. Posiblemente las perforaciones puedan tener una explicación a la luz del contrato celebrado entre el Departamento del Atlántico y el Municipio de Barranquilla; pero ya se dijo que ese convenio no puede ser tenido en cuenta por la Corte al proferir la presente decisión.

En cuanto al acta o diligencia de sorteo, el auto del Tribunal formula los reparos de que da cuenta la transcripción que de lo pertinente se hizo: que no está claro por qué el sorteo se verificó en Bogotá y no en Barranquilla, ni el poder que tuviesen los miembros de la Junta creada por la ley 112 de 1943 para delegar facultades, de donde infiere el Tribunal que el acta no es prueba siquiera sumaria de la validez del sorteo. Sin embargo, encuentra la Corte, como el Tribunal también así lo admite, que el acta es prueba "de que éste (el sorteo) se verificó en la ciudad de Bogotá el día 3 de julio de 1945, y que en ese sorteo salió favorecido el número 09028". Además el Tribunal anota que el sorteo se verificó después de la fecha que para efectuarlo señaló la ley 10 de 1944.

La Corte observa que los reparos del Tribunal al acta del sorteo de la lotería, referentes a la delegación que hiciera la Junta creada por la ley 112 de 1943 y a la fecha en que se hizo el sorteo, constituyen objeciones que miran al fondo de la obligación, a la nulidad o inexistencia de uno de los documentos que forman el título ejecutivo, sobre cuya discusión no es llegada aún la oportunidad, porque ella aparejaría la producción de pruebas y contrapruebas y su examen, y ello es impropio del estado actual del juicio y oportuno para que se discuta o controvierta como hecho excepti vo el incidente respectivo, al proponerse y tramitarse como excepción.

El acta del sorteo, como el Tribunal lo reconoce, así atestigua que él se verificó el día 3 de julio de 1945 y que en él resultó favorecido el billete número 09028 que se ha presentado para demandar la orden ejecutiva de pago. Lo que es importante para que esta petición prospere, desde el punto de vista del acta en cuestión, pues en el incidente de excepciones, si se propusiere, por el demandado, pueden considerarse los hechos que se sugieren como indicativos de la nulidad del título ejecutivo por la ineficacia o nulidad del acta del sorteo.

Los billetes de loterías oficiales, como la Lotería Extraordinaria de Barranquilla, creado por mandato de leyes, expedidos los billetes con control oficial y sorteados de la misma manera ante autoridades y funcionarios públicos, son documentos públicos, lo mismo que las actas de sorteo producidas con el lleno de los requisitos correspondientes, porque reúnen las calidades que para tenerlos como tales exige la ley. Por eso puede afirmarse que un billete de lotería de esta clase, junto con el acta de sorteo en que aparece favorecido, reviste el carácter de título ejecutivo.

—/

El señor apoderado especial del Departamento en escrito presentado a la Corte pide que por medio de una articulación se declare nulo lo actuado en este juicio " a partir de la solicitud del Fiscal en su escrito número 333 de fecha ocho de septiembre de 1945 hasta los autos de veintinueve de octubre y del veintitrés de noviembre del mismo año, incluyendo el trámite del incidente".

Se refiere esta solicitud a la nulidad de los autos desde que intervino en el juicio el señor Fiscal, alegando para sustentar esta pretensión que es el Personero Municipal y no el Fiscal quien debe llevar la representación del Municipio en juicio ante el Tribunal.

Los autos del veintinueve de octubre y del veintitrés de noviembre aludidos dispusieron respectivamente: "Por tanto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla..... **DECLARA nula toda la actuación en este negocio,** a partir del auto de fecha veintisiete de agosto próximo pasado, inclusive, con el cual se inicia el presente juicio ejecutivo que el Departamento del Atlántico sigue contra el Municipio de Barranquilla". Y. "De aquí que la Sala de decisión del Tribunal Superior..... administrando justicia en nombre de la República de Colombia..... **NO ACCEDE** a la reposición de su providencia de fecha **veintinueve de octubre** de mil novecientos cuarenta y cinco". (Subraya la Sala). Es decir: el Tribunal declaró el 29 de octubre nulo el juicio ejecutivo, inclusive el auto que lo inició; y negó la reposición de la providencia que decretó esa nulidad.

En primer lugar se observa que el señor apoderado solicita que se decrete la nulidad de una

actuación que ya fue declarada nula por el Tribunal y que las providencias que así lo decretaron están ejecutoriadas. Y en segundo lugar que la actuación en referencia pertenece a un juicio distinto del que ahora conoce la Corte, pues a virtud de la nulidad de que se hace mérito feneció el juicio ejecutivo y el señor Gobernador del Departamento solicitó nuevamente que se librara mandamiento de pago, petición que fue resuelta por el Tribunal el 14 de febrero de 1946, que es la que ha subido en apelación, y de que ahora conoce la Corte.

No es pues oportuno considerar la solicitud sobre nulidad, pues ella se refiere a actuaciones surtidas dentro de un juicio que fue anulado y que no está al conocimiento de la Corte.

También ha llegado a la Corte en apelación una providencia por medio de la cual el Tribunal se negó a reconocer al doctor Carlos García Solano como apoderado especial del Municipio de Barranquilla.

Esta providencia recayó sobre un memorial presentado por el doctor García Solano en que pedía se hiciera ese reconocimiento porque a pesar de que ya había sido hecho por el Tribunal antes de que se decretara la nulidad del juicio, el señor apoderado especial consideró que, al haberse decretado esa nulidad, que lo fue de todo el juicio, el auto que lo había reconocido como apoderado había quedado nulo también. Pero el Tribunal, al considerar la nueva solicitud estimó que el Municipio había conferido poder al doctor García Solano "para que represente al Municipio como su apoderado especial en el juicio ejecutivo que ante ese Tribunal adelanta el Departamento del Atlántico contra el Municipio de Barranquilla (sorteo extraordinario) hasta su definición...", y que el juicio a que se refiere el poder terminó con la nulidad decretada por petición del Fiscal, y la solicitud del doctor García Solano se ha hecho en un nuevo juicio, pues el Gobernador del Departamento, doctor Pumarejo, presentó una nueva demanda ejecutiva que es la que está surtiéndose en la actualidad.

La Sala observa que es jurídica la providencia del Tribunal pues ella se dictó en presencia de la situación que arriba se deja relatada. El poder conferido por el Municipio al doctor García Solano lo fue para la actuación que se está adelantando ante el Tribunal y ella feneció con la n lidad decretada. Pero se observa que la entid demandada ha ratificado ante la Corte el pod primitivamente conferido y lo ha ampliado en l términos de que habla el escrito que aparece folio 106 del cuaderno de la Corte. Esta ratific ción implica el deseo expresamente manifesta de que el doctor García Solano sea representan del Municipio de Barranquilla, y hace referenc concretamente a la actuación que se ha veni adelantando ante la Corte Suprema. En vista esta consideración, y estando autorizadas las e tidades de derecho público para constituír apod rados especiales cuando así lo requiera la defe sa de sus intereses, dada la calidad del negoc y siendo el que aquí se decide, por su cuantía, indudable importancia para los intereses fiscal del Municipio, debe revocarse la providencia q negó el reconocimiento y aceptarse la represe tación especial del Municipio.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia, resuelve l apelaciones interpuestas en este juicio así:

Primero.—REVOCASE el auto dictado por Tribunal el 4 de febrero de 1946, y en su lugar dispone: Líbrese mandamiento de pago a fav del Departamento del Atlántico contra el Mu cipio de Barranquilla —Lotería de Barranquill (Sorteo Extraordinario) por la cantidad de d cientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00) n neda legal. El Tribunal Superior de Barranq lla intimará en forma legal el pago de la exp sada suma al representante en el juicio de di Municipio.

Segundo.—REVOCASE la providencia dict por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Barranquilla el 30 de noviembre de 1945, que accedió a reconocerle personería al doctor C los García Solano como apoderado especial Municipio de Barranquilla.

Tercero.—No hay lugar a ordenar el trámit la articulación pedida.

Notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese la GACETA JUDICIAL.

Germán Alvarado C.—Aníbal Cardoso Ga (Con salvamento de voto) **Víctor Cock—Ra Miranda.** — (Con salvamento de voto) **Eleu Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta,** Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES VICTOR COCK Y ELEUTERIO SERNA R.

Brevemente habremos de expresar en seguida las razones que nos han determinado a no consignar voto afirmativo respecto a la decisión que trae el fallo precedente de la Sala, en cuanto en él se libra mandamiento de pago, a cargo del Municipio de Barranquilla, y a favor del Departamento del Atlántico, por la suma de doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.00.00).

El artículo 982 del Código Judicial enumera los requisitos sustanciales y de forma que deben reunir el crédito y el documento que lo constata y que los hacen idóneos para lograr, a su presentación, y sin audiencia previa de la parte ejecutada, orden inmediata de pagar, dejando por lo demás a cargo del ejecutado, esto es, precisamente el demandado, la necesidad de dar la prueba añadera a su defensa.

Se exige, en cuanto al documento mismo, que ..provenga del deudor o de su causante y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba con- él..."

Y en cuanto a la existencia y naturaleza misma la obligación, exige que de las voces de tal trumento "resulte a cargo del demandado una igación expresa, clara y actualmente exigible hacer... o de pagar una cantidad líquida de ero".

hora bien: se parte en este negocio del preuesto de que el instrumento presentado —un ete de lotería, complementado por un acta de eo— procede del deudor ejecutado, o sea del icipio de Barranquilla; y que es tenedor del no el Departamento del Atlántico, entidad figura como ejecutante.

rge, empero, el siguiente interrogante: ¿Cons- en ese documento una obligación **expresa, y actualmente exigible** de pagar una suma nero?

el billete de lotería, y en caracteres noto- de legibilidad perfecta, al través y al dorso l documento, aparece la palabra "anulado", ra que, todo induce a creerlo, fue puesta allí feso. Y por cuatro veces fue estampada a de cubrir en su integridad las fracciones e se divide el billete.

Se trata de un instrumento al portador. El auto de la Corte así lo declara. Y es bien sabido que en un instrumento al portador, el crédito se objetiva en forma tal que llega a confundirse con el instrumento mismo, es decir, con el documento escrito que le da forma y que le imprime características jurídicas propias.

Tal instrumento es objetivamente considerado como un bien, como una cosa llamada a ser materia de transacciones mediante la entrega material de aquél; y de ahí que las características propias de la deuda deban aparecer del instrumento respectivo.

Mas si un instrumento al portador lleva al propio tiempo la palabra "anulado", es imposible aceptar que la obligación allí mismo incorporada sea una obligación "clara y exigible", a menos de que haya de admitirse que la palabra "anulado" carece de significado en el léxico jurídico.

Es obvio que, **prima facie** al menos, indica ella que el instrumento al portador que la ostenta contiene una advertencia de que se le tenga como carente de valor y de vigencia.

Advertencia dirigida al público y también al Juez de quien se llegue a solicitar que libre, con base en tal instrumento, mandamiento de pago por la vía ejecutiva.

En verdad pudiera aceptarse ahora que se ignora quién hubo de ser la persona que estampó tan trascendental palabra en el instrumento en estudio. No da el ejecutante en su demanda explicación alguna a este propósito, no obstante la gravedad de la ocurrencia. No ha de darla el demandado antes de ser librado por el Juez el mandamiento de pago, puesto que legalmente ha de dictarse éste sin la audiencia previa de aquel demandado.

Pudo haberla estampado el deudor, o bien lo hizo el acreedor, o un tercero. El ejecutante, esto es el demandante, a quien corresponde además el papel de acreedor, era el llamado a dar la explicación pertinente en su demanda, por ser él precisamente quien se halla interesado en la acción. En todo caso, a falta de esta explicación del demandante, y a falta de su protesta propia

si la palabra "anulado" hubo de ser escrita en el papel al portador por quien carecía de derecho para hacerlo, ocurre que la presunción, o razonable creencia, aparece entonces en el sentido de que tal palabra hubo de ser colocada allí por quien tenía facultad para hacerlo, es decir, que lo fue de manera regular, correcta; y, eficaz por consiguiente.

Y si el documento al portador es en principio un bien, mas ese bien aparece con la contramarca de que se halla desprovisto de todo mérito, de que es un objeto inútil, o en otras palabras, de que carece a la vez de valor jurídico y económico en cuanto estuvo en posibilidad de contener y pregonar la existencia de un crédito y de la deuda correlativa, en manera alguna puede el juez reconocerle mérito ejecutivo contra quien respecto a la acción ejecutiva no ha sido previamente oído, ni legalmente está llamado a serlo previamente, acción ejecutiva que, en el caso actual, ha sido instaurada por el supuesto acreedor con base en el documento anotado.

Y resulta así un punto obscuro, no desvanecido aún legalmente en este asunto en el momento de proveer el auto ejecutivo, momento en cuya presencia se halla la Corte.

Vistas así las cosas, a la obligación a cargo del Municipio y al correspondiente crédito a favor del Departamento, ni remotamente se les puede reconocer, aquí y ahora, los atributos de "claridad y exigibilidad" a la vez. Y por consiguiente mal puede venir un mandamiento de pago por la vía ejecutiva.

Nos permitimos creer, con toda atención, para la mayoría de la Sala, que las anteriores breves razones son bastantes para fundar nuestro voto disidente.

Bogotá, julio 22 de 1947.

Víctor Cock—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Llinás Pimienta, Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO EJECUTIVO RECLAMADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre siete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Procurador Delegado en lo Civil interpuso recurso de reposición contra el auto proferido por esta Sala de la Corte el 24 de julio último, que revocó otro del Tribunal Superior de Barranquilla y dispuso librar mandamiento ejecutivo contra ese municipio, como se solicitó en la demanda presentada por el Departamento del Atlántico, y dispuso además, revocando otro auto del inferior, reconocer como apoderado especial del Municipio de Barranquilla al doctor Carlos García Solano. Tramitado el incidente ha llegado la oportunidad de decidir. El recurrente presenta varias observaciones señaladas de la 1ª a 10ª. La Sala las considera en el mismo orden en que se oponen.

1ª Dice el Procurador que el hecho de que el billete se haya anulado y perforado lo hace por lo menos dudoso y oscura la obligación. Se contesta: las perforaciones no le restan claridad al billete, como se explicó en el auto de la Sala. La palabra "anulado" sí da lugar a varias consideraciones expuestas ya en el auto que se revisa, y que ahora se amplían en los puntos siguientes.

a) Que si la palabra "anulado" fue escrita por el deudor, le resta todo valor al documento, porque éste debe provenir del deudor y la anulación significa que no lo autoriza, es decir que no proviene lícitamente de él; y si la palabra se colocó por el acreedor, hace plena fe en favor del mismo deudor. En ambas hipótesis la palabra le quita al documento todo su valor como título ejecutivo. Se observa que ambas son **hipótesis**, y sobre hipótesis no se puede fundar la decisión de librar el mandamiento de pago. Pueden ser verdaderas, la una o la otra, pero hay necesidad de comprobar la que sirva de base para definir el criterio del Juez.

b) Que el sorteo se celebró después de la fecha señalada en la ley 112 de 1943. Evidentemente así es, pero, como se dice en el auto, esta observación se dirige a la validez de la obligación en su fondo, y la discusión sobre ello no es todavía oportuna al librarse o negarse el mandamiento ejecutivo.

4ª Pide que se tengan en cuenta las Resoluciones de la Contraloría y el contrato entre el Departamento y el Municipio porque tienden a aclarar las dudas sobre el título. Nada hay que agregar a lo dicho en contrario por la Sala, advirtiéndose sí que el contrato y las Resoluciones no vinieron al juicio acompañando el billete de Lotería y el Acta de sorteo. Argumenta el Procurador que sólo el billete debería tenerlo en cuenta la Corte, y no el acta del sorteo, para ser lógica. Se contesta: la naturaleza del título hace que él se configure por dos elementos que son el billete y el acta del sorteo en que resulte favorecido; hay un vínculo necesario entre tales elementos; un billete por sí solo nada vale si no se acompaña de la prueba de haber resultado favorecido en el sorteo. No ocurre lo mismo con los otros elementos, las Resoluciones de la Contraloría y el contrato, que no tienen esa vinculación con el billete.

5ª Pregunta el Procurador que cómo sabe la Corte si la palabra "anulado" no fue escrita por el Departamento o por otra persona con autorización de éste, y si el documento estuvo siempre en poder del Departamento; que éste pudo tener siempre el billete en su poder; que si la palabra fue escrita por el Municipio, el Departamento recibió inicialmente un documento ya anulado, que no iba a jugar en el sorteo, por haberlo anulado la entidad organizadora de él. Resume la observación diciendo que si la nota fue escrita por el acreedor, es aplicable el artículo 1764, y si por el deudor, o por un tercero autorizado, el documento carece, **ab initio**, de todo valor por no provenir lícitamente del deudor. Se contesta: Los interrogantes del Procurador están demostrando que se hace necesaria una comprobación en el particular, para saber a qué se puede llegar sobre el origen de la palabra "anulado" colocada sobre el billete. Y antes de librarse el mandamiento, no son procedentes estas demostraciones que exigen pruebas.

6ª Que la palabra "anulado" algún significado

debe tener; que si no significa el pago, tiene que significar "que fue anulado antes del sorteo", es decir que no jugó en él. Se contesta: No se sabe cuándo se colocó la palabra "anulado" sobre el billete, si antes o después del sorteo; y, si esa palabra demostrara la **anulación del billete**, no hay motivo para deducir si esa anulación se produjo antes del sorteo. El argumento se basa en una petición de principio: para demostrar que el billete está "anulado", se afirma que está "anulado". No se sabe qué significa la palabra "anulado", porque no se sabe quién la puso ni cuándo; y porque para que tenga valor esa palabra según la ley, se requieren las circunstancias previstas en el artículo 1764 del Código Civil, especialmente que esté establecido que la palabra la colocó el acreedor y la firmó aquél; la simple palabra "anulado" no lo demuestra: no es pues una anulación del documento.

7º Presenta reparos consistentes en que el sorteo se celebró en Bogotá, y no en Barranquilla, sobre los funcionarios que lo presenciaron, sus facultades para actuar, todo ello referente al acta del sorteo. Admite como lo afirma la Corte "no es llegado el momento de estudiar a fondo todas las circunstancias en que se desarrolló el sorteo", pero observa que todas éstas son cuestiones que le quitan claridad al título. La respuesta a la observación la da el mismo observante al reconocer que no es el momento de estudiar las circunstancias en que se desarrolló el sorteo.

8ª Insiste en que la Corte debe considerar y reconocer efectividad a las disposiciones de la Contraloría, conforme a las cuales no debe aceptarse el pago de ningún premio cuyo billete esté perforado, que las Resoluciones de la Contraloría explican el hecho de las perforaciones, y que según ellas, como el billete no fue vendido válidamente, fue perforado, y por lo mismo no jugó en el sorteo. Ya la Sala observó que el hecho de las perforaciones, por sí solo, no afecta la claridad del título; el valor de la obligación sí puede tener relación con las perforaciones, pero sobre la validez de la obligación no es dable discutir, como también ya se dijo, antes del proceso de las excepciones.

9ª Que el juzgador debe atenerse al texto íntegro del documento y que si una parte pretende establecer algo contrario a lo que en él consta, tiene que probarlo; que el billete presentado como título dice "anulado", por lo cual el Juez tiene que dar por establecido que el documento se halla anulado, como en él se expresa, mientras no se demuestre plenamente lo contrario, y que el Departamento no suministró tal prueba, que no acreditó que no estaba válidamente anulado. Parte el argumento del hecho de que el billete está "anulado." Precisamente el billete no está "anulado" como se observó en el punto 6º. Tiene una palabra sobre cuyo significado el Procurador hace conjeturas o hipótesis que no se han demostrado.

Respecto de las observaciones del señor Procurador Delegado en lo Civil a que se contraen los numerales anteriores cabe observar, de un modo general, lo que acerca de algunas queda dicho concretamente: que los interrogantes que ellas producen hacen necesaria una comprobación que no es procedente antes de dictarse mandamiento de pago y que es propia del proceso exceptivo.

10ª La Procuraduría no encuentra fundado el auto de la Corte en la revocatoria del que se negó a reconocer como apoderado especial del Municipio de Barranquilla al doctor Carlos García Solano.

Se funda el señor Procurador en dos razones principales: a) El poder que quiere hacer valer el doctor García Solano le fue concedido para actuar en "un juicio ejecutivo que hoy no existe", pues el juicio anterior fue anulado y el Tribunal consideró que el poder no operaba dentro del que se inició con la nueva demanda presentada por el Gobernador; y b) Corresponde a los Alcaldes, según el artículo 173 del C. J. celebrar los contratos para la representación en juicio del Municipio cuando haya lugar a que éste tenga un representante especial; y por tanto, es el mismo Alcalde quien debe conceder el poder respectivo. "Pero —agrega el señor Procurador— si se acepta que es el representante judicial de la entidad pública quien debe otorgar el poder, ocurre que el Personero no es el representante legal del Municipio ante el Tribunal" sino el Fiscal.

a) Observó la Sala en el auto reclamado, que fue jurídica la providencia del Tribunal, dictada ante la situación que entonces se contempló, pues la nulidad que se decretó de la actuación incluía todas las providencias que en ella se habían dictado entre las que se encontraba la que había aceptado al doctor García Solano como apoderado especial del Municipio. Pero la situación contemplada por la Corte es diferente. La nueva demanda ejecutiva fue presentada por el Gobernador el 26 de noviembre de 1945, y el poder que la Corte ha reconocido le fue concedido al doctor García Solano, por el Personero Municipal de Barranquilla el 28 de mayo de 1946, y llegó

Corte el 1º de junio del mismo año. Y no puede decirse como lo afirma el señor Procurador, que el poder hace referencia a la actuación anterior ya anulada, pues él se otorgó como consecuencia del Acuerdo número 35 de 1946 (mayo 27), es decir mucho después de haber sido anulado el primer juicio ejecutivo, y cuando ya el Gobernador del Departamento había presentado la nueva demanda. Y el Personero de Barranquilla advierte en su escrito que el juicio a que se refiere "actualmente se encuentra ante la Corte Suprema de Justicia en recurso de alzada." Y aunque es verdad que tanto el Concejo en el Acuerdo como el Personero en su escrito sólo hablan de ampliación en el sentido de sustituír, ratificar lo actuado y desistir, no puede entenderse que estas facultades se conceden para un juicio inexistente o para una actuación muerta, sino por el contrario que reviven las que se habían conferido anteriormente, con mayor razón si se tiene en cuenta que expresamente se menciona la actuación que ha sido en recurso de alzada ante la Corte Suprema de Justicia. De otra manera sería inexplicable la expedición del Acuerdo Municipal y el otorgamiento de las nuevas facultades por el Personero.

b) Dice el artículo 145 del Código de Régimen Político y Municipal: "La administración de los bienes del Municipio está a cargo del Concejo, la representación del mismo corresponde al Personero Municipal; pero el Concejo puede conferir a cualquiera persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado".

El artículo 173 del C. J. dispone: "El Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser representados por apoderados en los litigios que sean parte sino en los casos en que por razón de la distancia o incompatibilidad de funciones o importancia excepcional del negocio u otro motivo legal, no pueden representar a dichas entidades los Agentes del Ministerio Público. En casos tales, puede el Gobierno, el Gobernador o el Alcalde respectivo, celebrar contratos con abogados especiales que representen a la respectiva entidad".

Dicen que son contradictorios los dos artículos. Pueden armonizarse las disposiciones de uno y otro. El 145 del Código de Régimen Político y Municipal le da al Concejo la administración de los bienes municipales, y la representación al Personero; igualmente atribuye al Concejo la facultad de conferir a cualquier persona "la representación del Municipio en cualquier asunto.". El 173 del C. J. al referirse al Alcalde, lo hace no como representante legal del Municipio. La atribución que en esta disposición se le confiere es para celebrar un contrato con la persona que ha de representar a esa entidad, para lo cual se le da autorización especial. Pero el Personero ha conservado la representación municipal, y el Concejo la facultad de "confiar a cualquier persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado." Es muy clara la actuación de los funcionarios: el primero celebra el contrato, y el segundo confiere el poder al contratista. Y no puede admitirse lo afirmado por el señor Procurador de que cuando los negocios judiciales se hallan en el Tribunal debe conferir el poder el representante judicial del Municipio ante aquél, o sea el Fiscal, pues la voluntad del Concejo de conferir poder a determinada persona no puede quedar subordinada al asentimiento de los Agentes del Ministerio Público ante los Tribunales.

Examinados, como lo han sido, los motivos que aduce el señor Procurador para fundar la reposición que solicita, y habiéndose encontrado por la Sala insuficientes para modificar el criterio en que se sustentó el auto objeto del recurso, ha de insistir la Corte en el matenimiento de éste. Por tanto, se niega la reposición pedida.

Notifíquese, e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Germán Alvarado C.—Aníbal Cardoso Gaitán. (Con salvamento de voto) **Víctor Cock — Ramón Miranda C.** (Con salvametno de voto), **Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta,** Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES VICTOR COCK Y ELEUTERIO SERNA R.

El auto precedente merced al cual la mayoría de la Sala niega la reposición interpuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil en relación con el auto ejecutivo de 24 de julio de 1947 dictado a favor del Departamento del Atlántico y a cargo del Municipio de Barranquilla, ofrece a los suscritos Magistrados una oportunidad de reafirmarse en los conceptos emitidos en su salvamento de voto anterior.

Tales conceptos no han sido siquiera controvertidos de manera formal en la nueva providencia acerca de cuyo contenido hubo de informarse, por segunda vez, la opinión de la mayoría numérica de la Sala.

Sea ante todo pertinente observar que, a nuestro juicio, es fundada la creencia de que en el caso actual la palabra "anulado" fue puesta en el billete de lotería por el propio deudor antes de la emisión o entrega del mismo y quitándole así todo valor.

Pero que aun en el supuesto de que hubiera podido ser colocada por el "acreedor" naturalmente con fines liberatorios de la obligación o por un "tercero", tal palabra que salta a la vista del Juez, constituye por sí fuente de duda manifiesta, y no lleva a la solución adoptada en este asunto por la mayoría de la Sala sino a la de negar la ejecución y remitir a las partes a un juicio ordinario en el cual haya de figurar como actora precisamente la que actualmente aparece como ejecutante, y como demandada la que en la actualidad aparece como ejecutada, y ya que aquélla ha presentado como título ejecutivo un documento altamente sospechoso.

Y en este juicio ordinario quedaría siempre del lado de la parte actora la carga de la prueba, es decir, de la prueba que el auto ejecutivo de la Corte ha hecho recaer sobre el ejecutado en el presente juicio.

De otro lado todas las explicaciones, distingos y reservas que en la providencia de la mayoría aparecen como respuestas a las objeciones presentadas por el señor Procurador Delegado en lo Civil, y especialmente acerca del valor que pueda tener la palabra "anulado", visible en el billete de lotería y acerca de la persona que hubiera podido tener acceso a él para estamparla, esto es, "deudor", "acreedor" o "tercero", demuestran con evidencia plena, a juicio de los firmantes de este salvamento de voto, que la existencia misma de la deuda es controvertible y dudosa, y al ser dudosa no suministra base para ordenar, sin fórmula de juicio, esto es, sin audiencia previa de la parte contraria, que tal parte pague su valor en calidad de sujeto pasivo de ella y haciéndole además la prevención aquella de que queda a su cargo el disipar la duda mediante la presentación de comprobantes.

En sentencia de 21 de agosto de 1895 del Tribunal Superior de Cundinamarca, la cual se cita aquí por la gran autoridad del jurista que figura como Magistrado ponente de ella y también por la manifiesta similitud doctrinal con el caso en estudio, se halla el siguiente pasaje que se acoge:

"Como el deudor que paga su deuda o parte de ella se suele contentar a veces con que el acreedor anote el pago en el mismo título de crédito exige la justicia que el escrito puesto por el acreedor al pie, al margen o al dorso de un instrumento público o privado, que conserva o ha conservado en su poder, haga fe, **aunque no esté firmado ni fechado por el mismo,** cuando tiene por objeto la liberación del deudor, como verbi gracia, **cuando expresa que ha recibido del deudor todo el importe de la deuda o alguna cantidad en buena cuenta;** salvo empero su derecho a probar que no puso el escrito **sino por error,** sorpresa o dolo. También hace fe dicho escrito en el caso de que haya sido puesto por un tercero, y aun por el mismo deudor, con tal que el instrumento en que se halle no haya salido nunca de manos del acreedor; pues se presume que éste no habría permitido que se pusiera, sin tener motivo para ello, esto es, sin haber recibido la cosa o cantidad de que en él se menciona; **siendo de su cargo** el probar la pérdida o extravío del instrumento, si quisiere alegar que en el escrito liberatorio puesto en él por una mano extraña es fraudulento, porque la pérdida o extravío es un acontecimiento que

se supone, antes, por el contrario, se presume que cada uno guarda sus títulos con cuidado".

En sentir de los Magistrados disidentes, el auto al cual se viene haciendo referencia, así como ocurre también con el anterior auto que en tal virtud queda en firme con los votos de la mayoría de la Sala, es violatorio del artículo 982 del Código Judicial que señala los requisitos que debe reunir el instrumento ejecutivo en cuanto a la existencia misma de la obligación, que ha de ser "expresa", "clara", y actualmente "exigible" a determinada persona.

Y mal podría predicarse de una obligación que es "expresa", "clara" y "exigible", y adjudicable como deudor a determinada persona, si la existencia misma de la obligación aparece por múltiples motivos ser objeto de fundadas dudas que no han sido aclaradas, ni aun levemente, en el momento de ser expedido el auto de ejecución.

Y así que sea dado afirmar no sólo que es injurídico el auto de la mayoría de la Sala, sino que se crea con él un funesto precedente en la jurisprudencia del país, precedente en relación con el cual consideramos necesario dejar la presente constancia a efecto de salvar nuestra personal responsabilidad.

Bogotá, octubre siete de mil novecientos cuarenta y siete.

Víctor Cock—Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION POPULAR POSESORIA CONFORME AL ART. 1005 DEL CODIGO CIVIL

El artículo 1005 del Código Civil sólo concede la acción popular para prevenir siniestros de que puedan ser víctimas los particulares por el derrumbamiento de edificios u otras construcciones o de árboles mal arraigados (artículo 988, C. C.), que amenacen caer sobre los transeúntes. La acción, pues, no se ha otorgado por el artículo 1005 del Código Civil con mira al arreglo de los bienes de dominio público, sino de los del dominio privado cuando se hallen en las precarias circunstancias que hagan temer su ruina, según la expresión legal.

Otra cosa es la referente a los daños que ocasione a los particulares una obra pública por no haber sido reparada oportunamente o por defectuosa construcción, pues entonces hay solamente una acción de responsabilidad por la culpa en que haya podido incurrir la entidad de derecho público que hizo la obra, o que permitió su uso, o a cuyo cuidado se hallaba. Es la única relación posible entre los particulares y el Estado en razón de las posibles consecuencias de la falta de cuidado de las entidades públicas en el mantenimiento seguro y adecuado de los bienes de uso común.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto seis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

El doctor Cenón Sierra, vecino de Jericó, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en acción posesoria especial, al Departamento de Antioquia, con el objeto de que se hicieran los siguientes pronunciamientos:

"a) Que el Departamento de Antioquia está en el deber de proceder a la reparación inmediata del puente llamado de Jericó o de Iglesias, sobre el río Cauca, que sirve para unir la carretera departamental que de la estación "Bernardo Gómez" del ferrocarril de Antioquia conduce a las poblaciones de Jericó y Támesis, siempre que los desperfectos del puente admitan una enmienda que dé seguridades para el servicio público.

"b) Que el Departamento de Antioquia, si no fuere posible la enmienda de que se habla en la lectura anterior, está en el deber de llevar a cabo la demolición inmediata del mencionado puente, para colocar en su lugar otro puente que dé amplia y completa garantía de solidez y estabilidad para el servicio público.

"c) Que el Departamento de Antioquia en uno o en otro caso, está en el deber de pagarme la recompensa de que trata el artículo 1005 del Código C., inciso 2º, en la cuota o cantidad que vosotros os dignéis fijar, previo estudio de las circunstancias que se acreditan en el presente juicio o en otro juicio separado".

En derecho fundó su demanda invocando los artículos 1005, 1007, y 2359 del Código Civil y 888 y concordantes del Código Judicial.

Durante la primera instancia el actor demostró plenamente los hechos constitutivos de la acción, según lo reconoce expresamente el Tribunal del conocimiento y efectivamente aparece que el puente Iglesias sobre el río Cauca, que es de propiedad del Departamento mencionado amenaza ruina y que su reparación o reconstrucción se hace necesaria para evitar los peligros inherentes a una obra en tal forma abandonada.

No obstante esto, por medio de sentencia que lleva fecha 23 de junio de 1945, dictó el Tribunal su fallo, por medio del cual desestima la demanda posesoria propuesta y en consecuencia absuelve a la persona pública demandada de los cargos que en ella se formulan. Interpuesto por el actor recurso de apelación para ante la Corte, se halla en estado de recibir su resolución definitiva después de haberse agotado la tramitación propia de la segunda instancia.

Para llegar a esta conclusión absolutoria consideró el Tribunal que habiéndose ejercitado la acción popular prevista por el artículo 1005 del C. C., por medio del cual se da a la municipalidad o a cualquier persona del pueblo en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público la facultad de ejercer la querella concedida a los dueños de heredades o edificios privados e

los artículos 988 y 992 del mismo Código, no procede la acción cuando como en el presente caso, la obra que amenaza ruina es un bien de uso público.

A este respecto trae la sentencia la siguiente tesis que la Corte no puede menos de compartir en su integridad dados los fundamentos de derecho que la sustentan:

"Precisamente el doctor Sierra invoca en su demanda, como esencial fundamento de su personería, la norma que acaba de ser transcrita, considerando que de ella fluye una capacidad legal definida y cierta para actuar como demandante en el interdicto en los términos de su libelo.

"Mas el Tribunal no comparte la tesis del doctor Sierra, pues el memorado precepto del artículo 1005 del Código Civil sólo concede la acción popular para prevenir posibles siniestros de que puedan ser víctimas los particulares por el derrumbamiento de edificios u otras construcciones o de árboles mal arraigados —artículo 988 del C. C.— que amenacen caer sobre los transeúntes. La acción, pues, no se ha otorgado por el artículo 1005 del Código Civil con mira al arreglo de los bienes del dominio público, sino de los del dominio privado cuando se hallen en las precarias circunstancias que hagan temer su ruina, según la expresión legal.

El precepto que el artículo 1005 del Código Civil colombiano contiene fue tomado por el señor Bello de la Ley 10 del Título XXXII de la tercera partida española. El señor Bello en su primer proyecto del Código Civil para la República de Chile planeó la norma en los siguientes términos:

Artículo 1093: "La municipalidad y cualquiera persona del pueblo podrá intentar la querella de que se trata en los tres artículos precedentes, siempre que del mal estado del edificio pueda seguirse daño, no sólo a los vecinos, sino a los transeúntes. La misma querella, y con los mismos efectos, podrá ser intentada por cualquier persona particular, siempre que del mal estado de tal edificio pudiere resultar daño a las cosas de uso público, como calles, caminos, etc.

"La municipalidad o el particular querellante, en caso de juzgarse necesaria la demolición o reparación, tendrá derecho a que el querellado le pague una suma de dinero igual a la décima parte de lo que se estimare que deba costar la demolición o reparación.

"La indemnización a que hubiere lugar por la caída del edificio, se dará íntegramente a los que hubieren sufrido el perjuicio".

Antes de seguirse adelante se debe llamar la atención a la limitación expresa del proyecto a la cosa que pueda producir el daño, que se refiere exclusivamente a un "edificio" que por su mal estado pueda caer sobre las cosas de uso público.

Pero la acción popular no figura en la norma aludida de las leyes de partida. Quizás por lo mismo el señor Bello expresa en la apostilla del origen del copiado artículo 1093 de su proyecto, que se trata de una modificación a la décima ley del Título XXXII de la tercera partida, justificando así la exégesis que de su capacidad de legislador hace el eminente jurista chileno Miguel Luis Amunátegui Reyes en la introducción al Tomo V de las obras completas del eminente humanista, cuando expresa, aludiendo al proyecto del Código Civil, que el señor Bello "merece con estricta justicia el título de autor original".

En el proyecto definitivo del Código Civil para la República de Chile, es decir, el que surgió del estudio de la comisión designada al respecto con la concurrencia del señor Bello, se redactó el precepto relativo a la acción popular del interdicto de obra vieja, que los romanos llamaron de **damno infecto** en los mismos términos en que está concebido el artículo 1005 de nuestro Código Civil, adoptándolo sin modificación ninguna en aquel país en el Código de 1885 de donde pasó al nuestro en sus mismos exactos términos.

En la exposición razonada y estudio comparado del Código Civil chileno por el doctor Jacinto Chacón, expresa este jurista refiriéndose al precepto que se está comentando, que en defensa del dominio público, que es bien común, cualquiera persona del pueblo puede hacer las denuncias pertinentes tendientes a "velar porque los particulares, al hacer sus construcciones en los lindes de calles y plazas, no invadan el dominio público, y que a inmediaciones de éstas no hayan edificios que amenacen caer sobre los transeúntes", siendo de incumbencia de las municipalidades o de cualquiera persona del pueblo, "tomar las medidas o entablar las denuncias conducentes a evitar la escoriación en el primer caso o el siniestro en el segundo".

Este es el sentido del Capítulo II, del parágrafo III del Título XIV del Tomo II de la obra citada (página 588 de la edición de 1868).

En síntesis: la acción popular que se otorga por el artículo 1005 de nuestro Código Civil y en que se funda lá acción de obra vieja promovida en

este interdicto, no tiene el alcance que la demanda pretende, pues no se dirige a la reparación o demolición de obras de dominio público, sino a construcciones del dominio privado que amenacen la seguridad de los que transitan por los caminos, plazas u otros lugares de uso público.

En cuanto a los daños que ocasione a los particulares una obra pública por no haber sido reparada oportunamente o por defectuosa construcción, solamente produce una acción de responsabilidad por la culpa en que haya podido incurrir la entidad de derecho público que hizo la obra, o que permitió su uso, o a cuyo cuidado se hallaba. Es la única relación posible entre los particulares y el Estado en razón de las posibles consecuencias de la falta de cuidado de las entidades públicas en el mantenimiento seguro y adecuado de los bienes de uso común.

Una nueva e importante anotación puede ser la siguiente: que otorgándose por el artículo 1005 del C. C. la acción posesoria en beneficio de los caminos y demás bienes de uso público, tales bienes constituyen el sujeto activo de la relación que debe defenderse, liberarse o protegerse de un peligro que emerja de construcciones, obras o árboles pertenecientes a terceros y que tengan la calidad jurídica de bienes de dominio privado, con el objeto de amparar la seguridad de los que transitan por ellos. No es, por tanto el bien del dominio público el que deba repararse o demolerse como consecuencia del interdicto, sino el del dominio privado que lo amenace.

Repárese además, que las distintas situaciones legales a que hace referencia el citado artículo 1005 del C. C. contemplan el caso de daños o peligros provenientes de bienes que pertenezcan a un tercero, frente al que es dueño de la cosa amenazada".

Nada tiene que agregar la Sala a los anteriores argumentos del Tribunal con los cuales se sustenta en forma plenamente satisfactoria la decisión materia del recurso y, en tal virtud habrá de confirmarse lo resuelto en ella. No obsta, para llegar a esta conclusión las razones expuestas por el apoderado del actor en esta instancia, ya que ellas no alcanzan a destruír la consistencia jurídica de la resolución adoptada por el Tribunal de Medellín.

De conformidad con esto, 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 en todas sus partes la sentencia de fecha 23 de junio de 1945, expedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Germán Alvarado. — **Aníbal Cardoso Gaitán**, **Víctor Cock**—**Ramón Miranda** — **Eleuterio Serna R.**—**Nicolás Llinás Pimienta**, Srio. en ppdad.

INCIDENTE DE NULIDAD DE UN JUICIO EJECUTIVO. — REPRESENTACION EN JUICIO DE LAS INTENDENCIAS Y COMISARIAS

El artículo 1º de la ley 2ª de 1943 no deja ninguna duda sobre la manera y las ocasiones en que deben aplicarse a las Intendencias y Comisarías las leyes que se refieran a los Departamentos. Sólo en dos casos no son aplicables esas leyes: cuando se hace "exclusión manifiesta de las Intendencias y Comisarías" o cuando son "incompatibles con la naturaleza de éstas" y con su régimen especial. Si se tiene en cuenta la norma anterior no ve la Sala por qué han de aplicarse en los juicios en que son parte las Intendencias las reglas generales de competencias y procedimiento. No importa que no exista un precepto que señale expresamente una jurisdicción especial para estos casos. Basta aplicar la disposición que fija en los Tribunales Superiores el conocimiento en primera instancia de los juicios en que son parte los Departamentos y tener en cuenta que a las Intendencias y Comisarías "les son aplicables las leyes que se refieran a los Departamentos", con las dos excepciones anotadas.

En los asuntos en que son partes las Intendencias y Comisarías, éstas deben estar representadas por los Fiscales de los Tribunales Superiores cuando la actuación se verifica ante éstos.

rte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos cuarenta y siete.

agistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

l señor Procurador Delegado en lo Civil pide, base en la facultad que confiere a las partes rtículo 456 del C. J., que la Corte declare desde su iniciación el juicio ejecutivo seguipor Jesús A. Cardona contra la Intendencia Chocó, por haberse incurrido en las causales nulidad establecidas por el artículo 448 del go Judicial.

—Se funda el señor Procurador para invocar la primera causal—incompetencia de jurisdicción—en que según el artículo 1º de la ley 2ª de 1943 "las Intendencias y Comisarías de que habla el artículo 5º de la Constitución Nacional son personas jurídicas" y en que según la misma disposición estas entidades se asimilan a los Departamentos "en cuanto no pugne con las disposiciones de carácter especial y, en consecuencia, les son aplicables las leyes que se refieren a los Departamentos sin hacer exclusión manifiesta de las Intendencias y Comisarías o que no sean incompatibles con la naturaleza de éstas ni con su régimen especial".

Estima la Procuraduría que siendo la regla general sobre competencia la de que en materia civil conocen en primera instancia los Jueces Municipales o de Circuito, según la cuantía del negocio, y que sólo excepcionalmente la ley la señala para conocer en un asunto de primera instancia en los Tribunales Superiores o en la Corte Suprema de Justicia, cuando no existe norma especial sobre competencia la acción debe intentarse ante los Jueces Municipales o de Circuito; y que no existiendo esa norma especial con respecto a las Intendencias, este juicio ha debido iniciarse ante el Juez del Circuito y no ante el Tribunal Superior de Medellín.

2.—Sustenta el señor Procurador su petición sobre la nulidad por ilegitimidad de personería diciendo que los funcionarios públicos sólo pueden ejercer aquellas funciones que expresamente les señalan las leyes y que por tanto para actuar ante la Rama Jurisdiccional en defensa de las entidades de derecho público es necesario que exista una norma legal que faculte a esos funcionarios para ejercer esa representación; y ni a los Fiscales de los Tribunales ni al Procurador se les ha encomendado por la ley la representación judicial de las Intendencias.

3.—Por último el señor Procurador estima que estando las Intendencias asimiladas a los Departamentos y siendo aplicables a aquéllas las disposiciones que sin excluírlas se refieren a esos, y en atención a que de acuerdo con el numeral 3º del artículo 194 de la Constitución Nacional el

representante legal de los Departamentos es el respectivo Gobernador, debe considerarse que el de las Intendencias es el respectivo Intendente. Igualmente aduce como razón la de que según el artículo 9º de la ley 2ª de 1943 las funciones de los Intendentes se asimilan a las de los Gobernadores. Concluye el señor Procurador afirmando que es el Intendente el representante legal de la Intendencia, y que supuesto que el Tribunal de Medellín sea competente para la primera instancia, se ha incurrido en la causal 3ª de nulidad consagrada en el artículo 448 del C. J. por falta de citación o emplazamiento del Intendente del Chocó.

El apoderado de la parte demandante se refiere en su orden a las causales invocadas por el Procurador, así:

a) Lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 2ª de 1943 sobre aplicabilidad para las Comisarías de "las leyes que se refieren a los Departamentos sin hacer exclusión manifiesta de las Intendencias o Comisarías o que no sean compatibles con la naturaleza de éstas o con su régimen especial...", está indicando que el Tribunal Superior es competente para conocer de los juicios en que sean parte las Intendencias, pues el artículo 156 del C. J. establece que "En los juicios que se sigan contra un Departamento es competente el Tribunal Superior del mismo, y si en él hay varios, el de la capital".

b) Sostiene el demandante, con relación a la ilegitimidad de personería que alega el Procurador, por haberse adelantado la ejecución con el señor Fiscal como representante de la Intendencia, que el artículo 175 del C. J. señala como deberes del Procurador General de la Nación el de "Promover y sostener los juicios para la defensa de los bienes e intereses del Estado, observando las instrucciones que en el particular reciba del Gobierno y representar a aquél en los juicios que contra él se dirijan.... Defender ante la Corte Suprema los intereses de los Departamentos y los municipios, cuando el Estado no tenga interés en el asunto y la respectiva entidad no tenga representante constituído ante la Corte." Y que la misma atribución está fijada en los numerales 3 y 4 del artículo 176 ibídem a los Fiscales de los Tribunales Superiores en que se obliga a estos funcionarios a representar al Estado, a los Departamentos y a los Municipios en las acciones que se dirijan contra éstos ante los Tribunales Superiores." Igualmente considera que siendo, en armonía con la ley, aplicables a las Intendencias y Comisarías las disposiciones que lo son para los Departamentos, los Fiscales de los Tribunales Superiores están obligados a representar aquellas entidades en los juicios que se sigan en los Tribunales.

c) Con relación a la causal sobre falta de citación o emplazamiento se expresa así el señor apoderado del demandante: "En esta parte del razonamiento el señor Procurador Delegado en lo Civil es contradictorio con lo sostenido en el resto de su alegato. Pretende hacer análogas a las Intendencias las funciones constitucionales de los Gobernadores, analogía que olvidó o no quiso aducir en la sustentación de las otras causales de nulidad en donde sí era lógica y practicable esa analogía. La analogía de que hablan las disposiciones de la ley 2ª de 1943 con respecto a las funciones del Gobernador con las del Intendente es una analogía en las funciones señaladas por la ley es decir, que el Intendente puede, por analogía, gozar de las atribuciones que la ley señala al Gobernador, pero únicamente de las atribuciones legales, no de las constitucionales. Y no podía disponer la ley lo que pretende el señor Procurador Delegado porque el artículo 5º de la Constitución Nacional atribuye expresamente al legislador dictar de estatutos y reglamentos a las Intendencias y Comisarías, en tanto que, en su artículo 19 señala taxativamente atribuciones al Gobernador. Por eso no se puede hablar de funciones analógicas legales del Gobernador y el Intendente se quiera (sic) que esas analogías sean en funciones constitumionales".

La Corte considera:

Según el artículo 1º de la ley 2ª de 1943 "Las Intendencias y Comisarías de que habla el artículo 5º de la Constitución Nacional son personas jurídicas. Se asimilan a los Departamentos en cuanto no pugne con las disposiciones de carácter especial y, en consecuencia les son aplicables las leyes que se refieren a los Departamentos sin hacer exclusión manifiesta de las Intendencias y Comisarías, o que no sean incompatibles con la naturaleza de éstas ni con su régimen especial".

La disposición transcrita no deja ninguna duda sobre la manera y las ocasiones en que debe aplicarse a las Intendencias y Comisarías las leyes que se refieran a los Departamentos. Sólo en los casos no son aplicables esas leyes: cuando se trate de "exclusión manifiesta de las Intendencias y Comisarías" o cuando son "incompatibles con la naturaleza de éstas" y con su régimen especial.

Si se tiene en cuenta la norma anterior no ve la Sala por qué han de aplicarse en los juicios en que son parte las Intendencias las reglas generales de competencia y procedimiento. No importa que no exista un precepto que señale expresamente una jurisdicción especial para estos casos. Basta aplicar la disposición que fija en los Tribunales Superiores el conocimiento en primera instancia de los juicios en que son parte los Departamentos y tener en cuenta que a las Intendencias y Comisarías "les son aplicables las leyes que se refieran a los Departamentos", con las dos excepciones anotadas arriba y que en este caso no se contemplan, pues el Código al establecer la competencia especial para los Departamentos no hace exclusión expresa de las Comisarías ni hay razón para que tal aplicación sea incompatible con la naturaleza de éstas o con su régimen especial.

2.—"Son funciones judiciales de los Fiscales de os Tribunales Superiores: —dice el artículo 176 del C. J.— ...3º Promover y sostener las acciones necesarias para la defensa de los bienes e intereses del Estado o del Departamento, en asuntos de la competencia de los Tribunales Superiores respectivos, y representar al Estado y los Departamentos en las acciones que contra ellos se dirijan y que deban ventilarse ante dichos Tribunales, observando las instrucciones que se les den".

Cuando se expidió el Código Judicial (ley 105 e 1931), en que aparece la disposición transcrita, o había dicho el Legislador que las Intendencias Comisarías de que habla el artículo 5º de la onstitución Nacional, son personas jurídicas." sí se explica que no hubiera previsto la reprentación de aquellas entidades en juicio ni sellado la competencia para adelantar los que en as son parte. Pero al expedirse la ley 2ª de 43, que les dio esa categoría de personas jurías, se asimilaron expresamente a Departamen- y dispuso también expresamente que les se- n aplicables las leyes que hacen referencia a Departamentos, con las excepciones ya anoas. De manera que cuando las leyes referena los Departamentos no están incluídas dentro estas excepciones, deben considerarse también edidas para las Intendencias y Comisarías y carse en todos los casos en que para aquéllos eban aplicar.

ispone el Código, como acaba de verse, que Departamentos estén representados en juicio, los Tribunales, por los Fiscales de cada Tribunal. Siendo de éstos la competencia para conocer de los asuntos en que son partes las Intendencias y Comisarías, debe consecuencialmente, por la asimilación que ha hecho la ley de las dos entidades, y por el mandato de que se apliquen a las nuevas personas jurídicas las leyes expedidas para las otras, la representación en juicio para las Intendencias estar a cargo de los Fiscales cuando la actuación tiene lugar ante los Tribunales Superiores.

3.—Finalmente se refiere la Sala a la tercera causal de nulidad aducida por el señor Procurador consistente en la falta de citación o emplazamiento de la persona que ha debido ser llamada al juicio, por estimar que es aplicable analógicamente el numeral 3º del artículo 194 de la Constitución que señala a los Gobernadores como representantes legales de los Departamentos.

El artículo 1º de la ley 2ª de 1943, varias veces citado en esta providencia, dispone que se aplique a las Intendencias y Comisarías las leyes que se refieren a los Departamentos. Pero no puede entenderse en el sentido de que se apliquen también los preceptos constitucionales. El artículo 194 de la Constitución enumera taxativamente las **atribuciones** de los Gobernadores y el artículo 1º de la ley 2ª de 1943 dispone que a las Intendencias y Comisarías les son aplicables **las leyes** que se refieren a los Departamentos. En la Carta se habla, naturalmente, de **atribuciones constitucionales,** y el legislador sólo puede referirse a aplicación de normas legales. Las leyes anteriores sobre régimen departamental, con las excepciones ya anotadas, han quedado vigentes para las Intendencias y Comisarías, pero los agentes del Gobierno central en los nuevos organismos jurídicos no han sido investidos de las atribuciones constitucionales de que gozan los agentes departamentales, y por tanto, la representación en juicio que de éstos tienen los Gobernadores, como atribución constitucional, no pueden gozarla los Intendentes y Comisarios, a quienes la ley no ha señalado esta función.

Por las razones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara que no hay lugar a decretar la nulidad pedida por el señor Procurador.

Notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.

La Corte considera que extender a los miembros de una cooperativa la protección y las garantías o beneficios establecidos positivamente en la ley para la persona colectiva es una interpretación que llevaría a confundir los actos jurídicos de las sociedades con la que ejecutan o celebran los miembros de la misma, sin que valga alegar, como lo hace el recurrente, la indefinición de linderos entre la agrupación cooperativa y las personas que la integran. De ahí que no pueda sostenerse que la tutela de carácter privilegiado establecida por el artículo 6º de la ley 51 de 1940 en favor exclusivo de las cooperativas cobije los actos individuales de sus socios y menos que las entidades de que se trata tengan la representación en el juicio de sus miembros en tales casos, porque esta representación no puede surgir más que de una convención o del precepto de una ley expresa, que no existe.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda).

Se surtió la primera instancia de este juicio ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, corporación ante la cual instauró demanda ordinaria el señor José Joaquín Logreira V. en su carácter de Gerente de la Cooperativa de Cultivadores de Caña de azúcar del Magdalena Limitada" contra el Departamento del Magdalena, para pedir que se hicieran las declaraciones siguientes:

a) Que la entidad demandada es deudora y debe pagar a la Cooperativa de Cultivadores de caña de Azúcar del Magdalena Limitada, la cantidad de $ 3.691.83;

b) Que así mismo debe pagarle la cantidad de $ 113.90; y

c) Que finalmente debe cubrirle los intereses correspondientes a las cantidades mencionadas en los dos puntos anteriores.

Sustentan la demanda los hechos que a continuación se relatan en forma resumida, así:

1º—La Cooperativa, representada por el señor Logreira, suministró en épocas anteriores al Departamento del Magdalena y con destino a la fábrica de licores que éste tiene establecida en la ciudad de Santa Marta, el dulce que produce las fincas agrícolas de sus cooperados, al precio señalado en las ordenanzas sobre la materia;

2º—Habiendo recibido el Departamento estos artículos no cubrió su valor oportunamente, por lo que la entidad demandante se vió en la necesidad de negociar con el Banco de Colombia de Santa Marta las cuentas y documentos representativos de las cantidades debidas por el Departamento y con causa en tales operaciones la Cooperativa pagó al Banco de Colombia intereses, comisiones y timbres de impuesto nacional, todo lo cual representa las cantidades que se exigen en la demanda.

El derecho para pedir lo deduce la sociedad actora de las disposiciones que se citan en el libelo artículo 6º, parágrafo de la ley 51 de 1940, artículos 1603, 1608 y 1617 del Código Civil; Ley 1 de 1931 y 128 de 1936.

El Tribunal instado, mediante fallo expedido 22 de agosto de 1945 absolvió al Departamento de los cargos formulados en la demanda; y el recurso interpuesto por la parte demandante se encuentran los autos en esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, la cual va a dictar la resolución de segundo grado después de que en el negocio se han surtido los trámites de ley.

I

El fallo absolutorio objeto del recurso encuentra su fundamento en que a juicio del Tribunal están debidamente acreditados los hechos constitutivos de la acción instaurada, la cual tiene su base en el artículo 6º de la ley 51 de 1940. Esta disposición expresa: "La Nación, los Departamentos y los Municipios y las demás entidades oficiales o semioficiales contratarán con las sociedades cooperativas —en igualdad de condiciones, de calidad y precio con las ofertas de otros postores— la adquisición de las materias primas, los elementos de trabajo o de estudio, los productos o artículos que necesiten para su empleo o consumo y

constituyen el objeto de las actividades de dichas cooperativas, y siempre que éstas tengan personería jurídica y se hayan sometido a las normas del Gobierno, y que a juicio de éste presenten una organización satisfactoria, capaz de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

Parágrafo: Cuando las cooperativas, por mora en los respectivos pagos, se vean obligadas a negociar los documentos representativos de las operaciones indicadas, serán de cargo de las correspondientes entidades oficiales o semi-oficiales los descuentos, comisiones bancarias y demás gastos que implique la negociación".

De su lado el artículo 2º de la Ley 128 de 1936 estableció en favor de las sociedades cooperativas exención de los impuestos de papel sellado, timbre, registro y anotación en todos los documentos cuando se otorgan por dichas entidades o por terceros a favor de ellas "y en las actuaciones en que tengan que intervenir activa o pasivamente".

Como cuestión preliminar, el Tribunal Superior examina la aplicación de los textos anteriores al caso del pleito, llegando a la conclusión de que si bien ellos protegen las actividades de las asociaciones cooperativas, en cambio no puede extenderse el beneficio que consagra a los miembros de las mismas cuando realizan aquel género de operaciones directamente; ni tampoco están cobijados por la exoneración cuando en estas condiciones ejecutan actos civiles que impliquen el pago de los impuestos fiscales de que están exentas las cooperativas a que pertenecen. Con los datos del expediente quedó establecido que de la suma de $ 3.846,25 cubierta al Banco de Colombia, $ 158,74 corresponden a descuentos y comisiones cobrados por dicho establecimiento individualmente a los cooperados. Deduce de esto el inferior que la reclamación por cantidades pagadas directamente por los miembros de la cooperativa ya al Banco de Colombia por concepto de descuentos y comisiones en las operaciones de crédito que celebran, ya en razón de los impuestos fiscales, no puede prosperar, porque a ello se opone un doble motivo: el primero, ya mencionado, consistente en que las leyes 128 de 1936 y 51 de 1940 no los benefician; y el segundo, que la cooperativa demandante no tiene la personería de sus miembros para pedir en el juicio la devolución o reconocimiento de las cantidades que éstos pudieran haber cubierto al Banco de Colombia o al fisco por razón de los referidos tributos.

El apoderado de la cooperativa ante la Corte hace reparo de que el Tribunal se aferró demasiado al tenor literal del artículo 6º de la Ley 51 y sostiene que la sociedad actora reclama "con la personería natural que tiene para actuar en nombre de los cooperados" y que entre éstos y aquélla no se conforma el lindero firme que existe entre la sociedad como persona jurídica y los socios que la componen. Agrega dicho apoderado: "También está fuera de toda duda que si la Ley 51 confiere el derecho al reintegro a la cooperativa también lo confiere a los cooperados, por cuanto éstos venden sus derechos como tales y sufren el monto de la comisión con esta condición de cooperados. No hay, pues, una distinción distinta de la virtual que implique la personería del cooperado frente a la cooperativa". La Corte se inclina por la tesis sostenida por el Tribunal en este extremo de la litis, porque considera que extender a los miembros de una cooperativa la protección y las garantías o beneficios establecidos positivamente en la ley para la persona colectiva es una interpretación que llevaría a confundir los actos jurídicos de las sociedades con la que ejecutan o celebran los miembros de la misma, sin que valga alegar, como lo hace el recurrente, la indefinición de linderos entre la agrupación cooperativa y las personas que la integran. De ahí, que no pueda sostenerse que la tutela de carácter privilegiado establecida por la norma mencionada en favor exclusivo de las cooperativas cobije los actos individuales de sus socios y menos que las entidades de que se trata tengan la representación en el juicio de sus miembros en tales casos, porque esta representación no puede surgir mas que de una convención o del precepto de una ley expresa que aquí no existen.

Tampoco resulta valedera jurídicamente la razón invocada para cobrar al Departamento las sumas cubiertas por impuesto de timbre, ya que habiéndolas pagado la cooperativa por un error o por cualquier otro motivo no estando obligada a ello, resulta obvio que ninguna responsabilidad puede deducírsele al Departamento para repetir de él lo indebidamente pagado, si efectivamente hubo pago indebido.

II

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto la Sala estudiará los demás aspectos del pleito, abstracción hecha de las cantidades correspondientes a operaciones individuales de los cooperados y de la suma de $ 113,90 a que se refiere el aparte b) de las súplicas de la demanda.

En relación con las otras cuestiones que suscita el anterior planteamiento se tiene que el Tribunal sentenciador también denegó el reintegro a la cooperativa de la suma de $ 2.087,51 a que la acción queda reducida, después de hechas las deducciones de que acaba de hablarse, y tuvo como razones para decidir en esta forma que no se trajeron al juicio los documentos materia de la negociación con el Banco ni se tomó razón de ellas en ninguna de las formas que la ley indica, limitándose el demandante a presentar una lista suscrita por el señor Logreira, la cual carece de todo valor probatorio; que tampoco se adujo prueba idónea de las obligaciones que el Departamento tenía de solucionar los créditos que se dicen descontados ni la de que esos créditos estaban en mora de ser pagados; y como razón fundamental del fallo, que carece de valor la declaración rendida por el señor Alonso González Rubio por no haberse comprobado su calidad de Gerente del Banco de Colombia en Santa Marta cuando fueron extendidos los documentos respecto de los cuales depuso en el juicio.

Todos estos puntos van a ser objeto de examen por la Corte, en el mismo orden en que acaban de dejarse enunciados.

III

En esta instancia se encuentran las piezas que el Tribunal no tuvo ocasión de estudiar por no haberse llevado al despacho del sustanciador cuando preparaba proyecto de sentencia. A este propósito dice el auto del 27 de octubre de 1945: "En cuanto a los documentos que se echaron de menos en la decisión y que el apelante manifiesta los produjo en el juicio, advierte el mismo ponente que tales papeles no le fueron pasados a su despacho por la secretaría cuando el expediente principal se le puso en su mesa para sentencia".

Consisten las piezas en cuestión en varios pagarés a la orden suscritos por el gerente de la Cooperativa de Cultivadores de Caña de Azúcar del Magdalena, Limitada, con el Banco de Colombia en Santa Marta en diversos días de los años de 1940, 1941 y 1942 y por diferentes cantidades de dinero; y en cada uno de ellos aparece que en las respectivas operaciones fueron dadas en garantía prendaria varias cuentas a cargo del Tesoro del Departamento del Magdalena, correspondientes a los efectos entregados por la Cooperativa a la Fábrica de Licores de Santa Marta; y consta, además de las estipulaciones indispensables en esta clase de obligaciones el señalamiento del tipo de interés que el Banco cobró a la Cooperativa.

De otro lado, figuran en el proceso las cuentas de cobro a cargo del Tesoro Departamentl y a favor de la Cooperativa de Cultivadores de Ca correspondientes también a diversos meses y d de los indicados años de 1940 a 1942, en las cu les, aparte de las cantidades imputadas como v lor de los artículos entregados al Departamer existen las constancias de que estos son de bu na calidad y de que entraron definitivamente almacén del Departamento. Esto último lo cer fican el técnico preparador y el almacenista la fábrica, respectivamente.

Si se considera que los pagarés en que se hi ron constar las operaciones realizadas por la C perativa con el Banco de Colombia tienen condición de plena prueba sin necesidad de re nocimiento por la presunción de autenticidad los ampara por su carácter de instrumentos ne ciables; y si de otro lado las cuentas o girc cargo del Tesoro del Departamento del Mag lena comportan la calidad de documentos pú cos, no hay duda de que esas demostraciones suficiente evidencia de que la Cooperativa mandante suministró los artículos de que se t a la entidad departamental y de que las cue representativas de su valor fueron negociad dadas en garantía al expresado Banco. Reaf mucho más la fuerza probatoria del último cumento nombrado la certificación expedida el Administrador de la Fábrica de Licores e cual expresa que previo el examen de los l del almacén, se entregaron en éste por la Co rativa de Cultivadores de Caña de Azúcar Magdalena las siguientes cantidades de así: en diciembre de 1940, 99.382 kilos; de a diciembre de 1941, 559.260 kilos; y en ene 1942, 272.983 kilos. De esta manera, en op de la Corte es incontrovertible que se hallan ditados dos de los presupuestos de la Ley 1940, o sea los consistentes en que la socieda mandante entregó materias primas al De mento y que con el Banco de Colombia se ficaron operaciones con base en los títulos sentativos de los valores a cargo del Departar

A propósito de esto último el apoderado entidad demandada ante la Corte dice en s gato de conclusión que las operaciones en cu según lo expresan los propios pagarés, fuero ples préstamos directos a la Cooperativa

s cuentas formuladas por ésta a cargo del Departamento no obraron sino como simple garan- a lo que, de acuerdo con el parágrafo del artí- ulo 6º del precepto invocado, no da ocasión al integro porque la previsión de la ley se con- eta al caso "en que se negocien los documentos presentativos de la obligación".

Para la Sala no es esto así, entre otras razones rque siendo el objetivo de la ley la tutela y otección de los intereses económicos de las so- dades cooperativas, y teniendo la disposición cita la finalidad obvia de facilitar la actividad ial de estas entidades al mismo tiempo que ar por la conservación de su patrimonio no le puede dar al texto aludido una interpreta- n tan restringida como la que el señor apode- o pretende. El hecho de que las obligaciones mas sean el objeto directo de la operación o simplemente se dén por la persona jurídica ña de ellas en calidad de garantía no es circuns- ia que pueda modificar lo instituído en la ley que se desvirtuaría su objetivo; y porque ade- , sería entrabar la aplicación de ésta ya que énero de la operación no es de libre escogen- por parte del deudor sino de los estableci- tos bancarios, de acuerdo con sus reglamentos ácticas. La Corte aceptará, pues, el hecho de habiendo servido las cuentas de que se trata respaldo o garantía de las operaciones lleva- a cabo con el Banco de Colombia existe base iente para el reintegro demandado por con- de intereses si de otro lado se han cumplido emás presupuestos de la Ley 51 tantas veces ionada.

mpoco hay lugar a desestimar la acción por- o se hubiera requerido judicialmente al De- mento para constituírlo en mora conforme ículo 1608 del C. C., si en cambio aparece as cuentas fueron materia de una negocia- bancaria, ya que la ley —según la Corte la reta— sólo ha querido evitar a las coope- s los perjuicios derivados de un pago tardío. mismo el hecho de que las cuentas no fue- torizadas por el Secretario de Hacienda del tamento, tampoco es obstáculo para la pros- d de la demanda instaurada, desde luego es aceptable que por tal medio la entidad la pospusiera indefinidamente su pago opor- acreedor.

Finalmente la alegación de que no se hubiera acreditado el carácter de Gerente del Banco de Colombia en Santa Marta que tenía el señor Alonso González Rubio, deja de producir las consecuencias jurídicas que el Tribunal le atribuye si se observa que los certificados expedidos por él y que obran en el proceso fueron luego reconocidos bajo juramento, lo que en último extremo reduce la probanza a una declaración testimonial personal de González Rubio. Ahora bien, de conformidad con el artículo 696 del C. de Procedimiento Civil la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba, pero constituye una presunción más o menos atendible según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición; y en el caso que la Corte examina, y dándole al testimonio único el simple valor de una presunción, es incontrovertible que ésta se encuentra debidamente fundada en los instrumentos por medio de los cuales las operaciones de descuento se realizaron, en la estipulación de intereses contenidos en los mismos documentos, de suerte que por medio de la declaración del testigo único sólo se fija o determina en cifra numérica hechos que aparecen plenamente demostrados por otros medios probatorios.

Lo que se lleva dicho conduce a que la Corte acepte como demostrados sin lugar a otros razonamientos los hechos principales de la demanda y que en consecuencia dé al negocio una solución distinta a la adoptada en la primera instancia.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo de primer grado y en su lugar dispone: declárase que el Departamento del Magdalena es deudor y debe pagar a la Cooperativa de Cultivadores de Caña de Azúcar del Magdalena Limitada, la cantidad de $ 2.087,51, moneda corriente.

Publíquese, notifíquese, cópiése, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Santa Marta.

Germán Alvarado.—Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR UN ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO

De los artículos 24 y 25 del Código de Procedimiento Penal se deducen las siguientes consecuencias: 1ª Que si el perjudicado o sus herederos se han constituído parte civil en el proceso penal no puede después de proferido el fallo en que se condena al resarcimiento de perjuicios promover demanda ante la jurisdicción civil para obtener el mismo fin. La ley sólo da esta facultad a quien no haya intervenido como parte en el juicio penal, lo cual es muy lógico, desde luego que no podría obligársele a aceptar las resultas de una acción de carácter civil adelantada sin su consentimiento, y hasta es posible, sin su conocimiento; y de ahí que únicamente en el caso de que el perjudicado acepte voluntariamente lo estatuído en la sentencia en punto a la indemnización, tenga el derecho de hacerlo ejecutar. 2ª Que si en cambio, el damnificado por la infracción interviene en el proceso penal con la calidad de parte civil, lo referente a la indemnización de los perjuicios queda definido para él en la sentencia penal sin que le sea posible ocurrir luégo a la jurisdicción civil en persecución del mismo objetivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre diez y siete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

A las nueve y media de la mañana del día doce de mayo de mil novecientos cuarenta y uno transitaba por la carretera que de Bucaramanga conduce a la población de Ríonegro el automóvil de servicio público marcado con la placa número 768, expedida en aquella ciudad, manejado por el señor Abraham Zafra, y en el cual viajaban como pasajeros los señores Luis D. Serrano, Juan de Jesús Arias, Carlos Alberto Niño, Alfredo Nieto y Roque J. Rangel, quienes se dirigían a Rionegro. "Como en el kilómetro 3 de la carretera, en una recta — relata el chofer Zafra — vi que subía una volqueta oficial número 031 quitándo me la derecha y a bastante velocidad; ya acercán dome a ella, y en vista de que el chofer de la vo queta no hacía el intento de abrirse a su derech frené, pero no fue suficiente para evitar el ch que, sencillamente porque el conductor de e volqueta continuó más rápido y quitándome derecha, y no obstante que cogí la cuneta, se pr dujo el choque de los vehículos, resultando q cuatro de los pasajeros que yo llevaba sufrier lesiones personales de consideración".

En las diligencias de investigación que inició Dirección General de Circulación y Tránsito Santander, los pasajeros que iban en el autom vil confirmaron el relato del chofer Zafra; la dagatoria que rindió el conductor de la volque señor Raúl Cote Uribe tampoco fue satisfactor y en la inspección ocular que aquella oficina pr ticó en el sitio del accidente momentos desp de ocurrido, se comprobó por la colocación de vehículos que toda la responsabilidad del cho la tuvo el chofer de la volqueta por no habe cerrado la vía al automóvil en una recta de la rretera, de anchura suficiente para permitir modamente el cruce de los dos vehículos.

Todas esas circunstancias llevaron a la Di ción General de Circulación y Tránsito a san nar al chofer Cote Uribe por las contravenci a las leyes del tránsito; y en resolución de 1 junio de 1941, expuso lo siguiente:

"Copia de las primeras diligencias fue pa a la investigación criminal de Santander para allí se adelantara el informativo correspondi por las lesiones personales, delito del que conocer el Poder Judicial, y, a esta oficina sól rresponde, como se dijo antes, sancionar la fracciones al código de circulación. Raúl Uribe infringió el artículo 70 de la ordenan de 1935, el inciso e) del artículo 66 de la mis esas infracciones determinaron el accidente. más no presentó su pase cuando le fue ex contraviniendo el artículo 30 del código de lación, y aunque consta al f. 4 vuelto que e fer patentado bajo el Nº 324, esa patente taba vigente el día del accidente y en esas

diciones Cote no estaba autorizado para manejar vehículos. También aparece al folio 9 que Cote registra algunos antecedentes por infracciones de carácter leve. Contra el conductor Abraham Zafra no aparece ninguna responsabilidad, tenía su patente debidamente refrendada y por lo tanto se hallaba en legal ejercicio de su profesión. La infracción debe calificarse como de carácter grave (artículo 102 de la Ordenanza 44 de 1935) y a de sancionarse por el procedimiento verbal, de onformidad con lo dispuesto por el artículo 32 el decreto 210 de 1941 aplicando la multa de que ata el artículo 34 del decreto 10 bis de 1936, con máximum aplicable para los asuntos fallados or el procedimiento verbal".

Basada en lo anterior y en las pruebas que ran en el informativo la dirección de circulación y tránsito declaró al chofer señor Raúl Cote ibe responsable del accidente, y le impuso una ulta por la cantidad de veinte pesos ($ 20.00) neda corriente.

Con fundamento en los antecedentes anteriores señor Roque J. Rangel, por medio de apodera- demandó en juicio ordinario al Departamen- de Santander, dueño de la volqueta con la cual só el accidente el chofer Raúl Cote Uribe a de que se declare responsable a dicha en- d de los perjuicios morales y materiales su- los por el demandante como consecuencia de lesiones que recibió en el accidente, consisten- en "heridas de alguna gravedad en la cara y lo dejaron con defecto físico grave y vitali-

n la demanda se estimaron los perjuicios que pagar el Departamento en la cantidad de mil quinientos pesos ($ 5.500) m. c., o la su- que sea fijada por peritos.

demás de los hechos concernientes al modo sucedió el accidente, la demanda trae otros deben citarse, como los siguientes:

El señor Roque J. Rangel, a consecuencia s heridas que sufrió, estuvo incapacitado por s días y le quedaron algunas cicatrices que figuraron el rostro y que constituyen defec- ico grave y de carácter permanente.

Mi poderdante sufrió serios perjuicios mo- y materiales con las heridas que sufrió, con- tes ellos en la incapacidad que se encontró nder a sus negocios mientras estuvo impe- en los gastos que tuvo que hacer para cu- y en las contrariedades sin cuento que ha mentado con la deformación facial que pre-

8º La posición que ocupa el señor Roque J. Rangel es destacada en la ciudad de Bucaramanga, es jefe de un hogar distinguido y la deformación que sufrió le ha traído muchos sinsabores.

9º El señor Raúl Cote Uribe era empleado del Departamento cuando cometió el accidente imputado y se halla en ejercicio de sus funciones.

10º Entre las funciones del señor Raúl Cote Uribe estaba la de conducir la volqueta número 031, de esta ciudad a la carretera de Matanza, llevar trabajadores en ella y movilizarlos en la forma como lo estaba haciendo cuando se sucedió el accidente".

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, entidad instada para el conocimiento de la demanda, asumió la representación del Departamento, oponiéndose a la acción.

Cerrado el debate probatorio de la primera instancia y corridos los correspondientes traslados para alegar, el Tribunal citó para sentencia, la que pronunció con fecha 11 de diciembre de 1943, condenando al Departamento de Santander al tenor de las siguientes declaraciones:

"1º Declárase civilmente responsable de los perjuicios o daños materiales sufridos por el señor Roque J. Rangel en el accidente de tránsito ocurrido en las horas de la mañana del día doce de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en el kilómetro tres de la carretera que de esta ciudad conduce a Ríonegro (S.), ocasionado con la volqueta número 031, de propiedad del Departamento y conducida por el chofer oficial señor Raúl Cote Uribe, al Departamento de Santander;

2º Condénase a la misma entidad departamental a pagar al señor Roque J. Rangel, el valor de los perjuicios materiales que recibió con motivo de las lesiones ocasionadas en el referido accidente, perjuicios cuyo monto podrá determinarse por el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta los peritos para la estimación de ellos las bases que para fijarlos se señalan en la parte motiva de esta providencia; y

3º Absuélvese al Departamento de Santander de los demás cargos formulados en la demanda".

Contra la anterior sentencia interpusieron el recurso de apelación los representantes de las dos partes. Vino el expediente a esta Sala de la Corte para la decisión del recurso; y aquí se ha adelantado la segunda instancia en todos sus trámites, con excepción de nuevo término probatorio, por no haberse solicitado.

Antes de examinar la existencia de la acción

reparatoria de perjuicios es necesario esclarecer la siguiente cuestión previa:

Influencia del juicio criminal en la acción civil

Desde la primera instancia el Fiscal del Tribunal alegó que por estar entonces pendiente el proceso penal en averiguación de la responsabilidad del chofer Raúl Cote Uribe, proceso que se había desprendido de las primeras diligencias levantadas por la Dirección de Circulación y Tránsito de Bucaramanga, según lo ordenado por la misma oficina en la resolución por medio de la cual sancionaron las contravenciones a las leyes de tránsito, y que se adelantó en el Juzgado Segundo Penal del mismo Circuito, ante el cual el señor Roque J. Rangel se constituyó como parte civil (F. 24 v. C. número 1) de acuerdo con el certificado que presentó el Fiscal procedente de dicho Juzgado, durante el término del traslado para alegar, el presente juicio civil no podía ser fallado antes de que se concluya aquel proceso, en donde el señor Rangel también está reclamando perjuicios.

En apoyo de sus alegaciones el Fiscal citó los artículos 11, 25 y 28 del Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal, en la sentencia apelada declaró que por cuanto el certificado con el cual se pretendía acreditar la existencia del sumario en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga, contra Raúl Cote Uribe, había sido allegado al proceso fuera del término probatorio, carecía de mérito y no podía ser tenido en cuentá en el fallo. Por esa sola razón el Tribunal desechó la defensa que el personero de la parte demandada denominó de **pleito pendiente.**

El señor Procurador Delegado en lo Civil al descorrer el traslado para alegar ante la Corte, insistió en la tesis del Fiscal y cita en su apoyo los artículos 24, 25 y 26 del Código de Procedimiento Penal, disposiciones de las cuales deduce estos principios:

"1º Que la acción civil por infracción a la ley penal se ejercerá dentro del juicio penal.

"2º Que si el perjudicado no lo hiciere así o no se conformare con la decisión del Juez penal, podrá, posteriormente, iniciar la acción civil ante el juez civil.

"3º Que la decisión del juez penal influye directamente en el campo civil, ya que la acción civil no podrá proponerse cuando en el juicio penal se haya declarado que la infracción no se cometió, que no la cometió el sindicado o que éste obró legítimamente".

Agrega que por virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del mismo estatuto las conclusiones anteriores se complementan con estas otras:

"a) Si en el juicio civil se tiene noticia de un hecho delictuoso, el juez civil debe comunicárselo inmediatamente a la autoridad respectiva, enviándole las copias del caso.

"b) Y si la decisión que haya de proferirse en el proceso penal pudiera influír en la solución del juicio civil éste se suspenderá mientras no se resuelva aquél en definitiva".

Propone también el representante de la Nación este dilema:

Si la justicia civil tiene conocimiento procesa de que se adelanta la investigación criminal acerca del hecho delictuoso origen de la acción civil debe ordenar la suspensión del juicio civil mientras el juicio penal no se resuelva en definitiva según lo ordena expresamente el inciso 2º de artículo 11 del Código de Procedimiento Pena Y si la justicia civil no tiene ese conocimient debe denunciar el hecho delictuoso a los juece penales, cumplido lo cual le corresponde tambié suspender el juicio civil, mientras la autorida penal resuelve lo que sea del caso, según el mi mo precepto legal.

"Por lo demás —termina el señor Procurador este despacho considera que no se trata, en caso contemplado, de una excepción de plei pendiente, sino de la existencia misma de hech que imponen al juez civil la obligación de obr en la forma que lo ordena la ley penal. No se quiere por tanto, que la parte demandada prue la existencia de esos hechos (los que trataron establecerse con el certificado del juez penal tr do en el término del traslado para alegar), p que en esos mismos hechos se fundamenta la manda civil".

Está excusada la Sala de hacer referencia es cial a las anteriores cuestiones propuestas por Agente del Ministerio Público, encaminadas a tener la suspensión del negocio civil mientras jurisdicción penal pronunciaba su decisión, que mediante auto para mejor proveer dictad 21 de junio de 1945 ordenó la Corte traer a autos la sentencia que hubiere recaído en el cio penal adelantado contra el chofer Raúl Uribe. Las piezas correspondientes llegaro proceso el 5 de diciembre último y en ellas e contenidas, en copias debidamente autentica

las sentencias definitivas proferidas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga el 1º de abril de 1946, reformada por la del Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo nombre el 2 de julio próximo pasado.

La parte resolutiva de la decisión de última instancia está concebida en los siguientes términos:

"CONDENASE al procesado Raúl Cote Uribe a sufrir un año de arresto, en el lugar que señale el gobierno, pero con deducción de lo que haya cumplido en detención preventiva, y a pagar cien pesos de multa, como responsable de los delitos por los cuales fue llamado a juicio en este proceso. Condénasele además a indemnizar los perjuicios causados a los lesionados, y a los dueños de los automóviles dañados en el accidente de tránsito a que el proceso se refiere. Otórgase al procesado el beneficio de la condena condicional y por tanto se suspenderá la ejecución de este fallo —excepto en lo relacionado con el pago de los perjuicios— por un lapso de dos años, durante los cuales no podrá entrar a casas de juego ni a lugares donde se expendan bebidas alcohólicas, debiendo ocuparse en algún oficio lucrativo. Si violare estos compromisos, o si incurriere en nuevas infracciones, durante este período, se ejecutará este fallo. Para garantizar estos deberes el procesado firmará ante el Juzgado una promesa en que así lo ofrezca, y en ella se dejará constancia de que el procesado quedó impuesto de estas obligaciones y de las consecuencias que se le siguen de no cumplirse. En estos términos queda sustituído el fallo consultado".

Como se ve, en el fallo con carácter definitivo dictado por la jurisdicción competente se declaró al chofer Cote Uribe responsable de la comisión de delito culposo y se le condenó, además de las sanciones penales consiguientes, a la reparación de los perjuicios causados a las víctimas, entre los cuales se encuentra Roque J. Rangel, quien se constituyó parte civil en la acción penal.

Esta circunstancia obliga a la Sala a estudiar las consecuencias y repercusiones del indicado fallo dentro del presente negocio civil adelantado por el propio Rangel y por los mismos hechos contra el Departamento de Santander, a cuyo servicio se encontraba Cote Uribe el día del accidente.

Dispone el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal que la acción civil para el resarcimiento del daño proveniente por la infracción se hará dentro del proceso penal por los perjudicados o sus herederos; y por su parte el artículo 25 establece que la sentencia ejecutoriada proferida en este juicio —el penal— presta mérito ejecutivo para obtener el pago de los perjuicios. "Pero si el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización, podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil. El que iniciare en esta forma la acción civil, no podrá pedir la ejecución de la sentencia penal en lo tocante a la indemnización".

Se desprenden de esta regulación legal las consecuencias siguientes:

1ª Que si el perjudicado o sus herederos se hubieren constituído parte civil en el proceso penal no puede después de proferido el fallo en que se condena al resarcimiento de perjuicios promover demanda ante la jurisdicción civil para obtener la misma finalidad. La ley sólo da esta facultad a quien no hubiere intervenido como parte en el juicio penal, lo cual es muy lógico, desde luego que no podría obligársele a aceptar las resultas de una acción de carácter civil adelantada sin su consentimiento, y hasta es posible, sin su conocimiento; y de ahí que únicamente en el caso de que el perjudicado acepte voluntariamente lo estatuído en la sentencia en punto a la indemnización, tenga el derecho de hacerlo ejecutar.

2ª Que si en cambio, el damnificado por la infracción interviene en el proceso penal con la calidad de parte civil, lo referente a la indemnización de los perjuicios queda definido para él en la sentencia penal sin que le sea posible ocurrir luego a la jurisdicción civil en persecución del mismo objetivo.

A la luz de estos textos y de acuerdo con la única interpretación que los mismos admiten, resultaría evidente que la acción reparatoria de los daños causados por el chofer Cote Uribe en el accidente de que se trata fue definitivamente decidida, en lo que respecta a Roque J. Rangel, en la sentencia proferida por el Tribunal Superior el 2 de julio de 1946; y, como consecuencia, que la que éste propuso ante la jurisdicción civil por la misma causa debería serle resuelta desfavorablemente, mediante el reconocimiento de la excepción perentoria de cosa juzgada.

En efecto, sería forzoso que ocurriera de esta manera si la Corte tuviera que decidir sobre una demanda presentada contra Cote Uribe, en su

condición de autor material del acto culposo que origina la querella.

Empero, habiéndose demandado ante el Tribunal civil a una persona distinta —el Departamento de Santander— la solución del problema planteado requiere otras consideraciones menos simples y elementales que las expuestas, como son entre otras las relativas a la vinculación que pueda o deba tener la citada sentencia con la obligación de indemnizar que de la persona pública demandada se exige, habida la circunstancia de que esta entidad no fue parte en el proceso penal ni en él se discutió sobre su responsabilidad civil.

En tal orden de ideas puede adelantarse desde ahora que no obstante ello, y conforme expresamente lo enseña el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, no podrá ponerse en duda en la actuación civil la existencia del hecho que constituye la infracción ni la responsabilidad de su autor. Lo que se explica, según el decir de la Corte, por "una suprema razón de orden público representada simbólicamente en el interés que tiene el Estado de que no sufra quebranto el imperio de su jurisdicción, proponiendo nuevamente a las autoridades civiles un hecho cuya existencia o significación judicial ya fue calificado con igual autoridad por otro funcionario adecuado de la jurisdicción pública." G. J. número 1981, página 799).

Juega papel trascendental inquirir el género de responsabilidad civil que del Departamento se exige, porque de tal cuestión depende en parte principal la resolución del pleito.

Tanto en el libelo de demanda como en su alegato de conclusión en la primera instancia, ha sostenido el actor que se trata de una responsabilidad indirecta.

A este propósito se lee en la pieza últimamente citada:

"A la luz de las disposiciones sustantivas del C. Civil y dándole aplicación práctica a las doctrinas de la H. Corte Suprema de Justicia sobre culpa aquiliana o extracontractual, la responsabilidad del Departamento de Santander es inobjetable. En efecto, los artículos 2346, 2347, 2349 y 2352 regulan lo relativo a la responsabilidad por el hecho de las personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro y de dichas disposiciones se deduce la presunción de culpa, generada de la falta de vigilancia o mala elección".

Y en la sentencia objeto del recurso, por medio de la cual se condenó al Departamento al resarcimiento de los perjuicios, se acogen aquellas tesis, sobre las cuales se pronuncia el Tribunal, así: "Y si por otra parte, como lo ha dicho la Corte (G. J. números 1996 y 1997) las entidades de derecho público obran por medio de sus agentes, empleados", etc., "y las faltas y errores de éstos comprometen la responsabilidad de la entidad en cuyo nombre obran, a menos que se trate de culpa personal del empleado", es evidente que en el caso de autos la presunción de culpa mencionada cobija al departamento de Santander haciéndolo responsable de los perjuicios ocasionados al señor Rangel; puesto que no se ha demostrado aquí que el accidente se realizó por comportamiento impropio del empleado, que el departamento no pudo prever ni impedir (artículo 2347 del C. C.). Si el accidente sobrevino por culpa del chofer señor Cote Uribe, es claro que hubo descuido en él, comprendiendo al Departamento de Santander la presunción de que como empleador, para usar el término de la Corte, hizo una mala elección de su empleado".

Dentro del rigor de los principios que informan la responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno, y en consonancia con la doctrina de la Corte al respecto, de acuerdo con la cual existe solidaridad para la satisfacción de los perjuicios entre la persona pública responsable y el empleado o agente del acto, es claro que el damnificado puede enderezar su acción contra aquélla o contra éste indiferentemente puesto que la obligación de indemnizar corresponde a ambos.

De otro lado, el artículo 2352 del Código Civil establece que las personas obligadas a la reparación de daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere y si el que causó el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de cometer delito o culpa, según el artículo 2346.

Resulta de todo lo anterior que sería la víctima libre de perseguir al empleador o al empleado, porque contra ambos la ley ha instituído la acciones reparatorias del daño —y en el supuesto de que, por todo concepto, la solidaridad convencional que reglamenta el Título 9º, Libro 4º del Código Civil, se pudiera confundir con la solidaridad por culpa de que aquí se trata; pero es cierto que no puede darse por extinguida la acción, ya que no aparece de autos haber sido satisfecha o pagada la reconocida a cargo de Cote Uribe (artículo 1752 del Código mencionado).

Pero la Corte no ha tenido ni puede tener un criterio invariable e inflexible para estimar

carácter de la responsabilidad de las personas públicas por los hechos ilícitos de sus empleados y agentes; y de ahí que hubiera sostenido en algunos fallos que el Estado responde por los actos de sus agentes en forma directa, vale decir como de hecho propio, a causa de una deficiente prestación del servicio, de una falta en su funcionamiento. Y también conforme puede verse en la sentencia expedida por esta Sala el 15 de mayo de 1944, hay lugar a distinguir si el acto dañoso lo ejecuta un funcionario que encarne la voluntad de la persona pública —un órgano de la misma— caso en el cual la responsabilidad es deducible directamente, como hecho propio de la entidad moral; o si fuere realizado por un simple agente suyo que no tiene aquellos atributos ni la representación de la persona jurídica en servicio de la cual obra y entonces la responsabilidad de ésta asume el carácter de indirecta, o sea por un hecho ajeno.

En realidad el tema del carácter de la responsabilidad que cobija al Estado y las demás personas de derecho público no ha sido considerado por la Sala sino únicamente por el extremo de la prescripción de las acciones correspondientes y en orden a la interpretación y aplicación del artículo 1358 del C. C. y no para efectos distintos.

Mas la cuestión planteada en el caso de este litigio, o sea la de la procedencia de la acción instaurada contra el Departamento de Santander por los daños causados por un agente suyo deberá tener una solución favorable, ya se le considere obligado indirectamente o bien se le atribuya una responsabilidad de carácter directo. Sobre el particular tiene dicho la Corte:

"En realidad, un examen cuidadoso de los textos que acaban de citarse y su relación con otros del Código de Procedimiento Penal, llevan a la idea a una conclusión distinta, o sea a la de que no es imprescindible para proponer y abrir la controversia civil o administrativa aguardar a conocer las resultas del juicio penal respecto a la indemnización del daño; y que, por el contrario existen dos órdenes de recursos —el penal para la sanción de la culpa o el delito y el civil para la satisfacción patrimonial del daño privado— pueden ejercitarse paralelamente, sin obstáculo de ningún género.

En muchas ocasiones éste será el único procedimiento posible. Tal ocurre, por ejemplo, en los casos en que la indemnización se reclama por el hecho de un tercero. Entonces no habrá lugar a que el perjudicado persiga el pago del daño contra el autor de la infracción, dentro del proceso penal; sino que deberá forzosamente demandarlo por la vía civil al obligado por la ley a responder por el acto de la persona que causó el perjuicio. Por tanto, si el autor del delito o la culpa es un funcionario público, lógico es que el perjudicado o sus herederos no podrán, como parte civil dentro del debate penal, obtener reparación ninguna de la Administración desde luego que ésta es por completo extraña al proceso criminal y por consiguiente el fallo que por tal vía llegara a proferirse —como es obvio— no puede recaer directamente en persona distinta del autor del ilícito, ya para los efectos de la penalidad o bien para deducirle la responsabilidad personal de carácter civil a que hubiere lugar." (G. J. números 2022 a 2024, páginas 585 y siguientes).

Los perjuicios

Aparece de autos un conjunto de pruebas, y especialmente del certificado expedido por el Secretario de Obras Públicas de Santander que el conductor del vehículo que causó el accidente ejercía funciones oficiales dependientes de aquella entidad en la carretera Bucaramanga-Matanza, en los momentos en que se ocupaba en actos del servicio y manejaba una camioneta de propiedad del Departamento.

Existe, además, en el juicio la plena demostración de la culpabilidad del chofer Cote Uribe en el accidente. Este hecho lo encontró acreditado el Tribunal con la declaración de Alfredo Nieto Picón, quien viajaba en el automóvil de placa número 768, con el que chocó el vehículo oficial conducido por Cote Uribe; con la deposición del mismo, y con el dictamen pericial visible al folio 21 v. del cuaderno número 2. También el hecho de que en el accidente sufriera lesiones el señor Roque J. Rangel está ampliamente demostrado tanto en el presente juicio como el penal, del cual ya se ha hablado.

En estas circunstancias sólo resta restablecer la evidencia de los perjuicios que reclama el actor y que el Departamento de Santander está obligado a resarcir.

Al respecto halló el Tribunal que las exposiciones periciales sobre las consecuencias de las heridas causadas a Rangel no concuerdan entre sí, pues al paso que uno de los facultativos (el doctor Ordóñez Clavijo) que lo examinaron expresa que le quedó un defecto físico permanente susceptible de reparación mediante intervenciones

quirúrgicas, y otro de los médicos (el doctor García Rangel) que existe una deformación permanente del hueso, deformidad física y dolores constantes en el ojo izquierdo que pueden ocasionar con el tiempo una neuritis de carácter grave, de difícil curación y pronóstico reservado, el último de los expertos (doctor Mario Acevedo Díaz) es de concepto que las heridas no dejaron sino una transitoria alteración de la estética facial, pero ninguna deformación de carácter definitivo. Esta circunstancia, y lo infundado del avalúo pericial del daño material que se demanda, impidió al sentenciador de primer grado pronunciar una condenación en concreto, por lo que remitió a las partes al incidente señalado en el artículo 553 del C. J. Esta decisión habrá de ser mantenida, pues tampoco encuentra la Corte dentro de los datos que el expediente suministra, los elementos requeridos para hacer una determinación en cifra numérica del daño material que aquí se exige.

En la demanda se hace consistir éste en los gastos que Rangel hubo de sufragar para el tratamiento de sus lesiones y en el lucro cesante consistente en el abandono de sus negocios durante el tiempo de la incapacidad consecuencial a las heridas que el accidente le causara.

La sentencia se denegó a reconocer la existencia y consiguiente reparación del perjuicio moral subjetivo y tal resolución tampoco es susceptible de modificación por la Sala, pues por lo que hace al origen de las lesiones, el carácter y consecuencias de las mismas no se hallan reunidos los elementos constitutivos del daño moral de esta especie según la noción que de él ha hecho reiterada doctrina de esta Corte. Tampoco el daño moral objetivado ha sido materia de demostración, y aunque bien es cierto que las cicatrices en el rostro representan un perjuicio susceptible de indemnización, él está comprendido en la reparación del daño material y se traduce y concreta en el costo de la operación de cirugía estética que llegue a practicarse para repararlas.

Las bases para la liquidación del perjuicio que se decreta, serán en consecuencia, las siguientes:

El valor de los gastos realmente ocasionados para la curación de las heridas; el valor de la intervención quirúrgica necesaria para la eliminación de las cicatrices que quedaron a Rangel, en cuanto entrañen deformación estética del rostro; y el monto de lo que hubiere dejado de percibir durante el tiempo en que estuvo imposibilitado para el manejo de sus negocios a causa de las heridas y teniendo en cuenta su productividad anterior al accidente. El daño que ordena regular no podrá alcanzar en ningún caso una suma superior a $ 5.500, cifra en la cual estimó su acción el demandante.

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, confirma en todas sus partes el fallo recurrido.

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

Germán Alvarado. — **Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.**

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — SUSPENSION DE LA ACCION CIVIL MIENTRAS SE DECIDE LA PENAL

Reiterada y constante ha sido la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que los preceptos consignados en los artículos 2º y 28 del Código de Procedimiento Penal exigen una decisión definitiva, por parte de los jueces del crimen, en el adelantamiento de las investigaciones tendientes a declarar responsabilidad por hechos dañosos, para poder después adentrarse, por parte de los jueces civiles, en un pronunciamiento que resuelva la acción relativa al resarcimiento de perjuicios.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veintidos de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Con ocasión de las sesiones ordinarias de las Asambleas Departamentales, la del Departamento del Valle del Cauca se aprestaba a iniciar sus labores en el año de 1941.

Tal acto fue precedido de una manifestación de simpatizantes de la candidatura presidencial del Dr Alfonso López; y durante élla, en la plazuela de San Francisco de la ciudad de Cali, se trabó una lucha entre los manifestantes y la policía del Departamento, de la cual resultó muerto el señor Daniel Arizabaleta Prado "por el shock traumático consecuencial a la fractura de la base del cráneo y a la vibración de la masa encefálica producidas" por la explosión de una cápsula de gas (hecho 6º de la demanda).

Son estos los antecedentes en que la señora Cecilia Prado v. de Arizabaleta se apoya para promover demanda ordinaria en su nombre y en de sus hijos menores, por medio del Dr. Sastio Victoria, contra el Departamento del Valle del Cauca.

El juicio sufrió la tramitación correspondiente, en providencia de 15 de febrero de 1946, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali falló declarando probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo.

Tal decisión fue apelada por el mandatario de la actora, y así llegó el negocio a la Corte, donde se le ha dado la tramitación correspondiente hasta ponerlo en estado de proferir la resolución de instancia.

Se considera:

Reiterada y constante ha sido la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que los preceptos consignados en los artículos 2º y 28 del Código de Procedimiento Penal exigen una decisión definitiva, por parte de los jueces del crimen, en el adelantamiento de las investigaciones tendientes a declarar responsabilidad por hechos dañosos, para poder después adentrarse, por parte de los jueces civiles, en un pronunciamiento que resuelva la acción relativa al resarcimiento de perjuicios. Así, por ejemplo, con fecha 29 de agosto de 1945 (juicio de Elvia Ramírez de Caicedo contra la Nación), dijo la Sala de Negocios Generales: "Ahora bien, la ley sólo ha querido y previsto que en tal evento la actuación civil se suspenda, en una palabra, que no se decida antes de que exista un pronunciamiento con título definitivo e irrevocable por parte de la jurisdicción que tiene la competencia legal de fijar la responsabilidad del individuo penalmente".

De conformidad con el artículo 2º del Código de Procedimiento Penal, cuando la acción civil se adelanta fuera del proceso criminal, cuya calificación de fondo no se ha efectuado, y el fallo que se dicte en éste pueda influir en la controversia civil o administrativa, la solución de ésta se suspende hasta que se dicte auto de sobreseimiento definitivo o sentencia de esta misma naturaleza e irrevocable. Ello significa que si en la causa civil aparecen circunstancias que indiquen cómo la decisión penal pueda influir en la existencia de la infracción, la responsabilidad de los autores, o bien cuando ésta se presenta como el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber, es aplicable el artículo 2º antecitado en armonía con el 28 ibidem. En semejante ocurrencia, se

suspende el juicio civil en el momento del fallo hasta que la justicia criminal esclarezca las cuestiones a fin de que no sobrevengan decisiones jurisdiccionales contradictorias. Tal suspensión debe verificarse sólo cuando vaya a proferirse la sentencia, es decir, cuando ya estén agotadas todas las ritualidades procedimentales.

En el negocio que se examina, el apoderado de la actora solicitó en el punto 6º del memorial de pruebas, de fecha 17 de marzo de 1942, "se oficiara al Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Cali" para que se allegaran en copia varias piezas allí enumeradas y referentes al sumario adelantado por razón de los sucesos en que pereció el señor Arizabaleta. Tal solicitud fue ordenada por el Tribunal, y el 24 de octubre de 1942, el Juez Segundo Superior se negó a hacer la compulsa correspondiente a las copias pedidas, estimando que ello podría implicar la violación del sumario, lo cual está prohibido expresamente por el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal.

Es evidente que en el caso de autos hubo un conflicto que se investiga criminalmente y que de esta investigación pueden resultar hechos que se relacionen con la existencia de la infracción, la responsabilidad de los sindicados o las condiciones en que los agentes de policía procedieron. Todo ello indica que la resolución de la controversia civil debe suspenderse, a juicio de la Sala.

Como el fallo de primera instancia se desató declarando probada la excepción "de petición antes de tiempo", en el fallo de segunda instancia se estudiará el punto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, DECIDE:

1º Suspéndese la resolución del presente juicio hasta que se dicte sentencia irrevocable o auto de sobreseimiento definitivo en el proceso penal adelantado en averiguación de los sucesos del 20 de abril de 1941 en la ciudad de Cali, al instalarse la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca.

2º Solicítese del Juzgado Segundo Superior de Cali y del H. Tribunal de la misma ciudad, copia de las providencias de primera y segunda instancia que se hayan proferido o profieran en la investigación a que se hace referencia en el numeral anterior.

3º Notifíquese el presente auto al señor Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, comisionándose para ello a uno de los Jueces del Circuito en lo Civil de Cali (reparto).

Líbrese el despacho correspondiente con los insertos requeridos.

Notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado.—Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL.—ERROR GRAVE.

1.—Ya dijo la Sala que si con pretexto de error grave "se aceptase en el incidente de tacha discusión al rededor de las bases subjetivas que cada perito estime adecuadas para sacar sus conclusiones, se prejuzgaría sobre el fondo mismo del dictamen, anticipándose fallo sobre aspectos propios de la sentencia definitiva".

2.—También dijo la Sala que "el error grave debe ser ostensible, para lo cual debe recaer sobre circunstancias materiales u objetivas de la sujeta materia sometida a la pericia; como si tratándose de avaluar una casa de construcción antigua los peritos parten de la base de ser nueva, o una hacienda dedicada al engorde y cría de ganados la aprecian los peritos como si estuviera dedicada, no a la ganadería sino a la agricultura; o una joya en cuyo justiprecio debe jugar principalmente el valor de afección la estiman los peritos como joya común, por su valor comercial, etc."

3.—De acuerdo con el artículo 720 del C. J. el error grave debe aparecer ostensible y objetivado.

4.—Un error en la cantidad no es razón para una objeción de error grave en consonancia con las normas judiciales vigentes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veintitrés de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor José Joaquín Castro Martínez, como poderado del Departamento de Boyacá, en el cidente de liquidación de los perjuicios a que e condenada esta entidad por sentencia de 22 octubre de 1943, emanada de la Sala de Negos Generales de la Corte Suprema de Justicia, opuso, en memorial de abril 14 de 1945, varias jeciones por error grave a los dictámenes de s peritos Dres. Manuel Castellanos e Ignacio mez Posse. También en escrito de la misma fecha impugnó el peritazgo del señor Antonio Torres.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en providencia de 7 de diciembre de 1945, desató así la correspondiente articulación:

"Primero. Declárase que los peritos Dres. Manuel Castellanos e Ignacio Gómez Posse incurrieron en sus respectivos dictámenes en el error grave a que se refiere el Dr. José Joaquín Castro Martínez en las objeciones cuarta y séptima formuladas en el escrito de objeciones que obra en el cuaderno número nueve.

"Segundo. Decláranse no probadas las objeciones primera, segunda, tercera, quinta, sexta y última denominada "objeción al avalúo del daño emergente" que formula el Dr. José Joaquín Castro Martínez contra los peritos principales doctores Castellanos y Gómez Posse.

"Tercero. Decláranse no probadas las objeciones contra el dictamen redido por el perito tercero Sr. Manuel Antonio Torres y que fueron formuladas por los doctores Tobías Monroy y José Joaquín Castro Martínez en los escritos respectivos que obran en los cuadernos séptimo y octavo.

"Cuarto. Oportunamente se hará la designación de los peritos de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 720 del Código Judicial".

El Tribunal de la primera instancia, para proceder con cierto ordenamiento y facilitar la ponderosa labor que implica el estudio de las cuestiones en examen, ha agrupado las objeciones en la siguiente forma, que adoptará también la Sala en esta segunda instancia:

"A. Las tres primeras objeciones formuladas por el Dr. José Joaquín Castro Martínez, como abogado del Departamento, contra el dictamen de los peritos principales Manuel Castellanos e Ignacio Gómez Posse (cuadernos 9 fs. 2 ss.) y las tres objeciones formuladas por el mismo apoderado contra el dictamen del perito tercero Sr. Manuel Antonio Torres (cuaderno 8 fs. I ss.)

"B. El resto de las objeciones formuladas por el Dr. Castro Martínez contra el dictamen de los

peritos principales, o sea de la cuarta objeción en adelante (Cuaderno 9 fs. 12).

"C. Objeciones formuladas por el Dr. Tobías Monroy, como apoderado de don Gregorio Jaramillo, contra el dictámen del perito tercero don Manuel Antonio Torres (Cuaderno 7 fs. I y ss.)".

Preparado como está el incidente con el lleno de los ritos procesales, entra la Sala a la prolación de la providencia de segundo grado.

La primera objeción del Dr. Castro Martínez se contrae a observar cuán grave es el error de los peritos al "suponer que un capital industrial de $ 13.250 es capaz de producir, en el espacio de 365 días, una ganancia neta" que es demasiado considerable si se tiene en cuenta que las grandes compañías de textiles, bancos y otras, producen un rendimiento que no sobrepasa al 12 por ciento anual conforme al cuadro que figura en autos.

Reparos de similar jaez hace el Dr. Castro Martínez a la peritación del Sr. Manuel Antonio Torres.

El Tribunal a quo, mediante interesantes y oportunas consideraciones, observa que la objeción parte de la base errónea de que los expertos principales fijaron en $ 13.250 el capital invertido por el señor Jaramillo, siendo así que esta suma en el experticio representa el daño emergente. Pero por otra parte, ninguno de los peritos basó su dictámen en la relación normal entre las utilidades y el capital que las produce. Luego argumenta de este modo:

"La objeción primera de que se viene hablando no tiene cabida en este juicio porque los peritos no están avaluando el Good-will ni el exceso de utilidades o Plusvalía que pudiera haber derivado Jaramillo, pues la sentencia de fecha 22 de noviembre de 1943, proferida por la Sala de Negocios Generales de la H. Corte Suprema de Justicia, de cuya ejecución se trata, es la que señala en el capítulo 5º, titulado "Los Perjuicios", el campo de acción o la materia a la cual deben concretar los peritos sus conocimientos para deducir "ajustándose a la realidad" el monto de los perjuicios que corresponde pagar al Departamento y su liquidación..."

La Sala de Negocios Generales de la Corte, en proveído de 6 de diciembre de 1941, dijo que si con pretexto de error grave "se aceptase en el incidente de tacha de las bases subjetivas que cada perito estime adecuadas para sacar sus conclusiones, se prejuzgaría sobre el fondo mismo del dictámen, anticipándose fallo sobre aspectos propios de la sentencia definitiva". Y es esto lo que ocurre con respecto a la objeción que se analiza, pues si los peritos se hubieran fundado, para deducir sus conclusiones, en la relación entre el capital invertido y las utilidades, querría decir que era indispensable examinar los basamentos del peritazgo, lo cual compete al juzgador, al valorar las probanzas en la sentencia.

Esta razón, unida a las que da el Tribunal preopinante, es motivo suficiente para declarar no probada la primera objeción.

Segunda objeción

Se hace consistir este reparo en que los tres peritos incurrieron en grave error, y por no haber discriminado la renta que corresponde al capital, la remuneración personal del señor Jaramillo y la incidencia de estos factores en la ganancia. Concluye de ello el objetante que "según el doctor Castellanos, el señor Jaramillo debió haber devengado un sueldo personal igual o superior a la suma de los sueldos que en el mismo tiempo devengaban los diez y seis honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y según el doctor Gómez Posse, un sueldo igual o superior al cómputo de los sueldos que en el mismo tiempo percibieron el señor Presidente de la República y los diez Ministros del Despacho Ejecutivo".

Impugnando el Dr. Castro Martínez la pericia del señor Manuel Antonio Torres, expresa ideas similares.

Al estudiar los experticios, se nota que los peritos, en la emisión de sus opiniones, adoptaron un sistema diferente, siguiendo la pauta trazada por la H. Corte, conforme a la cual el negocio de Jaramillo se efectuaba "en poblaciones determinadas del Departamento de Boyacá, de modo que para ajustarse a la realidad, es en éllas donde debe buscarse los elementos principales del avalúo, el cual, como es obvio, debe partir del dato de lo que real y efectivamente estaba ganando el señor Jaramillo en cada una de las poblaciones indicadas, en la época en que el contrato fue caducado, sobre la base del consumo, precio de costo y precios de venta de la chicha y el guarapo".

El emplear el perito uno u otro criterio o sistema de apreciación no constituye por sí sólo grave error. Según el artículo 720 del C. J. se puede objetar el dictámen, es decir, la opinión examinada objetivamente. Por ello dijo la Sala

Negocios Generales, en providencia de 6 de diciembre de 1941, citada por el Tribunal:

"El error grave debe ser ostensible, para lo cual debe recaer sobre circunstancias materiales u objetivas de la sujeta materia sometida a la pericia; como si tratándose de avaluar una casa de construcción antigua, los peritos parten de la base de ser nueva, o una hacienda dedicada al engorde y cría de ganados, los peritos la aprecian como si estuviera dedicada no a la ganadería, sino a la agricultura; o una joya en cuyo justiprecio debe jugar principalmente el valor de afección, los peritos la estiman como joya común, por su valor comercial, etc.". La adopción de un criterio de apreciación no constituye un error grave objetivo, de donde se sigue que la segunda objeción no es fundada.

Tercera objeción.

La concreta así el Tribunal:

"La tercera objeción formulada por el Dr. José Joaquín Castro Martínez contra los dictámenes de los peritos principales (Cuaderno 9 fs. 11) y contra el perito tercero (Cuaderno 8 fs. 2), la fundamenta en que los peritos incurrieron en error grave o como consecuencia de "no haber tenido en cuenta que toda empresa industrial, agrícola o mercantil, está integrada por dos factores esenciales y que son: el capital y el empresario"; de en consecuencia el lucro cesante, que no es sino el aspecto negativo de la utilidad o rendimiento, tiene también forzosamente que reconocer los dos orígenes, y que, para avaluar perjuicios, no puede prescindirse de tomar en consideración de el acto que causa tales perjuicios puede incidir sobre ambos o sobre uno de tales factores. Arrega que el caso de autos es de aquellos que directamente afectan "el patrimonio del interesado porque no anula ni disminuye la capacidad personal de la víctima" y que por tanto los peritos han debido descontar de los respectivos lucros cesantes la suma que correspondía a la remuneración del señor Jaramillo, por el empleo de sus capacidades personales y reducir dicho lucro a la suma que resulta de liquidar el porcentaje experimental y oficiosamente admitido en Colombia como rendimiento normal de la industria de fermentadas o sea el veinte por ciento (20%) anual sobre el capital invertido".

El Tribunal considera:

"El artículo 77 de la Ley 105 de 1890 estatuía que cuando había desacierto en el peritazgo, por haberse incurrido en los vicios de error esencial, dolo o ignorancia, debía practicarse otra diligencia con nuevos peritos.

La jurisprudencia estimaba en aquel entonces que había error esencial, cuando él versaba sobre cualidades esenciales o intrínsecas del objeto, como en el supuesto de que los peritos apreciasen como de oro una cosa de otro metal. Mas no sucedía lo mismo si el error recaía en cualidades meramente accidentales. La Ley 105 de 1931 amplió el campo de la objeción para abarcar en él las notas accidentales de la cosa, pero exigió que el error fuese grave, aunque no esencial.

Los términos del artículo 720 del C. J. permiten impugnar el dictámen por un error grave o sea por una grave disconformidad entre la cosa y la opinión escrita del perito. De suerte que dicho error debe aparecer ostensible y objetivado en la forma que lo exige la sentencia de 6 de diciembre aludida.

Además de lo expresado, decidir si en el caso de autos es preciso descontar de los perjuicios liquidados la remuneración del Sr. Jaramillo por el empleo de sus capacidades, como si se tratase de avaluar perjuicios, por haberse sufrido una incapacidad relativa personal, es una cuestión que atañe más al fondo del derecho que a circunstancias de hecho.

Todo lo que se acaba de exponer convence de que es infundada la objeción que se encara.

Con toda razón concluye este punto el Tribunal:

"Obsérvese que no habiendo prosperado ninguna de las tres objeciones que se han dejado analizadas queda en firme el dictámen del perito tercero don Manuel Antonio Torres, en cuanto respecta a las objeciones hechas por el Dr. Castro Martínez, pues solamente esas tres objeciones son comunes a los dictámenes de los tres peritos.

"Las demás objeciones formuladas por el Dr. José Joaquín Castro Martínez se refieren solamente al dictámen de los peritos principales doctores Manuel Castellanos e Ignacio Gómez Posse..."

Cuarta objeción

Se hace consistir en que los peritos principales, contra la evidencia del proceso, supusieron que todas las fermentadas, por las cuales Jaramillo había pagado impuesto, fueron elaboradas directamente por él, sin la colaboración de subcontratistas y revendedores, quienes alguna ganancia

debían obtener por su trabajo, y en que se involucraron los proventos de éstos en el lucro cesante correspondiente a Jaramillo.

Dice el objetante:

"Con la misma razón con que los peritos estimaron que debían incluírse las utilidades dejadas de percibir por los supradichos subcontratistas y revendedores en la liquidación de perjuicios, han debido también incluírse las ganancias de cuantas personas tuvieron algo que ver con el negocio del señor Jaramillo, por ejemplo, los carpinteros que le hacían las pipas, estantes y mostradores; los agricultores que sembraban y recolectaban el maíz con que se fabrica la chicha, los choferes que acarreaban los productos elaborados, etc...."

El doctor Castro Martínez pone de resalto cómo en el cuaderno 6º del presente juicio (fs. 8 y ss.), aparece un certificado de las rentas departamentales de Cerinza en el que se transcribe la declaración del señor Antonio Correa, agente de Jaramillo, en la cual el testigo expresa haber conocido las libretas sobre expendio a los subcontratistas. Afirma también el señor apoderado del Departamento que en el mismo cuaderno existen certificados de los recaudadores de Paipa, Santa Rosa, Belén y Cocuy en los cuales se alude a los subcontratistas, en el primero, y en los otros, se hace referencia al incumplimiento de Jaramillo con relación a la obligación que tenía de suministrar a los contratistas y revendedores las guías de amparo.

Agrega que si Jaramillo hubiera delimitado la chicha y el guarapo producidos y vendidos directamente por él de la cantidad de estas mismas bebidas fabricadas y vendidas por los subcontratistas, no se habría atrevido a insinuar que todos los litros que se vendieron durante el contrato habían sido elaborados directamente por él.

Y concluye así:

"Considero que, en presencia de esos hechos debidamente comprobados como están en autos, los peritos no han debido liquidar como lucro cesante todas las utilidades globales dejadas de percibir por los subcontratistas y revendedores del señor Jaramillo, sino simplemente al porcentaje que aquéllos debieron haber reconocido al actor en compensación de la autorización que éste les otorgó para que montaran o hicieran funcionar sus fábricas, bajo la responsabilidad de Jaramillo, en unos casos, o el porcentaje que indudablemente tenían que reconocerle los revendedores o abastecedores que recibían de Jaramillo o de sus agentes las bebidas para darlas directamente a consumo".

Para el Tribunal parece ser esta objeción la d mayor envergadura, supuesto que la sentencia d cuya ejecución se trata dispone que el avalúo de lucro cesante "como es obvio debe partir del dat de lo que real y efectivamente estaba ganando e señor Jaramillo en cada una de las poblacione indicadas".

El doctor Tobías Monroy, apoderado de Jara millo, contestando esta cuarta objeción, la reba así:

"El señor Jaramillo hacía preparar en sus f bricas y por su cuenta los licores para los nue municipios en el contrato. No había subcontr tistas. De esto no hay prueba alguna en el exp diente. Los revendedores no eran subcontratist Ellos recibían los licores preparados en las fáb cas del señor Jaramillo.

"De acuerdo con el contrato, el señor Jarami tenía pleno derecho a recibir como propias to las utilidades que produjera la fabricación y expendio de los licores y en el carácter de d ño podía dejar parte de ellas para pago de ser cios a los que trabajaran en las fábricas y en expendios.

"Es claro que nadie trabajaba gratuitamente la fabricación o en el expendio de los lico pero esto no le quitaba el derecho al señor Ja millo para percibir todas las utilidades y para cer de ellas libremente lo que quisiera, ya fu destinar parte de ellas al pago de tales servi gastarlas en otra cosa o regalarlas.

"Y si esto era así durante toda la vigencia contrato, es evidente que lo mismo debía suc después de que el gobierno dictó la resolució caducidad, hasta la terminación del plazo pulado.

"Quienes trabajaban en las fábricas y en expendios habían contratado con el señor J millo y no con el Departamento. Quien debía garles era el primero, no el segundo. El seño ramillo hizo gastos y debía continuar hacién durante la vigencia del contrato. El Departa to no. Después de la resolución de caducid señor Jaramillo dejó de recibir lo que le co pondía por utilidades. El Departamento con recibiendo el producido de las bebidas fabri das en los nueve municipios.

"Se sigue de aquí que no había razón par los peritos descontaran del lucro cesante la que el señor Jaramillo hubiera podido de de las utilidades después de la resolución

lucidad y durante el plazo del contrato por pago le servicios en la fabricación y en expendio de icores...".

En la ampliación del peristazgo se expresó así l señor Castellanos: "4º No aparece en el expe- iente que el señor Jaramillo hubiera hecho sub- ntratos u otorgado permisos a terceros para el ontaje de fábricas de bebidas fermentadas, y lamente se verifica que la producción se hacía r su cuenta y riesgo, sin que fuera materia del ritazgo entrar a conceptuar sobre la distribu- ón que el contratista hubiera hecho del produ- lo del negocio".

El perito Gómez Posse estuvo de acuerdo con ampliación de Castellanos.

La Sala para avocar esta faz del negocio, trans- be la relación de las probanzas que discrimi- lamente analizó el **a quo** en los siguientes tér- nos:

D. En los autos ameritados se encuentran los ientes elementos de convicción en relación la cuestión suscitada con motivo de la obje- que se analiza.

I. El contrato celebrado entre el gobierno del artamento de Boyacá y Gregorio Jaramillo, fue protocolizado en la escritura pública nú- o 715 de fecha 18 de noviembre de 1933 otor- en la Notaría Primera de Tunja, que obra lio I y siguientes del cuaderno número 1 del o ordinario seguido por Gregorio Jaramillo ra el Departamento de Boyacá, contemplaba so de los subcontratistas o revendedores que ocupar el contratista Jaramillo...".

duce este aserto de las cláusulas 10, 12, 7, 8 que se transcriben en el cuerpo de la provi- a de primer grado.

el siguiente pasaje, el Tribunal hace un is del problema **sub lite:**

s gastos de la empresa de fermentadas de regorio Jaramillo, de acuerdo con los tér- mismos del contrato, no podían ser única- los que corresponden a la producción de ntados (chicha y guarapo) y a la adminis- del señor Jaramillo, como la de los em- s de quienes él tenía que valerse y que el doctor Castellanos computa a razón de un $ 1.00) por cada mil litros (1.000), sino que que abarcar necesariamente todos aquellos generales, que implican las industrias de turaleza, en sus tres fases de producción, ción y consumo, que de suyo merman el de la utilidad líquida apetecible.

"El profesor norteamericano Cecil Merble Jillepspie, en su tratado sobre procedimiento para los costos standard, en la sección IX titulada Retribución sobre la inversión, sienta el principio siguiente qué corrobora lo anterior: "Al fijar los precios de venta, se trata de incluír, además del costo de manufactura, los siguientes conceptos:

"1. Los gastos de venta, incluyendo la compensación y administración.

"2. Los gastos generales, incluyendo la compensación y administración.

"3. La utilidad que corresponde: a) la retribución sobre la inversión que representan los valores de activo empleados en el negocio.

"b) Cualquier incremento adicional que pueda soportar el consumidor (página 283).

"Los servicios de venta y distribución del producto fabricado o elaborado por el señor Jaramillo en sus fábricas, bien fueran proporcionados directamente por la empresa o por subcontratistas y revendedores, de todas maneras implicaban ellos gastos que gravaban o disminuían la utilidad líquida del señor Gregorio Jaramillo por cuanto debían aumentar el costo global del artículo, limitando el monto del incremento adicional soportable por el consumidor, que el expositor mencionado denomina margen bruto de utilidad o sea la diferencia entre el precio de venta y el costo de fabricación aumentado de los de almacenamiento y embarque (página 370) que equivalen en el caso de autos a los gastos que debían implicar los servicios de distribución y venta de los productos fabricados por el mismo señor Jaramillo.

"Al folio 24 del mismo cuaderno número 1 obran las siguientes transcripciones hechas en la sentencia de 2 de mayo de 1938 proferida por la Sala de Negocios Generales, que fue acompañada como prueba por el demandante Jaramillo:

"En el cuaderno de pruebas de primera instancia (fs. 109) la recaudación de rentas departamentales certifica refiriéndose a Tunja: "que desde el mes de diciembre de 1933 hasta el mes de abril funcionaron 27 fábricas particulares y una del señor Jaramillo en todo el municipio, por las cuales pagó el impuesto el señor Jaramillo...". A los folios 121 del mismo cuaderno dice la recaudación de rentas departamentales de Santa Rosa: "...con relación al inciso ñ) del anterior memorial, se advierte que en la recaudación no se ha expedido patente alguna para productor distinto al señor Jaramillo, y los que han existido, han sacado sus patentes de la administra-

ción de la fábrica de fermentados en donde hacen sus consignaciones, limitándose la recaudación únicamente a refrendar las patentes con el sello de la oficina; por consiguiente la recaudación no ha recibido dinero por concepto de la renta de fermentados sino únicamente del señor Gregorio Jaramillo, o de su representante en la administración de la fábrica, y los productores distintos a éste, hacen sus consignaciones en la fábrica.

Agrega después esta misma recaudación (fs. 122 v. id.): Nuevamente advierto que los productores distintos del señor Gregorio Jaramillo, hacen sus consignaciones en la fábrica de fermentados y allí les expiden sus patentes, las cuales van refrendadas por el sello de la recaudación.

"De estas transcripciones se deduce ya que Gregorio Jaramillo sí permitía a otros ciudadanos la venta de fermentados y que los impuestos que estos últimos debían pagar los cubría Jaramillo, quien concedía las patentes en las fábricas de Tunja y Santa Rosa a tale expendedores que dependían de Gregorio Jaramillo limitándose las recaudaciones de rentas respectivas únicamente a refrendar las patentes con el sello de la oficina.

"III. Otros lugares en donde Gregorio Jaramillo se servía de comisionados para la administración de sus fábricas, esto es de subadministradores, como también de expendedores para dar a la venta los fermentados que producía, incluyendo a Tunja y Santa Rosa de Viterbo según aparece de los cuadernos 8 y 6 del expediente contentivo del juicio en que fue proferida la sentencia de cuya ejecución se trata, son los siguientes:.....

"**Tunja.** En el cuaderno número 8 correspondiente a las pruebas de Jaramillo, en la segunda instancia del juicio aludido ya, obra la certificación expedida por la recaudación de rentas departamentales de Tunja de fecha 2 de abril de 1934 en donde se lee lo siguiente:

"Tercero. Que hasta el mes de noviembre existieron, aforados por la recaudación, 22 expendios rurales, los que pasaron en el mes de diciembre por cuenta del señor Gregorio Jaramillo.

"Quinto. Que desde el mes de diciembre han venido funcionando 27 fábricas particulares y una del señor Gregorio Jaramillo, por las cuales ha pagado el impuesto dicho señor, desde el 10 de noviembre, conforme al contrato celebrado por el señor Jaramillo con el Gobierno".

"Esta última afirmación está corroborada en el punto cuarto del certificado de fecha 26 de noviembre de 1934 expedido por la misma recaud ción al folio 22 del mismo cuaderno.

"**Santa Rosa de Viterbo.** A los folios 23 v. y s guientes del cuaderno número 8 del mismo juic obra el certificado expedido por el recaudador rentas departamentales de Santa Rosa de Viter donde consta: .....

"Con relación al inciso ñ) del anterior mem rial, se advierte que en la recaudación no se expedido patente alguna para productor distir al señor Gregorio Jaramillo, y los que han ex tido han sacado sus patentes de la administrac de la fábrica de fermentados en donde hacen consignaciones, limitándose la recaudación úni mente a refrendar las patentes con el sello de oficina. Por consiguiente la recaudación no recibido dineros por concepto de la renta de mentados sino únicamente del señor Gregorio ramillo, o de sus representantes en la adminis ción de la fábrica, y los productores distint éste hacen sus consignaciones en la fábrica 24 v.)...

"...Nuevamente advierto que los product distintos al señor Gregorio Jaramillo, hacen consignaciones en la fábrica de Fermentad allí les expiden sus patentes, las cuales van frendadas con el sello de la Recaudación".

"**Belén.** Al folio 1 del mismo cuaderno núr 8 aparece el memorial dirigido al Recaudado Rentas Departamentales de Belén encabezad "Yo Josué Gómez M., Administrador de la F ca de Fermentados en representación del s Gregorio Jaramillo solicito...".

"El certificado del Recaudador de Rentas partamentales de Belén que obra a los foli vuelto y siguientes del mismo cuaderno nú 8 concluye así:

"...las patentes rurales que se expidier el mes de noviembre de mil novecientos t y tres fueron expedidas por la Recaudació gún aparece del talonario respectivo. Las fueron expedidas por el Administrador de brica y visadas en esta Recaudación; el pa estas licencias de expendio se hace al ad trador de la fábrica" (folio 32 v.).

"**Paipa.** Al folio 2 del mismo cuaderno n 8 está el memorial dirigido al Recaudador Rentas Departamentales de Paipa encal como sigue: "Yo Joaquín Vásquez, mayor d y su vecino, en representación del señor rio Jaramillo E., contratista de la Renta d mentados ante usted con todo respeto solic

"El certificado del Recaudador de Rentas Departamentales de Paipa de fecha 23 de noviembre de 1934 que obra al folio 40 del citado cuaderno número 8 concluye así:

"El único productor del centro es el señor Gregorio Jaramillo, en las veredas hay 35 productores a los cuales el señor Jaramillo les expide las patentes respectivas y dichos expendedores le hacen los pagos por quincenas vencidas".

Corrales. Al folio 3 del citado cuaderno número 8 se lee el memorial dirigido al Recaudador de Rentas Departamentales de Corrales que principia así: "En mi carácter de Administrador de la fábrica de Fermentados de este lugar, y en representación del señor Gregorio Jaramillo, contratista con el gobierno del Departamento para la producción y expendido de bebidas fermentadas en este municipio, solicito a usted...".

Al folio 37 ibídem obra el certificado expedido por el Recaudador de las Rentas Departamentales de Corrales, en donde dice:

"Se advierte que esta oficina, no ha expedido patentes a las personas que tienen los expendios rurales, porque éstas las expide directamente el Administrador de la Fábrica, y esta oficina se limita tan sólo a registrarlas en el libro respectivo...".

Soatá. El Recaudador de Rentas Departamentales de Soatá, al folio 13 del citado cuaderno, encabeza el certificado de fecha 3 de abril de 1934 así:

"el señor Juan B. Osorio, administrador de la fábrica de Fermentados de esta ciudad ha pagado puntualmente por cuenta del señor don Gregorio Jaramillo..., etc...."

El certificado de fecha 16 de noviembre de 1934 al folio 41 v. del citado cuaderno número 8 dice así:

"existen en la actualidad dentro del área de la población diez expendios que se surten todos de la fábrica.

En los campos hay diez expendios cuyas patentes son expedidas por Juan B. Osorio, representante de Gregorio Jaramillo, que son registradas en esta Recaudación mensualmente, y cuyas declaraciones son verificadas al señor Osorio" (folio 43).

El Cocuy. Al folio 39 del mencionado cuaderno número 8 dice el certificado de fecha 23 de noviembre de 1934, expedido por el Recaudador de Rentas Departamentales de El Cocuy, lo siguiente:

"Dentro del área de la población existían ocho establecimientos de expendio a cargo de Teresa Manosalva, Rosa A. Leal, Horacio Rivera, Emma Albarracín, Lucrecia Zambrano, Ana Rosa Forero y Flora García, todos ellos por cuenta y riesgo del señor Angel María Rincón como encargado de la Fábrica del señor Jaramillo a quien se le expendían las patentes de amparo debidamente autorizadas...".

Guateque. A los folios 11 y 12 del mencionado cuaderno número 8, los certificados del Recaudador de Rentas de Guateque de fecha 8 de abril de 1934 afirman que "...el señor Gregorio Jaramillo, por conducto del Administrador de la Fábrica de fermentados de este municipio, etc."...

"...que en esta Recaudación han sido registradas las patentes de expendio rurales, expedidas por el Administrador de la Fábrica..."

"Obran además en el mismo cuaderno, las declaraciones de Ceferino Cárdenas (f. 105), Rafael Guerrero (f. 106 v.), Marco Aurelio Huertas (f. 108), Manuel Martínez (f. 110), Vidal Moreno (f. 111 v.), Elisa Guerrero (f. 113 v.), quienes contestan uniformemente el interrogatorio que Gregorio Jaramillo les formula en memorial que obra al folio 78 del mismo cuaderno sobre estos dos puntos:

"3. Si les consta en forma directa y personal que tanto la Fábrica en donde se elabora la bebida fermentada como los expendios para el público se encontraban siempre en las mejores condiciones de aseo e higiene.

"4. Si les consta en forma directa y personal que dentro de la casa en donde funcionaba la Fábrica de Fermentados en esta ciudad jamás se consumía (se tomaba) chicha ni guarapo sino que el consumo tenía lugar única y exclusivamente en los lugares destinados para el público consumidor".

Cerinza. En el cuaderno número 6 en el acta de visita practicada en la Recaudación de Rentas Departamentales de Cerinza por el Recaudador de Saldos Departamentales se lee la siguiente constancia al folio 122:

"Debe también dejarse constancia de que Antonio Correa L., Dueñas y Francisco Manosalva eran los agentes y empleados del señor Jaramillo en este municipio, quienes aparecen firmando los respectivos talonarios de patentes".

"En el cuaderno número 8 al folio 8 corre la certificación del Recaudador de Rentas de Cerinza en que consta que "el señor Luis F. Dueñas, representante del señor Gregorio Jaramillo, contratista de la renta de fermentados en este municipio con el gobierno departamental, etc...."

"e) Todos los elementos probatorios que acaban de mencionarse "traídos al juicio por el demandante en su mayoría —como dice la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de cuya ejecución se trata— los cuales ofrecen elementos básicos muy importantes para hacer una liquidación razonada y real de los perjuicios causados al demandante a partir del 5 de octubre de 1934 tanto por razón de daño emergente como de lucro cesante, no fueron tenidos en cuenta por los peritos doctores Castellanos y Gómez Posse, habida consideración que de todos ellos aparece que Jaramillo no expendía o vendía los licores en las Fábricas sino en expendios distintos y que en todas esas Fábricas tenía administradores o representantes suyos, cuyas ganancias y emolumentos respectivos no fueron deducidos del monto total en que dichos peritos fijaron el lucro cesante.

"Y no se objete que tales documentos o elementos probatorios se refieren a situaciones anteriores al 5 de octubre de 1934, fecha en que empezaron a causarse los perjuicios que ahora se están liquidando porque la misma Corte en la sentencia de fecha 22 de octubre de 1943, proferida por la Sala de Negocios Generales (cuaderno 7, folios 66 del juicio principal), dijo que el avalúo de los perjuicios debía partir "del dato de lo que real y efectivamente estaba ganando el señor Jaramillo", y como los gastos de administración, expendios y fabricación disminuían la utilidad líquida del señor Jaramillo, tal factor no puede perderse de vista en el avalúo del lucro cesante comprendido entre el 5 de octubre de 1934 y el 10 de noviembre de 1935, fecha en que debía expirar el contrato celebrado entre el Departamento y Gregorio Jaramillo.

"Como el lucro cesante consiste en la ganancia que dejó de derivar Jaramillo en cada uno de los municipios que se han mencionado, naturalmente tiene que partir del hecho concreto de lo que estaba ganando realmente Jaramillo y de la situación y condiciones en que tenía establecido su negocio. Los peritos doctores Castellanos y Gómez Posse han debido proceder sobre el particular como si se tratara de prospectar anticipadamente las actividades que iba a derivar Jaramillo en el período del 5 de octubre de 1934 al 10 de noviembre de 1935, y, por consiguiente, al proceder a la liquidación desconociendo la situación del negocio en lo relativo a gastos de subadministración y de expendio del producto elaborado en cada una de sus fábricas incurrieron en el error grave que les apunta el doctor José Joaquín Castro Martínez en la objeción cuarta de su escrito d objeciones. Error que ha quedado demostrad en forma tangible y concreta por lo cual prosper la objeción".

Lo transcrito pone de relieve cómo la objeció que se declaró fundada se hace consistir en qu los expertos no consideraron los gastos de sub administración y expendio de las fermentadas cual debieron, según el objetante, haber deducid para obtener la ganancia líquida. Vale tanto c mo decir que el lucro cesante se estimó en una s ma mayor que la legítima, la real, la justa, o m jor, que hubo error cuantitativo en la apreci ción.

La Ley 103 de 1923 (Código Arbeláez) fue u de los antecedentes que la comisión redactora d actual código judicial tuvo a la vista. En dic ley existía la siguiente disposición: "Artículo 7 El dictámen pericial puede rescindirse por err esencial, por causa de fuerza y dolo. Cuando trate de avalúo también puede rescindirse por sión enorme cuando el avalúo exceda o baje una tercera parte del justo precio".

Este motivo por lesión enorme no se reproc jo en la ley 105 de 1931, y por consiguiente error en la cantidad no es razón para una ob ción de error grave en consonancia con las n mas judiciales vigentes.

Diríase que el error grave imputado radica que los expertos no justipreciaron los gastos vertidos por Jaramillo en los expendios o sub ministración. Tal impugnación sólo pondría manifiesto una mala o deficiente fundamenta del dictámen o una ignorancia de los peritos pecto de elementos que debieron de haber ter presentes en armonía con las probanzas proc les.

Los peritos, para la estimación del lucro ce te, tomaron como basamento el costo de mate primas, tales como maíz, panela y miel. En r ción con los gastos y administración dijo el pe Castellanos:

"Sobre este mismo particular observam que en la liquidación presentada por el acto bre los perjuicios por lucro cesante y en dec ciones de los testigos sobre el costo de produ se ha omitido un gasto y es el relativo a la a nistración; pues si bien es cierto que Jara administraba personalmente su negocio, es dente también, según las mismas declarac citadas, que él tenía que valerse de emplea quienes debía pagar con los productos de la ma empresa; por esto consideramos equitativ

luír este gasto en la liquidación computándolo a azón de un peso por cada 1.000 litros consumi-os".

El perito Torres conceptúa que fuera de la ma-ria prima y mano de obra, existen gastos de per-nal en las fábricas, arrendamientos, luz, repara-ones, los cuales aprecia en medio centavo por ro. Agrega que hay también gastos de admi-stración, empleados, parte directiva, viajes, etc., s cuales estima en otro medio centavo por li-o.

El mismo perito hace notar que los expertos incipales no tuvieron en cuenta "los gastos de enta, la utilidad que derivan los detallistas, y e nunca puede ser inferior a un centavo por li-".

n seguida dice:

Punto primordial, de la mayor importancia, es que se refiere a los precios de venta de la chi- y el guarapo. Expendía el contratista por su nta esos artículos? Luego tenía necesidad de endios o reventas fuera de las fábricas y esos endios o reventas demandaban gastos de arren-ientos, personal para atender al público con-idor, vasijas de acarreo, erogaciones de trans-e, etc. Tal parece desprenderse que Jarami-ra quien tenía las reventas por su cuenta, al os en ciertos lugares, de la declaración de Eli- Guerrero (páginas 80 y 81 del cuaderno 8), otras....."

si esto es así para atender a esos expendios entas, no puede recargarse en menos de un vo el costo de producción y venta de cada de bebida".

error que se apunta por el objetante consis-es, en que los peritos omitieron la aprecia-le ciertos datos imputables a gastos, lo cual, ntir de la Sala, podría considerarse ora como ncia de los expertos, omisiones en el dic- o insuficiente o mala fundamentación de abría habido quizá un grave error objetivo el peritazgo se hubiera dicho que los gastos na ganancia de Jaramillo; pero los peritos hetieron tal dislate, puesto que lo que se ob-s que no los tuvieron en cuenta en la peri-

rovidencia de 12 de febrero de 1942, esta Negocios Generales dijo:

egundo motivo que se refiere a los elemen- tomaron y a los que dejaron de acoger tos en la apreciación de los perjuicios, de- a las claras la equivocación del propug-l mirarlo por el carácter de error grave. Lo que en este motivo se manifiesta, al hablar de elementos objetables, es que existe falta de fundamentación del dictámen, u error de cantidad en la apreciación o ignorancia de elementos por parte de los peritos.....

"El error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atributos, como cuando se afirma que un objeto o una persona tiene determinada peculiaridad, y resulta que tal cualidad no existe o en tener por blanco lo que es negro o rosado"

La circunstancia de que los peritos principales hubieran hecho caso omiso de los gastos de sub-administración o expendio verificados por terceras personas, lo cual, en sentir del objetante, está acreditado en el expediente, podría revelar insuficiente fundamentación de la pericia. Cuando ello sucede, el C. Judicial proporciona medios, como se ve en los artículos 721 y 719, in fine.

En suma, por las fallas apuntadas, el dictámen no adolece de conceptos que puedan tomarse como error grave.

Quinta objeción

El hecho de considerar que las utilidades de Jaramillo no estén de acuerdo con la legislación antialcolólica, no constituye en forma alguna error objetivo en la peritación.

Sexta objeción

Se fundamenta en conceptos de derecho administrativo que nada tienen que ver con el error grave a que se refiere el código judicial.

Séptima objeción

Consiste en que los peritos en la liquidación del impuesto omitieron el alza de medio centavo establecida por el Decreto número 315 de 1934.

Acerca de este reparo se expresa así el apoderado de Jaramillo en segunda instancia:

..... ella no es procedente porque tal decreto no modifica el contrato y hay error en estimar que el contratista Jaramillo, según la convención, estuviera obligado "a pagar los impuestos de acuerdo con las tasas establecidas por las ordenanzas", pues en ninguna parte consta esta estipulación. Además, dicho decreto no figuró en el juicio, ni fue materia de controversia, ni vino a los autos en forma legal, ni el perito tercero tenía facultad para aducirlo como prueba".

Se considera:

Los peritos son llamados a proporcionar al juzgador ilustración sobre ciertos puntos de hecho, más no de derecho. Así lo enseña en los siguientes términos el artículo 705 del Código Judicial:

"Para la comprobación de hechos o prácticas especiales intervienen peritos....."

Ahora bien, determinar si el impuesto es de dos centavos, según el contrato, o de dos y medio, conforme al decreto, podría ser una cuestión que más bien incumbe al juzgador y no al perito. Aparte de esto, existe también el aspecto probatorio, ya que el decreto fue traído al expediente oficiosamente por el perito tercero, de suerte que los peritos principales no incurrieron en error grave por no haber tenido en cuenta el alza de tal gravamen.

La objeción sobre el avalúo del daño emergente y que se apoya en una observación del perito tercero, "es cuestión que corresponde a la apreciación del dictámen y no a error grave", como con exactitud lo dice el a quo.

Acerca de las objeciones formuladas por el doctor Monroy, la Sala transcribe y prohija este razonamiento del fallador de primer grado:

"Queda por estudiar el último grupo de objeciones de que se hizo mención al principio de esta providencia, o sea, las formuladas por el doctor Tobías Monroy contra el perito tercero don Manuel Antonio Torres, que obran en el cuaderno número 7.

"La objeción del doctor Monroy se concreta a "parcialidad, ilegalidad, error grave, injusticia y dolo" que fundamenta en una serie de razonamientos que abarcan los folios 1 v. a 6 v. del cuaderno número 7.

"Se observa:

"El artículo 720 del Código Judicial autoriza la objeción del dictamen pericial por "error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción", de modo que las objeciones enunciadas por el doctor Monroy solamente podrían caber dentro de las denominaciones legales de error grave y dolo; pero ninguna de estas dos acepciones corresponden a la crítica que se limita a hacer el doctor Monroy en el escrito en que formula sus objeciones.

"Ya se dijo en otra parte de esta providencia que existe notoria diferencia entre la labor de apreciación y crítica de un dictamen, que es función privativa del fallador, y la objeción del mismo por los motivos que anota la ley y su constatación por medio de las pruebas que obran en el expediente. Cosa muy diferente es también la tacha del perito a que se refiere casi todo el escrito del doctor Monroy.

"No prosperan por tanto las objeciones formuladas por el doctor Tobías Monroy contra el dictamen rendido por el perito tercero señor Manuel Antonio Torres".

Dada la complejidad de este negocio, no se ve temeridad en los objetantes, por lo cual no habrá condenación en costas.

En mérito de lo discutido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia CONFIRMA los ordinales 2º y 3º de la providencia apelada, REPONE los ordinales 1º y 4º y en su lugar resuelve:

Decláranse también infundadas las objeciones 4ª y 7ª formuladas contra el dictamen de los peritos doctores Manuel Castellanos e Ignacio Gómez Posse por el doctor José Joaquín Castro Martínez.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock — Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS CONTRA EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES. — COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DEL JUICIO. — CONTRATOS DE ADHESION

En jurisprudencia reciente sentó la Sala la doctrina de que "los juicios en que se ventilen cuestiones atinentes al transporte en empresas dirigidas por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, se clasifican en la categoría general que la ley reconoce para las acciones en que tiene interés la Nación y que se adelantan en primera instancia ante el Tribunal correspondiente; mas no se hallan comprendidas en la regla especial del artículo 40 del C. J., la que únicamente se refiere a las controversias provenientes de los contratos celebrados por la Nación." La más decisiva razón para no aplicar el artículo 40 del C. J. a demandas como la que se inicia en este juicio, consiste en que la CAUSA PETENDI, la acción proviene de un contrato de adhesión, en el cual el consentimiento no puede perfeccionarse en las mismas condiciones en que dicho consentimiento se presta en los contratos generales: faltan en aquéllos las formalidades de la negociación, la preparación y estudio de las estipulaciones. Ocurre que por su naturaleza de ente colectivo el Estado no manifiesta su consentimiento por un acto simple, en un solo momento y sin un proceso especial que requiere el concurso de actos consecutivos y de varias personas. No es que la Sala desconozca los contratos de adhesión, sino que afirma que ellos no se han celebrado dentro de las normas del tipo tradicional y clásico, en que las cláusulas y condiciones son pesadas, discutidas y establecidas durante el tiempo de la contratación. En dichos contratos, una de las partes se contenta con prestar su adhesión, por lo cual puede decirse que ellos constituyen más bien un acto unilateral, como dicen los autores, "puesto que una de las partes, emitiendo una voluntad reglamentaria, impone su decisión a la otra que no juega en la operación más que un papel casi pasivo." Si se para la atención en los artículos 1494 y 1495 del C. C., se observa que la noción de contrato allí descrita, sólo forzadamente es aplicable a los contratos de adhesión. Supuesto que el artículo 40 determina una competencia excepcional, de interpretación restrictiva, es lógico deducir que en él no tienen cabida sino aquellas relaciones que estrictamente pueden denominarse contratos de acuerdo con los artículos ya citados del Código Civil. Para la Sala, aun en la hipótesis de una duda, es más acorde con la doctrina acomodar la competencia dentro de la norma del artículo 76 del C. J., porque las excepciones confirman la regla general en los casos que no caben estrictamente en ellas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintiseis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En el asunto que va a decidirse, las acciones emanan directamente de un contrato de transporte entre los Ferrocarriles Nacionales y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, lo cual implica resolver preliminarmente a quién corresponde el conocimiento.

Diríase a primera vista que esta competencia en un solo grado incumbe a la Corte Suprema, y así lo resolvió en un caso semejante la Sala Civil de Unica Instancia. (G. J. Tomo 48, pág. 192).

Después, en auto de 4 de septiembre de 1944, la Sala de Negocios Generales, considerando que el transporte con una empresa dedicada a estas actividades es un convenio que se efectúa dentro del radio administrativo de ésta; que el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales goza de autonomía para ejercitar derechos y asumir obligaciones, y que, por consiguiente, cuando él celebra un contrato quien concierta es la entidad autónoma creada por un estatuto orgánico legal, sentó la doctrina de que "los juicios en que se ventilen

cuestiones atinentes al transporte en empresas dirigidas por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, se clasifican en la categoría general que la ley reconoce para las acciones en que tiene interés la Nación y que se adelantan en primera instancia ante el Tribunal correspondiente; mas no se hallan comprendidas en la regla especial del artículo 40 del C. J., la que únicamente se refiere a las controversias provenientes de los contratos celebrados por la Nación".

La más decisiva razón para no aplicar el artículo 40 del C. J. a demandas, como la que se inicia en este juicio, consiste en que la causa petendi, la acción proviene de un contrato de adhesión, en el cual el consentimiento del Estado no puede perfeccionarse en las mismas condiciones en que dicho consentimiento se presta en los contratos generales: faltan en aquéllos las formalidades de la negociación, la preparación y estudio de las estipulaciones.

Ocurre que por su naturaleza de ente colectivo el Estado no manifiesta su consentimiento por un acto simple, en un solo momento y sin un proceso especial que requiere el concurso de actos consecutivos y de varias personas.

No es que la Sala desconozca los contratos de adhesión, sino que afirma que ellos no se han celebrado dentro de las normas del tipo tradicional y clásico, en que las cláusulas y condiciones son pesadas, discutidas y establecidas durante el tiempo de la contratación.

En dichos contratos, una de las partes se contenta con prestar su adhesión, por lo cual puede decirse que ellos constituyen más bien un acto unilateral, como dicen los autores, "puesto que una de las partes, emitiendo una voluntad reglamentaria, impone su decisión a la otra que no juega en la operación más que un papel casi pasivo".

A este respecto dice Pillet:

"La condición particular de estos contratos viene llamando desde hace mucho tiempo la atención de los jurisconsultos, y con razón se ha dicho que debería preocuparse el derecho de manera especial de esta nueva forma de contratos muy distinta de la forma tradicional, pero que en nuestras sociedades modernas aventaja ya a ésta última por su importancia económica. Lo que caracteriza a estos contratos es la disminución de la libertad dejada a las partes. Las ofertas son hechas de manera más o menos detalladas, más y más precisas, y desde luego los interesados se hallan en la alternativa de aceptar la oferta tal cual es hecha o de renunciar a la negociación." En otra parte agrega: "No hay autonomía de la voluntad cuando las partes están ligadas a condiciones que no dependen de ellas ni suprimir ni modificar. En realidad, estas transacciones no son contratos sino relaciones desiguales, y en las cuales la ley de la parte preponderante, que es el autor de la oferta reglamentaria, debe indudablemente prevalecer, aunque no fuera ello sino para asegurar la uniformidad de los servicios prestados por esta parte. Diríamos aquí que se podría asimilar este caso a un cuasicontrato, porque es necesario que algún día se tome la resolución de no llamarlos contratos. No hay contrato allí donde se hace caso omiso de verdadero concurso de voluntades".

Si se para la atención en los artículos 1494 y 1495 del C. C., se observa que la nóción de contrato allí descrita, sólo forzadamente es aplicable a los contratos de adhesión.

Supuesto que el artículo 40 determina una competencia excepcional, de interpretación restrictiva, es lógico deducir que en él no tienen cabida sino aquellas relaciones que estrictamente pueden denominarse contratos de acuerdo con los artículos del Código Civil prenombrados.

Para la Sala, aun en la hipótesis de una duda, es más acorde con la doctrina acomodar la competencia dentro de la norma del artículo 76 del C. J., porque las excepciones confirman la regla general en los casos que no caben estrictamente en ellas.

Decidido así este punto, procede la Sala a estudiar el negocio.

Por apelación concedida al demandado, vino a esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema el fallo con que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá puso fin en los siguientes términos, al juicio ordinario de la Sociedad Colectiva de Comercio denominada "Germán Cubillos & Compañía" contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales:

"En mérito de lo dilucidado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley Resuelve:

"1º Declárase inexistentes las excepciones perentorias opuestas por el Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales.

"2º Por encontrarse que el Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales es civilmente responsable de incumplimiento del contrato de tra

porte del semoviente o toro de raza Holstein, de que trata la demanda, condénase a dicha entidad a pagar, cinco días después de ejecutoriado el presente fallo, a la sociedad colectiva de comercio denominada "Germán Cubillos & Compañía", domiciliada en esta ciudad, el valor del expresado toro, consideración hecha del valor de compra o adquisición, con el recargo del valor de gastos de transporte, manutención, cuido y vigilancia, comisiones de compra, hasta haberlo entregado al Ferrocarril del Pacífico, en el puerto de Buenaventura el 2 de febrero de 1942, por concepto de daño emergente.

"3º Condénase al Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales, a pagar a la misma entidad indicada en el numeral anterior el interés legal sobre el valor total, anteriormente indicado para fijar el valor del toro, pago que se hará dentro del mismo término señalado en el numeral 2º anterior, desde el día 4 de febrero de 1942 en adelante hasta cuando se verifique el pago, por concepto de lucro cesante.

"Parágrafo. La liquidación o fijación de los valores que se hacen, por condenarse en abstracto o **in genere** a la entidad demandada, se hará al pedirse el cumplimiento del presente fallo, dentro del incidente de que trata el artículo 553 del C. J., mediante la comprobación legal del valor del toro, o sea sobre las bases señaladas anteriormente, en el capítulo de "Perjuicios".

"4º No es el caso de hacer condenación en costas".

El doctor Hernando Cala, como apoderado de Germán Cubillos & Compañía", formuló las peciones del libelo así:

"Primero. Que los ferrocarriles: Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales de Combia, deben pagarme, cinco días después de ejetoriada la sentencia correspondiente, la suma tres mil treinta y seis pesos con cinco centas, suma que fue pagada por mi poderdante mo precio de un toro de raza comprado a la ma **Winter Thur Farms, Delaware,** que fue nfiado para su transporte al Consejo Administivo de los Ferrocarriles Nacionales, Ferrocal del Pacífico, según remesa Nº 087511 de 2 de rero de 1942, sin haber llegado a su destino culpa de la empresa transportadora.

Segundo. Que si mi demandado se opone a la sente, se le condene a pagarme las costas del io y demás gastos que la presente causa de-de.

"Tercero. Que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, deben pagarme la suma de cinco mil pesos, valor del lucro cesante, cantidad en que estimo los perjuicios provenientes de no haberme cumplido el contrato de transporte amparado por la remesa férrea Nº 087511 de 2 de febrero de 1942 y la no entrega del toro de raza que se confió para el transporte".

Subsidiariamente impetró el pago de las sumas que como valor del toro, lucro cesante y daño emergente, resultaren comprobadas en el juicio.

Aunque en la parte petitoria el doctor Cala solicita en su propio nombre las declaraciones, por el contexto del libelo se ve que su intención es obrar como apoderado de Germán Cubillos & Compañía, como lo entendió el Tribunal, al aceptar la demanda.

En la sentencia recurrida se hace la siguiente síntesis de la parte histórica en que la acción se basamenta.

"Como fundamento de hecho de la anterior demanda se arguyen los sucesos detallados en once numerales que en síntesis se contraen a dar cuenta de que la entidad actora le compró a Winter Farms Delaware, un ternero Holstein Friesan for Breedin Purpusees, por la suma de mil setecientos dólares, según factura que se acompañó a la demanda, y que aparece cancelada (fols. 6, cuaderno I), el cual semoviente fue importado **por conducto de la Caja** de Crédito Agrario, Industrial y Minero, sección de provisión agrícola, quien pagó por cuenta de los importadores, no sólo el valor del ternero sino los gastos de transporte o sea la suma de tres mil treinta y seis pesos cinco centavos ($ 3.036.05), según pedido número 2097 de 10 de junio de 1942, fols. 5, cuad. I.

'El ternero Holstein fue recibido por los Ferrocarriles Nacionales, en el puerto de Buenaventura, perfectamente bien, en su jaula de madera y lo embarcaron en una plataforma, de donde se cayó y fue remitido por cuenta de los Ferrocarriles a la Granja de Palmira, según consta del oficio número 33845/9 de febrero 18 de 1942, dirigido por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales a la Caja de Crédito Agrario, cuya copia se acompañó".

Personería de la parte demandante

El artículo 40 de la Ley 28 de 1931 enseña que para acreditar la existencia y constitución de una sociedad o compañía comercial bastará un certificado firmado por el Presidente y el Secretario

de la Cámara de Comercio, sellado con el sello de ésta, en que consten el número, fecha y Notaría de la escritura de constitución y de las que en alguna manera la hubieren reformado, con las indicaciones generales que se exigen para los extractos de que tratan los artículos 469 del C. de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, según el caso; y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara de Comercio".

Figura el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, debidamente estampillado, con las firmas requeridas y con el sello de esta entidad.

Constan allí los números, fecha y Notaría de la escritura de constitución y de las de reforma, así como se certifica también que la compañía ha sido registrada en dicha Cámara.

Para cumplir el artículo 41 de la expresada ley se menciona en el certificado la persona de quienes representan la sociedad.

Ocurre, empero, que Germán Cubillos y Compañía no fueron parte en el contrato primitivo ni tampoco aparece esta entidad como destinataria del transporte.

Al efecto, conforme al artículo 300 del C. de Comercio, "el transporte obliga directamente al porteador, a favor del consignatario designado; y en consecuencia, deberá entregarle las mercancías so pena de daños y perjuicios, tan luego como hubiere llegado a su destino".

Enseña la transcrita norma que es al consignatario a quien corresponde obtener la entrega de las cosas transportadas y puede reclamar el perjuicio consiguiente al incumplimiento de esa obligación.

En la carta de porte existe la siguiente nota:

"Para todos los efectos a que hubiere lugar, queda endosada esta remesa al doctor Hernando Cala, como apoderado de los señores Germán Cubillos y Compañía." Y está suscrita por la Caja de Crédito Agrario que es la que figura como consignataria en la misma carta de porte.

Para el Tribunal la carta de porte aludida es al portador, pero para la Sala de Negocios Generales es nominativa, por lo cual se transcriben como razones convincentes las siguientes emanadas del Tribunal **a quo**:

"El Código de Comercio fija el término de tres días para que impuesto el deudor de la cesión, pueda rehusar reconocer al cesionario por acreedor, y quiera oponer al cedente excepciones que no resulten del título cedido y deberá manifestar su nó aceptación en el acto de la notificación o dentro del término expresado.

"Y vencido dicho término, se tendrá por aceptada la cesión para todos los efectos legales (artículo 255 del C. de Co.

"Luego si la cesión se hizo no sólo con la tradición del título o carta de porte sino con la nota de endoso y bajo la firma del cedente, la cesión se encuentra bien hecha, y es suficiente para que el actor, en el supuesto de que hubiera sido un tercero absolutamente extraño a la Caja de Crédito y a los Ferrocarriles o Consejo Administrativo de ellos, se habría subrogado en los derechos del cedente y su personería es capaz, es plena para demandar lo que el cedente hubiera podido demandar, abiertamente, por razón del contrato de transporte, de que trata la misma carta de porte".

Queda así demostrada la inexistencia de la excepción de la personería sustantiva de la parte demandante.

Personería de la parte demandada

La Ley 29 de 1931, al crear el Consejo de los FF. CC. Nacionales, le dio a éste una personalidad propia para la administración de ciertos bienes nacionales. Este organismo autónomo tiene la representación de la Nación en casos como el que se controvierte y aunque la demanda va dirigida contra él, ha de entenderse que, en el fondo, va enderezada contra la entidad pública, cuya es la empresa férrea en que se verificó el transporte del toro que se cuestiona.

Excepción de prescripción

Antes de entrar la Sala a examinar si los hechos que fundamentan la acción están demostrados, es indispensable estudiar si existe la prescripción que como perentoria alegó la parte demandada en la contestación del libelo.

A este propósito el representante de los Ferrocarriles Nacionales, en su alegación ante esta Sala hace las siguientes consideraciones:

"Las leyes y disposiciones que establecen la responsabilidad de las empresas de transporte en nuestra legislación, son de tal naturaleza que excluyen las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad contractual, legislan totalmente sobre la materia e imponen a los transportadores obligaciones y deberes más gravosos de los que imponen al simple contratante en materia civil, por lo tanto las obligaciones y derechos de los empresarios públicos de transportes en cuanto

responsabilidad y extinción de la misma, por incumplimiento del contrato de transporte, deben regirse y se han regido siempre por las disposiciones especiales del Código de Comercio.

"Ahora bien: extinguiéndose como se extingue la responsabilidad del porteador por pérdidas, desfalcos y averías, por prescripción de un año, mal puede cobrarse indemnización de perjuicios con ocasión de la pérdida de la cosa, cuando ya se ha operado la prescripción, pues resultaría absurdo que si una persona no es responsable de la pérdida de un objeto, sí lo fuera por los perjuicios que sufriera el dueño con motivo de tal pérdida.

"Y no se diga que el contrato de transporte con una empresa pública de transportes se rige indistintamente por los artículos 2070 y siguientes del Código Civil o por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, ya que las disposiciones del Código Civil se refieren al contrato de transportes ocasionales verificados con personas o entidades que no son empresarios públicos ni privados de transportes. De ahí que el artículo 2078 del mismo Código determine que las reglas que rigen el contrato civil de transporte se observarán sin perjuicio de las especiales contenidas en las leyes particulares relativas a cada especie de tráfico y en el Código de Comercio.

"Pero hay más. Aun en el absurdo de que se considerara el contrato de transporte a que se refiere la presente demanda, como un contrato civil, le sería igualmente aplicable la disposición del artículo 313 del C. de Comercio y así lo ha resuelto la Corte Suprema en sentencia de casación de 14 de marzo de 1933, Tomo XLI, número 1893 de la GACETA JUDICIAL cuando dice:

"Se demandó a un individuo para la entrega de unos bultos de mercancías que éste se obligó a transportar, según el actor, desde el año de 1907. Como la demanda no se instauró sino en 1927, se opuso la excepción de prescripción que prosperó.

"El contrato de transporte puede ser civil o comercial. Si es comercial, la responsabilidad del portador, por hecho o culpa suyos, prescribe en los términos señalados en el numeral 4º, artículo 993 del Código de Comercio. Si el contrato es civil, también son aplicables las reglas especiales del Código de Comercio en lo relativo a la prescripción, según se desprende de lo preceptuado en el artículo 2078 del Código Civil. Pero hay más. El demandante no demostró en qué mes del año de mil novecientos siete recibió el demandado las mercancías, y como el Tribunal asienta la conclusión de que han transcurrido veinte años entre el día en que se dice que el demandado recibió las mercancías y el año de mil novecientos veintisiete, doce de diciembre, en que se notificó la demanda, y esta conclusión del Tribunal no ha sido acusada por el recurrente, queda, por tanto, en firme la resolución del Tribunal en cuanto establece que la acción del actor está prescrita".

"Lo dicho anteriormente puedo desumirlo así:

"El contrato sobre conducción de un toro de raza que consta en la remesa número 087511 expedida en Buenaventura el 2 de febrero de 1942, es un acto de comercio y un contrato de transporte comercial que se rige por las disposiciones especiales del Código de Comercio y al que le es aplicable en cuanto a la prescripción o extinción de la responsabilidad del porteador el artículo 313 del Código de Comercio".

Según el citado artículo 313, cuando se reclama la entrega de cosas transportadas y han ocurrido pérdidas, desfalcos y averías, la prescripción se verifica en el lapso de seis meses o un año. En esas condiciones, el objeto del pleito surge del incumplimiento por la no entrega y aun se presume que la pérdida o avería en el acarreo ocurren por culpa del porteador, quien debe demostrar o el cumplimiento del contrato o hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, siendo aplicables los artículos 298, 300, 306 y 308 del Código de Comercio.

La última disposición mencionada (308), establece para la indemnización del daño emergente un criterio objetivo. La jurisprudencia invocada por el representante del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles se refiere a un juicio en que se había demandado la entrega de unos bultos de mercancías que una persona se había obligado a transportar. Empero en el pleito actual, en el fondo lo que se reclama es la indemnización, por la muerte del toro, ocurrida por culpa imputable a la empresa, como se deduce de los hechos 6º, 7º, 8º y 9º del libelo.

De otro lado, el libelista solicita que le paguen una suma de dinero, como precio del semoviente confiado al Ferrocarril del Pacífico, "sin haber llegado a su destino por culpa de la empresa transportadora." Siendo ello así, el artículo 313 del Código de Comercio no gobierna, para este caso, la prescripción sino que son otras las disposiciones aplicables, por lo cual la excepción, que en forma concreta se alegó en la contestación de la demanda, no está acreditada.

Nada tiene que observar la Sala en relación con el análisis probatorio del cual deduce el fallador de primer grado estas circunstancias:

"1º Está probado el contrato de transporte de un toro de sangre que fue importado al país por conducto de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y del cual es dueño la entidad demandante.

"2º El toro fue embarcado en el Ferroccarril del Pacífico el 3 de febrero de 1942, y cuando viajaba en una plataforma, en el kilómetro 26 del Ferrocarril, el toro se cayó del tren, y cuando fue recogido de nuevo por el Ferrocarril o sus agentes presentaba un golpe en una mano y un cuerno quebrado.

"3º Por la causa anotada el toro no llegó a Bogotá que era el lugar de su destino, sano y salvo, y no fue entregado en estas circunstancias al destinatario.

"4º El toro fue llevado a otra parte donde murió".

En la segunda instancia, por la parte demandada, se presentaron varias declaraciones que en lo pertinente dicen:

Antonio Arroyo, expuso: "Como lo digo en mi anterior respuesta, no recuerdo que fuera el señor Jiménez, antes mencionado, el sujeto encargado de la vigilancia del embarque de los animales que fueron despachados el día 2 de febrero de 1942, pero sí recuerdo que un individuo enviado por la Caja de Crédito Agrario, de Bogotá, controló el embarque de ellos, habiendo seguido con dicho semoviente en el mismo tren en que fueron embarcados".

Al punto 9º dijo: "Es verdad y me consta que durante el tiempo que el suscrito ha desempeñado las funciones de ayudante del embarcador en este puerto, la empresa del Ferrocarril, siempre dicha empresa ha usado plataforma y no carros de rejas para el embarque de toda clase de animales de raza que llegan del exterior, pues éstos llegan en los vapores, metidos entre huacales, de determinado tamaño, lo que ofrece la gran dificultad de embarcarlos en otro vehículo y además los carros de reja los tiene el Ferrocarril reservados exclusivamente para el transporte de animales sueltos".

Alfredo Angulo, dijo: "Es verdad y me consta personal y directamente por haberlo visto, que los animales como fieras, toros bravos y ganado fino, se transportan por el Ferrocarril invariablemente en jaulas o huacales que van sobre plataformas y no en rejas, pues éstas las tiene destinadas el Ferrocarril para animales sueltos".

Carlos Ramírez R., dijo: "Es verdad y me consta directamente por haberlo presenciado, que invariablemente todos los animales, como ganados finos, toros bravos y fieras que se transportan en huacales o jaulas, son embarcados en plataformas y no en rejas, pues éstas las tiene el Ferrocarril destinadas para el transporte de animales sueltos". Al punto c) dijo: "Es igualmente verdad que el procedimiento empleado por la empresa del Ferrocarril para el transporte de animales enjaulados es el más racional y aceptable, por cuanto es peligroso y muy difícil encerrar en una reja un animal enjaulado".

En sentido semejante declaran Pedro Luna, Saulo Gusti y Daniel Dorronsoro.

Con estos testimonios no se ha desvanecido la responsabilidad del Ferrocarril.

La acción

Nada tiene que agregar la Sala al siguiente razonamiento del Tribunal a quo:

"Teniendo en cuenta lo manifestado por la parte actora tanto en la súplica primera como en la tercera de la demanda, y lo sustentado en los hechos fundamentales de ésta, unas y otros configuran la acción de responsabilidad civil culposa contractual, con fundamento en el contrato de transporte, a que se refiere la carta de porte, que como prueba esencial lo acredita".

"La acción persigue el pago de perjuicios compensatorios, o sea el pago del precio o valor del toro, como perjuicio patrimonial de daño emergente, y el pago de la suma de $ 5.000 como valor del lucro cesante, por no haberse cumplido el contrato de transporte o la entrega del toro.

"En su alegato de conclusión, la parte demandada objeta que el actor en su respectivo alegato tercia hacia el artículo 2356 del C. C., relativo a la responsabilidad de culpa aquiliana, cuando la demanda tiene por estribación la culpa contractual.

"Evidentemente la acción ejercitada ha sido la de responsabilidad civil por culpa contractual y nada importa que en el fundamento de derecho argüido en la demanda, se hayan citado tanto las disposiciones del C. C. como las del Código Mercantil concernientes al contrato de transporte

las del Código Civil referentes a la culpa extracontractual.

"De conformidad a los artículos 306 y el numeral 4º del artículo 322 del C. de Co., el porteador responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte, y obra en su contra la presunción de culpa según que haya habido pérdida, avería o retardo.

"Y para exonerarse de toda responsabilidad el porteador deberá probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su 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.

"Es decir que para que la excepción de fuerza mayor o de caso fortuito prosperen debe demostrarse por el porteador, la causa exterior, la fuerza que hace irrupción de fuera en el círculo de ambos adversarios de demandante y demandado en el proceso.

"De manera que si se trata de casos fortuitos o de fuerza mayor, los sucesos que los configuran, deben ser de procedencia externa y sin ninguna culpa o intervención del demandado, para que tengan fuerza exoneratoria.

"En el caso de autos, el Ferrocarril o Consejo Administrativo de la Empresa Pública de los Ferrocarriles Nacionales, no ha demostrado que hubiera obrado con la diligencia y cuidado concernientes a acreditar que el huacal en que le fue entregado el toro, era adecuado para transportarlo sin riesgo de ninguna clase, con absoluta seguridad, y que la conducción en la plataforma era adecuada.

"Tampoco demostró que la caída del toro, del convoy en que era conducido, se hubiera efectuado sin su culpa, a pesar de su diligencia y cuidado y a virtud de aquella causa o fuerza extraña.

"Pero ha manifestado que su responsabilidad quedó exonerada porque el consignatario le puso al toro un vigilante o sobrecargo, y al efecto arguyó los artículos 303 y 304 del C. de Co.

'Se examina dicha excepción:

"El artículo 303 preceptúa que el porteador deberá restituír al consignatario las mismas mercaderías que hubiera recibido el cargador.

"Que recibiéndolas encajonadas, enfardadas, embarricadas o embaladas, el porteador cumple con entregar los cajones, fardos, barricas o balas sin lesión ninguna exterior.

"Y que en estos casos, el porteador podrá exigir al consignatario la apertura y el reconocimiento de los bultos en el acto de recepción; y si éste rehusare u omitiere la diligencia requerida, el porteador quedará exento por este solo hecho, de toda responsabilidad que no provenva de fraude o infidelidad.

"Se entiende, porque muy a las claras lo reza la disposición, que allí se contempla es el embarque o conducción de mercaderías inanimadas, en ningún caso de semovientes o seres vivos, distintos al hombre, con la circunstancia especialísima de que, para que la exoneración se cumpla, es indispensable que el porteador entregue "los cajones, fardos, barricás o balas sin lesión alguna exterior.

"No se ha demostrado que el huacal o caja conductora del toro se hubiera entregado sin ruptura alguna, y la ruptura alegada, hecha por el toro mismo, tampoco se ha demostrado, y aun así se habría demostrado lo inadecuado del transporte.

"El artículo 304 del C. de Co. contempla el caso de que "si el remitente hubiere puesto un sobrecargo o guarda de vista que vigile la conservación de las mercaderías", cesa la obligación del porteador.

"No se ha demostrado por la entidad demandada que el toro en litigio, viniera bajo vigilancia de un agente exclusivo de la entidad actora o del remitente, pero aun en el caso de que esa demostración se hubiera hecho, la circunstancia de que viniera una persona atendiendo al toro, no tendría el carácter de "sobrecargo", porque éste es el que se pone para cuidar mercaderías inanimadas que pueden ser objeto de saqueo durante los viajes o de averías o deterioro, porque se comprende muy bien que el cuidandero que se ponga en la conducción de semovientes, tiene por objeto es preocuparse porque el animal como o sea alimentado, beba, etc., y estas funciones no le dan el carácter, si él las hace directamente, de "sobrecargo".

Perjuicios

En cuanto al ordinal segundo de la parte resolutiva del fallo apelado, procederá la confirmación, teniendo en cuenta que allí se indican las bases para el avalúo.

Con relación al ordinal tercero, sobre condenación a intereses, la Sala observa que éstos no

proceden porque la condenación se hizo in genere y no en una suma concreta. (Artículo 1617, C. C.).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Confírmanse los ordinales primero, segundo, cuarto y parágrafo del tercero de la sentencia apelada, en que fue condenada la Nación al través de su entidad Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

2º Revócase el ordinal tercero.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado. — **Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta,** Srio.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — NOCION JURIDICA DE TRABAJOS PUBLICOS—REGIMEN JURIDICO DE LA INDEMNIZACION. — ZONAS DE COMPETENCIA ENTRE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS Y LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA.—ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DAÑO INDEMNIZABLE

1.—La ley colombiana no ha definido lo que debe entenderse por trabajos públicos, expresión que sólo se incorporó al léxico jurídico nacional con la expedición del vigente Código de lo Contencioso Administrativo. Los antecedentes inmediatos de la institución referente a la reparación por vía administrativa de los daños sufridos por particulares a causa de trabajos públicos del Estado y las entidades políticas inferiores se encuentra en la ley 38 de 1918, pero este texto no consagra en ninguna parte la expresión de que se trata, ni indica cuáles sean los elementos que estructuran el estatuto. Por su parte, el actual Código, que modificó la anterior legislación sobre la materia y organizó sobre bases más racionales y técnicas el procedimiento para ventilar jurisdiccionalmente las indemnizaciones sobre toda especie de trabajos de la administración, tampoco dice en qué consisten éstos; por lo cual acude la Corte a la doctrina de los autores que tratan de este punto, como Bonnard, Rolland, Mestre, Waline y otros, los cuales han llegado a coincidir —con más o menos diferencias en la apreciación de los factores adjetivos o circunstanciales— en que para que haya trabajo público deben reunirse las siguientes tres condiciones esenciales:

1ª El trabajo debe ser hecho por cuenta de una persona administrativa;

2ª Debe responder a un objeto de interés general, o con mira a un servicio público;

3ª Debe necesariamente recaer sobre la construcción o reparación de un inmueble.

La ley colombiana vigente (167 de 1941) incorpora estos tres elementos fundamentales en el régimen de los trabajos públicos administrativos para los efectos de regular las acciones indemnizatorias a que pueden dar lugar por parte de los particulares, cuando una propiedad privada es ocupada por un trabajo de esta índole o con motivo de las operaciones de construcción o reparación se causa un daño a la misma. Así puede verse en el Capítulo XXII del Código que los trabajos que realizan las entidades de derecho público dan origen a la indemnización por la vía contencioso-administrativa que allí se consagra (artículos 261 y 262). De la misma manera, la ocupación que origina la acción indemnizatoria debe recaer sobre inmuebles de propiedad privada (artículo 269). Finalmente, en lo que respecta al objeto de la obra —vinculación a un servicio público o de interés social— está implícitamente contenido en el fin a que se destina, pues sólo en el caso en que las entidades de derecho público construyan o reparen un inmueble determinado perteneciente a su dominio privado, dejan de aplicarse las regulaciones propias de los trabajos públicos, y la acción respectiva se desplaza a la justicia ordinaria.

Bajo el régimen anterior —el de la ley 38 de 1918— el damnificado debía demostrar plenamente la existencia de una providencia u orden de la autoridad administrativa como fuente del daño, y de otra parte el beneficio o provecho que con el trabajo público hubiera recibido el Estado, el Departamento o Municipio, por cuya cuenta aquéllos se realizaban. En cambio, desde la expedición del Código actual basta que se compruebe la ocupación o el daño para que quede comprometida la responsabilidad civil de la administración y se obtengan las consiguientes reparaciones pecuniarias sin que sea necesario acreditar la culpa o la falta de la entidad oficial que emprende los trabajos ni que con éstos reciba ella beneficio de algún género. Tampoco la noción delictuosa o culposa juega papel ninguno en el ejercicio de esta acción, como no sea para determinar la responsabilidad de los funcionarios o

agentes autores materiales del daño en los casos de infracción de carácter penal.

2.—Las siguientes reglas generales dominan la compleja materia de la competencia en este ramo:

1ª La jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo está limitada al conocimiento de las controversias resultantes de la ocupación o daño de propiedades inmuebles, originados una y otro, en trabajos públicos que se emprenden o ejecutan por cuenta del Estado o de otras personas administrativas (artículos 34, ord. 2º, 52, ord. 7º y 261 a 270 del Código de lo Contencioso Administrativo). Las demás cuestiones a que den ocasión los mismos trabajos, siguen siendo ventilables ante los jueces ordinarios, por imperio de los mandatos establecidos en el Código Judicial.

2ª La competencia para el reconocimiento del perjuicio por daño la tienen los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, según los casos, cuando éste recae directamente sobre una propiedad privada, pues los de naturaleza distinta —daños a las personas, por ejemplo— corresponden a la jurisdicción común. Contrariamente a la doctrina francesa la ley colombiana ha instituído la competencia general en los Tribunales ordinarios y radicado en los administrativos lo concerniente a la indemnización por trabajos públicos, sólo en cuanto con éstos sobrevenga un daño en la propiedad particular. El contencioso administrativo de los trabajos públicos tiene, pues, dentro del régimen colombiano, un carácter excepcional. La responsabilidad de la administración en estos casos surge por ministerio de la ley independientemente del delito o la culpa imputable a los agentes o funcionarios públicos que los ejecuten y de ahí que se presente con modalidades particulares o especiales dentro de los principios dominantes en el derecho colombiano sobre responsabilidad extracontractual. En tanto que las demás clases de daños están fundadas en la culpa o falta de la administración, la cual deberá demostrarse, o simplemente presumirse en los eventos comprendidos en el artículo 2356 del Código Civil.

Los daños causados por una obra pública —o sea el resultado del trabajo concluido— son cuestiones ajenas a la jurisdicción administrativa y, por consiguiente, del resorte d la judicatura común.

3. — En cuanto a la reparación el daí proveniente de los trabajos públicos debe presentar los siguientes caracteres para gar la competencia de la jurisdicción co tencioso administrativa:

1º DEBE SER MATERIAL, entendiéndose por esto que la propiedad particular s objeto de un daño de índole estrictamen física causado por los funcionarios o age tes que operan los trabajos públicos o l las cosas destinadas a los mismos durante curso de las operaciones de construcci reparación o mantenimiento de una obra blica, v. gr., los actos que causen la destr ción de cercas, tala o incendio de árbo inutilización de frutos, privación o dis nución en el beneficio de las aguas, difi tad de acceso de las vías públicas y otros la misma índole.

2. DEBE SER ACTUAL Y CIERTO, decir, existente en el momento en que la ción se ejercita y no simplemente event

3º DEBE SER DIRECTO. Se dirá hay daño directo cuando entre el hecho gado como su causa — las operaciones teriales de construcción de la obra públi y el daño sufrido por la propiedad par lar ningún elemento extraño puede inte nerse como hecho dañoso. Es preciso, que haya una relación directa de cau efecto; y, por tanto, no puede explicar daño más que por el trabajo ejecutado por otra causa distinta o concurrente c

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Neg Generales. — Bogotá, septiembre veintisie mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Mira

El abogado doctor Pablo Bernal R., en su dición de apoderado especial de la sociedad naria de minas "Las Alicias", del domicilio d dellín, ocurrió en demanda ante el Tribun perior del Distrito Judicial de aquella ciud petrando las declaraciones siguientes:

a) Que el Estado colombiano está obli indemnizar a la entidad demandante los cios que le ha causado y los que en el fu cause con motivo de haberle prohibido la tación de la mina donominada "Las Alicia

aparece debidamente determinada en el libelo; y
). Que la nombrada sociedad tiene derecho a
ontinuar los trabajos de exploración o explota-
ión de la referida mina "Las Alicias", mientras
sta no haya sido expropiada con las formalidades
egales.

La estimación de los perjuicios fue hecha en la antidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda orriente o en la que resultare probada mediante valúo pericial.

Según aparece de las constancias del proceso, s hechos principales en que la acción se fun-a, pueden resumirse así:

La Gobernación de Antioquia expidió en el mes julio de 1940 título de propiedad sobre la mi-a de oro de aluvión "Las Alicias" a favor de los ñores Roberto Marulanda, Carlos Alvarez, Ga-iel Bernal y otras personas, quienes constituye-n la Sociedad Ordinaria de Minas "Las Alicias" n el objeto de explotar el inmueble materia de adjudicación, el cual se encuentra ubicado en punto conocido con el nombre de "La Legua", tre los puentes "Acevedo" y "Don Jorge" so-e el río Medellín. Cuando se iniciaban y ade-ntaban los estudios y la explotación de la mina referencia, el Municipio de Medellín notificó a interesados la prohibición de continuar los bajos emprendidos por cuanto ellos perjudica-n las obras de canalización del río Medellín en sector de la ubicación de la propiedad minera, uedando de esta suerte imposibilitada la socie-d para adelantar por sí o mediante contrato terceras personas la elaboración que venía lantando".

n su contestación a la demanda anterior, el resentante legal de la Nación, que lo fue el al Segundo Superior del Tribunal Superior, puso a que se hicieran las declaraciones pedi-y, además, invocó las excepciones de prescrip-de la acción y la genérica del artículo 329 del igo de Procedimiento Civil.

La decisión del Tribunal

ncluídos los trámites procesales, el Tribunal rimera instancia puso fin al negocio por me-de resolución proferida el 10 de octubre de , en la cual declaró probada la excepción de mpetencia de jurisdicción y se abstuvo, en ecuencia, de entrar a conocer del fondo del li-

ntra esta providencia se interpuso recurso de ación por el apoderado de la parte demandan-te, y habiendo recibido el juicio la actuación que le es propia, va la Sala de Negocios Generales de la Corte a dictar el fallo definitivo de segundo grado, para lo cual hace las consideraciones que siguen:

A juicio del Tribunal sentenciador se trata de una querella de indemnización por trabajos públicos que, de acuerdo con las reglas de la Ley 167 de 1941, corresponde conocer a la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo y no a la justicia común.

Previamente observa la Sala que de ser cierta esta fundamentación de la providencia recurrida, lo jurídico no era declarar probada — como lo hizo el inferior — la excepción de incompetencia de jurisdicción sino proveer a la anulación de lo actuado, tanto porque aquel medio exceptivo no fue propuesto por el demandado — único que podía hacerlo por tratarse de una excepción dilatoria — cuanto porque tal materia no debe considerarse — oficiosamente ni a solicitud de parte — en la decisión final del pleito sino como incidente de previo y especial pronunciamiento (artículos 330 y siguientes del C. J.)

El señor Procurador Delegado en lo Civil, funcionario que representa en el juicio los intereses de la Nación, presentó su vista fiscal ante la Corte para pedir que se confirme la providencia objeto del recurso porque igualmente considera que existe la incompetencia de jurisdicción en el Tribunal de la instancia, ya que la solicitud de reparación tiene su fundamento en trabajos públicos de la administración. Por lo antes dicho, la la Sala se abstendrá de confirmar el pronunciamiento del inferior; pero en cambio examinará el contenido jurídico de la acción instaurada para resolver si el Tribunal de Medellín y, así mismo la Sala de Negocios Generales, tiene o no la competencia legal para estatuír sobre ella y, en caso negativo pronunciar la nulidad correspondiente, que es el medio jurídico al alcance de la Corte en esta etapa de la litis para sanear el vicio sustancial que afectaría el procedimiento en caso de existir falta de jurisdicción en el fallador.

En el expediente se encuentra la prueba idónea respecto al hecho de que las autoridades municipales de Medellín prohibieron el desarrollo de los trabajos enderezados a explotar el inmueble minero "Las Alicias". Así aparece, en efecto del oficio número 209, de fecha 28 de marzo de 1940, originario de la Personería Municipal; de las deposiciones de los señores Ramón Tulio Giraldo y Floro Adán Duque, visibles a los folios 12 v. y

13; y, sobre todo, de la nota señalada con el número 290, dirigida el 16 de octubre de 1941 por el Ingeniero Jefe del Departamento Técnico de las Empresas y Servicios Públicos de Medellín al señor José M. Cargasquilla, la cual dice textualmente:

"Me permito poner en su conocimiento que el Municipio prohibe toda explotación en las playas del río Medellín, principalmente en la parte vecina al puente de "El Mico" porque se perderían los trabajos de canalización y por el grave problema higiénico que se presenta para el barrio Bolívar con los criaderos de mosquitos que se forman en las charcas que deja la explotación".

Hay, pues, una evidente coincidencia entre la causa o razón de la demanda — la prohibición de explotar la propiedad minera "Las Alicias" — como fuente de la indemnización que se reclama y las probanzas demostrativas de los hechos constitutivos del perjuicio sufrido por la sociedad actora.

Noción jurídica de los trabajos públicos

El problema planteado con la demanda se reduce, por tanto, a saber si la acción que generan los actos de la administración municipal de Medellín, en cuanto prohibieron a la entidad demandante el adelantamiento de las tareas encaminadas a la explotación de la mina se ha originado en trabajos públicos nacionales y es, en consecuencia, ventilable ante el Consejo de Estado; en una palabra, si se trata de una contención administrativa a la cual le sea aplicable la regulación especial de la Ley 167 de 1941, o, por el contrario, si se está frente a un fenómeno de distinto género, sujeto a la jurisdicción y a los procedimientos ordinarios.

La ley colombiana no ha definido lo que debe entenderse por trabajos públicos, expresión que sólo se incorporó al léxico jurídico nacional con la expedición del vigente Código de lo Contencioso Administrativo. Los antecedentes inmediatos de la institución referente a la reparación por vía administrativa de los daños sufridos por particulares a causa de trabajos públicos del Estado y las entidades políticas inferiores se encuentra en la Ley 38 de 1918, pero este texto no consagra en ninguna parte la expresión de que se trata, ni indica cuáles sean los elementos que estructuran el estatuto. Por su parte el actual Código, que modificó fundamentalmente la anterior legislación sobre la materia y organizó sobre bases más racionales y técnicas el procedimiento para ventil jurisdiccionalmente las indemnizaciones sobre t da especie de trabajos de la administración, tan poco dice en qué consisten éstos; por lo que a fa ta de una norma positiva deberá la Sala invest gar el contenido de la noción generalmente ado tada por los expositores del derecho público y p la jurisprudencia nacional para fijar luégo el a cance de las reglas que gobiernan el sistema e referencia, según la ley vigente (167 de 1941).

Bonnard se expresa así: "Puede definirse trabajo público: un trabajo de construcción, arr glo, reparación o mantenimiento provocado o d rigido por la administración, ejecutado sobre inmueble afectado a un servicio público, y esto solamente si el inmueble hace parte del domir público, sino igualmente si es de propiedad priv da". Pero el mismo autor conviene en que es noción ha sido considerablemente extendida p la jurisprudencia del Consejo de Estado franc el cual concibe el trabajo público independien mente de la idea de afectación de un bien al s vicio público administrativo para referirla al si ple interés de la comunidad. La concepción d trinaria del Consejo quedó resumida en el sigui te pasaje de la sentencia del 10 de enero de 19 y reiterada luégo en pronunciamientos poste res: "El trabajo público es todo trabajo ejecu do sobre un inmueble afectado no solamente un servicio público sino a toda otra empresa persiga un fin de interés social". Igualme Hauriou adopta el contenido de la doctrina mulada por la misma alta entidad a propósito la estructura jurídica de la obra pública: "T inmueble construído o reparado (o en reparac por cuenta de una administración pública y vista de un uso público o de un servicio púb tiene el carácter de **obra pública.** (C. E., 10 de nio de 1921, **Moutségur,** Cas. 25 de abril de 192

Explica Rolland que la definición del tra público es de trascendente importancia y de trema delicadeza, ya que en ella entran en go reglas jurídicas especiales que le son ap bles, y que sin embargo esta definición no ha dada por ningún texto sino simplemente cr por obra de la jurisprudencia, de lo cual se prende en el estado actual de las cosas que trabajo público todo trabajo de construcción conservación de un inmueble ejecutado por ta de una persona moral de derecho públic interés público".

Estas nociones doctrinarias han permitido terminar los elementos constitutivos del tr

úblico como institución jurídico-administrativa; al efecto los autores citados, lo mismo que Mese, Waline y demás que se ocupan del tema, han egado a coincidir — con más o menos diferenas en la apreciación de los factores adjetivos o rcunstanciales — en que para que haya trabapúblico deben reunirse las siguientes tres conciones esenciales:

1º El trabajo debe ser hecho por cuenta de una rsona administrativa;

2º Debe responder a un objeto de interés geral, o con mira a un servicio público;

3º Debe necesariamente recaer sobre la consucción o reparación de un inmueble.

La ley colombiana vigente incorpora estos tres mentos fundamentales en el régimen de los bajos públicos administrativos para los efectos regular las acciones indemnizatorias a que puedar lugar por parte de los particulares, cuanuna propiedad privada es ocupada por un tra- de esta índole o con motivo de las operacionde construcción o reparación se causa un daño la misma. Así puede verse en el Capítulo II del Código que sólo los trabajos que realilas entidades de derecho público dan origen indemnización por la vía contencioso-admiativa que allí se consagra (artículos 261 y . De la misma manera, la ocupación que orila acción indemnizadora debe recaer sobre uebles de propiedad privada (artículo 269). e el particular, trae la exposición de motivos proyecto adoptado por el Congreso en 1941 167) el párrafo explicativo que se copia:

e otro lado, y en oposición a la aplicación se ha dado a la ley vigente, la acción sólo se reza contra las **ocupaciones de hecho** de la edad inmueble y no de los bienes de otra aleza". Y finalmente, en lo que respecta al de la obra —vinculación a un servicio pú- o de interés social — está implícitamente nido en el fin a que se destina pues sólo en so en que las entidades de derecho público ruyen o reparan un inmueble determinado neciente a su dominio privado, dejan de rse las regulaciones propias de los trabajos os, y la acción respectiva se desplaza a la a ordinaria.

que del anterior examen del cuerpo de disnes que gobiernan la institución se infieren los elementos necesarios que deben concuara atribuír a un trabajo dado el carácter blico y aplicarle el régimen especial del C. Contencioso Administrativo no sobra agregar que el mencionado capítulo de esta obra, si bien reemplaza el ordenamiento anterior contenido en la ley 38 de 1918, eliminó los otros factores que según esta última norma concurrirán a conformar la noción jurídica del trabajo público en cuanto exigía para la prosperidad de la acción reparatoria que la expropiación o el daño se produjera por órdenes o providencias administrativas y que hubiera un provecho de parte del Estado o de la entidad pública correspondiente. Lo que permite observar, desde luego, que bajo el régimen anterior — el de la Ley 38 — el damnificado debía demostrar plenamente la existencia de una providencia u orden de la autoridad administrativa como fuente del daño, y de otra parte el beneficio o provecho que con el trabajo público hubiera recibido el Estado, el Departamento o Municipio por cuya cuenta aquéllos se realizaban. En cambio, desde la expedición del Código actual basta que se compruebe la ocupación o el daño para que quede comprometida la responsabilidad civil de la administración y se obtengan las consiguientes reparaciones pecuniarias sin que que sea necesario acreditar la culpa o la falta de la entidad oficial que emprende los trabajos ni que con éstos reciba ella beneficio de algún género. Tampoco la noción delictuosa o culposa juega papel ninguno en el ejercicio de esta acción como no sea para determinar la responsabilidad de los funcionarios o agentes autores materiales del daño en los casos de infracción de carácter penal.

El régimen jurídico de la indemnización

El derecho administrativo estudia los trabajos públicos desde muchos puntos de vista que dicen relación a las formas de ordenarlos, a los actos o contratos en desarrollo de los cuales se realizan y a las cuestiones vinculadas con su ejecución material, único tema que aquí interesa para dilucidar el problema de derecho que insurge de la acción propuesta por la sociedad minera demandante y de la resolución de **declinatoria fori** adoptada en primera instancia por el Tribunal de Medellín.

El ordenamiento legal a que atrás se hizo referencia (Capítulo XXII del C. de lo C. A. y sus concordancias) está destinado exclusivamente a regir dos órdenes de fenómenos susceptibles de producirse en el curso de la ejecución de los trabajos públicos: la ocupación temporal o permanente de un inmueble del dominio privado y los

daños que pueden causarse a la propiedad ajena con las operaciones materiales inherentes a aquella clase de trabajos. Uno y otro fenómeno se regulan por el solo aspecto de las reclamaciones o demandas indemnizatorias contra la administración incoada por las personas particulares a quienes se ocupe o dañe un inmueble que les pertenezcan o que posean a otro título jurídico.

Prescindiendo de lo que concierne a las acciones por los hechos de ocupación, y concretándose por ahora la Corte a la materia propia del litigio — indemnización originada en hechos dañosos — habrá de examinar entonces las modalidades que este fenómeno ofrece y de las cuales puede surgir un criterio certero para delimitar las respectivas zonas de competencia señaladas por el legislador entre los tribunales ordinarios y la justicia administrativa.

En primer lugar habrá de afirmarse, frente a la literalidad de los preceptos del C. de lo Contencioso Administrativo y de Procedimiento Civil y a la esencia de los principios en que éstos se inspiran, las siguientes reglas generales que dominan la compleja materia de la competencia:

1º La jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo está limitada al conocimiento de las controversias resultantes de la ocupación o daño de propiedades inmuebles, originados una u otro, en trabajos públicos que se emprenden o ejecutan por cuenta del Estado o de otras personas administrativas (artículos 34, ordinal 2º, 52, ordinal 7º, y 261 a 270 del Código de lo Contencioso Administrativo). Las demás cuestiones a que den ocasión los mismos trabajos, siguen siendo ventilados ante los jueces ordinarios, por imperio de los mandatos establecidos en el Código Judicial.

2º La competencia para el reconocimiento del perjuicio por daño la tienen los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, según los casos, cuando éste recae directamente sobre una propiedad privada pues los de naturaleza distinta — daños a las personas, por ejemplo — corresponden a la jurisdicción común.

En este particular cabe observar que la ley colombiana se apartó fundamentalmente de la práctica francesa en la cual, según una conocida jurisprudencia del año de 1873 (Arret Blanco) ininterrumpidamente aplicada hasta hoy, la jurisdicción administrativa es competente para resolver las indemnizaciones que se cobran de la administración por los daños sufridos por las personas con motivo de la realización de los servicio públicos de toda especie. En esa ocasión se dis cutió ante el Tribunal de Conflictos la competen cia que tuvieran los jueces civiles o los adminis trativos para resolver la demanda de indemniza ción contra el Estado por los daños causados po un vehículo conducido por obreros de una fábric de tabacos de Burdeos y que lesionó gravemen a la hija del demandante Blanco. El Tribunal Conflictos falló en favor de la competencia adm nistrativa, sentando al efecto la siguiente doctr na, rectora hasta la época contemporánea de jurisprudencia de aquel país en materia de re ponsabilidad extracontractual de las administr ciones públicas:

"La responsabilidad que puede incumbir al E tado en razón de la culpa de sus agentes no pu de ser regida por los principios que establece Código Civil para las relaciones de particula con particulares; esa responsabilidad no es ni g neral ni absoluta; ella exige reglas especiales q varían según las modalidades del servicio y necesidad de conciliar los derechos del Esta con el de los particulares".

Otro antecedente en igual sentido es el cita por Waline, a la página 512 de su "Manuel E mentaire de Droit Administratif": Un camión caminos y puentes entra en colisión con un au móvil particular; el primero de los vehícu transporta en el momento del accidente, mate les destinados a la ejecución de trabajos públi las consecuencias dañosas del accidente son re tadas como resultante de la ejecución de un bajo público (Cons. d'Et, 2 dec, Panel, pág, 105

Contrariamente a estas doctrinas la ley col biana ha instituído la competencia general en Tribunales ordinarios y radicado en los adm trativos lo concerniente a la indemnización trabajos públicos, sólo en cuanto con éstos se venga un daño en la propiedad particular. contencioso administraivo de los trabajos p cos tiene, pues, dentro del régimen colomb un carácter excepcional. Ya se dijo — y a se repite — que la responsabilidad de la adm tración en estos casos surge por ministerio ley independientemente del delito o la culpa putable a los agentes o funcionarios público los ejecutan y de ahí que se presente con m lidades particulares o especiales dentro d principios dominantes en el derecho colom sobre responsabilidad extracontractual. En que las demás clases de daños están fundad la culpa o falta de la administración, la cu

erá demostrarse, o simplemente presumirse en
os eventos comprendidos en el artículo 2356 del
ódigo Civil.

3º Completa la regla general expuesta la cir-
unstancia de que la acción contencioso adminis-
rativa que mueve la atención de la Corte sólo
ora en relación con los hechos de ocupación de
na propiedad o daño de la misma en cuanto
curran en el transcurso de los trabajos públicos,
ntendiéndose por éstos el conjunto de operacio-
es materiales realizadas por los agentes admi-
strativos para la construcción, reparación o con-
rvación de una obra pública o de interés social.
e donde se desprende que los daños causados
r una obra pública — o sea el resultado del tra-
jo público concluído — son cuestiones ajenas
a jurisdicción administrativa y, por consiguien-
del resorte de la judicatura común. Un ejem-
aclarará mejor la diferencia: Si en el trans-
so de las labores de construcción de un fe-
carril nacional o de las que se ejecutan para
servar o reparar la vía se ocupa de hecho una
piedad ajena, o si la misma en alguna forma
daña, el perjudicado tiene la acción indemni-
ria abierta ante la justicia administrativa, la
l conserva la competencia privativa de la que-
a, porque se trata de un contencioso de tra-
os públicos; en cambio si una locomotora del
mo ferrocarril ya construído produce un in-
dio en la zona privada que atraviesa o por de-
o de construcción en la vía acaece cualquier
o — siendo indiferente que recaiga sobre las
onas o las cosas — la controversia para la in-
nización de los perjuicios sólo puede suscitar-
nte las autoridades judiciales comunes, las
es retienen privativamente la competencia
dirimir el contencioso de la culpa extracon-
ual provocada por las obras públicas de toda

mbién en este punto se distingue nuestra le-
ción de las aplicaciones de la jurisprudencia
esa, la cual admite la acción contencioso ad-
trativa de los daños causados por los traba-
úblicos en forma mucho más lata, pues no
provee a la reparación del perjuicio causa-
el proceso de ejecución sino que se prolon-
sta los que son la resultante de la obra pú-
construída. Así la competencia administra-
e ha extendido a los hechos dañosos causa-
r vicios en la construcción de una obra pú-
accidente ocurrido por señalamiento defec-
de un paso a nivel al mismo tiempo que la
e un agente público; **por el modo** de cons-
trucción adoptado, aun sin falta ni vicio: inutili-
zación de un molino de viento; **por la situación de
la obra:** depósito de carbón de una empresa ferro-
carrilera que levanta polvo en perjuicio de los
vecinos; falta de mantenimiento de una obra y
de sus dependencias; **ausencia de construcción de
una obra;** los trabajos de protección contra las
crecientes efectuados por una ciudad (villa) so-
bre la ribera izquierda de un río que no se acom-
pañó de las obras correspondientes sobre la ribe-
ra opuesta, lo que produjo el efecto de arrojar las
aguas sobre esta última orilla; y, finalmente, **por
la explotación de la obra,** pues se han considera-
do dentro de aquél sistema como daños resultan-
tes de trabajos públicos los que son secuela de
hechos o aún de faltas o culpas provenientes de la
explotación de las obras públicas: colisión de dos
navíos durante la ejecución de las maniobras ne-
cesarias para utilizar las obras de un puerto.

No hay dificultad en observar que ninguno de
los eventos que acaban de relacionarse como ge-
neradores de daño quedarían tutelados por el
Código de lo Contencioso Administrativo vigen-
te (Ley 167 de 1941) por ser ajenos a la jurisdic-
dicción del Consejo de Estado y de los Tribuna-
les Administrativos, según los ordenamientos del
Código de Procedimiento Civil, y los lineamentos
generales que conforman el sistema colombiano.

Los elementos integrantes del daño indemnizable.

En orden a la reparación, el daño proveniente
de los trabajos públicos deberá presentar los si-
guientes caracteres para ligar la competencia de
la jurisdicción contencioso administrativa:

1º **Debe ser material,** entendiéndose por esto
que la propiedad particular sea objeto de un daño
de índole estrictamente física causado por los
funcionarios o agentes que operan los trabajos
públicos o por las cosas destinadas a los mismos
durante el curso de las operaciones de construc-
ción, reparación o mantenimiento de una obra pú-
blica, v. gr., los actos que causen la destrucción de
cercas, tala o incendio de árboles, inutilización de
frutos, privación o disminución en el beneficio
de las aguas, dificultad de acceso de las vías pú-
blicas y otros de la misma índole.

2º **Debe ser actual y cierto,** es decir existente
en el momento en que la acción se ejercita y no
simplemente eventual.

3º **Debe ser directo.** Se dirá que hay daño di-
recto cuando entre el hecho alegado como su cau-
sa — las operaciones materiales de construcción
de la obra pública — y el daño sufrido por la pro-

piedad particular ningún elemento extraño puede interponerse como hecho dañoso. Es preciso, pues, que haya una relación directa de causa a efecto; y, por tanto, no puede explicarse el daño más que por el trabajo ejecutado y no por otra causa distinta o concurrente con él.

La enunciación de los elementos que deben conjugarse para la conformación jurídica del daño derivado de trabajos públicos permite a la Corte solucionar el problema de competencia que en este proceso se plantea.

El perjuicio porque se querella la Sociedad actora fue ocasionado, según las voces de la demanda, por la prohibición que le hicieran las autoridades de Medellín de continuar adelantando las labores de explotación de la mina; y la aplicación al caso de los principios ya conocidos respecto a la figura jurídica de los trabajos públicos y al régimen de reparación que tutela a los particulares en relación con los perjuicios que por razón de ellos puedan sufrir, lleva a la Corte a una conclusión adversa al pronunciamiento del Tribunal de la instancia. Considera, en efecto, esta superioridad que los fundamentos de hecho de la acción no dan margen para pensar que se ha conformado un contencioso de trabajos públicos ni, por consiguiente, que por este motivo la resolución del litigio competa a la organización de lo contencioso administrativo.

Si se examinan las causas generadoras del daño por el cual se queja la parte demandante —una prohibición de la autoridad para laborar la mina— no es difícil caer en la cuenta de que el perjuicio no ha sobrevenido de un hecho material vinculado al trabajo público de limpieza y canalización del río Medellín sino de un acto jurídico expedido por la administración municipal. Siendo esto así, faltan dos de los elementos esenciales —materialidad del hecho y carácter directo del mismo — para que aparezca el fenómeno del contencioso de trabajos públicos conforme está instituído en la Ley 167 tantas veces citada. Evidentemente es distinto el caso **sub lite** al que se presentaría si, por ejemplo, con motivo de los mismos trabajos públicos y por razón de ellos la referida propiedad hubiera soportado un daño resultante de haberse obstruído sus vías de acceso, o privado de las aguas necesarias para el laboreo, o bien destruído los minerales o los elementos destinados a tratarlos, etc., pues en todas estas hipótesis los hechos dañosos tienen el carácter de materiales y, además, existe una directa relación causal entre la empresa de los trabajos públicos y el perjuicio derivado por los propieta rios particulares del inmueble.

Ha sido pues, la imposición de un acto nega tivo el determinante del perjuicio; y, desde lueg sería inexcusable sostener que éste se ha originad por las operaciones materiales encaminadas a rea lizar el trabajo de canalización del río Medellín A lo más podría aceptarse que aquel acto — y consiguiente daño que pudo haber ocasionado tiene una vinculación indirecta con el trabajo pú blico emprendido y adelantado por la admini tración, pero jamás que sea su causa inmediata necesaria.

Es, sin embargo, muy explicable el error que el Tribunal incurrió al establecer una an logía entre los hechos propuestos en la deman como originarios del daño y los que en el cam del derecho positivo son susceptibles de compr meter la responsabilidad de la administraci por causa de trabajos públicos porque las noc nes que estructuran este fenómeno jurídico, obstante su importancia en el derecho contemp ráneo, no están aún lo suficientemente difundi ni sobre ellas se ha creado por la jurisprudenc un cuerpo de doctrina que facilite la tarea interpretación de las normas del Código y orié el sentido de las decisiones. De ahí que la Co haya querido con los comentarios que se de expuestos afirmar algunos puntos de vista ata deros a los problemas que a diario suscita, ta en el campo del derecho civil como en el ad nistrativo, la actividad propia de los trabajos blicos en cuanto comprometen la responsabili patrimonial de las autoridades oficiales, al mi tiempo que echar las bases racionales que el nen en lo posible los conflictos de compete entre las dos jurisdicciones encargadas de dir las controversias que provocan la responsabil extracontractual del Estado y de las demás sonas jurídicas de derecho público.

Robustece y ampara mucho más si cabe la clusión a que la Sala ha llegado la observa de que en el documento aducido como prueb la prohibición decretada por los organismos nicipales de Medellín expresamente se dice tal orden se imparte, entre otros motivos, p grave problema higiénico que se presentaría la continuación de las faenas encaminadas plotar la mina; lo que en último extremo ocasión a apreciar el trabajo público como concurrente pero no exclusiva del daño i nizable.

No siendo, pues, a juicio de la Corte una reparación por perjuicios originados en trabajos públicos el que aquí se ventila, tiene ésta el deber legal de examinar los demás extremos que el caso ofrece para inquirir si la declinatoria de jurisdicción proferida por el Tribunal subsiste por otros motivos distintos o no.

La responsabilidad de la entidad demandada

Los trabajos de canalización del río Medellín los emprendió el Estado en cumplimiento del mandato contenido en la Ley 110 de 1941, por medio de la cual se declaró a cargo de la Nación el estudio y ejecución de las obras tendientes a la rectificación de aquella corriente de agua en el trayecto señalado en la misma ley.

Tratábase, por consiguiente, de un trabajo público de carácter nacional; empero, la orden de suspender las labores de explotación de las minas "Las Alicias" no emanó de ninguna autoridad del mismo orden sino de los funcionarios del Municipio de Medellín, circunstancia que al mismo tiempo que sirve para destacar aún más que la causa del daño no fue el trabajo público emprendido sino un hecho extraño al mismo, de otro modo hace en absoluto improcedente la acción por perjuicios enderezada contra el Estado.

Es obvio que sólo los funcionarios o agentes inscritos al servicio del Estado pueden vincular la responsabilidad civil de éste cuando obran en ejercicio de sus funciones o a pretexto de ejercerlas; pero la actuación de otra clase de funcionarios públicos no puede en ningún caso producir los mismos efectos, ya que sería absurdo que sobre el patrimonio nacional recayeran las cargas consiguientes a hechos o actividades, lícitas o ilícitas, de otras personas administrativas.

Se desprende de esto, como bien lo hace presente el señor Procurador Delegado en lo Civil, que de haberse ocasionado algún perjuicio, la acción correspondiente habría debido instaurarse contra la entidad, en principio, jurídicamente responsable, que no puede ser otra distinta de la que impartió la orden prohibitiva de la explotación; o en otros términos, que la demanda es correcta y así debió declararse en la debida oportunidad, sin perjuicio de que, ante la abstención del representante del Estado para proponer al fallador la excepción dilatoria correspondiente, hubiera podido enervarse la acción mediante un pronunciamiento exceptivo de naturaleza perentoria, de no haberse inclinado el Tribunal por la ausencia o la falta de jurisdicción para conocer en el fondo del asunto.

Mas como la Corte ha rechazado la hipótesis de que el litigio verse sobre trabajos públicos, la cuestión atañedera a la entidad obligada a resarcir los perjuicios carece en absoluto de interés, y por ello no se insistirá en tratarlo.

La solución de la Corte

En la fundamentación de su fallo, el Tribunal acoge otro motivo de inhibitoria además del ya estudiado y no compartido por la Corte, del cual da noticia el siguiente pasaje de la sentencia recurrida:

"...y si existe realmente un ordenamiento emanado de una autoridad administrativa competente que prohíba por razones de salubridad pública o por cualesquiera otras el laboreo de la mina "Las Alicias", no es tampoco del resorte de la justicia ordinaria el pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de esa providencia, de conformidad con los artículos 34, numeral 10, y 54, ordinal 1º, 2º y 3º de la citada Ley 167".

No vacila la Sala en adherir a las anteriores tesis, ya que si como se ha visto atrás la fuente de los perjuicios reclamados se encuentra en las medidas de prohibición adoptadas por las autoridades de Medellín y con ellas se violó un derecho privado al impedir la explotación de una propiedad particular, es incuestionable la configuración de un contencioso administrativo de reparación, al tenor del artículo 67 del Código de la materia, porque se trata nada más ni nada menos que de procurar el restablecimiento de un derecho particular previa anulación del acto jurídico que ocasionó su violación.

Las disposiciones del Código de lo Contencioso Administrativo ya citadas como las correspondientes de la Ley 80 de 1935 vigentes al tiempo de expedirse por los funcionarios municipales de Medellín las providencias causantes del perjuicio instituyen la acción propia para reclamarlas ante la justicia administrativa, en donde deberá ventilarse la legalidad del acto expedido, la competencia de las autoridades que la profirieron o si hubo abuso o desviación de poder en el autor o autores del mismo que induzca a su anulación y consecuencial resarcimiento de los daños que reclama la compañía minera demandante.

De acuerdo con estas argumentaciones, y en consonancia con lo dicho en el capítulo prelimi-

nar de este fallo, habrá de declararse la nulidad de lo actuado.

Por lo demás, cabe agregar que de conformidad con los artículos 175 del Código de Minas y 3º de la Ley 96 de 1910 está prohibida la elaboración de las minas en cuanto con ellas se perjudiquen las obras públicas y demás bienes a que la primera de las disposiciones citadas se refiere. Con el contenido de estas normas habría que comparar el acto de las autoridades de Medellín en el caso de una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— revoca la providencia materia de la alzada y en su lugar dispone anular la actuación desde el auto admisorio de la demanda.

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

Germán Alvarado. — Aníbal Cárdoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serma R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ADMISION DE UN DESISTIMIENTO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre primero de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El presente aviso de exploración y explotación de petróleos fue presentado ante el Ministerio del ramo por James Raisbeck en su calidad de apoderado de Star Sindicate (folio 1, cuaderno número 1).

Según certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá Raisbeck es representante legal de Star Sindicate (folio 1, cuaderno número 1).

El Ministerio de Minas y Petróleos en la Resolución que profirió para resolver el aviso hace algunas consideraciones respecto a la personería de Raisbeck: observa que son propietarios de las tierras a que el aviso se refiere, Felisa Sorzano viuda de Canal, Felisa Canal Sorzano y Josué Canal Sorzano; que el subsuelo de ese inmueble pertenece a Jorge E. Barco, Josué Canal, Manuel María González y Mario González, quienes por escritura pública número 1199 de 17 de diciembre de 1925, pasada en la Notaría Primera de Cúcuta, constituyeron una sociedad denominada Compañía Petrolera del Norte, en la cual aportaron todos sus derechos en el subsuelo de las tierras del aviso; que según lo anterior, dada la naturaleza especial de estas acciones, solamente la Compañía Petrolera del Norte como presunta dueña del subsuelo petrolífero que se pretende explotar, o quien la represente legalmente, tiene personería suficiente para dar el aviso; que el Star Sindicate, en cuyo nombre actúa aquí el señor Raisbeck, no ha demostrado ser representante legal de la Compañía Petrolera del Norte ni ha comprobado sus derechos de dominio sobre el subsuelo materia del aviso en forma que le permita comparecer a esta gestión; y finalmente advierte que por la escritura 551 de que Star Sindicate hace valer su derecho a dar el aviso de que se viene tratando, aparece un contrato de arrendamiento y que Star Sindicate debe considerarse como Compañía arrendataria pues en la mencionada escritura se dice que el petróleo que extraiga será del Sindicato a título de arrendamiento o a otro semejante".

La Sala observa que el avisante a nombre de la Compañía Star Sindicate, y su representante legal, ha hecho llegar a la Corte un memorial en que manifiesta que asiste a la práctica de pruebas pedidas a nombre de la Compañía y advierte que ella no tiene ningún interés en obtener permiso para taladrar "y desiste de sus gestiones para obtener tal permiso".

La Sala en atención a las observaciones que el Ministerio había hecho a la personería de Star Sindicate para presentar el aviso y actuar en el juicio dispuso que se pusiera en conocimiento de los representantes de la Compañía Petrolera del Norte el memorial del señor Raisbeck a fin de que hicieran alguna manifestación al respecto sin que hasta el presente, a pesar de los esfuerzos realizados, haya sido posible hacer la aludida notificación.

En vista de lo anterior debe procederse a resolver el desistimiento que se halla pendiente.

No está la Sala completamente de acuerdo con las observaciones que sobre la personería de Star Sindicate hace el Ministerio en su Resolución. Es verdad que según la ley de petróleos debe existir interés jurídico en la persona que da el aviso de exploración, haber recibido, en la forma legal, poder para representar al interesado; y que en el presente caso la Compañía avisante no es propietaria, o presunta propietaria de las tierras del aviso, ni tiene recibido poder formal de la Compañía Petrolera del Norte para darlo. Pero, en los autos figura la escritura 551 de 28 de octubre de 1940 pasada ante la Notaría del Circuito de Cúcuta, folios 118 y siguientes del legajo número 3, instrumento del cual se desprende claramente la personería que tiene el Star Sindicate para actuar en su propio nombre como interesado directo en la exploración y explotación del petróleo de las tierras del aviso. En efecto, por medio de la citada escritura la Compañía Petrolera del Norte cedió a la Star Sindicate el derecho exclusivo de exploración y explotación de petróleos "de los

predios rústicos denominados "El Astillero" y "Santa Ana", que son las fincas del aviso; y en la cláusula **cuarta** del contrato elevado a escritura pública se dice: "**Cuarta.**—Los propietarios conceden al Sindicato los siguientes derechos: ..... c) **El exclusivo e ilimitado derecho de explorar y de hacer ensayos e investigaciones en dichos terrenos en busca de petróleo,** gas natural, asfalto y los demás hidrocarburos que acompañan al petróleo y se derivan de él, y el derecho y el privilegio exclusivos e ilimitados, **con exclusión de los dueños actuales de los dichos terrenos,** superficie y subsuelo, y de cualquiera otra persona o sociedad, de perforar, excavar, minar..., para buscar petróleo, gas natural, asfalto y los demás hidrocarburos que acompañan al petróleo y que se derivan de él, en las mencionadas tierras, en cantidades ilimitadas; d) Los de remover, extraer, utilizar, usar, almacenar, transportar, vender, enajenar también a otro título o en parte los productos que de los dichos terrenos se extraigan en cualquier forma que se crea conveniente, y tener la propiedad exclusiva de los mismos." Y en la cláusula sexta se dijo: "**Sexta.**—Los dueños del suelo o de la superficie podrán explotar su predio, **pero no el petróleo,** como a bien lo tengan ,mas sin perjudicar o estorbar los trabajos del Sindicato". (Subraya la Corte).

Claramente se ve por los apartes transcritos de la escritura 551 suscrita por la Compañía Petrolera del Norte y Star Sindicate que aquella sociedad adquirió con exclusividad el derecho de hacer las explotaciones petrolíferas en las fincas a que la escritura se refiere, que son las mismas del aviso.

Se desprende de lo anterior que solamente la Compañía llamada Star Sindicate, avisante en este negocio, puede tener interés en el juicio sumario que ahora se ventila ante la Corte y en las diligencias administrativas que por iniciativa suya se iniciaron y desarrollaron en el Ministerio de Minas y Petróleos.

Y si bien es verdad que, según lo observa la Resolución del Ministerio, en la escritura a que se viene aludiendo, la Compañía Petrolera del Norte se comprometió a conferir poder a "quien o a quienes el Sindicato indique" para adelantar las acciones administrativas y judiciales del caso, y que este poder no llegó a constituírse y no hay constancia de que se hubiese otorgado, también lo es que este poder carece de objeto, pues según los términos de la escritura 551, aparece como dueña del petróleo la Compañía avisante y no se ve la necesidad de que ésta deba estar autorizada para representar en juicio a quien se ha desprendido de esos derechos y ha adquirido el compromiso de no explotar petróleo en esos terrenos. Al adquirir Star Sindicate "el exclusivo e ilimitado derecho de explorar y de hacer ensayos e investigaciones en busca de petróleo..., con exclusión de los dueños actuales de los dichos terrenos, superficie y subsuelo", y el de "extraer, utilizar..., vender, enajenar también a otro título" los hidrocarburos de esas tierras, adquirió personería propia y suficiente para actuar a su nombre en todo lo concerniente a la consecución de una situación jurídica que le permita hacer uso de los derechos que por escritura pública se le transfirieron. Y debe notarse además que al adelantar las gestiones administrativas ante el Ministerio del ramo y comparecer en el juicio sumario está cumpliendo con la obligación que le impone la cláusula **décima** de la escritura que viene citándose.

Estando demostrada claramente la personería sustantiva de la Compañía Star Sindicate, y la calidad de representante legal de ésta en James W. Raisbeck Jr., quien manifiesta en memorial dirigido a la Corte que la Sociedad que representa "no tiene ningún interés en obtener un permiso para taladrar y desiste de sus gestiones para obtener tal permiso", debe la Sala aceptar este desistimiento y ordenar la devolución del expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

En consecuencia la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, admite el desistimiento que de este juicio a nombre de la Compañía Star Sindicate presenta su apoderado el señor James W. Raisbeck Jr.

Notifíquese, cópiese y devuélvase al Ministerio de Minas y Petróleos.

Aníbal Cardoso Gaitán—Germán Alvarado—Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serrano—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

SOLICITUD DE COADYUVANCIA

De acuerdo con el artículo 467 del C. J. el auto que admite un desistimiento tiene fuerza de sentencia, pues pone término al juicio y hace imposible su continuación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado sustanciador: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En providencia dictada por la Sala el primero de octubre pasado se admitió el desistimiento que de este juicio y a nombre de la Compañía Star Sindicate, presentó su apoderado el señor James W. Raisbeck Jr.

Dentro del término de la ejecutoria del auto que se menciona presentó el doctor Ricardo Uribe Holguín una solicitud para que se le admitiera como coadyuvante en el juicio, a nombre de la Compañía petrolera del Norte y un poder conferido a él por la misma Compañía.

Ningún recurso se interpuso contra la providencia que aceptó el desistimiento.

Dice el artículo 467: "Los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio".

En armonía con esta disposición debe considerarse que el auto que admite un desistimiento tiene fuerza de sentencia pues pone término al juicio y hace imposible su continuación.

Si bien es verdad que antes de la ejecutoria del auto de primero de octubre se presentó la solicitud de coadyuvancia por la Compañía Petrolera del Norte, también es verdad que el juicio ha terminado pues dicha solicitud no impidió que la providencia aludida se ejecutoriara ya que contra ella ningún recurso se interpuso y por tanto el término de la ejecutoria no se interrumpió.

Esta consideración pone presente que es innecesario entrar a considerar la petición sobre coadyuvancia, pues aun en el supuesto de que ella fuera admisible se tropezaría con una realidad procesal que haría inoperante su admisión: la extinción del juicio, como consecuencia inmediata de la ejecutoria del auto —con fuerza de sentencia— que admitió el desistimiento.

En consecuencia, la Sala considera que no hay lugar a resolver sobre la solicitud de coadyuvancia que a nombre de la Compañía Petrolera del Norte presenta el doctor Ricardo Uribe Holguín.

Notifíquese.

Ramón Miranda—Germán Alvarado C.—Aníbal Cardos Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

NO SE REPONE EL AUTO RECURRIDO

El auto recurrido no afirma que los fallos de los incidentes constituyen una providencia que le pone término al juicio en todas las ocasiones, sino solamente en aquellas en que se hace imposible su continuación, como cuando se acepta un desistimiento o se decreta una nulidad. En el primer caso el seguimiento del proceso constituiría un contrasentido, pues el fin de un desistimiento es precisamente ése, terminar la litis, instancia o recurso, según el caso; su continuación desvirtuaría el fin de esta iniciativa que debe provenir de las partes y haría inútil su aceptación por el juzgador. Cuando en el juicio haya codemandantes, litisconsortes, coadyuvantes el desistimiento sólo puede perjudicar a quien lo hace, mas no a quien no ha desistido.

La sola manifestación del deseo de ser admitido como coadyuvante no tiene la virtud de convertir a una persona en interviniente en juicio. Quien solicita su admisión solamente tiene una expectativa que puede ser favorable o desfavorable a su pretensión. No puede considerarse al coadyuvante "apersonado en el juicio" desde que así lo solicita, pues si así fuese no tendría objeto su reconocimiento posterior. Esta interpretación se pone más de manifiesto como jurídica si se considera que el Código contempla expresamente el caso de que "si alguno se opone a la intervención, se sustancia el incidente como articulación". No puede considerarse la solicitud que va a resolverse en la articulación produciendo de antemano los efectos que solamente pueden definirse en el fallo del mismo incidente. Se llegaría al absurdo procesal de tener como parte interesada a un solicitante cuya intervención en el juicio sólo puede quedar definida al resolver la articulación a que ella ha dado origen.

En cuanto a la oportunidad para la admisión de una solicitud de coadyuvancia no niega la Sala que, bien sea que la intervención de una persona extraña al juicio, como coadyuvante, suscite incidente o no, de todas maneras en cualquier momento del juicio esa intervención es oportuna, pues el artículo que la autoriza no le pone límite. Pero la intervención debe hacerse en una forma adecuada para que surta efectos. La técnica en el procedimiento no está reñida con la oportunidad. No basta hacer las solicitudes dentro de los términos que señala la ley sino también llenar los demás requisitos que ella exige y utilizar los recursos que la misma señala para que las peticiones hechas dentro de los términos surtan sus efectos. Habiéndose presentado en el caso de autos la solicitud de coadyuvancia cuando ya se había decretado el desistimiento de la única parte que había en él, y sin que se hubiese hecho uso del recurso de reposición contra ese auto, éste quedó ejecutoriado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

En providencia anterior dijo la Sala que no había lugar a resolver sobre la solicitud de coadyuvancia que a nombre de la Compañía Petrolera del Norte presentó el doctor Ricardo Uribe Holguín. El señor apoderado de la Compañía se manifiesta inconforme con esa decisión y solicita revocatoria en el memorial que precede y que la Corte examina a continuación:

1) Advierte en primer lugar el señor apoderado que el auto que admite un desistimiento no siempre provoca la terminación del juicio, pues con arreglo al artículo 467 del Código Judicial los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia **"cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio".** Con base en esta disposición estima que el auto interlocutorio que admite un desistimiento, no siempre pone término á la instancia, haciendo imposible la continuación del juicio y distingue dos hipótesis:

si no hay codemandantes, litisconsortes, coadyuvantes ni otras personas que tengan en el juicio el mismo interés que la persona que desiste, éste necesariamente termina, por falta de partes litigantes. En tal caso, el auto que admite el desistimiento tiene fuerza de sentencia y, una vez ejecutoriado, pone fin al juicio. Adviértase que en este primer caso lo que pone fin al juicio no es el desistimiento mismo, sino el auto que lo admite. Los juicios, en efecto, nunca pueden terminar sino por sentencia o por auto que tenga fuerza de tal, y la terminación no se opera sino con la ejecutoria de dicho auto o sentencia". b) Si hay codemandantes, litisconsortes, coadyuvantes u otras personas que tengan en el juicio el mismo interés que el litigante que desiste, como "el desistimiento sólo perjudica a la persona que lo hace", el auto que lo admite, no tendrá fuerza de sentencia y, una vez ejecutoriado no será obstáculo para que el juicio siga su curso. Finalmente advierte que no siempre, sólo en algunos casos, los fallos que se dictan en los incidentes ponen término al juicio de acuerdo con el artículo 391 del C. J.

La Sala principia por advertir que el auto recurrido no afirma que los fallos de los incidentes constituyen una providencia que le pone término al juicio en todas las ocasiones, sino solamente en aquellas en que se hace imposible su continuación, como cuando se acepta un desistimiento, o se decreta una nulidad. En el primer caso, que sería el mismo de autos, el seguimiento del proceso constituiría un contrasentido, pues la finalidad de un desistimiento es precisamente esa, terminar la litis, instancia o recurso, según el caso; su continuación desvirtuaría la finalidad de esta iniciativa que debe provenir de las partes haría inútil su aceptación por el juzgador.

En todo lo demás está la Sala de acuerdo con recurrente. Sólo las dos hipótesis que él plana se pueden presentar: a) que no haya codemandantes, litisconsortes, coadyuvantes, etc., dentro del juicio; y b) que sí los haya. Y las dos conclusiones que saca el señor apoderado son actas. Cuando los intervinientes existen, el to que acepta un desistimiento hecho por la rte no tiene fuerza de sentencia, y por lo tanno le pone término al juicio, entre otras razos porque el desistimiento solamente puede perlicar a quien lo hace. Pero sucede que en el o de autos la hipótesis que se contempla es preamente la primera: no hay intervinientes en juicio. No existe ninguna providencia que los haya reconocido. La sola solicitud presentada por el doctor Uribe Holguín no tiene la virtualidad de constituírlo automáticamente en coadyuvante, codemandante o litisconsorte; es necesario que se le haya reconocido como tal para que pueda hacer valer esa calidad; la sola manifestación del deseo de tenerla no puede incorporarlo al proceso como persona interesada.

2) En segundo lugar observa el recurrente que "la intervención de un tercero como coadyuvante puede ser admitida de plano por el Juez o previo un incidente, según el caso". Pero que de cualquier manera se entiende que el coadyuvante se ha apersonado en el juicio **"desde el momento en que haya presentado su solicitud de intervención, no desde la fecha del auto que admita ésta".** (Subraya el recurrente).

Ya se dijo arriba que la sola manifestación del deseo de ser admitido como coadyuvante no tiene la virtud de convertir a una persona en interviniente en juicio. Quien solicita su admisión solamente tiene una expectativa que puede ser favorable o desfavorable a su pretensión. Si se considera al coadyuvante "apersonado en el juicio" desde que así lo solicita, qué objeto tendría su reconocimiento posterior? Esta interpretación se pone más de manifiesto como jurídica si se considera que el Código contempla expresamente el caso de que "si alguno se opone a la intervención, se sustancia el incidente como articulación". No puede considerarse la solicitud que va a resolverse en la articulación produciendo de antemano los efectos que solamente pueden definirse en el fallo del mismo incidente. Se llegaría al absurdo procesal de tener como parte interesada a un solicitante cuya intervención en el juicio sólo puede quedar definida al resolverse la articulación a que ella ha dado origen. Y en el evento que se contempla, el señor Procurador Delegado en lo Civil ha manifestado su oposición para que sea admitido como coadyuvante la Compañía Petrolera del Norte. Es lógico que antes de considerar a esta sociedad "como "apersonada en el juicio" hay que resolver aquella oposición.

3) Considera igualmente el señor apoderado que el derecho de proponer una coadyuvancia "se **puede ejercer durante todo el curso del juicio mientras éste no haya terminado".** (Subraya el solicitante). Y advierte que si la intervención no da lugar a incidente debe entenderse como oportunamente propuesta "en cualquier estado del juicio, pues el artículo 233, que se ocupa del fenómeno, no contiene ninguna regla limitativa del tiem-

po en que puede ejercerse ese derecho. Y si la intervención da lugar a incidente, rigen entonces los principios relativos a éstos, que son: el del artículo 391 del Código Judicial, que permite promover incidentes durante todo el curso del juicio; y el del 394 de la misma obra, que limita el ejercicio de este derecho hasta cuando se haya dictado auto de citación para sentencia, en los juicios en que haya esta formalidad. La solicitud de intervención de la Compañía Petrolera del Norte fue hecha antes de que el auto que admitió el desistimiento de la Star Sindicate estuviera ejecutoriado, o sea, antes de que ese auto hubiera podido tener la virtud de terminar el juicio. Luego dicha intervención se operó en una oportunidad procesal que la hace legalmente admisible".

No niega la Sala que, bien sea que la intervención de una persona extraña al juicio, como coadyuvante, suscite incidente o nó, de todas maneras, en cualquier momento del juicio esa intervención es oportuna pues el artículo que la autoriza no le pone límite. Pero la intervención debe hacerse en una forma adecuada para que surta efectos. La técnica en el procedimiento no está reñida con la oportunidad. No basta hacer las solicitudes dentro de los términos que señala la ley sino también llenar los demás requisitos que ella exige y utilizar los recursos que la misma señala para que las peticiones hechas dentro de los términos surtan efectos. En el caso de autos la solicitud de intervención de la Compañía Petrolera del Norte fue hecha antes de que el auto que admitió el desistimiento de Star Sindicate estuviera ejecutoriado; pero ningún recurso se interpuso contra esa providencia para impedir su ejecutoria y dar lugar a que la Sala se pronunciara sobre la admisibilidad de la coadyuvancia que propuso el doctor Uribe Holguín. Una providencia judicial no deja de ejecutoriarse porque llegue al proceso una solicitud, sino porque contra ella se interpone el recurso que la ley autoriza cuando alguna de las partes no se halla conforme con su contenido. De lo contrario al vencimiento del término de ejecutoria, es decir, cuando contra ella no puede recurrirse, se convierte en ley inmodificable del proceso. Y no puede decirse que una solicitud de coadyuvancia envuelva implícitamente un recurso de reposición o de súplica, pues ellos deben hacerse en forma expresa y sufrir la tramitación indicada en el Código para ser considerados y resueltos. Y en este caso no se interpuso el recurso de reposición, que era el procedente, para evitar la ejecutoria del auto que admitió el desistimiento.

4) Por último manifiesta el doctor Uribe Holguín que **"la intervención de la Compañía Petrolera del Norte evitó que el auto admisorio del desistimiento de la Star Sindicate pusiera término al juicio"** y aduce como razón la de que ya había en el juicio un coadyuvante de la parte actora que "había intervenido o se había apersonado en oportunidad legal".

Esta objeción está ya prácticamente contestada en las consideraciones arriba expuestas; el error del señor apoderado consiste en considerar que la sola solicitud por él presentada ha tenido la virtud de constituírlo automáticamente en coadyuvante de la parte actora y en estimar que esa calidad puede hacerla valer sin que se le haya reconocido como tal.

Es indudable que habiéndose ejecutoriado el auto de que admitió el desistimiento antes de que hubiera podido intervenir la Compañía Petrolera del Norte, esta providencia tiene fuerza de sentencia y le pone término al juicio, pues cuando contra decisión es de esa clase no existe recurso válido que pueda anularlas o modificarlas se plantea en el juicio una situación jurídica inalterable que no da lugar a considerar peticiones de personas extrañas al proceso que desean su continuación.

Por las consideraciones anteriores, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia sostiene el auto recurrido.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta **Judicial.**

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Eleute Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Acusación de inexequibilidad de los artículos 1º y 7º del Decreto número 928 de 1943. Se abstiene la Corte de resolver la demanda de inexequibilidad presentada. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 1

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de nulidad de un remate y de indemnización de perjuicios. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario seguido por Manuel Higinio Salazar contra Julio Pizarro y Adolfo y Juan Jacobo Camacho sobre los puntos antes dichos. Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 3

Oposición a la posesión de unas minas. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por Jaime Sánchez Franco contra Rafael Barrera sobre oposición a la posesión de una mina. Magistrado ponente: doctor Alvaro Leal Morales 7

Nulidad de una cláusula escritu-aria. — Noción de la palabra "Consentimiento". — El error como vicio del consentimiento. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por Gabriel Jálad G. y otra contra Manuel Vicente Jálad y otra. Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas 13

Requisitos para la existencia de sociedades de hecho entre concubinos. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, proferida en el juicio ordinario seguido por Florentina Ortiz González contra Manuel Valente da Silva sobre restitución de bienes. Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda 19

Acción de reforma de un testamento, de declaración de una filiación natural y de restitución de bienes. — Presupuestos procesales. — Legitimación en causa. — Investigación de la paternidad natural. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, proferida en el juicio ordinario promovido por Pablo A. Losada contra Amira Matamoros de Porras sobre filiación natural. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 24

Acción sobre mejor derecho al uso de las aguas de un río y sobre indemnización de perjuicios. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Segundo Montoya y Franz Gil contra Ana Judith García de Montoya sobre el punto indicado. Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza 31

Recurso de hecho. — Se declara bien denegado el recurso de hecho intentado por el doctor Alberto López Herrera en el juicio divisorio de El Rincón; recurso negado por el Tribunal Superior de Neiva. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza. 34

Acción petitoria de cumplimiento de un pretendido contrato de mandato. — Principio jurídico de la territorialidad de la Ley. — Contratos por correspondencia. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Erwin Strauss contra Carlos y Francisco Steuer sobre la acción dicha.

Págs.

Magistrado ponente: doctor Gabriel Rodríguez Ramírez 35

Reivindicación. — Naturaleza jurídica del recurso de casación. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Eladio Franco contra Raquel Jaramillo sobre reivindicación. Magistrado ponente: doctor Alvaro Leal Morales 42

Reivindicación. — Bona y mala fides. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva proferida en el juicio ordinario promovido por Francisco Jiménez contra el Municipio de Florencia sobre reivindicación. Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca 45

Reivindicación. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira proferida en el juicio ordinario promovido por María Enriqueta Gómez de Franco contra Marco Tulio Franco y Emilio Morales Jaramillo sobre reivindicación. Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca 51

Acción petitoria de carencia de causa de la obligación impuesta por el Municipio de Bucaramanga a la Compañía actora, y de pago del servicio de agua suministrado por ésta. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario seguido por la Compañía del Acueducto de esa ciudad contra el Municipio de la misma sobre las acciones indicadas. Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda..... 54

Acción reivindicatoria.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario seguido por Eduardo Castillo contra Susana Sanclemente v. de González sobre reivindicación. Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza 60

Acción petitoria de simulación de un contrato. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario promovido por Rosa Gómez Díaz contra Carmen García de Jiménez. Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda 6

No se repone el auto reclamado en el juicio a que se alude, en virtud de recurso intentado por el abogado de la señora Rosa Salazar de Matallana. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.... 6

La simulación en la doctrina jurídica. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, proferida en el juicio ordinario seguido por Euclides Picón contra Waldina Flórez de Medina y Salvador Medina, sobre simulación. Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca 7

Acción de responsabilidad civil por accidente automoviliario.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Ricardo Pinzón contra Rogelio Sánchez, por perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas.....

Reivindicación—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario seguido por Paulina Martínez de Quintero contra Antonio Vallejo sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas.....

Acción petitoria de pago de una suma de pesos.—Técnica de casación.—Teoría jurídica de la accesión.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio intentado por Bárbara Gómez R. contra la Fábrica de Cemento Samper sobre el punto indicado. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca .....

Acción de responsabilidad por perjuicios.—Presunción de culpa por el ejercicio de actividades peligrosas.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Mercedes Gómez contra el Municipio de Salgar, por perjuicios. Magis-

Págs.

trado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza 86

Error de hecho.—Su alegación en casación. Ventas por cabida.—Error de derecho—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por los herederos de Francisco Echeverri y Angela Rosa Restrepo de Echeverri contra Pedro Iza Irvi y Fuad Kihuan para que se declarase la obligación de los demandados de completar la cabida del predio vendido. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales. 91

cción sobre regulación del ejercicio de una servidumbre.—No se admite el recurso de casación interpuesto por la parte actora, la entidad Bohmer y Cía. S. A. contra la sentencia del Tribunal de Cali en que fue demandada Edelmira Rengifo de Rojas, sobre el punto indicado. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales..... 95

cción de nulidad de un testamento.—Contrato de aparcería.—Sus diferencias con el de trabajo.—Causal 2ª de casación. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Teresa, José y Simón Bolívar contra el Obispo de la Diócesis de Santa Rosa de Osos sobre nulidad de un testamento. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 97

ción de nulidad de un remate y de reindicación.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Paulina Bernal de Cuéllar contra Secundino Cuéllar y Rogelio E. Salcedo sobre nulidad de un remate y reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 102

indicación—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por la Sociedad de San Vicente de Paúl de Bogotá contra Alfonso Campagnoli y otros sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 106

Acción de resolución de un contrato de permuta, de reivindicación y de pago de una suma de pesos. — Impuesto de sucesiones. Causal 6ª de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, proferida en el juicio ordinario seguido por Manuel S. Ordóñez contra Jorge E. Mora sobre resolución de un contrato, etc. Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca 110

Reivindicación. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por Jesús A. Restrepo L. contra Francisco Restrepo y otros sobre reivindicación.— Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 116

Acción de nulidad de un contrato, de unas adjudicaciones hechas en juicio de sucesión, y de reivindicación. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido por Jacinto y Eduvigis Bonilla contra Angel María Pérez sobre los puntos indicados. Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca 119

SALA DE CASACION PENAL

El error en el nombre de la víctima como causal de nulidad.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa de Inés Rodríguez Quiroga v. de Suárez por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 124

Requisitos esenciales para que haya delito de carácter militar.—Se dirime una colisión de competencias entre el Juez de Circuito de San Andrés y el Juez Militar de la Quinta Brigada, de Bucaramanga, por la muerte del doctor Alfonso Villamarín Gallo. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 126

Págs.

Prescripción de la acción penal y sobreseimiento definitivo—Se reforma el auto proferido en las diligencias seguidas contra el doctor Teodomiro Calderón Domínguez por los cargos que le fueron imputados como Juez 1º Penal de Cali en el sentido de declarar la cesación del procedimiento por la inexistencia de los hechos delictuosos imputados. Magistrado ponente: Doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 130

Apreciación de los indicios.—Se niega la casación de la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Andrés Rivas por robo. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 134

Jurados.—Nulidades. — Veredicto. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en la causa contra Virgilio Montañez por homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 136

Concepto sobre la institución procesal del traslado en materia penal.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Adonaí Real Avila por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 141

Extradición.—La Sala emite concepto favorable sobre la solicitud de extradición del señor Juan J. Chang, formulada por la Embajada del Ecuador. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 144

La causal 3ª de casación. — La riña imprevista. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín en la causa seguida contra Carlos José Espinal por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 148

Elementos del delito de abuso de confianza. Se dirime la colisión de competencias suscitada entre los Jueces de Circuito de Guaduas y La Dorada en el sumario referente al denuncio criminal contra Alfredo Camacho por abuso de confianza. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 15

Delitos de responsabilidad—Se inhibe la Sala de conocer sobre las imputaciones hechas por Arturo Villegas contra el doctor Pedro Claver Aguirre, por no ser de su competencia. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 15

Causal 2ª de casación.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Marta en la causa seguida contra José Trinidad Berty por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 15

Extinción de la acción penal.—Se reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en las diligencias seguidas contra el doctor Roberto Martínez Robles. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 1

Desistimiento. — Se admite el desistimiento del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en la causa seguida contra Carlos Perdomo o Carlos Pérez por robo. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 1

Concepto del Agente del Ministerio Público. Se reforma la sentencia consultada por el Tribunal Superior de Santa Marta en las diligencias seguidas contra el doctor Roberto Martínez Robles como ex-Juez 1º de Santa Marta. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.....

Parte civil en el proceso. — Se declara fundado el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Camargo Sierra en el negocio a que se alude. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M .....

Procesos contra menores de edad. — Su conocimiento. — Se resuelve que es el Juez de Menores de Bucaramanga el funcionario competente para conocer de la infracción cometida por el menor Hermelindo Velasco y no el Juez 2º Superior del Soco-

Págs.

rro. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 169

Término probatorio en materia penal. — No se casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Elisio Vega Mendoza por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada. 174

Técnica de casación. — Causal 2ª de casación. — Interpretación del artículo 266 del Código de Procedimiento Penal. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín en la causa seguida a Dimas Correa Rodríguez por homicidio y robo. 176

ndagatoria del sindicado. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa seguida contra Luis Antonio y Manuel Villabona Celis por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 179

onfirmación del sobreseimiento definitivo dictado en favor de un Juez.—Se confirma el auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del doctor Manuel Vanegas Mendoza por cargos de responsabilidad, por no haber existido delito alguno. 182

mplicidad necesaria y secundaria—La embriaguez en la ejecución del hecho delictuoso.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Marta en la causa seguida contra Pedro Antonio y Emiro Rivas por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada. 185

cnica de casación.—Causal 2ª de casación. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa seguida contra Paulina Barragán v. de Miranda por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 190

sal primera de casación.—Medidas de seguridad.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Ibagué en causa contra Isauro Pérez Pérez por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 193

Delito de robo. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Hernando Gómez Paniagua por robo. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 199

Hurto y robo.—Momento de la consumación de estos delitos. — Doctrinas de Pessina y Carrara—Doctrina de Soler—Opiniones de Gómez e Irureta Goyena.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en la causa contra Pedro José Monroy por el delito de robo y lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 206

Veredicto que no es contradictorio.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Cali en la causa contra José Rodríguez Escobar por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 213

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Incidente de nulidad.—Se declara la nulidad de lo actuado en el juicio seguido por el General Jorge Martínez L. contra la Nación sobre bienes ocultos. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 216

Recurso de súplica contra el auto anterior. Se revoca el auto suplicado. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock..... 222

Salvamento de voto del Magistrado doctor Alvarado 226

Cobro, por la vía ejecutiva, de la suma de dinero representada en un billete de lotería.—Los billetes de lotería como título ejecutivo.—Se revoca el auto dictado por el Tribunal Superior de Barranquilla y en su lugar se libra mandamiento de pago a favor del Departamento del Atlántico y en contra del Municipio de Barranquilla por una suma de pesos. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 229

Págs.

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Víctor Cock y Eleuterio Serna R..... 237

No se repone el auto ejecutivo reclamado. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 239

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Víctor Cock y Eleuterio Serna R...... 242

Acción popular posesoria conforme al artículo 1005 del Código Civil.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio posesorio especial instaurado por el doctor Cenón Sierra contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 244

Incidente de nulidad de un juicio ejecutivo. No se decreta la nulidad pedida por el Procurador en el juicio ejecutivo seguido por Jesús A. Cardona contra la Intendencia del Chocó. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 247

Acción petitoria de pago de una suma de pesos.—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio seguido por José Joaquín Logreira contra el Departamento del Magdalena, sobre el punto antes enunciado. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda..... 250

Acción petitoria de pago de perjuicios por un accidente automoviliario.—Se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio seguido por Roque J. Bernal contra el Departamento de Santander, por perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda. 254

Acción petitoria de pago de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual. — Suspensión de la acción civil mientras se decide la penal—Se suspende la resolución del juicio seguido ante el Tribunal Superior de Cali por la señora Cecilia Prado v. de Arizabaleta contra el Departamento del Valle. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 261

Págs.

Objeciones a un dictamen pericial. — Error grave.—Se confirman unos ordinales y se reponen otros de la providencia apelada del Tribunal Superior de Tunja y se declaran no probadas, además, unas objeciones en el juicio seguido ante el Tribunal contra el Departamento de Boyacá sobre pago de perjuicios por quien fue el actor en él. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 263

Acción sobre pago de perjuicios contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. — Competencia para el conocimiento del juicio.—Contratos de adhesión—Se confirman algunos ordinales y se revoca otro de la sentencia recurrida y a que se alude, del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por la Sociedad Colectiva de Comercio denominada "Germán Cubillos & Compañía" contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 27

Acción de indemnización de perjuicios.—Noción jurídica de trabajos públicos.—Régimen jurídico de la indemnización.—Zonas de competencia entre los Tribunales ordinarios y la justicia administrativa. — Elementos integrantes del daño indemnizable.—Se revoca la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín en el juicio seguido por la sociedad ordinaria de minas "Las Alicias" contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda..... 2

Admisión de un desistimiento. — Se admite el que hizo a nombre de la Compañía Star Sindicate su apoderado en las diligencias sobre exploración y explotación de petróleos a que se alude. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.....

Solicitud de coadyuvancia.—Se niega la solicitud de coadyuvancia referente a las anteriores diligencias. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.....

No se repone el auto recurrido anterior.— Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán .....

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"
CALLE 14, Nº 13-56 — TELEFONO 43-25

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono
Nº 43-25, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

'Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento'

(Siete Partidas: Partida 1a, Título I, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:
JULIAN MOTTA SALAS

'Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite'.

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LXIII - BOGOTA, COLOMBIA - NOVIEMBRE - DICIEMBRE-BIS DE 1947 - NUMEROS 2055 - 2056

V CONFERENCIA INTERAMERICANA DE ABOGADOS

DISCURSOS PRONUNCIADOS POR EL Sr. Dr. FELIPE S. DE PORTOCARRERO, PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DEL PERU, Y POR EL Sr. Dr. ALVARO LEAL MORALES, VICEPRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE COLOMBIA, EN LA RECEPCION QUE EN HONOR DE LAS DELEGACIONES A LA QUINTA CONFERENCIA INTERAMERICANA DE ABOGADOS OFRECIO LA CORTE SUPREMA DEL PERU EN EL GRAN HALL DEL PALACIO DE JUSTICIA DE LIMA EL DIA 30 DE NOVIEMBRE DE 1947

xcelentísimo señor Presidente de la República,

Excelentísimos señores, señores Delegados, señores:

La Corte Suprema de la República, fiel a sus nrosas tradiciones, os ha congregado en este cinto para expresaros su más cordial bienveni- y los votos muy fervientes que formula por e el éxito corone vuestros esfuerzos en el ele- do empeño que os reúne.

ois, señores Delegados, ilustres y eminentes eros de la cultura jurídica de vuestros pue- s. La sugeridora idealidad en que se inspiran plausibles propósitos de vuestro certamen y utoridad que os presta vuestra alta prepara- , son seña y promesa de los más provechosos ltados. El Poder Judicial del Perú, al que o el honor de representar, os rinde en esta ión un sentido homenaje de admiración y os significa también su solidaridad en la noble empresa que llevais a cabo cuando trabajais por establecer las bases permanentes de la paz procurando el imperio de la justicia en la regulación del derecho.

La celebración de la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados, que se reúne por primera vez en Lima, tiene para el Perú muy grata y especial significación porque coincide con la conmemoración que haremos dentro de pocos días del Congreso de Juristas, el primero de su género realizado en América, que se instaló en esta Capital por convocatoria del Gobierno de la República, en la histórica fecha del 9 de diciembre de 1877.

Desde la iniciación de su vida independiente, el Perú ha exteriorizado una decidida y auténtica vocación por el Derecho. Nutrido y valioso ha sido

su aporte en la obra de la organización jurídica del Continente. Permitidme recordar, señores Delegados, que fue en los Congresos reunidos en Lima, en 1847 y 1864, donde los países americanos consolidaron la posesión jurídica de su emancipación definitiva al suscribir tratados de confederación y de alianza y que fue, asimismo, en esta metrópoli nuestra, durante la Octava Conferencia Panamericana o sea, noventa años más tarde, donde los Gobiernos americanos sintetizaron y consagraron en fórmula feliz la Declaración de Lima, el concepto y extensión de la doctrina que informa todo el sistema regional americano: la solidaridad continental.

Hacia 1877, después de que con los últimos intentos realizados en 1839, 1847 y 1864, se había abandonado en América el ideal de la anfictionía que soñara y proyectara el genio vidente de Bolívar, cuando —superada la etapa de la independencia— todo anunciaba que las jóvenes Repúblicas habían definido sus destinos con la demarcación de sus fronteras y la consolidación de su autoridad, la Cancillería peruana, al convocar a un Congreso de Jurisconsultos, inició un período trascendental en el proceso histórico de América porque, al promover la unificación de la legislación y la creación de vínculos en las relaciones privadas, mediante la coordinación de las leyes, en realidad despertó la unidad moral y espiritual del Continente e infundió vida a una tendencia que hoy representan un conjunto de Estados regidos por elevados principios y procedimientos eficaces.

En la nota de invitación respectiva, el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, ponía de manifiesto ese concepto cuando destacaba ante los Gobiernos de América que el desarrollo de las relaciones internacionales, como consecuencia del mejoramiento de las comunicaciones; el interés que cada uno tiene en el progreso de los demás por las ventajas que de él pueden resultarle y las inconveniencias prácticas que nacen de la discordancia de las leyes, había dado origen al proyecto de convocar a un Congreso de Juristas que se ocuparía de examinar las legislaciones de los diversos Estados, tomándose de cada una de ellas lo que se encontrare más perfecto.

El Tratado de Derecho Internacional Privado que se suscribió al término de las labores del Congreso, significó un alarde para la propia Europa de la época que hasta entonces no había acometido una tarea semejante. Ciertamente que el Congreso de 1877, más que por sus realizaciones prácticas, se destaca sobre todo porque, como he dicho, recogió y sintetizó la afinidad moral y jurídica del Continente; empero, no debe olvidarse tampoco que las normas que se prescribieron para regir el estado y la capacidad de las personas, los bienes, los contratos, la competencia de los Tribunales, así como la concesión a los extranjeros de los derechos civiles y la fijación de reglas justas y estables para los casos en que se produjeran conflictos entre las leyes extranjeras y las nacionales, todo ello constituyó el origen, el punto de partida para la política jurídica de tipo liberal que desde entonces consagraron en sus legislaciones casi todos los países americanos.

Los juristas de 1877 trabajaron con inteligencia, abnegación y patriotismo en el noble empeño de legarnos un Derecho unificado. Bien dijo de ellos el eminente abogado argentino, doctor Ricardo Marco del Pont, cuando con honrosas palabras los llamó "padres de la ciencia jurídica americana". Permitidme, entonces, señores Delegados, que evoque y rinda homenaje a las preclaras figuras de Antonio Arenas, peruano y Presidente del Congreso; José Evaristo Uriburu, Delegado de la Argentina; Zoilo Flores, Delegado de Bolivia; Francisco de Paula Bravo, Delegado de Cuba; Joaquín Godoy, Delegado de Chile, y Miguel Riofrío, Delegado del Ecuador. Que su luminoso ejemplo nos sirva siempre de poderoso aliento y elevado estímulo.

Conceptúo, señores Delegados, que vosotros mediante estas reuniones anuales, continuais digna y valiosamente la tradición y la obra de los Congresos de Juristas Americanos. Los magníficos resultados alcanzados en las cuatro Conferencias anteriores, desde la realizada en La Habana hasta la reciente de Santiago, así lo pregonan y comprueban. Precisamente porque aprecio este aporte en toda su extensión y trascendencia, creo porque es desear que se canalice y aproveche debidamente, os digo que vuestra Federación, como organismo especializado interamericano, haciendo honor a los propósitos que inspiran su Estatuto de creación, debe y puede participar activa y efectivamente, en los fines que persigue la organización regional de naciones americanas, organización cuya constitución y caracteres próximamente definirán los Gobiernos en la Novena Conferencia Panamericana al suscribir el Pacto

titutivo del Sistema Interamericano, uno de los cuales es justamente el de la uniformidad de las legislaciones internas de nuestros respectivos países.

Creo que después de la Conferencia Panamericana de Bogotá, como consecuencia del fortalecimiento y consolidación del derecho público americano, todo habrá de ser propicio y oportuno para emprender la cuidadosa consideración de cómo debe impulsarse ahora la unificación de la legislación privada a la luz de los fenómenos sociológicos de la post-guerra y de los importantes progresos de la ciencia jurídica que, con la moderna pasigrafía, ofrece tantas y tan ricas posibilidades para los trabajos de Derecho comparado. Es públicamente conocido que la Conferencia de Bogotá, con el objeto de integrar debidamente el sistema, se dispone a estudiar el origen, la institución y el funcionamiento de los organismos especializados interamericanos, hoy tan numerosos y dispersos, precisamente para coordinar las actividades y señalar cómo deben coincidir sus fines. Tal revisión habrá de trascender sin duda en la concretación de acuerdos y entendimientos entre la Unión Panamericana y esos organismos especializados, de suerte que, por lo que se refiere a aquellos que están encargados de la unificación, muy en breve tendremos por primera vez en muchos años real y efectiva unidad en la empresa de uniformar el Derecho Privado americano. Estimo que en ese momento la referida aportación y participación de la Federación Panamericana de Abogados, por su calidad técnica, puede ser de inestimable utilidad si se mueve dentro de una sistemática jurídica aprobada.

Las Barras, Colegios o Asociaciones de Abogados como las Facultades y Seminarios de Derecho de las Universidades del Continente, están en honorable aptitud, por razón de capacitación y especialidad, para la realización de los estudios previos que son indispensables en la etapa que ha de anteceder a cualquier intento serio de unificación jurídica. Sólo podrá llegarse a ella mediante una árdua y prolija comparación de textos legales que, al permitir señalar sus afinidades, coincidencias y discrepancias, haga posible una fijación y coordinación de los puntos esenciales y de las divergencias notables que se presenten en los diversos sistemas jurídicos. Concibo que esa labor siendo referida y sometida a una Central de altísima competencia —quizá el Consejo o Comités de Jurisconsultos Americanos— que fuera formulando los principios generalmente aceptados a la vez que examinará y discutiera aquellas instituciones jurídicas cuyo contenido es susceptible de llegar a identificarse.

Excelentísimo señor Presidente de la República, Excelentísimos señores, — señores:

La Corte Suprema os agradece vivamente vuestra presencia y la cordialidad con que habéis querido realzar este homenaje de la magistratura peruana a los participantes de la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados.

Señores Delegados:

Quisiera que mis palabras tuvieran la fuerza persuasiva del tribuno o la arrebatadora elocuencia del orador para atraer vuestra atención sobre determinado tema de la Conferencia y exhortaros a que lo tratéis preferencialmente, pero consciente de vuestra sabiduría os pido que en el curso de vuestras deliberaciones os inspireis invariablemente en el valor trascendente del Derecho y en la fuerza inmanente de la justicia, esa justicia que por ser expresión de la conciencia es el sol que anima y alumbra nuestro mundo moral.

Excelentísimo señor Presidente de la República;

Excelentísimo señor Presidente de la Corte Suprema; señores Delegados:

A la singular fortuna que representa estar entre vosotros, compartiendo con mis eminentes colegas los Magistrados Castillo Pineda y Gutiérrez Anzola, el muy honroso encargo que nos confió la Corte Suprema de Colombia, se une la circunstancia, no menos feliz, de haber escuchado la palabra del sabio Presidente del más alto Tribunal de Justicia peruano, y de habérseme conferido mandato para responderle.

En todo el docto discurrir del Magistrado Supremo corre la ambiciosa aspiración de alcanzar, por ministerio del Derecho, un mundo menos árduo, menos cruel, en el cual la eficacia de las normas jurídicas logre la bienandanza continental reconociendo a cada quien lo suyo, nada más ni nada menos.

Este sencillo anhelo, que fluye obviamente del alma y de los labios del jurista, conlleva en su aparente simpleza todo un sistema político, ya que el ejercicio del atributo jurisdiccional no es

dable desunirlo de las demás facultades del Estado.

Se destaca entonces la interdependencia que reina entre todas las ramas u órganos del Poder Público, y se torna evidente que la justicia realiza en su recto ejercicio un ideal de convivencia humana llamado democracia, y que se expresa en la trivial actividad de dar tratamiento igual a las situaciones iguales, según la expresiva locución empleada por Edgar Bodenheimer para describir el reinado del derecho.

Y si en cada rincón del continente americano toma carne y presencia tan saludable orientación, señor Presidente de la Corte, se habrá puesto la base inexorable necesaria para conseguir el ideal que se enuncia bajo el nombre de unificación jurídica en América, meta revestida de atractivos múltiples a la cual sólo se llega cuando dentro de los ámbitos nacionales se ha saturado el ambiente de cultura jurídica, de tal suerte que el tránsito de lo individual a la generealización resulte como el desarrollo obligado de posiciones espirituales superadas.

He oído agitar dentro de algunas delegaciones el tema relativo al control constitucional, y he tenido la suerte de leer un meditado y enjundioso estudio que sobre tan destacado particular elaboró el Magistrado Supremo doctor Eguiguren; al suscitarse el tema dicho, y al detener los ojos y la mente en el opúsculo aludido, no puedo menos de pensar que al acogerse ese instituto en toda nuestra América, y al unificar su trámite y sus efectos jurídicos, quizás se avanzara el primer paso firme hacia la aspiración, que todos compartimos, traída a cuento por vos en buena hora, Excelentísimo Presidente de la Corte.

La guarda jurisdiccional de la Carta Política de cada país es en verdad la más auténtica expresión democrática; si en el mundo de los principios abstractos es generosa en estímulos para la inteligencia en tanto implica el desarme científico del despotismo, brinda en la práctica un espectáculo político admirable: un ciudadano, el más modesto, el más pobre e iletrado puede esterilizar la acción legislativa o del Gobierno enfrentando los textos de sus decisiones, ante un tribunal, con los de la Carta Patria; así se extingue la arbitrariedad porque el legislador se sabe soberano sólo dentro de las normas constitucionales que son fuente de su potestad; el mandatario en su respectiva órbita da eficacia a la ley comunicándole imperio ejecutivo, pero cuan cualquiera de los dos excede su poder ya no legislador ni mandatario sino el ejecutor de acto subversivo del orden público previsto en ley fundamental. Surge así el menester de q un juez sin ataduras que lo liguen al uno o otro restablezca el régimen que el constituyer señalara como base o condición de existencia l lítica del Estado.

Bien sé que en muchos tiene cabida la idea que el sistema quebranta la necesaria indepe dencia de los llamados poderes públicos, pe creo que al afirmarlo se olvida que en el como cio jurídico actual ya no se conciben tales pod res, sino matices de un mismo poder regulad con una relativa especialización no porque se autónomos, sino porque sus actividades atiend a medios separados y armónicos de lograr u misma finalidad común.

También se afirma que ese linaje de juris ción es híbrido, y cargado de los problemas in rentes a todo desajuste institucional; advirtie que una de las nociones más revaluadas hoy precisamente la de jurisdicción, quizás desa rezca el reparo; abandonado el punto de v desde el cual la acción constitucional o admi trativa era un simple recurso jerárquico, y nido que el legislador y los gobernantes pu ser destinatarios individuales de la voluntad presada en los preceptos, no parece que sub con fundamento el temor de que el institu que vengo refiriéndome desnaturalice la ín de las funciones judiciales, o apareje una grosa incursión en los fueros de otras rama poder del Estado.

Es fenómeno corriente en nuestra hora l sorción por el llamado Derecho Público de ras que formalmente servían al interés i dual, como consecuencia de una orientació sin denegar la autonomía de la voluntad, libertades congénitas a la condición human tende que mediante una adecuada regla ción los derechos individuales cedan siempr el interés público o social; se extrajeron e las relaciones laborales de los cauces del Civil; a muchos arquetipos convencionales dad, matrimonio, pacto colectivo, comienz gárseles estirpe contractual en tanto crea ciones más o menos permanentes que af medio jurídico en donde se forman; se e impone a los derechos tenidos hasta h

absolutos una función social, y, en fin, numerosas creaciones y adaptaciones en la vida del derecho revelan que la salud común, como en los viejos tiempos de los juristas romanos, ha vuelto a ser la ley suprema de los pueblos civilizados.

Para un país de formación democrática su constitución es la norma en donde se recogen todo lo que el pueblo cree su bien y los medios que establece para lograrlo o mantenerlo; y parece muy oportuno propugnar ahora, cuando el ambiente jurídico se conmueve con una redistribución de valores y de categorías, porque se acoja y asimile una acción pública organizada en provecho de la integridad constitucional.

Unificar el derecho en América es necesidad notoria y de urgencia premiosa; nuestro continente ya no balbucea sus deseos sino expresa firme y conscientemente sus destinos; llegó a la puertad y ha cambiado de voz; su acento es ahora viril y cargado de sólidos propósitos; las nacionalidades que lo forman tras de variadas experiencias han concluído que sólo en el equilibrio democrático hallan la cabal satisfacción de su propio querer; cada día los vínculos entre ellas se estrechan más por razones de inútil recordación ya que todos los tenemos presentes; el más firme nexo que pudiera anudar sus intereses comunes es el lazo jurídico porque el derecho es el lenguaje de la democracia; cuando su permanente vigencia se garantice en cada uno de los solares que forman la fraternidad americana será bien sencillo unificarlo sin correr el peligro de generalizar simples intenciones y no preceptos de conducta exterior, que es lo que necesita el continente.

Es de mal recibo en la vida social proponer o alentar conversaciones sobre sí mismo; en el escenario mayor de la comunidad de pueblos ha de prevalecer, seguramente, la misma práctica de cortesía; perdonadme si falto a ella para evocar, a propósito de lo que dejo discurrido, las ejemplares consecuencias que la jurisdicción constitucional ha traído en Colombia; allí data de lustros, de decenas de años, y en el curso de su largo ejercicio ha sido la más augusta función de la Corte Suprema de Justicia; ésta no sólo es juez de litigios trabados alrededor de controversias particulares, ni de causas seguidas contra los transgresores de la ley represiva; es ante todo el guardián de la permanencia constitucional y en ella reposa la solidez de las instituciones patrias, la cual sólo recuerdo en forma tal vez innecesaria porque América toda la conoce y admira.

Con el ferviente voto porque vuestros ideales jurídicos de dilatada perspectiva se cumplan y realicen, con el homenaje respetuoso de la Corte Suprema de Colombia a la muy ilustre que presidís con decoro sin par, permitidme Excelentísimo Presidente de la Corte, que salude en vos y en vuestros ilustrados colegas a la cultura jurídica de vuestra patria, y al panorama futuro que estais trazando con vuestro ejemplo y vuestro saber en cada entendimiento y en cada conciencia.

ALVARO LEAL MORALES

Lima, noviembre 30 de 1947.

SALA PLENA

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO UNICO DE LA LEY 35 DE 194 "POR LA CUAL SE FIJA LA REMUNERACION DE LOS CONGRESISTAS" (1)

El artículo 113 de la Constitución quitó a la remuneración de los miembros del Congreso el carácter de norma constitucional que tenía y suprimió el sistema de pago anual por los servicios legislativos, dejando a la iniciativa del parlamento la adopción del sistema remuneratorio y la fijación de la cuantía. Por consiguiente, no es inconstitucional el artículo único de la ley acusada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena—Bogotá, junio cuatro de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

El señor Gustavo Enciso Ramírez, ciudadano colombiano, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, ha pedido a la Corte, en demanda de fecha 18 de noviembre del año de 1946, que declare inexequible por inconstitucional el artículo único de la ley 33 de 1945, "por la cual se fija la remuneración de los congresistas".

Oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, la Corte procede a decidir, para lo cual considera:

El texto de la ley acusada es de este tenor:

"Artículo único. En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 113 de la Constitución, se fija la remuneración de los congresistas, así: quinientos pesos mensuales como sueldo, y mientras esté reunido el Congreso, los Senadores y Representantes que asistan a las sesiones tendrán derecho a veinte pesos diarios como gastos de representación".

En la demanda de inexequibilidad, no ceñida exactamente a los requisitos formales que señala el artículo 2º de la ley 96 de 1936, compendia así el demandante la razón de su pedimento: "Como está firmada por los actuales dignatarios de la Cámaras Legislativas, quienes la usufructúan n obstante el precepto constitucional (artículo 112) es claro de absoluta claridad que en guarda de l moral y de la dignidad del Congreso es el cas de que al menos una voz aislada, si se quiere si importancia, pida, como lo pido, a la Honorabl Corte que haga uso de su facultad para hacer im perar la Constitución por encima de meros ape titos injustificables".

La atribución que corresponde a la Corte Su prema de Justicia es la de guardar la integrida de la Constitución Nacional, ejercitando, a pet ción de cualquier ciudadano, el control constit cional de las leyes a fin de que ninguna de est manifestaciones de la voluntad soberana pug con los preceptos y principios esenciales de Carta. La materia, pues, de estas acciones púb cas es la contradicción o la desarmonía en normas constitucionales y las disposiciones de ley. Cuando no existe ninguna oposición ni congruencia entre estas normas, y, por el cont rio, de su confrontación aparece que el estat legal es el adecuado desarrollo del precepto co titucional, la acción de inexequibilidad resu vacía. Tal el presente caso.

Además de que el texto de la ley acusada cluye por sí mismo toda posibilidad de anta nismo o contradicción con la disposición d Carta que se señala como infringida (artí 112), conforme a la cual ningún Senador ni presentante podrá aprovecharse dentro de su rrespondiente período del aumento de suel viáticos que haya votado o a cuya exped

---

(1) Se publica nuevamente la presente sent por no haberse remitido oportunamente el co pondiente salvamento de voto.

El Relator de la

haya concurrido como miembro del Congreso, tal estatuto resulta, como sus términos mismos lo advierten, como el desarrollo complementario y armónico de la enmienda constitucional realizada en 1945 sobre la forma de remuneración a los miembros del parlamento. En efecto: a partir del año de 1936 regía como sistema constitucional de emolumentos para los congresistas el del sueldo anual, fijado por el Congreso en la suma de $ 6.000.00 pagaderos en mensualidades de $ 500. Esta manera de remuneración a los miembros del parlamento, que había reemplazado la anterior consistente en pagar a razón de los días de trabajo durante las sesiones ordinarias y extraordinarias, fue sustituído por el artículo 25 del Acto Legislativo número 1º de 1945, artículo 113 de la Constitución, que abolió el sistema del pago anual para dejar su fijación exclusivamente al legislador.

"La remuneración de los miembros del Congreso —dice el citado artículo de la C. N.— será fijada y reglamentada por la ley". Esta reforma de la Carta quitó a la remuneración de los miembros del Congreso el carácter de norma constitucional que tenía y suprimió el sistema de pago anual por los servicios legislativos, dejando a la iniciativa del parlamento la adopción del sistema remunerátorio y la fijación de la cuantía. A llenar esta necesidad de fijar y reglamentar los emolumentos parlamentarios, creada por la abolición del sistema que regía, obedeció la expedición de la ley 33 del mismo año de la enmienda constitucional, que de esta suerte viene a ser el punto de partida de una nueva reglamentación institucional sobre el particular, y no una ley sucesiva simplemente de otra respecto de la cual decretara un aumento de las dietas parlamentarias, como sería preciso que ocurriera para poder considerar la posible incongruencia con el precepto del artículo 112 de la Constitución Nacional.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional y de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, decide que es exequible el artículo único de la ley 33 de 1945.

Dése cuenta al Ministerio de Gobierno y archívese el expediente.

Ramón Miranda—Germán Alvarado—Francisco Bruno — Pedro Castillo Pineda — Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock — Agustín Gómez Prada. Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Hinestrosa Daza—Ricardo Jordán Jiménez—Alvaro Leal Morales—José Antonio Montalvo—Domingo Sarasty. Eleuterio Serna — Hernán Salamanca — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

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

La ley acusada quebranta el artículo 112 de la Constitución, que prohibe hacer efectivo ningún aumento de dietas ni de viáticos a los miembros del Congreso que hayan decretado ese aumento.

Es verdad que la última reforma constitucional cambió el sistema de pago, que era anual, para dejar a la ley el arbitrio de señalarlo, tanto en su forma como en su cuantía. Pero la prohibición de beneficiarse los congresistas de cualquier aumento de remuneración que decreten existía antes y existe ahora, de suerte que para que la razón invocada en la sentencia tuviera la eficacia que se le atribuye, sería necesario que antes no hubiera habido pago de servicios a los senadores y representantes y que ahora no hubiera una retribución muy superior a la que antes percibían.

En otros términos, la reforma última de la Carta no contempla nuevas instituciones en el particular, porque tanto bajo los antiguos preceptos como bajo los nuevos, se pagaban los servicios a los miembros del Congreso y tanto entonces como ahora existía la imposibilidad de beneficiarse del aumento en el pago. La ley acusada es, pues, exequible en cuanto por ella se fija la remuneración de los congresistas, pero no lo es en cuanto de ella se benefician quienes la fijaron en cuantía superior a la que regía, detalle que se guardaron bien de aclarar.

La conveniencia de que el Congreso se aumentara los sueldos como lo hizo con todos los servidores públicos en vista del alto costo de la vida, no entra en juego en tratándose de guardar la integridad de la Constitución .

Bogotá, 2 de junio de 1947.

Agustín Gómez Prada

OBJECION DE INEXEQUIBILIDAD PRESENTADA POR EL EXCELENTISIMO SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CONTRA EL ARTICULO 2º DEL PROYECTO DE LEY "POR EL CUAL SE PROVEE A LA ELECTRIFICACION DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES

El artículo 2º del proyecto de ley pasado a la Corte se ajusta al régimen legal preexistente para el fomento de plantas eléctricas y otras obras de fomento departamentales y municipales. La tacha de inconstitucionalidad que se le hace sería extensiva a todo el sistema de fomento previsto en la ley 126 de 1938 y en el Decreto 503 de 1940, en cuanto pudiera admitirse que el aporte nacional que se prevé en esos ordenamientos contraría lo dispuesto por el artículo 76, numerales 4º y 20 de la Constitución, por no ajustarse a los planes y programas fijados en leyes normativas generales anteriores.

La ley 71 de 1946 no gobierna la acción del Fondo de Fomento Municipal y de los aportes nacionales del mismo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena — Bogotá, septiembre doce de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El excelentísimo señor Presidente de la República, con mensaje del 3 de septiembre en curso, envió a la Corte Suprema de Justicia el proyecto de ley "por el cual se provee a la electrificación del Departamento del Atlántico y se dictan otras disposiciones", para que se resuelva en esta corporación sobre la exequibilidad del artículo 2º, objetado de inconstitucional como violatorio del artículo 76 de la Carta en sus numerales 4º, 19 y 20.

Las objeciones se formularon por la Presidencia de la República el 13 de diciembre de 1945, estudiadas por el Senado y la Cámara de Representantes, fueron declaradas infundadas reglamentariamente. Debe por tanto la Corte Suprema de Justicia decidir respecto a la constitucionalidad de la disposición en proyecto, por haber insistido las Cámaras Legislativas en la expedición de la ley, conforme lo previene y ordena el artículo 90 del Estatuto.

Se insertan en seguida los artículos 1º y 2º del proyecto de ley, aunque el acusado es solamente el último, por la relación estrecha entre ambos:

"Artículo 1º La Gobernación del Atlántico y el Fomento Municipal, por conducto de la Empresa de Servicio Público del Ministerio de Obras Públicas, procederán a elaborar los estudios técnicos para la total electrificación del Departamento del Atlántico.

"Artículo 2º El monto total del cupo correspondiente al Departamento del Atlántico en el Fondo de Fomento Municipal, excepto el valor de los contratos para los acueductos de Sabanalarga y Soledad, podrá ser invertido en el acometimiento del plan de que trata el artículo anterior, siempre que la electrificación beneficie precisamente a la mayor parte de las poblaciones del Departamento".

Las objeciones

Se propusieron diciendo que la iniciativa de que habla el artículo 2º no es posible realizarla mientras las leyes generales sobre planificación no sean expedidas por el Congreso, por la oposición en que está ella con los principios consignados en los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución. "De tal manera —se dijo en las objeciones— que no teniendo apoyo la inversión de que trata el artículo 2º del proyecto en programas y planes generales, según lo ordena la Constitución, es imperioso para mí objetar dicho artículo como contrario a ésta".

El concepto del señor Procurador

Expresa este alto funcionario que cuando las objeciones se presentaron no se había expedido ninguna ley de planificación, ni de las obras pú-

blicas nacionales, ni de fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, y que por consiguiente tales objeciones eran plenamente fundadas. Pero que una vez expedida la ley 71 de 1946 "por la cual se desarrolla el ordinal 2º del artículo 76 de la Constitución Nacional", desapareció el motivo de tacha, y en consecuencia conceptúa la Procuraduría que "desde la vigencia de la ley 71 de 1946 el artículo objetado se conforma con las disposiciones constitucionales".

Consideraciones de la Corte

Ha de observarse, en primer lugar, que la disposición del artículo 2º del proyecto no ordena un auxilio a la electrificación del Departamento del Atlántico. Es tan sólo una modificación a las leyes anteriores sobre el Fomento Municipal, a fin de que pueda aplicarse el cupo total que en él corresponde al Departamento del Atlántico, al acometimiento del plan de electrificación previsto en el artículo 1º, con la salvedad que allí se indica y siempre que se beneficie la mayor parte de las poblaciones del Departamento. Las leyes orgánicas del Fomento Municipal establecen "el Fondo de Fomento Municipal", con el objeto de facilitar a los Departamentos y otras entidades públicas la realización de acueductos, alcantarillados, locales escolares, hospitales y plantas eléctricas (artículos 1º y 12 del Decreto 503 de 1940). El Fondo está formado del producto de algunos impuestos y otras entradas nacionales y de aportes que para cada obra hacen los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios (artículo 3º). El manejo financiero del Fondo lo hace el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (artículo 7º). Las aportaciones del Fondo "sólo se otorgarán si los estudios, planos, presupuestos y especificaciones de las obras, lo mismo que los contratos de construcción en su caso, han sido sometidos al Gobierno Nacional, y han recibido la aprobación de éste". (Artículo 15).

La ley 126 de 1938 declaró en su artículo 1º: "El suministro de energía eléctrica es un servicio público fundamental, y en su establecimiento, desarrollo y financiación cooperarán la Nación, los Departamentos y los Municipios". El artículo 3º señala los aportes de la Nación para la construcción de plantas eléctricas, desde un 20% hasta un 50% del costo total de la obra, y dispone que la diferencia entre ese porcentaje y el costo total deberá ser cubierto por los Departamentos y los Municipios en la proporción que previamente pacten estas entidades. El Decreto 503 de 1940 (artículo 23), ordena que el Fondo de Fomento Municipal pague los aportes nacionales para plantas eléctricas previstos en la citada ley 126 de 1938.

El artículo 30 del Decreto 503 dice: "Para la destinación de los recursos disponibles entre las distintas clases de obras previstas en el presente Decreto, dentro del cupo correspondiente a cada Departamento, Intendencia o Comisaría, la Junta Directiva oirá el concepto de los Gobernadores, Intendentes o Comisarios, y acordará con ellos los planes que respondan de la mejor manera a las necesidades peculiares de cada sección del país, la prelación que deba darse a las distintas clases de obras, según esas mismas necesidades peculiares, etc."

El artículo 2º del proyecto de ley objetado dispone, como ya se vio, que el monto total del cupo correspondiente al Departamento del Atlántico en el fondo de Fomento Municipal puede ser invertido en el acometimiento del plan técnico de electrificación del Departamento ordenado en el artículo 1º. La disposición objetada modifica el régimen legal preexistente sobre Fomento Municipal, a efecto de que pueda aplicarse todo lo que en él corresponde al Departamento del Atlántico al desarrollo de un plan técnico de electrificación que harán la Gobernación del Atlántico y la Sección de Empresas de Servicio Público dependiente del Ministerio del ramo.

Surge claramente del examen que precede que el artículo 2º del proyecto de ley pasado a la Corte se ajusta al régimen legal preexistente para el fomento de plantas eléctricas y otras obras departamentales y municipales. La tacha de inconstitucionalidad que se le hace sería extensiva a todo el sistema de fomento previsto en la ley 126 de 1938 y en el Decreto 503, en cuanto pudiera admitirse que el aporte nacional que prevé en esos ordenamientos contraría lo dispuesto por el artículo 76, numerales 4º y 20 de la Constitución, por no ajustarse a los planes y programas fijados en leyes normativas generales anteriores.

Se observa: La creación del Fondo de Fomento Municipal surgió como reacción contra el auxilio de fondos nacionales para obras de las secciones sin plan técnico, sin presupuesto, sin estudios previos y sin control alguno del Estado. Precisamente el Fondo atiende a esos objetivos. Los aportes nacionales sólo se otorgan cuando

estudios, planos, presupuesto y especificaciones de las obras, bajo la dirección del organismo llamado Empresas de Servicio Público, dependientes del Gobierno Nacional. Al expedirse la ley 71 de 1946 "por la cual se desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución", que definió las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, y señaló condiciones para concederles auxilios nacionales, venía ya funcionando el sistema de aportes por medio del Fondo de Fomento Municipal, y a él aludió esa ley en estos términos: "Artículo 6º Los proyectos de auxilios para obras que se construyan con aportes del Fondo de Fomento Municipal no podrán presentarse sino en casos extraordinarios, como de grave calamidad pública, certificados así por el respectivo Gobernador o por el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo correspondiente".

Significa esto que el Congreso estimó que los aportes que la Nación venía haciendo por conducto del Fondo de Fomento para ciertas obras podían seguir concediéndose sin fijar para ello más requisitos, de técnica o control, que los ya establecidos por las leyes orgánicas respectivas. Y agregó que los auxilios a obras de esa clase, de las que se construyan con aportes del Fondo de Fomento Municipal", no pueden darse sino en casos excepcionales de grave calamidad pública. Debe entenderse que el Legislador estimó que los planes y programas que exige el Constituyente para el fomento de empresas útiles o benéficas, cuando las realiza el Fondo de Fomento Municipal, son los planes y programas que aplica o exige ese organismo técnico. Su silencio, en cuanto no dispone otra cosa, así permite considerarlo, lo que vale tanto como decir que la ley 71 de 1946 no gobierna la acción del Fondo de Fomento Municipal y de los aportes nacionales al mismo. Y que la disposición objetada, que se amolda a planes y programas generales, no es inconstitucional.

No está de más advertir que como la disposición del artículo 2º contiene una autorización, la Corte al pronunciarse respecto a su constitucionalidad, estima que su ejercicio habrá de hacerse en forma que no desconozca derechos legítimos de las entidades municipales.

FALLO:

La Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función que le otorga el artículo 214 de la Constitución Nacional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara exequible el artículo 2º del proyecto de ley "por la cual se provée a la electrificación del Departamento del Atlántico y se dictan otras disposiciones".

Comuníquese al Excelentísimo señor Presidente de la República y a los Excelentísimos señores Presidente del Senado y de la Cámara de Representantes y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Ramón Miranda—Germán Alvarado C.—Francisco Bruno — Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Hinestrosa Daza—Ricardo Jordán Jiménez—Alvaro Leal Morales—Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca—Domingo Sarasty M.—Eleuterio Serna R. — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 65 DE LA LEY 6ª DE 1945

Como la Corte Plena, después de detenido estudio, llegó a la conclusión de que el artículo acusado es violatorio del 108 de la Constitución Nacional, no hay necesidad de hacer un nuevo estudio sobre la materia, y así debe estarse a lo dispuesto en sentencia de fecha 3 de julio de 1947.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena—Bogotá, octubre tres de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

Debidamente autenticado presenta el señor Félix Costa García un ejemplar del **Diario Oficial** correspondiente al 14 de marzo de 1945. En ese número del periódico nombrado, corre publicada la Ley 6ª de 1945, acusada de inconstitucionalidad por el señor Costa García, mayor y vecino de Bogotá. El libelo dice que está lanzado en desarrollo de la acción pública que el artículo 214 de la Constitución establece.

Los términos de la acusación son de este tenor:

"Acuso de inconstitucionalidad el artículo 65 de la Ley 6ª de 1945 'Por la cual se dictan unas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo', para que previos los trámites del artículo 30 del Código de Procedimiento Civil y Ley 96 de 1936, y con audiencia del señor Procurador General de la Nación, se declare que es inexequible".

A fin de amoldarse a lo que el artículo 2º de la Ley 96 de 1936 exige para el progreso de esta clase de demandas, el señor Costa García principia por transcribir la disposición acusada que dice:

"Los Magistrados, los Jueces y los Inspectores de Trabajo no podrán ser elegidos para ningún cargo de representación popular sino dos años después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones. La infracción de este precepto vicia de nulidad la elección".

Como infringidos, señala en seguida el señor Costa García los artículos 15, 76, 108 y 129 de la Constitución, y expone luego las razones por las cuales estima que se han violado tales cánones.

Admitida la demanda, el señor Procurador General de la Nación descorrió el traslado que se le dio. 'La demanda —dice— se ajusta a las prescripciones de la Ley 96 de 1936, por lo cual considero que ha sido bien aceptada". Y luego de hacer el análisis de los fundamentos de la acusación, emite concepto favorable a la declaratoria de inexequibilidad.

Cabe recordar que la Corte Plena, en sentencia muy reciente (julio 3 de 1947) se pronunció ya en ese sentido, y al efecto declaró inexequible el artículo 65 de la Ley 6ª de 1945, que es precisamente la materia de la demanda entablada por el señor Félix Costa García.

La Corte Plena, después de detenido estudio llegó a la conclusión de que el acusado artículo 65, es violatorio del artículo 108 de la Constitución.

Declarada la inexequibilidad por la jurisdicción constitucional, no hay necesidad de hacer nuevo estudio sobre la materia, y en esa virtud la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia se limita a resolver que se esté a lo dispuesto en el fallo de fecha tres de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

Comuníquese a los señores Ministros de Gobierno y de Trabajo, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Alvaro Leal Morales—Germán Alvarado—Guillermo Amaya Ramírez (Conjuez) — **Francisco Bruno—Aníbal Cardoso Gaitán—Junio E. Cano** (Conjuez).—**Victor Cock.—Agustín Gómez Prada—Jorge Enrique Gutiérrez Anzola—Pedro Castro Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza** — **Ricardo Jordán Jiménez—Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca—Domingo Sarasty M.—Eleuterio Serna R.—Emilio Prieto,** Ofl. Mayor en ppda.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GUILLERMO AMAYA RAMIREZ

En sentencia fechada el 3 de julio del año en curso y a solicitud del doctor Hermenegildo Bonilla Gómez, la Corte declaró inexequible el artículo 65 de la ley ley 6ª de 1945, que a la letra dice:

"Los Magistrados, los Jueces y los Inspectores de Trabajo no podrán ser elegidos para ningún cargo de representación popular sino dos años después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones. La infracción de este precepto vicia de nulidad la elección".

Simultáneamente con la demanda formulada por el doctor Bonilla Gómez cursaba ante la Corte otra elevada por el señor Félix Costa García y encaminada a obtener exactamente el mismo objetivo: que se declarara inexequible el artículo 65 de la ley 6ª de 1945.

En el estudio de esta última demanda, y antes de que se dictara la sentencia de 7 de julio, hube de intervenir en mi carácter de conjuez de la H. Corte. Esta, en providencia fechada posteriormente ha ordenado que en la acción intentada por el señor Costa García "se esté a lo dispuesto en el fallo de fecha 3 de julio de 1947".

Tal providencia se justifica plenamente puesto que la declaración anterior sobre inexequibilidad del artículo 65 de la ley 6ª de 1945 eliminó ese precepto de nuestra legislación nacional y, por consiguiente, hizo innecesario un fallo sobre el fondo de la demanda propuesta por el señor Costa, ya que el citado artículo legal dejó de tener existencia jurídica desde el 3 de julio próximo pasado. No obstante ésto, me creo en el deber de exponer los motivos que me hacen disentir de la declaración sobre inexequibilidad que contiene el fallo de 3 de julio, sin que la exposición de esas razones constituya un verdadero salvamento de voto, porque no fuí conjuez en la decisión de la demanda presentada por el doctor Hermenegildo Bonilla Gómez, ni tengo reparos que oponer a la disposición de la H. Corte consistente en que respecto de la acción instaurada por el señor Costa García se deba estar a lo dispuesto en el fallo de 3 de julio, que con anterioridad declaró inexequible el precepto legal a que se concreta esa acción.

En dos ocasiones el legislador ha reconocido la necesidad de que no sean elegidos popularmente sino dos años después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones, quienes hayan de fallar sobre los derechos de grandes masas de electores afectadas por problemas de índole social.

Primero cuando se crearon los jueces de tierras, encargados de resolver problemas entre propietarios y masas campesinas, y luego al organizarse la jurisdicción especial del trabajo con mira a decidir las cuestiones jurisdiccionales entre patronos y obreros, el legislador consagró el mismo principio:

Por el artículo 29 de la ley 200 de 1936 se previno que "Los jueces de tierras y sus secretarios no podrán ser elegidos para ningún cargo de elección popular hasta dos años después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones", prohibición que fue reproducida en el artículo 65 de la ley 6ª de 1945 respecto de los Magistrados, Jueces e Inspectores de Trabajo.

Parece indudable —al menos así lo ha considerado en dos ocasiones la representación nacional—, que es conveniente el distanciamiento de toda preocupación electoral en funcionarios investidos de jurisdicción que tenga por objetivo decidir cuestiones de carácter social.

El punto debatido en esta materia no ha sido, pues, el relacionado con la conveniencia o inconveniencia de tomar medidas como las consignadas en el artículo 29 de la ley 200 de 1936 y en el 65 de la ley 6ª de 1945, sino el de la posibilidad constitucional de adoptarlas.

La Corte, primero en el fallo de 22 de junio de 1938 por el cual declaró inexequible el artículo 29 de la ley 200 de 1936, y luego en la sentencia de 3 de julio próximo pasado que declaró también inexequible el artículo 65 de la ley 6ª de 1945, ha concluído que la Constitución Nacional no permite crear la causal de inelegibilidad consignada en esos preceptos, de donde resulta que si la mejor administración de la justicia social reclama la incorporación en nuestro derecho positivo de una medida de tal naturaleza, solo una reforma constitucional permitirá al país resolver el problema.

En mi concepto, la Carta contiene principios que, armónicamente interpretados, permiten adoptar medidas como las consignadas en las dos disposiciones declaradas inexequibles.

Para la mejor apreciación del problema conviene precisar las razones en que la Carta se ha fundado para estimar que tanto el artículo 29 de la ley 200 de 1936, como el 65 de la ley 6ª de 1945 son inexequibles:

La sentencia de 22 de junio de 1938 por medio de la cual se declaró inexequible el primero de los dos artículos citados, respalda esa conclusión en los siguientes fundamentos:

a) Que "los derechos políticos primordiales de elegir y de ser elegido, los consagró 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 (entonces los senadores no se elegían popularmente), se cercena la calidad de ciudadano, modificando así claros preceptos constitucionales";

b). Que a la luz de lo que disponían el artículo 22 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, inciso segundo (artículo 102 de la codificación constitucional de 1936), y los artículos 14, 87, 94, 110, 102, 127 y 174 de la misma Codificación, "es muy claro que el Constituyente sí hizo de su incumbencia lo relativo a inelegibilidad, y a calidades exigibles para ser elegido senador o representante";

c). Que a la luz de esas mismas normas constitucionales "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 o concejal";

d). Que es "anómalo que el legislador señale mayores exigencias para ser elegido concejal o diputado o que 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

e). Que "en todo caso es indudable que el legislador extralimita sus funciones 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".

Como puede apreciarse, las razones consignadas en el fallo de 22 de junio de 1938 pueden resumirse en la siguiente tesis: los derechos a elegir y a ser elegido los consagra la Constitución en forma categórica e indudable; además, en la misma Carta se determinaban concreta y limitativamente, como materia de incumbencia exclusiva del Constituyente, los casos de nó elegibilidad para los cargos de Senador y Representante, siendo teóricamente posible para el legislador ordinario determinar los referentes a Diputados y Concejales, pero esa posibilidad estaba restringida por el alcance de las normas sobre inelegibilidad de Representantes y Senadores, porque sería "anómalo que el legislador señale mayores exigencias para ser elegido Concejal o Diputado o que imponga motivos de inelegibilidad para los mismos cargos superiores o más rigurosos que los establecidos por la Constitución respecto de los Senadores y Representantes".

Según el fallo de 3 de julio último, el artículo acusado —65 de la ley 6ª de 1945— "no les desconoce a los Magistrados, Jueces e Inspectores de Trabajo el derecho a ser elegidos (artículo 15 de la Constituciónn)". Esa disposición tan sólo restringe ese derecho, "pero nó como lo hace la Carta en cuanto a otros funcionarios públicos".

Para demostrar este último aserto, en la sentencia se pone de relieve cómo las causales de inelegibilidad consignadas en la Constitución son más restringidas que las previstas en el artículo acusado, tanto por lo que hace al período de inelegibilidad, como a los cargos de elección popular a que se concretan los respectivos preceptos constitucionales y el legal objeto de la acusación de inexequibilidad.

Estima la Corte, además, que "Si la Constitución ha tomado la inicitiva en lo referente a esta materia (inelegibilidad), a la ley, sin autorización de aquélla, no le es permitido restringir el derecho de que se viene hablando (el de ser elegido), o establecer diferencias que la Constitución no ha establecido".

La tesis sostenida en el fallo de 3 de julio último coincide con la doctrina sentada en 1938 cuanto ambas consideran que el derecho a ser elegido está consagrado en la Constitución en forma clara y categórica, siendo por ello inexequible toda norma legal que tienda a menoscabarlo. Además, coinciden ambas sentencias en la apreciación de que lo relacionado con casos de inelegibilidad, o sea toda restricción al citado derecho constitucional para ser elegido, se halla regulado en la Constitución, siendo, por consiguiente inexequibles las normas legales que, aunque

desconozcan el derecho a ser elegido, lo restrinjan o limiten, o establezcan diferencias "que la Constitución no ha establecido".

Si la ley que crea causales de inelegibilidad distintas de las previstas en la Constitución es, según la doctrina de la Corte, inexequible no solo porque regula una materia de la incumbencia exclusiva de la Carta, sino, especialmente, porque restringe o limita el derecho a ser elegido, la protección a ese derecho constituye, en última instancia, el motivo que justifica la declaración de inexequibilidad.

En mi concepto es al menos dudoso que en la Corte esté consagrado, como un derecho ciudadano intangible para el legislador, el de ser elegido.

Como ya se anotó, en la sentencia de 22 de unio de 1938 dijo la Corte lo siguiente: "Los erechos políticos primordiales de elegir y de ser legido, los consagró la Constitución de manera an categórica que con el intento del legislador n el sentido de limitar la capacidad para ser elido representante al Congreso se cercena la cadad de ciudadano, modificando así claros precepos constitucionales".

Interesa examinar si realmente la Constitución nsagra en forma categórica los derechos menonados, o sea el de elegir y el de ser elegido, y realmente, con la creación por la ley de caules de inelegibilidad "se cercena la calidad de udadano, modificando así claros preceptos consucionales".

El artículo 15 de la Carta dice: "La calidad de udadano en ejercicio es condición previa indisnsable para elegir y ser elegido y para desemñar empleos públicos que lleven anexa autoad o jurisdicción. Sin embargo, la función del ragio y la capacidad para ser elegido popularnte se reserva a los varones".

A mi juicio, no puede sostenerse que en la disición transcrita se halle consagrado ni el deho a elegir, ni el llamado derecho a ser elegi-

El precepto en referencia se limita a señauna condición previa indispensable para poelegir o ser elegido; contiene él, según acera expresión de la sentencia de 22 de junio de 8 antes citada, "la exigencia mínima para la ibilidad". Pero como esa condición previa, a la ciudadanía, es predicable también respecle las mujeres mayores de 21 años, y el Consyente quiso excluírlas tanto de la posibilidad de elegir como la de ser elegidas popularmente, reservó esas dos posibilidades para los ciudadanos varones. Al hacerlo, expresamente advirtió que consideraba el derecho a elegir como una **función** y el llamado derecho a ser elegido como un simple fenómeno de **capacidad** predicable tan sólo respecto de los ciudadanos varones.

¿Querra decir lo anterior que ni el derecho a elegir, ni el llamado derecho a ser elegido se hallen consagrados expresamente en la Carta?

Respecto del derecho a elegir, ello no es así, manifiestamente.

En efecto: por medio del artículo 171 de la Constitución se consagró expresamente el derecho a elegir, precisamente en favor de los ciudadanos varones. Dice ese texto así: "Todos los ciudadanos varones eligen directamente Concejales, Diputados a las Asambleas Departamentales, Representantes, Senadores y Presidente de la República".

A mayor abundamiento el artículo 114 repite este principio en lo que dice relación con la elección del primer mandatario, pues previene que "El Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos y para un período de cuatro años, en la forma que determine la ley".

Si en Colombia sólo se elige popularmente al Presidente de la República y a los miembros del Congreso, de las Asambleas y de los Concejos, y si existen en la Carta disposiciones que expresamente otorgan a los ciudadanos varones el derecho para intervenir en esas elecciones populares, es indiscutible que en tales preceptos, y nó en el 15, se halla consagrado constitucionalmente el derecho a elegir.

En consecuencia, no es posible para el legislador privar a un varón, qué sea ciudadano en ejercicio, del derecho a elegir, puesto que tal derecho está expresamente consagrado en los artículos 171 y 114 de la Codificación.

¿Sucede otro tanto con el llamado derecho a ser elegido? En mi concepto nó, por las siguientes razones:

En primer lugar es oportuno anotar que no existe ninguna disposición constitucional que establezca el principio de que **todos** los ciudadanos varones, por el sólo hecho de serlo, tengan derecho a ser elegidos para cualquiera de los cargos cuya previsión haya de hacerse por elección popular, que sería el precepto que guardaría analogía con lo que respecto del derecho a elegir establecen los artículos 171 y 114.

No sólo no existe el principio anotado, sino que la Constitución expresamente lo rechaza para casos distintos al de la elección de miembros de los Concejos Municipales.

Según el artículo 94, para ser Senador no basta ser varón y ciudadano en ejercicio, —"exigencia mínima para la elegibilidad" según la sentencia de 22 de junio de 1938.—, sino que, además, es indispensable ser colombiano de nacimiento, tener más de treinta años de edad, y haber desempeñado alguno de los cargos de "Presidente de la República, Designado, Miembro del Congreso, Ministro del Despacho, Jefe de Misión Diplomática, Gobernador de Departamento, Magistrado de la Corte o de Tribunal Superior, Consejero de Estado, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República. Profesor Universitario por cinco a ños a lo menos, o haber ejercido una profesión liberal con título universitario".

La indiscutible claridad de este precepto pone de manifiesto que la **capacidad** para ser elegido Senador no corresponde a un derecho que emane de la simple ciudadanía, como sí sucede para los ciudadanos varones respecto del derecho a elegir. Esa capacidad sólo la reconoce la Constitución, como tal, a un número reducido de ciudadanos que, además de ser colombianos de nacimiento, se encuentren en alguna de las circunstancias taxativamente enumeradas, las que, por su misma naturaleza, sólo pueden predicarse respecto de un corto número de ciudadanos varones.

Tampoco reconoce la Constitución la capacidad para ser elegido Representante a todos los varones que sean ciudadanos en ejercicio. Conforme al artículo 100, para ser elegido Representante se requiere, además de la calidad de ciudadano en ejercicio, " no haber sido condenado por delito que merezca pena corporal y tener más de 25 años de edad".

Estas mismas condiciones son indispensables para poder ser elegido Diputado a una Asamblea Departamental, pues según el inciso segundo del artículo 186 "Para ser Diputado se necesitan las mismas calidades que para ser Representante".

Ni los ciudadanos que hayan sido condenados por delito que merezca pena corporal, ni los que sean menores de 25 años, esto es, todos los que se hallen entre los 21 años y la edad indicada, podrán ser elegidos miembros de la Cámara de Representantes ni de las Asambleas Departamentales.

Presidente de la República, según el artículo 115, no podrá ser elegido cualquier varón que sea ciudadano en ejercicio, sino quien reúna además las calidades exigidas para ser Senador.

El único caso en que la "exigencia mínima" que señala el artículo 15 de la Carta, o sea la ciudadanía, unida a la calidad de ser varón, son suficientes para poder ser elegido para un cargo de elección popular, es el referente a la elección de miembros de los Concejos Municipales.

El análisis que precede permíte afirmar que conforme a las normas pertinentes de la Carta la capacidad para ser elegido no es un derecho que dimane de la simple ciudadanía, por lo menos en lo que dice relación con cuatro de los cinco cargos que se proveen por elección popular.

La ciudadanía y el sexo masculino —si se exceptúa el caso de los Concejales— constituyen, como acertadamente lo dice el artículo 15 de la Carta, una simple "condición previa indispensable para ser elegido".

En las razones expuestas hasta aquí me fundo para sostener las siguientes conclusiones:

a) El derecho a legir está consagrado en forma clara y categórica en los artículos 171 y 1 de la Codificación;

b) La capacidad para ser elegido, no está elevada, por lo menos en forma expresa, a la calidad de derecho que constitucionalmente emana de la sola calidad de ciudadano varón;

c) Tan sólo respecto de la elección de Concejales puede decirse que la capacidad para ser elegido proviene de la simple ciudadanía y del sexo masculino; y

d) La capacidad para ser elegido para cualquiera otro de los cargos que se proveeen por elección popular no corresponde a la simple ciudadanía de los varones, sino que surge cuando a esa condición previa indispensable se suman las demás circunstancias de hecho previstas por el legislador.

A mi juicio y por los motivos expuestos, resultan exageradas las siguientes apreciaciones consignadas en la sentencia de 22 de junio de 1 "Los derechos políticos primordiales de elegir y de ser elegido, los consagró la Constitución en manera categórica; y el intento del legislador en el sentido de limitar la capacidad para ser elegido Representante al Congreso cercena la calidad de ciudadano", puesto que nó todos los ciudadanos pueden ser elegidos Representantes al Congreso.

El Constituyente no se limitó a consagrar el derecho a elegir como una consecuencia inherente a la ciudadanía, y a regular la capacidad para ser elegido, exigiendo al respecto la calidad de ciudadano en ejercicio y condiciones adicionales —excepción hecha en lo referente a Concejales—, sino que, además, determinó casos, concretos en que no pueden ser elegidos para determinados cargos de elección popular varones que sean ciudadanos en ejercicio y que reúnan todas las condiciones previstas en la Carta.

Esos casos de excepción, en que quienes tienen la capacidad para ser elegidos no pueden serlo, están determinados, entre otros, por los artículos 108 y 111 de la Codificación. Y digo entre otros porque, por ejemplo, el artículo 129 determina también casos de no elegibilidad para el cargo de Presidente de la República.

Los motivos tenidos en cuenta por el Constituyente para crear las causales de inelegibilidad de que tratan los dos preceptos mencionados, pueden concretarse en tres:

a) El ejercicio coetáneo o anterior a la elección, de empleos que lleven anexa autoridad o jurisdicción;

b) El ejercicio simultáneo de determinados cargos de representación popular; y

c) El ejercicio coetáneo o anterior a la elección de actividades que impliquen la gestión de negocios con el Gobierno.

En los tres casos, a mi entender, la razón para que quien teniendo capacidad constitucional para ser elegido no pueda serlo, se concreta en un verdadero fenómeno de incompatibilidad —que produce la inhabilidad para ser elegido—, entre el cargo de representación popular de que se trate, una situación anterior coetánea con la elección o a el ejercicio de ese cargo.

Como consecuencia de la incompatibilidad reconocida por el Constituyente entre el ejercicio anterior de autoridad o jurisdicción y el desempeño posterior de un cargo de representación popular, el artículo 108 de la Carta establece dos inhabilidades a saber:

"El Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado, el Procurador General de la República, el Procurador General de la Nación, los Jefes de los Departamentos Administrativos, los Gobernadores y Secretarios de Gobernación no podrán ser elegidos miembros del Congreso sino seis meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones";

b) "Tampoco podrá ser Senador, Representante o Diputado ningún otro funcionario que tres meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en cualquier lugar de la República".

La primera inhabilidad para ser elegido sólo dice relación a la elección de Senadores y Representantes; la segunda, en cambio, es aplicable a esos dos cargos y a la elección de Diputados a las Asambleas Departamentales.

Comprende la primera un lapso de seis meses, en tanto que la segunda sólo se extiende a un período de tres meses, ambos subsiguientes a la fecha en que se haya dejado de ejercer el respectivo empleo.

Pero en uno y otro caso, la causa de la inhabilidad para ser elegido radica, a mi juicio, en la incompatibilidad que halló el legislador entre el ejercicio anterior de la autoridad o de la jurisdicción, sea política, civil o militar, y el de representación popular.

Halló también el Constituyente incompatible el ejercicio simultáneo de las funciones de Senador y Representante, así como la de Senador o Representante por varias circunscripciones en forma simultánea.

Por ello, el segundo inciso del artículo 108 previno que "dentro del mismo período constitucional, nadie podrá ser elegido Senador y Representante, ni elegido tampoco por más de una circunscripción electoral para los mismos cargos".

Finalmente, consideró el Constituyente que existía una verdadera incompatibilidad entre la gestión anterior de negocios con el Gobierno y el posterior desempeño de los cargos de Representante o Senador, a menos que la gestión se hiciera en beneficio de entidades o instituciones oficiales, y creó así la inhabilidad para ser elegido miembro del Congreso de que trata el artículo 111 de la Carta, que a la letra dice:

"No pueden ser elegidos miembros del Congreso los ciudadanos que a tiempo de la elección, o dentro de los seis meses anterior a ella, estén interviniendo o hayan intervenido en la gestión de negocios con el Gobierno, en su propio interés o en interés de terceros distintos de las entidades o instituciones oficiales".

"La ley determinará la clase de negocios a que sea aplicable esta disposición y la prueba especial para demostrar el hecho".

Los dos artículos a que me vengo refiriendo, a mi entender no consagran el llamado derecho a ser elegido; se concretan ellos a determinar ca-

sos concretos de inelegibilidad, motivada por circunstancias que crean verdaderas incompatibilidades entre el ejercicio anterior de autoridad o jurisdicción y el de ciertos cargos de elección popular; entre la gestión de negocios con el Estado y la representación popular posterior en el Congreso, o en la simultánea representación popular como Representante y Senador, o con credenciales múltiples de Representante o de Senador.

La Corte, tanto en su sentencia de 1938, como en la dictada el 3 de julio último, halla en los artículos mencionados, si nó la consagración del derecho a elegir, sí la voluntad tácita del legislador de hacer de su incumbencia exclusiva la determinación de causales de inelegibilidad, limitadas a las que determinan esos preceptos, en lo que se refiere a la elección de miembros del Congreso y de las Asambleas, sin que el legislador ordinario pueda modificarlas en forma alguna.

Cóntra esta tesis expongo las siguientes consideraciones:

Ninguno de los dos preceptos mencionados —artículos 108 y 111 de la Carta— establecen de manera expresa que las causales de inelegibilidad que consagran, sean las únicas que puedan existir para los cargos a que tales preceptos se refieren. En consecuencia tal alcance sólo es atribuíble a los artículos mencionados por vía de doctrina o de interpretación.

El tenor literal de esos artículos se limita a señalar casos en que existe, para determinadas personas, una inhabilidad temporal para ser elegidas miembros del Congreso o de las Asambleas Departamentales.

Sobre el alcance de los mencionados preceptos es posible pensar o que el Constituyente, al determinar los casos de inelegibilidad para los cargos mencionados, hizo de su incumbencia exclusiva tal materia y con ello, implícitamente, otorgó, a quienes no afectaran tales inhabilidades transitorias, el derecho a ser elegidos, o que las mencionadas causales de inelegibilidad representan inhabilidades mínimas, pero obligatorias para el legislador, el cual puede ampliarlas o crear otras nuevas.

La Corte considera acertada la primera interpretación y estima, además, que en la Carta no existe ningún otro precepto que capacite al legislador para actuar en tal materia.

Si la Carta —como lo hace para el derecho a elegir— consagrara en algún precepto, en favor de todos los ciudadanos varones, el derecho a ser elegidos, resultaría obvio que las causales de in elegibilidad sólo podrían tener origen en norma constitucionales que las consagraran o que aut rizaran al legislador para establecerlas, pero y se anotó cómo la capacidad para ser elegid —excepción hecha del caso de la elección de Co cejales—, no dimana de la sola calidad de ciud dano en ejercicio.

Fuera de la consideración que precede, y qu muestra que la creación de inhabilidades leg les para ser elegido no afectaría un derecho ciud dano, propiamente tal, sino en cuanto ellas dij ran relación con la elección de Concejales, es pa mí indudable que en la propia Constitución s otorga de manera expresa al legislador la facu tad para crear nuevas inhabilidades para ser el gido. En efecto:

Además de las normas concretas sobre incom patibilidades contenidas en los artículos 108, 1 y 111 de la Carta, en el artículo 61 se estable una de carácter general concebida así:

"Ninguna persona o corporación podrá ejerce simultáneamente, en tiempo de paz, la autorida política o civil, y la judicial o la militar".

¿Consideró el Constituyente que en materia d incompatibilidades había agotado la materia, que era ella asunto de su incumbencia exclusiv sin que el legislador pudiera tomar medida a guna al respecto?

Evidentemente nó.

El artículo 62 advierte expresamente que " ley determinará los casos particulares de inco patibilidad de funciones", es decir, que por ma dato expreso de la Constitución, y fuera de casos en ella expresamente previstos, compete legislador ordinario determinar los "casos p ticulares de incompatibilidad de funciones".

Toda incompatibilidad crea una inhabilidad ra el ejercicio de determinados cargos o fun nes. Por consiguiente, si a la ley corresp determinar los casos particulares de incomp bilidad de funciones, implícitamente le corres de también crear las inhabilidades que surjan las incompatibilidades que ella misma estable

¿Dentro de qué límites deberá ejercer el gislador la facultad que le otorga el artícul de la Carta para determinar incompatibilida

El primero de esos límites necesariamente de ser el del respeto a los derechos consagr en la misma Carta. Por ello, con el pretext una incompatibilidad entre la función del s gio y el desempeño de un cargo público o pri

o de determinada actividad, no podría el legislador privar del derecho del sufragio a un varón que tenga la calidad de ciudadano en ejercicio. En segundo lugar, la determinación de incompatibilidades en ningún caso puede conducir a establecer inhabilidades menores que las expresamente previstas en la Constitución. Por ello tampoco podría el legislador adoptar ninguna medida sobre incompatibilidades que conduzca a limitar el alcance de las contenidas en los artículos 61, 114, 129 y 171, y demás que contengan preceptos análogos.

Veamos ahora cuál es el campo en que lógicamente ha de desarrollarse la facultad constitucional para determinar "los casos particulares de incompatibilidad de funciones" a que se refiere el artículo 62 de la Codificación:

Siendo incompatible el ejercicio simultáneo en tiempo de paz de la autoridad política o civil y la judicial o la militar, las incompatibilidades de orden legal habrán de originarse, especialmente, en el ejercicio sucesivo de funciones.

El desempeño de un cargo puede, en concepto del legislador, constituír un obstáculo para el desempeño posterior de otro. En consecuencia, para que el legislador establezca la correspondiente inhabilidad habrá de crear, con apoyo en el primer inciso del artículo 62 de la Carta, la respectiva incompatibilidad.

Se ha pretendido que el problema podría resolverlo el legislador mediante el ejercicio de la facultad que le otorga el mismo artículo 62 para determinar "las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos". Creo, sin embargo, que esos dos conceptos —calidades y antecedentes— dicen relación a circunstancias de competencia y de carácter personal, pero nó a casos de una verdadera incompatibilidad de funciones que genere la correspondiente inhabilidad, y estimo por ello que es en el primer inciso del artículo 62 donde el legislador puede apoyarse para determinar inhabilidades provenientes del ejercicio anterior de determinadas funciones.

A mi juicio, nada se opone a que una incompatibilidad de funciones, y por consiguiente una inhabilidad para el desempeño de un cargo, provenga del ejercicio anterior de otro, cuando sean incompatibles las funciones de uno y otro en forma tal que ello justifique la correspondiente inhabilidad.

El hecho de que en los cargos de elección popular la inhabilidad se traduzca en una inelegibilidad, no destruye en mi concepto la posibilidad de que ella se funde en el concepto de incompatibilidad de una función anterior con la del cargo que haya de proveerse por elección popular.

Si el legislador puede determinar casos especiales de incompatibilidad de funciones, y si nada repugna que esa incompatibilidad se refiera al ejercicio sucesivo de funciones, en mi concepto resulta claro que por medio de leyes, y con fundamento en una incompatibilidad sucesiva de funciones, pueden crearse causales de nó elegibilidad.

Podría sintetizarse lo anteriormente expuesto, así:

La ciudadanía en ejercicio es condición previa indispensable para elegir y ser elegido y para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción.

No obstante haberse otorgado la ciudadanía a las mujeres mayores de 21 años, la función del sufragio y la capacidad para ser elegido popularmente, se reservaron a los varones.

El derecho a elegir está expresamente consagrado en la Carta a favor de los varones, como un derecho inmanente de la ciudadanía en ejercicio.

La capacidad para ser elegido y para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, está reservada a los varones que sean ciudadanos en ejercicio, pero nó es una consecuencia necesaria de esa calidad, pues el propio Constituyente exige en muchos casos condiciones adicionales.

Así, por ejemplo, tratándose de la capacidad para ser elegido, de los cinco casos de elección popular que contempla la Carta, en cuatro exige condiciones adicionales a la ciudadanía en ejercicio, para que surja la capacidad.

Del derecho a elegir, y de la capacidad para ser elegido y para desempeñar cargos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, no puede ser privado, en forma absoluta, el varón que tenga la calidad de ciudadano en ejercicio. Sólo la privación de la ciudadanía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la Carta (pérdida de la nacionalidad o suspensión de la ciudadanía por decisión judicial, en los casos que determinan las leyes) puede producir ese efecto de carácter general.

Fuera de las normas que en la Constitución señalan inhabilidades para que un varón ciudadano en ejercicio pueda ser elegido, o desempeñar un cargo que lleve anexa autoridad o jurisdicción,

existe el artículo 62, por medio del cual el Constituyente facultó al legislador para crear otras, con base en la incompatibilidad de funciones que la ley hallara justificativa de la inhabilidad.

Del derecho a elegir no puede ser privado el varón que sea ciudadano en ejercicio. En cambio, la capacidad para elegir o para desempeñar cargos que lleven anexa autoridad o jurisdicción es susceptible de regulación legal, mediante la creación de inhabilidades que se funden en una incompatibilidad de funciones.

La capacidad para desempeñar cargos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, también puede restringirse con fundamento en la facultad legal para determinar "las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos", conferida por el mismo artículo 62 de la Carta.

Comprendo perfectamente que a la tesis expuesta se opone la de que todo lo relativo a inelegibilidades para miembros del Congreso y de las Asambleas se halla regulado en la Constitución, sin que el legislador pueda tomar medidas al respecto por haber hecho el Constituyente tal materia de su incumbencia exclusiva, pero anoto al respecto que tal tesis solo se sustenta mediante una interpretación muy amplia o extensiva del tenor de los artículos 108 y 111 de la Carta, absolutamente restrictiva del primer inciso del artículo 62 de la misma, sin que haya, a mi juicio, razón que respalde tal criterio, porque, como ya se anotó, él solo tendría por objeto proteger el llamado derecho ciudadano a ser elegido, que nuestra Constitución regula como cuestión de **capacidad** para ser elegido.

Tan sólo respecto de la elección de Concejeros Municipales puede confundirse ese fenómeno de capacidad con el de un derecho ciudadano, pero como se anotó también al comienzo de este estudio, la propia Corte Suprema de Justicia acepta la posibilidad de que el legislador siente reglas sobre inelegibilidad para la elección de Concejales.

Esta conclusión de la Corte, establecida en la sentencia de 1938, crea la anomalía de que, con fundamento en la protección debida a un derecho ciudadano, se niega al legislador la facultad que le otorga el artículo 62 de la Carta para crear inhabilidades en todos los casos en que la capacidad para ser elegido no corresponde a la simple ciudadanía, y se le otorga precisamente para la única hipótesis en que la sola ciudadanía en ejercicio confiere la capacidad para ser elegido.

Según la sentencia de 22 de junio de 1938, con la norma contenida entonces en el artículo 102 de la codificación constitucional de 1936 —artículo 108 de la actual— "quiso el constituyente establecer una garantía para la libertad del sufragio en el sentido de evitar que aquellos funcionarios investidos de una poderosa autoridad se valgan de ella con el fin de ejercer presión sobre los ciudadanos o sobre los funcionarios del ramo electoral".

Si es éste el fundamento de las causales de inelegibilidad que consagra el artículo 108 de la Carta, lógicamente ese precepto ha de interpretarse con un criterio que permita establecer tal garantía para la libertad del sufragio, —base esencial del régimen democrático en todos los casos en que ello sea necesario, sin limitar la protección a los casos taxativamente previstos por el Constituyente.

La doctrina contraria de la Corte, que vé en los artículos 108 y 111 los únicos casos posibles de inegibilidad para los cargos de miembros del Congreso y de las Asambleas, implica, pues, el posible desamparo jurídico de la libertad del sufragio, en los casos no previstos de manera especial por el Constituyente.

La tesis contraria, o sea, la de que los artículos 108 y 111 sólo consagran casos concretos de inelegibilidad que el Constituyente consideró necesario establecer como garantía mínima de la libertad del sufragio, permite al legislador amparar ese derecho siempre que sea necesario, siempre que con ello se vulnere ninguno que constitucionalmente sea inseparable de la calidad de ciudadano en ejercicio.

En el caso concreto del artículo 65 de la ley 6ª de 1945 media la siguiente circunstancia:

La tesis sobre inexequibilidad del artículo de referencia se funda esencialmente en que el Constituyente hizo de su incumbencia exclusiva lo referente a causales de inelegibilidad para cargos de elección popular, por lo cual el legislador no puede tomar iniciativa alguna al respecto sino con respaldo en norma constitucional que expresamente lo autorice para hacerlo.

Admitiendo que esa norma no esté consagrada en el artículo 62 de la Carta, ella existiría en el artículo 164 en cuanto esa disposición autoriza expresamente al legislador ordinario, no sólo para establecer, sino para **organizar** la jurisdicción del trabajo.

El artículo en referencia dice así:

"La ley establecerá y organizará la jurisdicción del trabajo y podrá crear tribunales de comercio".

La facultad para **organizar** la jurisdicción del trabajo implícitamente conlleva la de determinar las condiciones que deben reunir quienes hayan de ejercerla, así como las incompatibilidades e inhabilidades que produzca su ejercicio, pues es obvio que la organización de cualquier jurisdicción supone la regulación de esas tres circunstancias.

Si en la Carta no hay una norma que consagre el derecho a ser elegido como un derecho que emane de la simple ciudadanía, y si el Constituyente facultó al legislador para organizar la nueva jurisdicción, resulta claro a mi juicio que cuando éste determinó una inhabilidad temporal para ser elegido como consecuencia del ejercicio libre y voluntario de la nueva jurisdicción, ni se violó un derecho ciudadano consagrado en la Carta, ni se extralimitó la facultad constitucional concedida para organizar la nueva jurisdicción, puesto que la determinación de incompatibilidades e inhabilidades es un elemento constitutivo de la organización de cualquier jurisdicción.

Me he permitido hacer esta larga exposición porque estimo que la única solución para los conflictos de índole social radica en su decisión jurisdiccional. Estimo, asimismo, que la nueva jurisdicción creada por el Constituyente para este fin no podrá tener pleno éxito sino cuando exista la certeza de la absoluta imparcialidad de quienes la ejerzan, y desaparezca hasta la sospecha de que el interés electoral tenga influencia alguna en las decisiones que se adopten.

Todo lo que tienda a distanciar la nueva jurisdicción de preocupaciones electorales será benéfico para el país. El legislador lo ha entendido así, pero la doctrina de la Corte ha hecho hasta ahora imposible la adopción de la medida adecuada, o sea la de ampliar el corto término de tres meses de inhabilidad para que los jueces y magistrados del trabajo no puedan ser elegidos.

Porque creo que la norma legal declarada inexequible por la Corte es no sólo conveniente sino necesaria para el éxito de la nueva jurisdicción, y porque estoy convencido de que ella puede adoptarse dentro de los principios constitucionales que nos rigen, he creído un deber de mi parte exponer las razones en que me fundo para sostener esta última tesis, ya que como conjuez de la Corte he autorizado con mi firma un fallo que ordena aplicar en un caso concreto la decisión de 3 de julio de este año, que declaró inexequible el artículo 65 de la ley 6ª de 1945.

GUILLERMO AMAYA RAMIREZ.

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 7º DE LA LEY 71 DE 1945 EN SUS APARTES B) Y C) Y SU PARAGRAFO

Está excusada la Sala Plena de examinar el contenido de los preceptos que fueron materia de la tacha de inconstitucionalidad, por cuanto desde el 13 de diciembre del año pasado empezó a regir la ley 95 de 1946, cuyo artículo 6º reprodujo implícitamente aquellas disposiciones.

En casos análogos ha decidido la Corte abstenerse de resolver en el fondo por falta de materia, reservándose así el derecho de estatuir sobre la constitucionalidad de la ley nueva si contra sus provisiones se ejercita la acción prevista en el artículo 214 de la Carta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

Por medio de libelo presentado el 3 de marzo del año próximo pasado, el doctor Gabriel Barrientos Cadavid, quien obra en su propio nombre y como representante de los señores Luis Eduardo Mejía, Juez Primero Superior, Jaime Isaza Cadavid, Fiscal del mismo Juzgado, y Arturo Posada R., Fiscal Primero del Tribunal Superior, todos funcionarios del Distrito Judicial de Medellín, solicita de la Corte Suprema de Justicia que declare la inexequibilidad de la Ley 71 de 1945 —apartes b) y c) del artículo 7º y su parágrafo— sobre prestaciones a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo; "tacha que afecta a las referidas disposiciones en cuanto implique **disminución** de los sueldos de los Jueces, Magistrados y Agentes del Ministerio Público que se hallaban en ejercicio de los cargos respectivos al tiempo de entrar en vigencia la Ley mencionada".

Las disposiciones acusadas

La ley 71 de 1945 modificó los textos anteriores referentes a las prestaciones sociales instituídas en favor de los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público, y en su artículo 7º señaló los recursos económicos de la Caja de Previsión Social encargada de cubrir las prestaciones establecidas.

Las disposiciones objeto de la demanda de inexequibilidad son las siguientes: Art. 7º "Serán fondos de la Caja:.....
..... "b) el tres por ciento (3%) de los sueldos de los empleados que devenguen menos de doscientos pesos (200.00) mensuales; el cuatro por ciento (4%) de los que devenguen menos de quinientos pesos ($ 500.00) y más de doscientos pesos ($ 200.00) y el cinco por ciento (5%) de los que devenguen más de quinientos ($ 500.00). Estos porcentajes serán descontados de los sueldos de los funcionarios y empleados, por conducto de los Pagadores, a partir del 1º de enero de 1946.

c) Un aporte equivalente a la tercera parte del primer sueldo mensual de todos los funcionarios y empleados que devenguen menos de doscientos pesos ($ 200.00); y un aporte equivalente a la mitad del primer sueldo mensual de todos los funcionarios y empleados que devenguen más de doscientos pesos ($ 200.00). Estos aportes serán distribuídos en cuotas mensuales, de acuerdo con el Decreto reglamentario.

. ...

Parágrafo. Los funcionarios y empleados a que se refiere esta ley, en ejercicio al entrar en vigencia ella, pagarán el aporte de que trata el ordinal c), teniendo en cuenta el sueldo que devengaren el 1º de febrero de 1946".

Los fundamentos de la acción

Consideran los actores que las disposiciones transcritas violan los artículos 160 y 142 de la Constitución Nacional. El primero, porque prohibe suprimir o disminuir los sueldos de los magistrados y Jueces, de manera que la disminución perjudique a las personas que están ejerciendo dichos cargos; y el último, porque extiende a los Agentes del Ministerio Público el mismo amparo

al expresar textualmente: "Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo".

El fundamento único de la acción consiste en que a juicio de los demandantes, las disposiciones acusadas entrañan una disminución o rebaja de los sueldos correspondientes a los funcionarios que estuvieran en ejercicio de su cargo a la época de entrar a regir la Ley 75, causándoles así un perjuicio evidente con la aplicación de la misma.

Resolución de la Corte

Está excusada la Sala Plena de examinar el contenido de los preceptos materia de la tacha de inconstitucionalidad, por cuanto desde el trece (13) de diciembre último entró a regir la Ley 95 de 1946, cuyo artículo 6º reprodujo implícitamente aquellas disposiciones, en cuanto expresó literalmente: "Serán fondos de la Caja, **además de los enumerados en el artículo 7º de la ley 71 de 1945:**

a) Las multas que los funcionarios afiliados a la Caja, impongan:

b) La diferencia del primer mes de sueldo cuando el empleado ha sido trasladado a un empleo mejor remunerado o cuando obtiene algún aumento;

c) Los depósitos judiciales que correspondan a juicios caducados, suspendidos o abandonados, siempre que la caducidad, suspensión o abandono hayan durado diez años, por lo menos, y las sumas depositadas que no tengan imputación las inominadas y aquellas de las cuales se ignore su dueño o procedencia;

c) Los objetos decomisados por cualquier causa que ya no tengan valor jurídico en la investigación, si pertenecen a juicios estrictamente criminales, y aquellos que no tengan dueño conocido o no hayan sido reclamados durante cinco años en estos juicios".

De conformidad con el texto que se deja transcrito carece en absoluto de objeto cualquier pronunciamiento que la Corte hiciera respecto a la norma que se reputa por los demandantes como violatoria del estatuto fundamental, desde luego que seguiría subsistiendo el ordenamiento de la Ley 95, cuyo imperio quedaría fuera del alcance de una declaratoria de inexequibilidad referente a la 71 de 1945, en el caso de que prosperara el recurso que contra esta última se ha propuesto.

En casos análogos ha decidido la Corte abstenerse de resolver en el fondo por falta de materia, reservándose así el derecho de estatuír sobre la constitucionalidad de la ley nueva si contra sus provisiones se ejercita la acción prevista en el artículo 214 de la Carta. Será ésta la doctrina que se aplicará con motivo de la presente demanda, inhibiéndose en consecuencia la Sala de pronunciarse sobre el fondo del negocio sometido a su conocimiento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena se abstiene de conocer de la acción ejercitada contra la Ley 71 de 1945.

Publíquese, cópiese, notifíquese y comuníquese al Ministro de Gobierno.

Ramón Miranda. — Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Pedro Castillo Pineda.—A. Saucedo Carrasquilla.—Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. Ricardo Hinestrosa Daza. — Ricardo Jordán Jiménez. — Alvaro Leal Morales. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca. — Eleuterio Serna R. — Domingo Sarasty. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón., Secretario.

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 6º, 7º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22. 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 38 y 40 del DECRETO EJECUTIVO Nº 0750 DE 1947.

Los actos por medio de los cuales el Gobierno hace uso de su potestad de dictar las normas en reemplazo del Congreso deben ceñirse estrictamente a los preceptos constitucionales por un doble aspecto; desde el punto de vista de contenido material: porque aquellos actos —denominados decretos extraordinarios o decretos-leyes— no pueden referirse a materias distintas de las señaladas en el estatuto de las autorizaciones; y porque igualmente, y como todo ordenamiento obligatorio en derecho, debe estar sujeto al régimen de la superlegalidad, vale decir que sus prescripciones quedan gobernadas en cuanto a su eficacia jurídica por los mandatos superiores de la Constitución Nacional. En el primer caso —provisión del decreto fuera de la órbita de las autorizaciones— sobreviene un quebranto a los preceptos constitucionales porque entonces obra el Gobierno sin competencia y, por consiguiente, su acto es sancionable con la inexequibilidad. Es lo que ocurre con el decreto 0750, el cual contiene un cuerpo de disposiciones reglamentarias de las licencias de especialidades farmacéuticas y otros productos, que son por completo extrañas a las leyes de autorizaciones 20 y 60 de 1946, y, por consiguiente, dictados por el Ejecutivo sin competencia constitucional para ello. En consecuencia, son inexequibles los artículos del Decreto acusado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, noviembre 15 de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

El doctor Néstor Pineda, vecino de esta ciudad, demandó de la Corte Suprema la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 6º, 7º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 38, y 40 del Decreto Nº 0750, dictado por el Gobierno Nacional el 28 de febrero del año en curso.

El fundamento de la acusación lo hace consistir el demandante en que, a su juicio, las disposiciones mencionadas contrarían los preceptos de la Constitución Nacional por dos motivos, a saber:

1º Porque extralimita las facultades que el Congreso otorgó al Gobierno, de acuerdo con las leyes respectivas, y dictó medidas que exceden la órbita de las autorizaciones concedidas con lo cual se ha quebrantado el artículo 76 del estatuto fundamental; y

2º Porque, según el demandante, los artículos 6º, 9º, 10, 13, 14, 30, 33 y 38 del Decreto referido son, además, inconstitucionales "en cuanto sin facultad para ello pretenden modificar las leyes preexistentes sobre la materia, en cuanto desconocen y vulneran derechos adquiridos, en cuanto pretenden legislar en materias de aduanas, en cuanto el Gobierno pretende ejercer la más delicada función del Congreso que es la de establecer las infracciones punibles y señalar penas, así sean de multa y decomisos, y en cuanto recorta y cercena una de las libertades fundamentales que garantiza ampliamente la Constitución, que es la libertad de prensa". Se pretende que con tales motivos se han violado los artículos 42 y 76, especialmente, de la Constitución.

Las disposiciones acusadas

El Decreto demandado de inconstitucionalidad —0750 del presente año— según expresa su título está destinado a reglamentar el procedimiento que debe seguir el Departamento Jurídico del Ministerio de Higiene en la expedición de Licencias para especialidades farmacéuticas, productos biológicos y alimentos, y fue dictado por el Presidente de la República "en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 27 de 1946, el artículo 12 de la Ley 60 de 1946, y el artículo 1 de la Constitución Nacional".

Los artículos tachados de inconstitucionalidad son los siguientes:

Artículo 6º—Todo interesado en la adquisición de una licencia para la venta, producción o importación de especialidades farmacéuticas, productos biológicos y alimenticios, pagará en el Instituto "Samper Martínez" la suma de doscientos pesos ($ 200.00) como derechos de análisis y estudio de cada producto y de cada una de sus formas farmacéuticas.

Artículo 7º—El Instituto Nacional de Higiene "Samper Martínez" determinará en cada concepto si el producto sometido a su estudio puede anunciarse o nó y si su venta requiere la presentación de fórmula médica.

Artículo 9º—El Departamento Jurídico del Ministerio de Higiene procederá a efectuar la revisión de que trata el artículo 4º del la Ley 116 de 1937, sobre las licencias concedidas hasta la fecha del presente decreto.

Las licencias serán canceladas en los siguientes asos:

a) Cuando el producto dado al consumo no corresponda a la fórmula autorizada.

b) Cuando se demostrare que determinado elemento que entra en su composición es perjudicial ara la salud, de mala calidad o que existan impurezas en los ingredientes del producto.

c) Cuando por estudios científicos se haya demostrado que los componentes del producto no son rapéuticamente eficaces para las indicaciones ncedidas.

d) Cuando se esté anunciando el producto con dicaciones terapéuticas que no corresponden a concedidas anteriormente por la Comisión de pecialidades Farmacéuticas o por el Departanto Jurídico al licenciarlo.

Artículo 10.—Por la revisión de estos productos pagará como derechos de análisis y estudio, la na de cien pesos ($ 100.00), una vez cada cinaños.

rtículo 11.—Para efectos de revisión de que se a, el Departamento Jurídico dictará resolucioperiódicas en las cuales notificará a los polores de licencias concedidas para que se enten, por medio de apoderado, a llenar esequisito. Tales resoluciones se publicarán por sola vez en el DIARIO OFICIAL y en tres ódicos de la capital y se hará por orden nuco.

uellos poseedores de licencias que no se hun presentado a la revisión seis meses después de publicada la respectiva resolución en el DIARIO OFICIAL, serán sancionados con la cancelación de sus licencias.

Artículo 12.—Para toda revisión los interesados deberán presentar al Departamento Jurídico los siguientes documentos: la licencia concedida a la especialidad que se trata de revisar; recibo de pago de los derechos respectivos expedido por el Instituto Nacional de Higiene "Samper Martínez"; recibo de pago por publicación en el DIARIO OFICIAL; fórmula del producto, sus métodos de identificación, indicaciones y dosis. Certificado sobre funcionamiento del laboratorio donde se fabrica el producto, el cual debe reunir las mismas condiciones que se exigen a los certificados que se presentan para adquirir la licencia.

Artículo 13.—Todos los productos biológicos y alimenticios que tengan indicaciones terapéuticas necesitarán para su importación, fabricación y venta, de los mismos requisitos exigidos para las especialidades farmacéuticas.

Artículo 14.—Concédese un plazo de seis meses desde la vigencia de este Decreto para que los interesados llenen este requisito.

Pasado este término los productos mencionados que no hubieren cumplido con lo dispuesto, serán decomisados por los Administradores de Aduana o por las autoridades sanitarias y los responsables de esta infración sancionados con multa de cincuenta ($ 50.00) a doscientos ($ 200.00) pesos.

Artículo 15.—Seis meses después de la expedición del presente Decreto los productos que requieran de fórmula médica para su expendio no llevarán indicaciones terapéuticas en las etiquetas o marbetes ni podrán usar folletos de propaganda sino con destino al Cuerpo Médico. En los marbetes figurarán solamente el nombre del producto, sus contraindicaciones, dosis, manera de usarlo, fórmula y el nombre del laboratorio productor. Estos productos no podrán ser vendidos sino en farmacias y droguerías debidamente inscritas.

Artículo 18.—Prohíbese licenciar y vender productos medicinales fabricados en países o territorios en los cuales no esté reglamentado y controlado el comercio de estas sustancias por las autoridades sanitarias.

ALIMENTOS.

Artículo 19.—Se consideran como especialidades farmacéuticas los alimentos que tengan indicaciones terapéuticas.

Estos productos necesitan para su importación y venta, así como para su preparación en el país, licencia del Departamento Jurídico del Ministerio de Higiene.

Parágrafo. Los productos alimenticios o químicos destinados a alimentación o medicación de niños, no podrán ser anunciados sin la licencia de la autoridad sanitaria competente. La contravención a esta disposición será sancionada con el retiro de la licencia.

PRODUCTOS BIOLOGICOS

Artículo 20.—Todo producto biológico (virus, sueros, toxinas, vacunas y demás productos análogos) necesitan para su importación, preparación y venta en el país, licencia concedida por el Departamento Jurídico del Ministerio de Higiene que se someterá para su expedición a las normas fijadas en este decreto.

Artículo 21.—Ninguna persona podrá preparar productos biológicos, para uso humano, sin haber obtenido licencia de este Ministerio, para lo cual deberá demostrar su idoneidad exhibiendo su título profesional y comprobando que ha hecho estudios especiales teóricos y prácticos durante tres años, por lo menos, en algún laboratorio biológico de reconocida competencia.

El Ministerio concederá esta licencia mediante visita que practiquen los técnicos comisionados por él al laboratorio que fabrique los productos biológicos.

Artículo 22.—Todo laboratorio en donde se preparen productos biológicos deberá conservar un archivo en el cual se especifique para cada lote, la potencia del producto, cuando esto sea posible, así como las pruebas de inocuidad y pureza indicando en estos casos el número de animales y los medios de cultivo empleados, así como los resultados obtenidos en estas pruebas.

Artículo 23.—Sobre el envase de todo producto biológico para uso humano se expresará claramente: el nombre del producto, el del laboratorio que lo prepara, el número del lote y la fecha del vencimiento para aquellos productos en que exista deterioro conocido. Para los otros, es necesario poner la fecha de preparación, así como el número de la licencia concedida por este Ministerio. En el empaque se incluirá una instrucción para el uso del producto.

Artículo 24.—Los productos biológicos antes de ser distribuídos deberán conservarse a baja temperatura.

Artículo 25.—La importación, distribución y ve ta de los productos biológicos sólo podrá ef tuarse en envases definitivos. Queda prohibido reenvase de estos productos en el territorio n cional.

Artículo 26.—La titulación de estos preparad se ajustará, en lo posible, a los patrones int nacionales.

Artículo 27.—Desde la vigencia de este Decre prohíbese utilizar nombres o títulos especiales p ra distinguir los productos biológicos.

El Departamento Jurídico procederá a revis las licencias de estos productos que tengan no bre especial, y notificará a los interesados q debe cambiarlos ajustándose a lo dispuesto en e artículo, dándoles un plazo prudencial para cu plir este requisito.

Artículo 28.—Las licencias concedidas anteri mente para la importación, fabricación y venta estos medicamentos podrán ser revalidadas acuerdo con lo dispuesto en los artículos anter res en este Decreto.

Artículo 29.—Los laboratorios de productos b lógicos para uso humano que hayan obtenido p miso para vender sus preparados en el país, deb presentarlo al Departamento Jurídico de este M nisterio antes del 1º de agosto de este año. S este requisito la licencia correspondiente qued rá sin ningún valor.

Artículo 30.—Los Administradores de Aduana las autoridades sanitarias decomisarán las especia dades farmacéuticas, productos biológicos y a mentos que no hayan llenado las condiciones tablecidas en el presente Decreto y los infracto serán castigados con multas de cincuenta ($ 50.0 a quinientos ($ 500.00), que impondrán los f cionarios de Higiene.

Artículo 32.—Queda terminantemente prohib hacer en los avisos o prospectos, en la propag da hablada o escrita y en los tiquetes de espe lidades farmacéuticas, productos medicinales o menticios, indicaciones destinadas a llevar al mo de los consumidores la idea de que tales paraciones son las únicas eficaces e infalibles. mismo prohíbese la publicación de retratos de fermos tratados por drogas o procedimientos dicos.

Igualmente queda prohibido hacer afirmaci falsas o exageradas respecto al origen, proce cia, medio de recolección o preparación de las terias primas con las que se confecciona el ducto o de sus propiedades terapéuticas. En secuencia, no puede anunciarse ningún me

nento con la promesa de devolver su valor en aso de ser ineficaz.

Artículo 33.—Los que violen el artículo anterior rán sancionados con multas de cien pesos 100.00) a quinientos pesos ($ 500.00) y con el re- o definitivo de la licencia.

Artículo 38.—Los anuncios en periódicos, radio otro medio cualquiera de los productos farma- uticos licenciados, se limitarán solamente al nom- e de éste y su composición química sin men- nar las indicaciones terapéuticas.

Artículo 40.—Cuando el componente de un pro- cto se halle en las condiciones del ordinal b) artículo 9º, además de las sanciones allí enu- radas, se decretará la clausura del laboratorio donde se prepara el producto".

El concepto de la Procuraduría

En su vista de fondo, el señor Procurador Ge- al de la Nación estudia el contenido de las posiciones que acaban de transcribirse y como ultado de su examen solicita que la Corte ac- a a las peticiones de la demanda por encontrar existe el vicio de inconstitucionalidad en que s se fundan. Dicen los pasajes pertinentes de ieza fiscal:

asta la lectura de las disposiciones en que el to se funda para convencerse que, como el ndante lo anota, ellas no dieron al Gobierno facultades para organizar y reorganizar ser- s de la administración pública, esto es, para y suprimir cargos y para señalar las corres- entes asignaciones. En cuanto al artículo tucional mencionado en el Decreto, es evi- que él sólo establece la facultad para el Pre- e de distribuír los negocios administrativos los diversos Ministerios o Departamentos nistrativos. Síguese de aquí muy fácilmente Gobierno no estaba facultado por las dis- nes de que dijo hacer uso, para modificar ni Decretos legislativos sobre régimen de as de especialidades farmacéuticas. Por tan- s disposiciones relativas a ese régimen con- en el Decreto acusado no modifican y en- resultan inconstitucionales".....

demás artículos acusados son reglamenta- los que acaban de analizarse; están íntima- te vinculados con ellos, en forma que nada aría si los acusados dejaran de existir; nden, además de las especialidades farma- , a los productos biológicos y a los alimen- tos; dan atribuciones que corresponden a la Comisión de Especialidades Farmacéuticas, al Departamento Jurídico del Ministerio de Higiene; en una palabra, merecen la misma tacha que los demás artículos; disponen, en uso de facultades extraordinarias sobre materias que nada tienen que ver con dichas facultades, las que solamente tocan con la creación o supresión de cargos y la fijación de asignaciones".

Examen de los cargos

La consideración del primero de los cargos enderezados contra el Decreto de 28 de febrero último —que se concreta en la extralimitación por parte del Gobierno Nacional de las autorizaciones contenidas en las leyes que le sirvieron de base para dictarlo— debe hacerse en primer término por la Sala, y a ello se procede.

Por medio de la ley 27 de 1946 se creó el Ministerio de Higiene; y de otro lado, el Congreso invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 19 de julio del presente año "para crear los cargos que considere indispensables, para organizar la Secretaría General y el Departamento Administrativo, con las Secciones de Personal y contabilidad del Ministerio de Higiene y para fijar las respectivas asignaciones".

Por otra parte, la Ley 60 de 1946 sobre Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones para el presente ejercicio fiscal, por medio de su artículo 12 le confirió por igual término las autorizaciones de la misma clase que fueren indispensables para reorganizar las dependencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con la atribución de adaptarlas a sus nuevas necesidades y aumentar sueldos, refundir y suprimir empleos, así como crear nuevos cargos; y en general para la reorganización de todas las dependencias administrativas nacionales, pero acomodándose en cada servicio o Departamento administrativo a las partidas globales fijadas en el Presupuesto. De la misma manera y en virtud del parágrafo de dicho artículo, puede el Presidente de la República, en desarrollo de las atribuciones que le fueron dadas, aplazar el cumplimiento de las leyes que establecen gastos públicos de carácter permanente, con el fin de obtener economías dentro de las necesidades y la eficacia de los servicios, efectuar traslados entre las diferentes secciones de la ley de apropiaciones con el objeto de evitar el dese-

quilibrio del presupuesto y ajustar el costo de los servicios públicos para lograr la misma finalidad, con la limitación de que no se podrían realizar traslados ni contracréditos que afecten las actividades oficiales mencionadas en dicho parágrafo.

No son objeto de impugnación las atribuciones otorgadas al Gobierno por medio de las indicadas leyes 27 y 60 de 1946 en razón de su índole o naturaleza, sino que únicamente se controvierte el uso que de ellas hiciera el ejecutivo, por lo cual hay que presumir que aquellas normas se ajustan fielmente a los mándatos establecidos en el artículo 16, ord. 12 del Estatuto fundamental, pues de acuerdo con éste puede el Congreso revestir al Jefe del Estado de facultades extraordinarias, limitadas en el tiempo y circunscritas a las materias que el propio legislador debe determinar en forma precisa.

Otorgadas de esta manera —como deben serlo para atemperarse a los rigurosos ordenamientos de la Carta suprema— las autorizaciones vienen a constituír la fuente jurídica de la capacidad del Ejecutivo para dictar normas de carácter obligatorio en ejercicio de la función legislativa que compete al Estado, en la misma forma y con igual extensión con que lo haría el Congreso, en relación con las materias comprendidas dentro del marco de las autorizaciones.

Las leyes en que éstas se concretan y desenvuelven tienen materialmente, pues, el carácter de actos-condiciones desde luego que por medio de ellas se habilita al Presidente de la República para el ejercicio de un poder constitucional, consistente en la facultad de estatuír positivamente, dictando al efecto la regla de derecho en reemplazo del legislador ordinario.

Como resultado de esta investidura extraordinaria —que se otorga al Gobierno cuando, a juicio del Congreso la necesidad o las conveniencias públicas lo exijan o aconsejen— la competencia para legislar se desplaza de una a otra rama del poder político, limitada y condicionada por los objetivos previstos en la ley de facultades.

Aparece de aquí que los actos por medio de los cuales el Gobierno hace uso de su potestad de dictar las normas en reemplazo del Congreso deben ceñirse estrictamente a los preceptos constitucionales por un doble aspecto, desde el punto de vista de su contenido material: porque aquellos actos —denominados decretos extraordinarios o decretos-leyes— no pueden referirse a materias distintas de las señaladas en el estatuto de las autorizaciones; y porque igualmente, y como todo ordenamiento obligatorio en derecho, debe estar sujeto al régimen de la superlegalidad, vale decir que sus prescripciones quedan gobernadas en cuanto a su eficacia jurídica por los mandatos superiores de la Constitución Nacional.

En el primer caso —provisión del decreto fuera de la órbita de las autorizaciones— sobreviene un quebranto a los preceptos constitucionales por que entonces el Gobierno obra sin competencia y por consiguiente, su acto es sancionable con inexequibilidad.

Es lo que ocurre con el decreto 0750, el cual contiene un cuerpo de disposiciones reglamentarias de las licencias de especialidades farmacéuticas y otros productos, que son por completo extrañas a las leyes de autorizaciones 20 y 60 de 19 y por consiguiente dictados por el ejecutivo sin competencia constitucional para ello.

Esta conclusión exonera a la Corte de examinar los demás cargos formulados contra el Decreto, pues lo dicho es suficiente para hacer la declaración de inexequibilidad que se ha demandado.

En tal virtud, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia declara que son inexequibles los artículos 6º, 7º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 38 y 40 del Decreto 0750, dictado por el Gobierno Nacional el 28 de febrero último.

Notifíquese esta decisión al Procurador General de la Nación; comuníquese al Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Higiene y al de Gobierno para los efectos de su publicación en el Diario Oficial e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Ramón Miranda.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Germán Alvarado.—Francisco Bruno.—El Conjuez Jorge Gutiérrez.-A. Saucedo Carrasquilla.-Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Ricardo Jordán Jiménez.—Alvaro Leal Morales.—Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca.—Eleuterio Sánchez.—Domingo Sarasty.—Manuel José Vargas.—Luis Prieto, Oficial Mayor en Propiedad.

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 6º, 7º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 38, 40, 41, y 42 DEL DECRETO EJECUTIVO Nº 0750 DE 1947

A lo dicho ya sobre la acusación de los artículos citados, distintos del 41 y 42 del Decreto acusado, dice ahora la Corte sobre estos últimos que no es la calidad de disposiciones de mero trámite lo que les puede acarrear a los artículos 41 y 42 la tacha de inconstitucionalidad. Lo que hay es que si el Gobierño quiso hacer uso de las facultades conferidas en la ley 27 de 1946 y en el artículo 12 de la ley 60 de 1946, como lo dice el preámbulo del Decreto, de tales facultades se salió y dictó reglas de derecho relacionadas con materias distintas de las que el estatuto de las autorizaciones le señaló de modo preciso. Vistos los artículos 41 y 42 en frente de las normas establecidas en las leyes 27 y 60 de 1946, se advierte que no encajan dentro de tales normas y merecen la misma tacha que indujo a la Corte a hacer la declaración de inconstitucionalidad de los nombrados en el fallo de fecha 15 de noviembre.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado)

Varios de los artículos del Decreto Nº 0750 que el Gobierno Nacional expidió el veintiocho de febrero del año en curso, fueron acusados por inconstitucionales por el doctor Néstor Pineda. La acusación prosperó, y la Corte declaró inexequibles los marcados con los números 6º, 7º, 9º, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 38 y 40, en providencia fecha quince de los corrientes.

El abogado doctor Gabriel Paredes ha ocurrido a la Corte en solicitud de la declaratoria de inexequibilidad de los mismos artículos, y de los demás marcados con los números 41 y 42 del mismo decreto.

El señor Procurador, a quien se le dió el traslado legal, se impuso de la demanda del doctor Paredes y tomó nota de que ésta apenas discrepa de la que el doctor Pineda propuso, por la circunstancia de hacer extensiva la acusación a los artículos 41 y 42 del mismo Decreto Nº 0750. El señor Procurador descorrió el traslado y termina su escrito de contestación con la solicitud de que se declaren inexequibles las disposiciones acusadas.

En el caso presente, como en el rememorado, se le achaca al Gobierno una extralimitación en el ejercicio de las facultades que al Presidente de la República le otorgó la Ley 27 de 1946 que creó el Ministerio de Higiene, y extralimitación de las autorizaciones que la Ley 60 del mismo año le dió al primer mandatario para llevar a cabo una reorganización en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y en general en todas las dependencias administrativas.

Ha considerado la Corte que con esa extralimitación de funciones, invadió el Ejecutivo un campo que el artículo 76 de la Carta Fundamental le tiene reservado al Congreso Nacional.

En la providencia de quince de noviembre hizo la Corte algunas advertencias que importa se reproduzcan aquí:

"No son objeto de impugnación —dice la Corte en el fallo aludido— las atribuciones otorgadas al Gobierno por medio de las indicadas Leyes 27 y 60 de 1946 en razón de su índole o naturaleza, sino que únicamente se controvierte el uso que de ellas hiciera el ejecutivo, por lo cual hay que presumir que aquellas normas se ajustan fielmente a los mandatos establecidos en el artículo 76, ordinal 12 del Estatuto Fundamental, pues de acuerdo con éste, puede el Congreso revestir al Jefe del Estado de facultades extraordinarias, limitadas en el tiempo y circunscritas a las materias que el propio Legislador debe determinar en forma precisa.

"Otorgadas de esta manera —como deben serlo para atemperarse a los rigurosos ordenamientos de la Carta suprema— las autorizaciones vienen a constituír la fuente jurídica de la capaci-

dad del Ejecutivo para dictar normas de carácter obligatorio en ejercicio de la función legislativa que compete al Estado, en la misma forma y con igual extensión con que lo haría el Congreso, en relación con las materias comprendidas dentro del marco de las autorizaciones.

"Las leyes en que éstas se concretan y desenvuelven tienen materialmente, pues, el carácter de actos-condiciones desde luego que por medio de ellas se habilita al Presidente de la República para el ejercicio de un poder constitucional, consistente en la facultad de estatuír positivamente, dictando al efecto la regla de derecho en reemplazo del Legislador ordinario.

"Como resultado de esta investidura extraordinaria —que se otorga al Gobierno cuando a juicio del Congreso la necesidad o las conveniencias públicas lo exijan o aconsejen— la competencia para legislar se desplaza de una a otra Rama del poder político, limitada y condicionada por los objetivos previstos en la ley de facultades.

"Aparece de aquí que los actos por medio de los cuales el Gobierno hace uso de su potestad de dictar las normas en reemplazo del Congreso deben ceñirse estrictamente a los preceptos constitucionales por un doble aspecto, desde el punto de vista de su contenido material; porque aquellos actos denominados decretos extraordinarios o decretos-leyes no pueden referirse a materias distintas de las señaladas en el estatuto de las autorizaciones; y porque igualmente, y como todo ordenamiento obligatorio en derecho, debe estar sujeto al régimen de la superlegalidad, vale decir que sus prescripciones quedan gobernadas en cuanto a su eficacia jurídica por los mandatos superiores de la Constitución Nacional.

"En el primer caso —provisión del decreto fuera de la órbita de las autorizaciones— sobreviene un quebranto a los preceptos constitucionales porque entonces el Gobierno obra sin competencia y, por consiguiente, su acto es sancionado con la inexequibilidad.

"Es lo que ocurre con el Decreto 0750, el cual contiene un cuerpo de disposiciones reglamentarias de las licencias de especialidades farmacéuticas y otros productos, que son por completo extrañas a las leyes de autorizaciones 27 y 60 de 1946, y por consiguiente, dictados por el Ejecutivo sin competencia constitucional para ello".

Los artículos 41 y 42 —no acusados en la demanda anterior y no mencionados expresamente en el pronunciamiento de inexequibilidad de entonces— son del tenor siguiente:

"Artículo 41.—Las providencias del Departamento Jurídico del Ministerio de Higiene, se notificarán personalmente al interesado dentro de los cinco días siguientes a su expedición. Si no pudiere hacerse personalmente, se notificarán por edicto, el cual permanecerá fijado por el término de cinco días. Una vez desfijado el edicto, el peticionario podrá interponer los recursos de reposición y apelación en un término de quince días si el producto es nacional; y de 30, si es extranjero. Si no lo hiciere en éste témino, la providencia quedará ejecutoriada".

"Artículo 42.—Las apelaciones contra las providencias mencionadas, se surtirán ante el Ministerio de Higiene en el efecto devolutivo".

Respecto de estos artículos dice el señor Procurador: "Las disposiciones acusadas ahora con inconstitucionales, y no estudiadas por la Procuraduría con ocasión de la demanda formulada por el doctor Pineda, son solamente consecuenc de las disposiciones principalmente acusadas si se quiere, reglamentación de la manera de h cer efectivas las disposiciones de carácter su tantivo".

Bajo ese punto de vista considera el señor P curador que son inconstitucionales las dispo ciones de los artículos 41 y 42 del Decreto 0 y pide que la Corte haga la declaración corr pondiente.

Ciertamente que las transcritas ordenacio apenas indican el modo como podía hacerse co cer de los interesados las providencias que el nisterio de Higiene profiriera en ejercicio de disposiciones del Decreto 0750, y los posibles cursos por aquellos ejercitables contra tales videncias.

En concepto de la Corte no es la calidad disposiciones de mero trámite lo que les pu acarrear a los artículos 41 y 42 la tacha de constitucionalidad. Lo que hay es que si el bierno quiso hacer uso de las facultades con das en la Ley 27 de 1946 y en el artículo 1 la Ley 60 de 1946 como lo dice el preámbul Decreto, de tales facultades se salió y dictó glas de derecho relacionadas con materias tintas de las que el estatuto de las autoriz nes le señaló de modo preciso.

En el examen del cargo de extralimitación parte del Gobierno Nacional de las autoriz nes contenidas en las leyes que se acaban de dijo la Corte en el fallo de quince de no bre:

"Por medio de la Ley 27 de 1946 se cr

Ministerio de Higiene; y de otro lado, el Congreso invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 19 de julio del presente año, para crear los cargos que considere indispensables 'para organizar la Secretaría General y el Departamento Administrativo, con las Secciones de personal y contabilidad del Ministerio de Higiene y para fijar las respectivas asignaciones'.

"Por otra parte, la Ley 60 de 1946, sobre Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones para el presente ejercicio fiscal, por medio de su artículo 12 le confirió por igual término las autorizaciones de la misma clase que fueren indispensables para reorganizar las dependencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con la atribución de adaptarlas a sus nuevas necesidades y aumentar sueldos, refundir y suprimir empleos, así como crear nuevos cargos; y en general para la reorganización de todas las dependencias administrativas nacionales, pero acomodándose en cada servicio o Departamento Administrativo a las partidas globales fijadas en el Presupuesto. De la misma manera y en virtud del parágrafo de dicho artículo, puede el Presidente de la República, en desarrollo de las atribuciones que le eron dadas, aplazar el cumplimiento de las yes que establecen gastos públicos de carácter rmanente, con el fin de obtener economías den- o de las necesidades y la eficacia de los servi- os, efectuar traslados entre las difentes seccio- s de la ley de apropiaciones con el objeto de itar el desequilibrio del presupuesto y ajustar costo de los servicios públicos para lograr la isma finalidad, con la limitación de que no se drían realizar traslados ni contracréditos que ecten las actividades oficiales mencionadas en cho parágrafo".

Vistos los artículos 41 y 42 en frente de las nor- s establecidas en las Leyes 27 y 60 de 1946, se vierte que no encajan dentro de tales normas, merecen la misma tacha que indujo a la Corte a hacer la declaración de inconstitucionalidad de los nombrados en el fallo de fecha quince de noviembre. Y reproduciendo lo que entonces dijo el señor Procurador, podría agregarse que los artículos 41 y 42 nada tienen que ver con las facultades que al Ejecutivo le otorgaron las Leyes 27 y 60 de 1946, porque tales facultades solamente tocan con la creación o supresión de cargos y la fijación de asignaciones".

Basta lo expuesto para que la Corte Suprema de Justicia, reunida en Pleno, y en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 214 de la Constitución, acoja el parecer del señor Procurador y,

R e s u e l v a :

1º—Declárase inexequibles los artículos 41 y 42 del Decreto 0750, dictado por el Gobierno Nacional el veintiocho de febrero último.

2º—Respecto a la acusación de los demás artículos, estése a lo resuelto por esta Suprema entidad en fallo de fecha quince de noviembre del año en curso.

Notifíquese esta decisión al señor Procurador General de la Nación, comuníquese al Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Higiene y al de Gobierno para los efectos de su publicación en el Diario Oficial, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Ramón Miranda.—Germán Alvarado.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Francisco Bruno.—Pedro Castillo Pineda.—Antonio Saucedo Carrasquilla.—Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola. Ricardo Hinestrosa Daza.—Ricardo Jordán Jiménez.—Alvaro Leal Morales.—Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna R. Domingo Sarasty.—Manuel José Vargas..—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE DOMINIO

La falta de necesidad de autorización alguna para adquirir posesión los jueces pueden administrar libremente lo suyo, de que habla el artículo 784 del C. C., se refiere sólo a bienes muebles.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

La señora María Teresa Leal Andrade de Andrade demandó en vía ordinaria a los señores Juan José, Rafael y Aureliano Leal Andrade y otros, a fin de que se declare que le pertenece en dominio pleno la casa Nº 7-20 de la carrera 2ª de la ciudad de Tunja, por los linderos expresados en el libelo, y que carecen de todo derecho a ese inmueble los demandados por haber prescrito en favor de la demandante los derechos y acciones de ellos en la sucesión del señor Timoteo Leal, propietario que fue de esa finca.

Manifiesta ejercitar la acción creada por la Ley 120 de 1928, aducida como fundamento de derecho junto con las disposiciones del C. Civil sobre prescripción, y como hechos, el haber muerto el señor Timoteo Leal, su padre, en 1904 y haber ella poseído desde entonces la casa tranquila y pacíficamente sin perturbación de ningún género.

Los demandados no se opusieron y respondieron los hechos en forma congruente con esa falta de oposición, aunque con las cortapisas que se verán adelante, y el Juzgado 2º de aquel Circuito, a quien se repartió el asunto, tramitada la instancia, sentenció el 15 de mayo de 1944 declarando lo pedido. Apelaron Aureliano y Rafael Leal, por lo cual cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de allí, quien revocó el fallo de la primera y absolvió a los demandados en sentencia de 26 de febrero de 1945, contra la cual la demandante interpuso casación.

Preparado debidamente este recurso, hoy se decide.

En la primera instancia no adujeron ni solicitaron siquiera pruebas los demandados. Obraron entonces sólo, pues, las de la demandante. Esto y la apreciación favorable a ella de las respuestas de la demanda, determinaron su éxito. Una estimación distinta de éstas por el Tribunal y, además, y principalmente, las pruebas levantadas ante él por los apelantes, condujeron a la revocación y absolución antedichas.

Timoteo Leal y María Andrade se casaron el 24 de noviembre de 1880; el 20 de diciembre de 1889 compró él la casa hoy disputada, por lo cual la adquirió la sociedad conyugal. Muerto el marido el 12 de noviembre de 1904, esa sociedad quedó disuelta; pero no se procedió a liquidarla y en esta situación permanecieron las cosas, sin incoarse siquiera el juicio mortuorio del señor Leal, así se hallaban el 9 de enero de 1934 en que fa lleció su viuda.

A la muerte del señor Leal, que habitaba casa con su mujer y sus hijos, ella y éstos siguiero viviendo allí, y al morir ella allí siguieron vivie do la demandante y varios de sus hermanos permanente u ocasionalmente los hijos de alg nos de éstos. En varias oportunidades la fin se arrendó total o parcialmente, en contratos c yos documentos hacen ver que unas veces arrendador era la actual demandante y otras actual demandado Aureliano.

Según carta del señor Francisco Andrade, ma do de la demandante, dirigida a algunos de demandados, en vista de que no se había seg do el juicio mortuorio del señor Leal, ni tamp el de la señora Andrade y de que por el la tiempo transcurrido los impuestos se llevar el valor de la casa, aquél ideó este pleito p que la sentencia impetrada formase un títul favor del cual la casa pudiera venderse para

partir su producto honestamente entre los descendientes de aquellos consortes. De ahí la demanda y el tono de sus respuestas.

Quedan resumidas las bases de hecho de la sentencia del Tribunal; y las razones de derecho con las consecuenciales, pues, en suma, halló que no puede reputarse posesión personal y exclusiva de la actora la consistente en los actos suyos que aduce, consistentes en haber habitado y arrendado la casa, siendo así que otro tanto hicieron su madre y sus hermanos a partir de la muerte de su padre, y que tales actos no pueden tener exclusividad y, por decirlo así, privilegio en cuanto ejecutados por ella y carecer de toda significación al tratarse de esotras personas, ya su madre (de 1904 a 1934) ya sus hermanos, quienes, a más de realizar actos idénticos a los invocados en su propio favor por la demandante, quedaron a la muerte de sus padres en el mismo pie que ella, en lo atañadero al dominio.

En casación se aducen los motivos 1º y 2º del rt. 520 del C. J.

Motivo 2º—Se descarta, por inadmisible, desde uego, con sólo tener presente que la sentencia es bsolutoria, lo que en general implica —y en este aso es incuestionable— que no quedó por decirse ninguna de las pretensiones oportunamente educidas, ni tampoco se falló **extra o ultra petita.** demás, las que como razones de aducir este otivo se presentan por el recurrente, versan tos sobre la manera de considerar el Tribunal el igio en lo relativo a posesión, y ellas, que atan al motivo 1º, pasan a estudiarse dentro de él.

Motivo 1º—Aquí se acusa por violación directa disposiciones legales sustantivas, unas como inbidamente aplicadas, otras por haberse dejado aplicar, y también por violación indirecta en ón de apreciación errónea de las pruebas que efecto se citan. Se resumen estos cargos en el smo orden en que se formulan.

Dice el recurrente que el Tribunal dejó de apli el art. 762 del C. C. y aplicó indebidamente 757 del mismo, porque confundió la posesión terial y personal y directa de un cuerpo cierto, es la alegada por la demandante como funda to de su acción, con la meramente legal, que ha presentado, a que no se ha referido, que no ifica aprehensión material y que es, como algo diferente de aquélla, la de la herencia de habla ese art. 757, análoga a la meramente rita.

Comprobada, como sostiene que está aquella posesión material de la demandante, el Tribunal quebrantó los arts. 2512, 2518, 2531 del C. C. y el 2º de la Ley 120 de 1928, dejándolos de aplicar, ya que consagran el derecho de ganar por prescripción a quien ha poseído durante cierto lapso, y a pesar de esa posesión y de haberse extendido a tiempo mayor del requerido, el Tribunal negó ese derecho.

Violó —dice— los arts. 785 y 765 del C. C., porque aquél se refiere a posesión de la herencia, cosa extraña al pleito, y éste (el 765) versa sobre mera tenencia, siendo así que aquí lo demostrado por la actora ha sido posesión, porque sus actos de tenedora han estado acompañados **ab initio** de su ánimo de dueño, y porque, además, sus omisiones o tolerancia, como la de que dejara vivir en la casa suya a su madre y a sus hermanos, no significan reconocimiento de dominio en favor de ellos, sino, por el contrario, afirmación del dominio de la demandante quien, ejerciéndolo, cumplía deberes de afecto.

La demanda de casación, una vez expuestos estos cargos, formula los de error en apreciación de pruebas en el orden que pasan a resumirse.

Error de hecho

Incurre en este error el Tribunal al apreciar la declaración del testigo García aceptando que Aureliano Leal fuera dueño porque dió en arriendo a García parte de la casa. El error está en entender que no puede arrendar sino el dueño y que del sólo acto de arrendar, que bien puede ser y aquí fue por cuenta ajena, se deduzca comprobación de dominio.

Otro tanto repara sobre el testimonio de Lucas Méndez.

Del propio modo yerra el Tribunal al compartir los conceptos de los testigos Tobías Monroy y Policarpo Villate sobre que la señora María viuda de Leal poseyó la casa desde la muerte de su marido, o sea, de 1904 a 1934, al frente de su hogar, como cabeza de familia, junto con sus hijos, atendiendo a las reparaciones e impuestos de esa finca y siendo reputada por todos como dueña. El error consiste, según el recurrente, en que lo que en verdad sucedió fue que la actual demandante permitió generosamente que en su propia casa, sólo suya, viviesen su madre y hermanos.

Otro tanto, respecto del testimonio de Vicente Barrera.

Según el recurrente, esos actos de la actora no infirman su posesión exclusiva y para que la infirmaran habría tenido que demostrarse algo concreto sobre que no fueron obra de su voluntad, pues mientras aparezcan, tal como aparecen y en verdad fueron, omisiones y tolerancia deliberadas de ella, antes bien confirman su ánimo de señor. De ahí que agregue: "Que un tercero arriende mi casa, que en ella haya vivido conmigo mi madre, que en ella hayan tenido piezas y depósitos mis hermanos, que uno de ellos haya vivido en ella, son hechos que en nada desvirtúan mi posesión, mientras no se demuestre que todos esos hechos ocurrieron sin mi consentimiento".

Error de derecho

Lo hace consistir en que el Tribunal dió a las declaraciones de testigos y a la carta mencionada un valor probatorio que la ley no les asigna, pues indujo dominio de Aureliano por el mero hecho de figurar como arrendador en uno de los contratos de arrendamiento de parte de la casa que obran en el expediente, y dedujo posesión en madre y hermanos de la actora del mero hecho de haber habitado ellos la casa, y a la carta dió tal fuerza, que la equiparó a confesión de parte. Así desoye el Tribunal los arts. 603, 697 y 698 del C. J.

Añade el recurrente: se probó en debida forma la compra de la casa por Timoteo Leal durante su matrimonio con María Andrade y que la demandante y sus demandados son hijos del comprador; pero con eso no basta para tenerlos por sus herederos, pues es preciso de toda necesidad de su aceptación de la herencia, y esa aceptación no consta; María Teresa no ha aceptado ni obra como tal heredera. Así, el Tribunal al tomar por este camino, que no es el de la demanda formulada sobre la base de una posesión material personal y directa, no la legal de ninguna herencia, apreció estas pruebas erróneamente, apartándose de los arts. 593, 601 y 630 del C. J., y ya, tomada esa senda, dejó de aplicar las disposiciones sustantivas citadas y pronunció sentencia absolutoria.

Falta de apreciación de pruebas.

En este punto de la demanda de casación acusa el recurrente por haberse dejado de apreciar la contestación de la demanda, porque, al convenir en ella todos los demandados y al contestar afirmativamente sus hechos fundamentales, entre ellos el 4º —sobre el cual versa el cargo especialmente— prescindió de la confesión así formulada por los demandados, ante la cual no tenía para qué ni cabía estudiar pruebas distintas. El error consiste en haber pasado por alto esta prueba, cuyo valor está asignado por el art. 606 del C. J. como prueba plena, sin lugar a infirmarse sino comprobando que "el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable", lo que aquí no se ha hecho: Y por este error el Tribunal, desconociendo la posesión invocada por la demandante, dejó de aplicar las leyes sustantivas antedichas y absolvió a los demandados.

Se considera:

La circunstancia de que la demandante asuma su papel de tal en forma personal y directa, invocando actos suyos independientes de su calidad de heredera de sus padres y aun apartándose de ésta expresa y reiteradamente, no puede impedir que el sentenciador vea lo que está demostrado en el proceso sobre que la casa la adquirió la sociedad conyugal prenombrada, que la señora Andrade fue cónyuge supérstite del comprador señor Leal y que al morir éste, que en la casa vivió con su mujer y sus hijos, entre ellos la actual demandante, viuda e hijos siguieron viviendo en la casa cada cual de todos ellos con el derecho correspondiente a sus calidades de que se está hablando.

No es, pues, que el Tribunal desconozca el p de poseedora personal y directa de la casa con se presenta la actora a demandar, sino que recon ce que, al propio tiempo que ella, había otr hijos de ese matrimonio y existía su madre, có yuge sobreviviente del difunto comprador, y co juntamente todos ellos, madre e hijos, vivían siguieron viviendo en la casa.

La demanda se entabló sobre dicho pie. De o lado simultáneamente se han producido estos h chos, con su consecuencial situación de derec De no cerrar los ojos ante ésta no se deduce q el Tribunal haya confundido la posesión legal la herencia con la posesión material de una es cie. No se ve, pues, el quebranto de los arts. y 762 del C. Civil.

Tampoco el de los arts. 765 y 783 del mis por las mismas razones expresadas. No puede vidarse que a la muerte del señor Leal su he cia se defirió a sus hijos legítimos y que, po mismo, a todos ellos asistió desde ese mom

posesión legal de ella conferida por el art. 757; suerte que no puede pasarse por alto la ocupación por todos ellos de esa casa, que era un bien erencial en lo que al liquidarse la sociedad conugal correspondiera al cónyuge difunto, y que lo restante, correspondiendo al cónyuge sobreviente, podía ser ocupado por éste y a tal título. Repítese que la sentencia en estudio no parte el supuesto equivocado de que la demandante ore como heredera y aduzca su posesión legal, no que, reconociendo que ella se presenta como oseedor material, el Tribunal reconoce al propio empo la situación de la madre y hermanos de actora, algunos de éstos demandados aquí.

Cuanto al error de hecho en la apreciación de s pruebas, debe recordarse que éste ha de apacer de modo manifiesto en los autos para que, al oducirse por él una violación de ley sustantiva, ueda motivar casación, y que no se halla error esta clase y categorías en el presente caso. El ribunal no pasa por alto ninguna de las referidas uebas y todas las toma en consideración fielente, sin dar por acreditado con ellas algo que o digan sin desconocer nada de lo que efectivaente dicen.

En cuanto al error de derecho, tampoco existe. as declaraciones de testigos las apreció el Triunal como corresponde a los arts. 697 y 702 del . J., y a la carta aludida no dió el valor de consión. La tomó como explicación de la conducta los demandados al proceder a la contestación la demanda como lo hicieron. Además, bien odría suprimirse del todo la carta del marido de demandante, sin que por ello dejara la sentena de tener en sus restantes fundamentaciones un porte suficiente.

Un número plural de testigos que dan razón de dicho y se refieren a hechos presenciados por los o en que han intervenido, declaran sobre ocupación de la casa conjuntamente por la viuy los hijos del señor Leal y el reconocimiento que en todo el lapso transcurrido desde la muerde Leal en 1904 hasta la de su viuda en 1934, a señora, como era lo natural y obvio, como jey cabeza de su familia, poseía la casa, atendía us reparaciones y pagaba sus impuestos, a más habitarla permanentemente junto con sus hi-

o cabe hallar error, ni de hecho ni de derecho, que el Tribunal reconozca que esta prueba se he rotundamente a la afirmación de la demante sobre su posesión personal y exclusiva, ni cabe cargo de error por aceptarse esa prueba o por ponerla en relación con las referentes a la compra de la casa durante el referido matrimonio y a la muerte del comprador y a su calidad de padre de los demandados.

Pasa a estudiarse, con la atención singular que requiere, el cargo relativo a la confesión que el recurrente encuentra en la contestación de la demanda y a la prescindencia de prueba tal que debiera haber bastado para sentenciar como pide la demanda.

Los más de los demandados respondieron: "Acepto la parte petitoria de la demanda"; pero otros contestaron así: "Parte petitoria: La acepte mediante su comprobación". Estos, que fueron Rafael y Juan José, exigieron, pues, que la acción se comprobase.

Todos convinieron en los hechos, aunque no en la forma incontestada que el recurrente sugiere, sino con ciertas adiciones que los condicionan y que limitan el asentimiento. Así, en el hecho 4º, que es al que se refiere en especial el recurrente para formular este cargo, sucede que la demanda lo expone en estos términos: "Desde la muerte de mi finado padre, 1904, hasta la fecha actual, siempre he vivido en posesión pacífica y tranquila de la casa, sin que, por otra parte, haya habido perturbación de ningún género". Y las respuestas dicen: "Es cierto. La demandante ha vivido en la casa cuya prescripción solicita á su favor desde 1904 hasta la fecha en forma pacífica y tranquila".

El Tribunal observa que una cosa es haber vivido en la casa y otra cosa haberla poseído personal y exclusivamente, y que ese solo hecho de haber vivido allí no pone a la demandante en situación distinta o superior a la de sus hermanos, de quienes hay constancia de haber hecho otro tanto, como lo hizo su madre hasta su muerte. Es de aquí de donde deduce el recurrente su acusación por no haberse dado a la confesión contenida en la respuesta de la demanda su fuerza legal de plena prueba reconocida en el art. 606 del C. J.

Al estudiar este cargo encuentra la Sala que la confesión tiene esa fuerza en cuanto se trate de lo acreditable por ese medio y que en el presente caso hay una parte del lapso de prescripción a que esa prueba no puede extenderse, por lo cual, aunque el cargo se hallara procedente en principio por estimarse que hay confesión lisa y llana por los demandados en la posesión afirmada por la demandante, no podría, sin embargo, prosperar.

Esa parte del lapso de prescripción a que acaba de aludirse es la transcurrida de la muerte del señor Leal en 1904, desde la cual corre la posesión invocada por la demandante, y el 22 de septiembre de 1916 en que ella llegó a la mayor edad y ya en capacidad legal pudo poseer, es decir, tener el ánimo de señor necesario al efecto.

La falta de necesidad de autorización alguna para adquirir posesión los que no pueden administrar libremente lo suyo, de que habla el art. 784 del C. C., se refiere sólo a bienes muebles. El segundo inciso de este artículo dice: "Las dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros".

María Teresa fue bautizada de siete días de nacida el 29 de septiembre de 1895 (Cuaderno 2º, folio 13 v.), por lo cual al morir su padre acababa de cumplir nueve años.

La demanda es de 1942, fechada el 10 y repartinda el 18 de junio y notificada en noviembre, pués el 9 de este mes quedó notificado el último de los demandados.

Salta a la vista que para entonces no habían transcurrido los treinta años necesarios para la prescripción, ya que la posesión alegada por la demandante, aunque estuviese plenamente comprobada tal como ella pretende, no podría empezar a contarse sino desde el 22 de septiembre de 1916.

Esta sencilla computación y comparación de fechas habría sido por sí sola razón suficiente para absolver, aun sin necesidad del estudio de las pruebas hecho en ambas instancias, en que ha entrado la Corte porque a ello la obligan las peculiaridades de la casación.

Debe advertirse que la demandante con suma claridad y la mayor insistencia afirma haber poseído por sí misma; de suerte que no hay lugar a considerar si su acción habría prosperado, que mientras fue menor, es decir, de 1904 a 1916, esa posesión para ella y a nombre de ella y como su representante legal la ejerció su madre. Se alude a tal contingencia tan sólo para poner presente que este problema no se ha planteado ni tal es la faz del litigio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el veintiséis de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

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

(Magistrado Ponente: doctor Pedro Castillo Pineda.

Eliseo Ramírez demandó por la vía ordinaria a la sucesión de Romualdo Burgos, representada por la cónyuge sobreviviente Delfina Torres de Burgos y por los herederos María Eva, María Josefina, Romualdo, Víctor, Manuel Antonio y Eliécer Burgos, asistidos los dos últimos por su madre Delfina Torres, para que en sentencia definitiva se le condenase a pagarle al actor la cantidad de cuatrocientos noventa pesos ($ 490.00), junto con sus intereses al 2% mensual, a contar del día ocho de febrero de mil novecientos quince (1915), hasta cuando el pago se verifique, más las costas del juicio.

Como hecho fundamental de la demanda, se afirmó, entre otros, el siguiente:

"a) Que por documento firmado en Bogotá, el ocho de febrero de mil novecientos quince, el causante Romualdo Burgos se declaró deudor del demandante Ramírez por la cantidad de cuatrocientos noventa pesos oro inglés ($ 490.00 oro inglés) procedentes del valor de una letra como allí se dice y otras causas, cantidad que debía pagar el causante dentro de los seis meses siguientes a la fecha del documento, con interés en el plazo y a mora al dos por ciento mensual (2% mensual), documento que acompaño debidamente estampillado en dos fojas".

Los demandados contestaron oponiéndose a que e hicieran las declaraciones de la demanda y negando los hechos en que se fundamenta. De aquellos, María Josefina afirmó "no ser cierto que la sucesión le deba nada al demandante, pues el documento presentado como prueba es falso en su contenido y mi madre no rogó a nadie que lo firmara". Semejante tacha hizo Romualdo. La cónyuge sobreviviente, señora Torres de Burgos, expresó, entre otras cosas, que su "esposo no se declaró deudor del señor Eliseo Ramírez, en la forma que dice el documento base del juicio, ni en ninguna otra" y que "mal podía aceptar la sucesión un documento que reza una falsedad prominente", y propuso, entre otras cosas, la excepción de falsedad afirmando que dicho documento era adulterado, simulado o falso.

Una vez agotada la tramitación propia de la primera instancia, el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá la cerró en sentencia de tres de abril de mil novecientos cuarenta y cinco, por medio de la cual declaró probada la excepción perentoria de prescripción de la acción ordinaria y absolvió en consecuencia a los demandados de los cargos formulados en la demanda, sin costas.

La apelación del demandante elevó el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que a su debida oportunidad profirió la sentencia de diez y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, por medio de la cual reformó la apelada; declaró no ser del caso hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda; absolvió en consecuencia a la sucesión demandada, y decidió que no había lugar a estudiar las excepciones propuestas, sin costas en ninguna de las instancias.

Este fallo se fundamentó en las siguientes consideraciones que se sintetizan: que el documento privado en que se fundamenta la acción no ha sido reconocido por los demandados y que en cambio alguno de ellos lo tachó de falso, por lo cual el actor estaba obligado a probar su legitimidad; que las declaraciones de los testigos actuarios señores Mauricio Castro, Miguel A. Jiménez y Teodosio Cantor B., rendidas extajuicio ante el señor Juez Primero Municipal de Bogotá (fs. 2 y 3, cuaderno Nº 1), que se acompañaron a la demanda, no fueron ratificadas durante el juicio, por lo cual ellas carecen de valor probatorio; que como el actor no presentó ninguna otra prueba con aquella finalidad había que "deducir que no probó la legitimidad del título que ha sido allegado a este juicio, y que fue tachado de falso"; que de consiguiente la acción no prosperaba y que ello hacía innecesario entrar a estudiar las excepciones propuestas.

Como al actor le fue concedido recurso de ca-

sación y la tramitación de éste se encuentra ya agotada, procede la Sala a decidirlo.

Apoyado en la causal primera contemplada en el artículo 520 del Código Judicial formula el recurrente tres cargos contra la sentencia, los cuales se agrupan para estudiarlos conjuntamente, en atención a la estrecha vinculación que entre ellos existe.

En dichos cargos sostiene en síntesis el recurrente, que el sentenciador infringió directamente los artículos 1757, inciso 1º, 1761 del Código Civil y 207, 597, ordinal 1º y 645 del Código Judicial al admitir en la sentencia que la carga de la prueba en la extinción de las obligaciones no le corresponde al excepcionante sino al demandante, que la excepción de falsedad y nulidad de un documento debe probarla éste mismo y no quien la alega; que no habiendo sido objetado ni redargüido de falso el documento base del juicio, y que fue acompañado con la demanda ha debido tenerse como prueba plena, cosa que no se hizo; que igualmente se incurrió en violación del artículo 693 del C. J. por aplicarlo indebidamente al caso del pleito cuando éste se regulaba por lo dispuesto en el artículo 1761 del C. C. y 645 del C. J.; que el sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación del referido documento, por cuanto que no habiendo sido tachado de falso ha debido tenerse por reconocido de conformidad con lo establecido por el artículo 645 del C. J.

Se considera:

Los cargos cuya síntesis acaba de hacerse son notoriamente improcedentes. En efecto, si bien es cierto que el documento de fecha ocho de febrero de mil novecientos quince (f. 1, cuarderno Nº 1), en que se apoya la acción ejercitada por el recurrente, fue acompañado por éste a la demanda, no es menos evidente que él fue objetado o redargüido de falso por los demandados desde el momento mismo de la contestación de la demanda, no solo porque éstos negaron todos los hechos básicos del juicio, entre los cuales se cuenta el distinguido con la letra a), transcrito al principio de este fallo, en que se afirma que el causante Romualdo Burgos otorgó dicho documento y contrajo la obligación de que en él se habla, sino también porque expresamente afirmaron en aquella contestación que "el documento presentado como prueba es falso en su contenido" y que "reza una falsedad prominente". Ante tan explícitas y categóricas afirmaciones sería absurdo sostener que los demandados han aceptado la autenticidad del mencionado documento, y que a éste puede cobijarle el reconocimiento presuntivo de que trata el artículo 645 del Código Judicial. Y como él no aparece que haya sido registrado ni menos reconocido en vida por el otorgante, es claro que al recurrente le correspondía suministrar la prueba de su legitimidad, al tenor de lo dispuesto en la parte final del texto legal en cita, cosa ésta que no cumplió.

Posiblemente con el propósito acabado de indicar, el recurrente acompañó a su demanda las declaraciones extrajuicio de los antes mencionados señores Castro, Jiménez y Cantor, que aparecen firmando como testigos actuarios el documento en cuestión; pero esas meras declaraciones de nudo hecho, no pueden, como así lo estimó rectamente el Tribunal, ser apreciadas en juicios contradictorios como el presente, sin que su ratificación se haya decretado y practicado en tiempo oportuno, por prescribirlo así el artículo 693 ibidem, y no contemplarse ninguno de los casos de excepción de que tratan los artículos 694 y 695 de la misma obra.

Confrontándose esas circunstancias, bien hizo el sentenciador en desechar el referido documento de 8 de febrero de 1915 como demostración suficiente de las prestaciones que exige el recurrente y en absolver, en consecuencia, a la sucesión demandada, puesto que a aquél incumbía —al tenor de lo preceptuado en el art. 1757 del C. C.— la carga de la prueba de las obligaciones que alega y no la suministró. Y de esa función probatoria no podía exonerarse el recurrente amparándose en la circunstancia de que el demandado alegó una excepción de falsedad en la contestación de la demanda y que como tal excepcionante le correspondía la carga de la prueba, pues ello sólo sería procedente sostenerlo si el documento acompañado al juicio demostrara en forma plena la existencia de la obligación; pero en un caso como el de autos, en que aquél está desprovisto de registro, de reconocimiento en legal forma y de garantía alguna de autenticidad, al demandado le bastaba objetarlo o alegar su falsedad, como así lo hizo, y asumir una actitud pasiva en el juicio para imponer al actor el deber de suministrar la prueba plena de la existencia de la obligación que ha alegado.

Se comprende, por lo expuesto, que el Tribunal no ha incurrido en el error de derecho que le achaca el recurrente ni en el quebranto de la

disposiciones a que los cargos se refieren, los cuales, por tanto, se rechazan.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas por no haberse causado.

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

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, Septiembre 30 de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza.

En el Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín y en el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial cursaron en su orden las instancias primera y segunda del presente juicio ordinario de los consortes Manuel Vélez y María Teresa Pulgarín contra Juan N. Arroyave, quien los contrademandó.

Aquéllos tomaron a éste en arrendamiento la finca Villatina, situada en las afueras de esa ciudad sobre el camino a la de Rionegro, según documento privado de 16 de mayo de 1940, con término de cuatro años contados desde ese día, a razón de $ 40 el mes (Cuaderno 3º, folios 13 y 14).

El 25 de febrero de 1941 presentó Vélez por medio de abogado la demanda inicial del pleito, a la que adhirió después la señora Pulgarín. Son hechos fundamentales ese contrato, su cumplimiento por los arrendatarios y el incumplimiento del arrendador consistente en haber arrendado parte de la finca para construcción de casas por terceros en empresa de urbanización y captado para ellas y desviado el agua de la finca con grave perjuicio para ellos, porque les menoscabó su negocio de lechería reduciendo por muerte de unas vacas y venta a menosprecio de otras, las veintiseis que pusieron allí inicialmente a sólo seis, "debido precisamente a la falta del pasto por los lotes de terreno vendidos y a la variación del cauce del agua", según palabras del libelo, el que afirma que Arroyave les arrendó para ese negocio.

La demanda formula las súplicas que en seguida se expresan, resumiendo unas y transcribiendo otras, así: a) Declaración de que Arroyave debe pagarles los perjuicios causados por él o con su consentimiento, por haber variado la forma de la cosa arrendada y hecho en ella trabajos que turban y embarazan su goce y podían haberse diferido y recaen sobre parte tan grande del inmueble que el resto es suficiente para el objeto con que lo tomaron; b) Que se le condene a indemnizarles tales perjuicios; c) Que además se le condene a la disminución proporcional del precio o renta para el tiempo restante; d) Subsidiariamente, que cese el arrendamiento;

e) "Subsidiariamente que se declare la rescisión del contrato de arrendamiento en cuestión, de la fecha expresada por haberle impedido al arrendatario Vélez hacer del inmueble el uso para el cual lo tomó arrendado, y con la respectiva indemnización de perjuicios por el daño emergente que se le ocasionó, ya que el vicio de la cosa tuvo causa anterior a la vez que posterior al contrato"; y f) Que si el demandado se opone, se le condene en costas.

Arroyave contestó oponiéndose. Aceptó el hecho de la celebración del contrato y negó los relativos a cumplimiento por su contraparte y a incumplimiento por él; afirma que la venta de lotes fue empresa suya en marcha cuando contrató el arriendo y base conocida por los arrendatarios y que lo del agua, en vez de dañarles, les aprovechaba por la mejor distribución. Abrevia su respuesta la presentación simultánea de la contrademanda a que en aquélla se refiere. Son hechos fundamentales la celebración del contrato, la existencia de compromisos de él con terceros a quienes debía venderles lotes para que construyesen casas a que él suministraría agua, de todo lo cual antes de arrendar informó a los arrendatarios, y agrega el incumplimiento de éstos, tanto en el pago de la renta cuanto en la administración y cuidado de la finca, porque dejaron emalezar los potreros, tumbaron árboles para leña y no repararon las cercas. Según él, el objeto del pleito es para los arrendatarios evitar o demorar la entrega de la finca y el pago de los cánones.

La contrademanda pide se declare: a) Que el contrato queda terminado por el incumplimiento de los arrendatarios; b) Que deben restituírsele la finca al ejecutoriarse la sentencia; c) Que debe pagarle los cánones desde el 16 de enero de 19 día final de la última mensualidad que le pagan hasta el vencimiento del plazo, con intereses legales; ch) Que deben indemnizarle los perjuicios que le han causado por el incumplimiento en especial de sus obligaciones sobre adminis

ción y cuidado de la finca, y d) Que le han de pagar las costas del juicio.

Previa la tramitación de ley, el Juzgado en sentencia de 7 de septiembre de 1943 declaró terminado el contrato por voluntad de las partes y obligados los arrendatarios a entregar la finca al arrendador dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esa sentencia y a pagarle los cánones vencidos y no cubiertos hasta el día de la entrega, con sus intereses legales. Manifiesta que no hace ninguna de las restantes declaraciones pedidas en demanda y contrademanda y que no están probadas las excepciones propuestas. No hace condenación en costas.

Por apelación de Vélez, subió el proceso al Tribunal, donde sustanciada la instancia, se decidió el 17 de julio de 1945 en sentencia cuya parte resolutiva se resume, siguiendo su ordenación, así: a) Declara terminado el contrato por vencimiento del término estipulado y por incumplimiento de ambas partes; b) Ordena a los arrendatarios restituír al arrendador la finca arrendada; c) Los condena a pagarle los cánones estipulados, o sea, $ 40 el mes, desde el 16 de enero de 1941 hasta la entrega, y $ 60 como valor de los árboles que derribaron; d) Condena a Arroyave a pagarles 37 mensuales desde dicho 16 de enero de 1941 hasta aquella entrega, como indemnización de perjuicios por la urbanización referida; e) Declara compensación entre esas cantidades mensuales hasta concurrencia de la menor; f) Niega las restantes peticiones de demanda y contrademanda, y g) Declara no probadas las excepciones opuestas. No hace condenación en costas.

Contra este fallo interpusieron casación ambas partes. Ambos recursos se admitieron y tramitaron debidamente y hoy se deciden.

Las consideraciones previas que pasan a hacer en seguida son indispensables para la delimitación de uno y otro de los dos recursos, tanto para establecer lo que señala la competencia de la Corte como, a la vez, concretar lo que puede y debe formar la materia de los cargos de uno y otro de los recurrentes.

Aunque por motivos distintos y aun opuestos, las partes contratantes, acusando cada una a la otra de incumplimiento y afirmando haber cumplido sus obligaciones propias, están acordes en pedir se declare terminado su contrato. Hoy, dado el transcurso del tiempo, a ese acuerdo se añade el vencimiento de los cuatro años señalados a su duración, con lo que él expira, según el art. 2008 del C. C., lo que significa la obligación de los arrendatarios de restituír la finca arrendada, tal como establece este Código en su art. 2005.

Asimismo es obligación de ellos, al tenor del art. 2.000 **ibidem**, pagar el precio o renta. La rebaja de éste que atiende el art. 1986 de esa obra, pretendida por ellos, no tiene amparo en esta disposición, la que autoriza esa medida cuando se trata de reparaciones, cuya duración o extensión a gran parte de la cosa arrendada justifica que el arrendatario dé por terminado el contrato, y bien se ve que la urbanización mencionada no puede catalogarse entre las reparaciones contempladas allí.

Tampoco es aplicable el art. 1992 del C. C., porque la urbanización tampoco tiene calidad de vicio y es a éste al que atiende o se refiere este artículo. De manera que, si bien es interesante desde otros puntos de vista indagar y establecer si los arrendatarios contrataron sobre la base de que la urbanización había de continuar durante su contrato y a pesar de él, este importante detalle de si procedieron o no a sabiendas de tal propósito del arrendador, no tiene relación, sin embargo con esta disposición legal por la circunstancia ya expresada de no tratarse de un vicio y de ser a éste al que ella se refiere y a lo que obligan a limitarla su tenor literal y su relación con los artículos que la preceden.

Así pues, si se llega a la conclusión de que Arroyave ha de reputarse responsable de turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada como resultado de la urbanización, es el art. 1987 de ese Código el que da campo a la condena a indemnizar perjuicios que contra él piden los arrendatarios.

Cuanto a la que él demanda contra éstos, respalda esta súplica el mismo Código en su art. 1997, cuyo procedente será el estudio de los hechos a fin de saber si tales perjuicios se han causado y, caso afirmativo, a cuánto ascienden.

La breve exposición precedente abarca la contienda, ya que ésta consiste en la terminación del contrato, la devolución de la finca, el pago de los cánones y, de otro lado, la indemnización de perjuicios que cada una de las partes pretende afirmando su propio cumplimiento y atribuyendo culpa a la otra.

Ya se vió cómo proveyó el Tribunal a cada uno de estos varios problemas, y ya se dijo que ambas partes son recurrentes.

Como demanda de casación de Vélez y señora

se presenta un reclamo contra la admisión del avalúo de lo que como lucro cesante decretó el Tribunal en su favor, reclamo de que aquél deduce la solicitud de que se decrete nuevo avalúo. No aduce ninguno de los motivos taxativamente establecidos en el art. 520 del C. J., ni llena tampoco las exigencias del art. 531 **ibidem.** Así las cosas, no puede el memorial en referencia considerarse como demanda de casación que obligue o permita a la Sala estudiarlo dentro de la actuación presente. Esto significa que falta tal demanda y que el recurso de Vélez ha quedado desierto.

Como por otra parte, ningún reclamo de ellos se ha formulado en razón de que, a pesar de ser ellos apelantes únicos de la sentencia de primera instancia que Arroyave consintió, el Tribunal entrara a considerar la totalidad de los problemas planteados en demanda de reconvención, cual si Arroyave hubiera apelado también, la Corte tiene que reconocer que para Vélez y señora está ejecutoriado el fallo del Tribunal y que no puede estudiarlo sino en lo pertinente a los reclamos de Arroyave.

Estos versan sobre los perjuicios, así: respecto de la condena a cargo de él, para obtener que se le absuelva, y respecto de la condena a su favor y a cargo de Vélez y señora, para conseguir que, en vez de limitarla a los $ 60 de dos árboles derribados, se la extienda a todo lo que él reclama.

Varios cargos formula contra la sentencia del Tribunal invocando el motivo 1º de los del citado art. 520, de los cuales prospera el que se considerará en seguida; de manera que de acuerdo con el art. 538 del C. J., la Sala prescinde al respecto de los restantes.

Ese cargo es el de quebranto del art. 2008 del C. C., en esta forma: el Tribunal da por comprobado un lucro cesante de $ 37 al mes y condena a Arroyave a pagar esta suma mensual desde el 16 de enero de 1941 hasta que ellos le devuelvan la finca; como esta devolución ha de ser posterior al vencimiento de los cuatro años pactados para la duración del contrato, al condenar por un tiempo posterior, corto que fuese y en realidad ya largo, se olvida aquella disposición, puesto que, aunque la condena en sí fuera justa y aunque su fijación en los $ 37 mensuales fuera acertada, habría error en llevarla más allá del día final del contrato.

Admitido el cargo y rota en lo pertinente la sentencia recurrida, procede dictar la que ha de reemplazarla, tal como manda dicho art. 538.

Los perjuicios de que se quejan Vélez y señora se hacen provenir, según el texto de su demanda inicial del juicio, de la desviación del agua y de la venta de lotes de terreno. La queja relativa al agua prácticamente quedó retirada de la contienda, probablemente por el éxito de Vélez y señora en la querella de policía que siguieron contra Arroyave cuando emprendió las obras de desviación y captación a que en su demanda de este juicio se refieren. Cuanto a la enajenación de lotes, Arroyave sostiene que ella obedece a una empresa de urbanización adelantada desde antes de arrendar y que antes de celebrar este contrato él advirtió a Vélez y señora que esa empresa continuaría; de modo que éstos tomaron la finca sobre tal base. Deduce de ahí la sin razón de que le reclamen perjuicios por esta causa. Y por otra parte agrega que si, como ellos dicen en esa demanda, los pastos faltaron, esto se debe a que contra expresa estipulación del contrato, le pusieron a la finca una cantidad de animales excesiva y, en todo caso, mayor de la que podía sostener y así las cosas, él es el que tiene derecho de reclamar por este motivo.

Está comprobado que Vélez y señora recorrieron la finca antes de tomarla, que vivían cerca de ella, que para entonces ya había varias construcciones en la referida urbanización y que, a más de avisos en la prensa para propaganda de ésta eran públicas las reuniones de los numerosos compradores o promitentes compradores de lotes. Estas circunstancias llevan a varios testigos a afirmar que Vélez y señora no podían ignorar la urbanización cuando tomaron la finca. Pero esto no significa que precisamente contrataron sobre la base de que la urbanización había de continuar; bien podían proceder en la creencia de que Arroyave arrendaba la finca cabalmente por haber decidido no insistir en aquella empresa o, con más precisión, suspenderla entre tanto. Hace posible y aun probable esta conjetura el hecho de haberse expresamente estipulado que la enajenación total o parcial de la finca pondría fin al arrendamiento. Llama la atención en este sentido el hecho de que el documento que tan prolijamente atiende a diversos detalles, algunos demasiado nimios, no contenga declaración alguna sobre un pacto tan extraordinario como habría sido el de que los arrendatarios afrontaran las consecuencias de una urbanización que, mermando el terreno y dejándolo por el respectivo costado abierto al público, a todas luces dificultarían

a impedirían el negocio de hato para el cual
.ban la finca, como habrían de dificultar su
, aunque no hubiera sido precisa y exclusiva-
:e ese negocio el fin que los llevó a contratar.
a de ello lo que fuere, salta a la vista que,
stando comprobado que ellos asumieran esas
ngencias y sí estándolo que su negocio de le-
ía se les menoscabó, sufrieron con esto per-
os que, nacidos de actuación de Arroyave,
éste indemnizarles. Es de tener en cuenta la
gación del arrendador de librar al arrendatario
oda turbación o embarazo en el goce de la
arrendada, impuesta por el art. 1982 del C.C.
principio, pues, ha de subsistir la condena
rgo de Arroyave a indemnizar a Vélez y se-
los perjuicios de que se quejan, consistentes,
n la demanda de ellos, en el menoscabo de
egocio de lechería, es decir, en el lucro ce-
e; pero, como ya se vió, prospera el cargo de
yave relativo a la extensión que más allá
día final del plazo dió el Tribunal al pago de
lucro. Y, cesada la sentencia en tal virtud, en
notivación de su reemplazo ha de estudiar la
lo atinente a ese lucro. A que procede.

a las instancias y también ahora han discu-
o y discutido las partes sobre las consecuen-
adversas a ese negocio nacidas de haber que-
o abierta la finca al trámite público y expues-
la salida y hurto de los animales: pero esta
a no se formuló en la demanda ni estos he-
figuran entre los aducidos como fundamen-
s, y es a lo demandado a lo que debe ceñirse
ntenciador, según el art. 471 del C. J. **in fine**,
unto de que cuando se ciñe a este precepto,
allo es acusable por el motivo 2º de los del
520 de esa obra.

s hechos de que Vélez y señora se quejan en
belo y que en él señalan como causantes de los
uicios son, como ya se advirtió aquí transcri-
do sus palabras, el desvío del agua y la ena-
ción de lotes. Como también se vió, lo del
es queja de que prescindieron y sobre la
obran comprobantes de que no se consumó
tividad de Arroyave a que ellos se refieren.
to a la entrega de lotes por él a terceros co-
ompradores o promitentes compradores, se
que es un hecho indiscutido, aunque no se
ecisado en el expediente el número de lotes,
extensión, ni la fecha de entrega.
ndo lo demandado por Vélez y señora la in-
ización de ese menoscabo de su negocio, es
del surgido por el menoscabo del terreno arrendado, es claro que al avalúo de esta prestación debe procederse así: en vista de la calidad y extensión de la zona correspondiente a los lotes entregados a terceros con posterioridad al 16 de mayo de 1940 y con anterioridad al 16 de mayo de 1944, se determinará el número de vacas que normal y prudentemente podrían haberse sostenido en esa zona, y en vista de su rendimiento promedial y del precio de la leche en la ciudad, por una parte, y por otra, de las bajas de un negocio de esta clase por cuido, ordeño, transporte, etc., se establecerá la utilidad líquida. Como esa entrega de lotes y merma consecuencial para los arrendatarios no fue simultánea sino sucesiva, deben formarse dentro de los expresados cuatro años épocas distintas para ir estableciendo en prudente gradación todo lo antedicho, cuya base primordial en todo ese lapso y en cada una de las épocas en que se le divida como acaba de decirse, es el número de vacas que podrían haberse sostenido y explotado en aquel negocio en la zona correspondiente a los lotes entregados por Arroyave a terceros.

Así se fijará en la ejecución de esta sentencia el valor de la indemnización que ha de pagar Arroyave a Vélez y señora.

Como ya se vió, otro de los reclamos de Arroyave versa sobre la indemnización de perjuicios que demanda a cargo de los arrendatarios, la que pretende se extienda a los que afirma le causaron, sin limitarla a lo único que el Triunal decretó, que fue el pago de $ 60 como valor de dos árboles talados. Acusa a este fin de violación de los arts. 1997 y 1606 del C. C. que, según él, dejaron de aplicarse y, aun en los aplicados, se quebrantaron también, todo ello por error en la apreciación de las pruebas, tanto de las que acreditan los perjuicios, cuanto de la que los avalúa.

Afirma que los arrendatarios faltaron a sus obligaciones, a la vez legales y contractuales consignadas en el documento, porque dejaron de reparar las casas, una de las cuales en parte se cayó; porque dejaron enmalezar los potreros, porque no repusieron los cercos y porque se llevaron algunos elementos de la casa principal, como la tubería del agua; y se queja de que las pruebas de estos hechos fueron desoídas y la correspondiente indemnización denegada. Sólo, la tumba de árboles se atendió; pero incompletamente, pues fueron más de dos los talados y su precio no se fijó legalmente.

Se considera:

Si las cercas sufrieron por el avance de la urbanización y si los potreros se enmalezaron porque ella dejó abierta por un costado la finca al público, siendo la urbanización obra de Arroyave, no puede cargar sus consecuencias sobre otros, así sean los arrendatarios. Tampoco han de responder éstos de los desperfectos de las edificaciones, acerca de los cuales las pruebas hablan del transcurso del tiempo y de la calidad de los materiales. No se halla, pues, justificado ese reclamo.

El relativo a la tala de árboles y a su avalúo, sí se justifica, porque las pruebas, entre ellas la inspección ocular, indican un número mayor de dos, aunque no quedó en el proceso debidamente precisado, y porque el avalúo adolece de los defectos que el recurrente le anota en relación con los arts. 705 y 721 del C. J., los que impiden la acogida que el Tribunal le dió. Al respecto basta hacer presente que los peritos principales no discordaron simplemente sobre cifras de unas mismas prestaciones, sino tan fundamentalmente que cada uno procedió conceptuando que quien lo nombró cumplió sus obligaciones y fue la víctima del incumplimiento de su contraparte, y que el tercero en discordia, designado por el Juez sin que previamente se supiese si aquéllos no se acordaban en el nombramiento, procedió a un estudio sereno cuya imparcialidad no lo libra de ser dictamen unipersonal.

Aceptando el cargo, debe condenarse a Vélez y señora a pagar a Arroyave el valor que en debida forma se señale al número de árboles que ellos talaron y aprovecharon para leña. Es de añadirse a lo antedicho que, aunque estuviese acreditado que Arroyave los autorizó para tumbar árboles, que no lo está, y aunque hubiese prueba plena de que algunos de ellos amenazaban caerse y efectivamente se habrían caído con el huracán que algunos testigos aseveran sobrevino, de ahí se derivaría la ausencia de culpa, pero no una justificación de que, vendiendo los árboles en la ciudad, a donde los testigos vieron acarrear la leña, los arrendatarios se enriquecieron sin causa.

La sentencia de primera instancia al condenar al pago de los cánones, agrega el de los intereses legales. Esta adición la suprimió el Tribunal, favoreciendo así a Vélez y señora, y Arroyave no ha acusado al respecto. Por tanto, es ajeno al presente resurso el problema que se habría suscitado, caso de acusación, ante los preceptos del art. 1617 del C. C.

Según las escrituras públicas de 28 de octubre de 1939 y 2 de diciembre del mismo año, por permuta y compraventa adquirieron la finca Villa T na por igual entre sí los hermanos Juan N. y Débora Arroyave; pero de que aquél no sea dueñ exclusivo no se ha deducido objeción ni proble ma en el curso del pleito. Los recibos de los cá nones que alcanzaron a pagar por los primero meses Vélez y señora y que acompañaron a s demanda, están firmados por la señorita Débor y de esto no ha reclamado en manera alguna Jua N. Arroyave como litigante aquí.

Bien que la demanda, formulada en 1940, podía contemplar el cuatrenio del contrato con ya vencido y bien que la sentencia ha de ajusta se a las pretensiones de los litigantes, ello es q el tiempo transcurrido de entonces a acá ha d terminado al respecto una situación que el se tenciador no puede pasar inadvertida. En otr palabras: la sentencia de hoy no puede cerrar ojos a que hoy están sobradamente expirados cuatro años del contrato, ni negarse a reconoc que el valor del vencimiento del término estip lado pone fin al arrendamiento.

Como es sabido, en casos como el presente cabe echar menos el requerimiento exigido el art. 2007 del C. C., porque por tal ha de re tarse la demanda misma; máxime ha de verse así cuando ambas partes contratantes piden declare el contrato terminado.

No se cierra esta motivación sin advertir Arroyave denunció a Vélez y señora por habe llevado los aludidos enseres de la casa y que resolución de la respectiva autoridad fue favo ble a éstos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprem justicia, Sala de Casación Civil, administra justicia en nombre de la República de Colo y por autoridad de la ley CASA parcialmen sentencia dictada por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Medellín el diecisiete de de mil novecientos cuarenta y cinco y, refor do la del Juzgado 1º Civil de ese Circuito de de septiembre de mil novecientos cuarenta y falla este pleito así:

1º Declárase terminado el contrato de arr miento a que se refiere este expediente;

2º Los arrendatarios Manuel Vélez y Marí resa Pulgarín de Vélez restituirán a Juan N. yave, una vez ejecutoriada esta sentencia, mueble Villa Tina, tal como se determinó

locumento suscrito por ellos en Medellín el die-isiete de mayo de mil novecientos cuarenta;

3º Los mismos consortes Manuel Vélez y María eresa Pulgarín de Vélez pagarán a dicho Juan . Arroyave los cánones de ese arrendamiento, razón de cuarenta pesos mensuales, desde el ieciseis de enero de mil novecientos cuarenta has-a que le entreguen aquel inmueble:

4º Los mismos Vélez y señora pagarán al mis-o Arroyave la cantidad que en la ejecución de sta sentencia se fije como valor de los árboles e esa finca que aquéllos tumbaron, cuyo núme-se fijará también en la ejecución de esta sen-ncia (C. J. art. 553);

5º Juan N. Arroyave pagará a Manuel Vélez María Teresa Pulgarín de Vélez la cantidad que la ejecución de esta sentencia y sobre las bases azadas en su parte motiva se fije como valor de los perjuicios que les causó con la urbanización adelantada por él en la misma finca arrendada (C. J. art. 553);

6º Las obligaciones aquí declaradas a cargo de Vélez y señora Pulgarín de Vélez son solidarias entre éstos;

7º No se hace ninguna de las restantes declaraciones pedidas en demanda y contrademanda;

8º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REIVINDICACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civi. — Bogotá, octubre diez de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Pilar Rodríguez demandó a Carmen Quiroga para que se declare que aquélla es dueña del inmueble que el libelo alinda y señala como parte del llamado Pedregal, ubicado en Chiquinquirá, en el partido de Quintoque, sección de San Miguel de Sema, y para que se condene a la demandada a restituírlo y pagarle sus frutos.

El asunto corespondió al Juzgado 1º Civil del Circuito de Chiquinquirá. La demanda se notificó el 10 de septiembre de 1941. Antes de contestarla el apoderado de la demandada opuso excepciones dilatorias que se decidieron adversamente, tras de lo cual la contestó oponiéndose y afirmando el dominio de la Quiroga adquirido por prescripción extraordinaria, excepción que invocó; y además, como contrademanda solicitó que con audiencia de Pilar se declare esta adquisición en favor de la Quiroga, para lo cual, a más de los arts. 2531 y 2532 del C. C. que invocó para su excepción, adujo los arts. 2º y 5º de la Ley 120 de 1928. Subsidiariamente pidió, para el evento de ser vencida, que se condene a la Rodríguez a pagarle las mejoras y se reconozca el derecho de retención.

El Juzgado cerró la instancia en fallo de 18 de noviembre de 1943 que declaró lo solicitado por la Quiroga sobre pertenencia y negó lo demandado por Pilar, sin costas.

El abogado de ésta apeló y el Tribunal Superior de Tunja, tramitada la segunda instancia, sentenció el 3 de mayo de 1945 revocando el fallo del Juez y declarando pertenecer dicha finca a Pilar Rodríguez, con cargo de entregársela Carmen Quiroga y pagarle sus frutos desde la contestación de la demanda, con derecho de retener hasta el pago. Sin costas.

El apoderado de la Quiroga interpuso casación. Concedido, admitido y tramitado el recurso, hoy se decide.

A la demanda inicial acompañó Pilar en debi da forma estos documentos; las escrituras Nº 15 de 6 de marzo y Nº 190 de 13 de abril, ambas d 1918, por las cuales respectivamente Maximilian Aguilar vende a Espíritu Valderrama lo que dic él haber comprado a Mercedes García de Segur el 14 del precedente febrero, y la Valderrama de clara vender a Pilar Rodríguez lo mismo, que e la finca materia de este pleito; y copia de varia piezas tomadas del expediente del juicio reivi dicatorio de esta misma finca seguido por Pil contra Gaspar Rodríguez. Lo entabló Pilar en o tubre de 1938 en el Juzgado Municipal de Ch quinquirá, cuya sentencia de 8 de noviembre 1939 le fue adversa; pero el Juzgado 2º Civil ese Circuito la revocó y declaró en la fecha 21 de agosto de 1940 la propiedad en favor de e y condenó a Gaspar a restituír ese inmueble. Ga par afrontó el litigio como poseedor y alegó d minio que no demostró, y simulación en la co pra de Pilar a la señora Valderrama de Rodrígu madre de ambos, alegación que tampoco le pr peró. El 19 de diciembre de ese año (1940) Juzgado Municipal procedió a la entrega dec tada en dicha sentencia, no obstante la oposic de Carmen Quiroga, y por apelación de ella Juzgado 2º del Circuito en providencia de 22 marzo de 1941 revocó esa decisión y, reconoci do a Carmen como poseedora, ordenó a Pilar la demandase.

De ahí la demanda inicial del presente ple presentada el 8 del siguiente mayo (1941) y d dida en favor de Carmen, como ya se dijo, que el Juez halló comprobada su posesión t quila y continua por más de treinta años.

El Tribunal para llegar a conclusión opuest funda en que Carmen está casada con Gaspar dríguez; de suerte que en todo el tiempo ant al primero de enero de 1933 en que entró a la Ley 28 de 1932, estando bajo la incapacida que hasta entonces se halló la mujer casad podía poseer un inmueble por sí y para sí, lo significa que a la posesión que invoca no se de atribuír la duración o antigüedad necesar ley, que es de treinta años.

Como se ve, el matrimonio de Carmen con

par es el fundamento cardinal del fallo recurrido; de manera que el abogado recurrente, que invoca el motivo 1º del art. 520 del C. J., lo ataca formulando sus cargos en forma que se resume así: se han violado disposiciones legales sustantivas, entre ellas los arts. 2º y 5º de la Ley 120 de 1928 y principalmente el 2531 y el 2532 del C. C., por obra de error de derecho y también de hecho que aparece de manifiesto en los autos, tanto en la apreciación de las pruebas que acreditan la posesión tranquila y continua por más de treinta años ejercida por Carmen, las que se dejaron de escuchar, cuanto de las que, sin acreditar el supuesto matrimonio de Carmen, bastaron al Tribunal, sin embargo, para darlo por comprobado y deducir de aquí aquella negativa.

Con el certificado del Cura Párroco de Ráquira obre que en sus libros no se encuentra la partia de matrimonio de Gaspar Rodríguez con Carhen Quiroga (Cuaderno 2º, folio 1º y Cuaderno º, folio 4), se dió por comprobada la falta de ste documento y abierto el camino a los medios robatorios que para suplirlos establece el art. 395 el C. C. De paso se observa que no ha habido ntroversia sobre que esa certificación comprueba por sí sola esa falta. Esos medios de suplir son: tros documentos auténticos, declaraciones de tesgos presenciales del respectivo hecho constituvo del estado civil, aquí ese matrimonio, y la sesión notoria.

Esta consiste, tratándose de matrimonio, según palabras del art. 396 de ese Código, "principalnte en haberse tratado los supuestos cónyuges mo marido y mujer en sus relaciones domésticas sociales, y en haber sido la mujer recibida en e carácter por los deudos y amigos de su mari y por el vecindario de su domicilio en gene". Y según el art. 398 **ibidem**, para que la poión notoria se reciba como prueba del estado il, "deberá haber durado diez años continuos lo menos".

l Tribunal para llegar a su concepto antedicho que ese matrimonio está comprobado por eso la falta del acta respectiva y, en su defecla posesión notoria, se funda en las declaracionde quienes en la segunda instancia rindieron estimonio en estos términos: (Cuaderno 8º, fo12 y 13): Tulio Rodíguez que dice: "Me consue los señores Martín Rodríguez y Pabla Pason los padrinos del matrimonio de Gaspar íguez y Carmen Quiroga, y el cual matrimoRodríguez-Quiroga han vivido siempre juntos sin haberse separado jamás y han vivido siempre bajo el mismo techo y siempre han hecho vida marital". Martín Rodríguez, que dice que tiene generales de ley con Gaspar Rodríguez y Carmen Quiroga, o sea (sic) con Gaspar Rodríguez y Pilar Rodríguez, por ser hermano, y agrega: "En cuanto a que si fuí yo padrino del matrimonio de Gaspar Rodríguez y Carmen Quiroga, no lo puedo decir: en todo caso, que ellos saquen la partida de matrimonio y sabrán si son casados o no y si fuí yo padrino de matrimonio. En cuanto a que hayan siempre vivido juntos, tampoco sé; únicamente me consta que Carmen Quiroga ha vivido hace más de treinta y tres años en un ranchito dentro de un lote ubicado en la vereda de Quintoche, Municipio de Chiquinquirá". Pabla Pachón dice: "Tengo generales de ley con Gaspar Rodríguez y Pilar Rodríguez, cuñados. No puedo declarar ni a favor del uno ni a favor del otro por ser mis cuñados, en todo que saquen la partida de matrimonio que es la única que puede dar fe, pues yo no me acuerdo. Me consta sí, que Carmen Quiroga y Gaspar Rodríguez siempre han vivido juntos bajo el mismo techo. Aclara la testigo que me parece que hayan vivido juntos, pues yo no he oído decir, no sé si será porque vivimos muy retirados".

Quedan transcritas textualmente en su totalidad las declaraciones de los tres testigos en que el Tribunal encuentra la prueba del matrimonio de Carmen Quiroga con Gaspar Rodríguez. Como ya se dijo, el recurrente acusa de error de derecho en la apreciación de esta prueba, en cuanto alcanzandó a la sumo a acreditar que aquéllos han llevado vida marital, carece de todos los demás elementos requeridos por las disposiciones transcritas sobre posesión notoria, o, mejor dicho, no son prueba de estos otros hechos; y acusa tambien de error de hecho porque se da por afirmado por los testigos lo que no dicen y, principalmente, porque la declaración de Pabla Pachón se toma sólo en parte y se le estima con prescindencia de su salvedad o aclaración final. Además, la testigo, valiéndose de la expresión usual "generales de la ley" para advertir que los hay en ella con Gaspar y Pilar, los hace consistir en ser cuñada de estos dos hermanos simplemente, sin mezclar en aquel concepto a Carmen Quiroga.

El Tribunal alude al referido medio supletorio de "otros documentos auténticos" al referirse al acta de bautismo de Virginia Rodríguez (Cuaderno 8º, folio 4) en cuanto expresa que es hija

legítima de Gaspar Rodríguez y Carmen Quiroga, y en esto encuentra aquél una corroboración, aunque indirecta, de aquel matrimonio; y el recurrente acusa de error en la apreciación de este documento, porque no vino al proceso en ninguna de las formas u ocasiones señaladas por el art. 597 del C. J. para ser tenido en cuenta. Al respecto se halla que efectivamente no se ordenó tenerlo como prueba, en contraste, por ejemplo, con el acta y certificado del folio 2 de ese Cuaderno (el 8º) que inmediatamente le antecede.

El hecho de que los deudos de Gaspar han recibido a Carmen Quiroga por mujer legítima de aquél lo encuentra comprobado el Tribunal en las afirmaciones de Pilar, hermana de él, sin fijarse en que Pilar es parte litigante, ni en que la Pachón, a quien el Tribunal se refiere en igual sentido por haber dicho ella que es cuñada de Pilar y Gaspar, no aludió en esto a Carmen, a más de que al decir que ésta y Gaspar viven juntos, corrigió o restringió esta afirmación como queda visto al transcribir la respectiva diligencia. El recurrente se detiene en todos estos reparos.

Aduce el Tribunal también para su afirmación del matrimonio las declaraciones de los testigos que la Quiroga presentó en la diligencia de entrega, en la que ella misma aseveró ser mujer legítima de Gaspar; pero esos testigos que entonces declararan así, no declararon ni se ratificaron en el presente juicio, lo que impide recoger aquí su testimonio, de acuerdo con el art. 693 del C. J.

El recurrente llama la atención a que ninguno de los testigos declara sobre el tiempo que haya durado la vida marital de Gaspar y Carmen y a que, aunque a pesar de todo lo dicho se pudiera tener por celebrado ese matrimonio, se ignora su fecha; y deduce de ahí, por una parte, que falta la prueba de la duración de más de diez años de que habla el citado art. 398, y por otra parte, que no se sabe cuánto tiempo pudo Carmen poseer como soltera, es decir, antes de que su supuesto matrimonio hiciera de ella una persona relativamente incapaz, por lo cual el Tribunal carece de base para descontar del tiempo de posesión de Carmen todo el anterior a la vigencia de la Ley 28 de 1932.

No deja de recordar el recurrente que ante los reparos del abogado de Carmen sobre no ser casada que lo llevaron a excepcionar de inepta demanda, aunque sin éxito, el abogado de Pilar corrigió el libelo inicial suprimiendo del hecho 11º la afirmación del matrimonio de Carmen con Gaspar y limitándolo a su vida común, no sin haber dicho e insistido para esto y en aquel incidente que lo del tal matrimonio no es un extremo del litigio y que éste no versa sobre estado civil, sino sobre una reivindicación.

Queda relatado en los párrafos precedentes todo lo que en el presente recurso atañe al matrimonio de Carmen, tanto en lo que como pruebas de él tuvo el Tribunal, cuanto en lo que hace a los cargos de error en la apreciación de las mismas formulados por el recurrente.

Para completar el estudio sobre pruebas, se considera en seguida lo relativo a las que la Quiroga adujo para acreditar su referida posesión y con ésta su adquisición por prescripción extraordinaria.

En el Cuaderno 6º, folios 2 a 5 obran las declaraciones rendidas en abril de 1943 por Domingo Salinas, Julián Justiniano Peralta, Eccehomo Duarte y Sebastián Cárdenas, uniformemente en el sentido que corresponde a las pretensiones de la Quiroga. Tomando una de aquellas al acaso, se la transcribe en seguida. Ya se habló de su uniformidad.

El testigo Salinas, después de decir que conoce a Carmen Quiroga, así como la finca de que se trata, desde hace más de treinta años, esto es, después de responder el interrogatorio respectivo en sus puntos 1º, sobre su edad, vecindad, etc., 2º sobre conocimiento de Carmen, y 3º, sobre la finca que identifica por su nombre, ubicación y linderos, contesta al 4º: "Como vecino que soy de la vereda de Quintoche, me consta que Carmen Quiroga ha poseído el terreno antes alinderado por espacio de unos treinta y dos a treinta y tres años como quiera que desde el año de 1910 para acá allí ha vivido con su familia dentro de una casa que está edificada dentro del terreno donde ejerce todos los actos de señora y dueña, no paga arrendamiento, siembra, pastorea animales, ha cercado en varias partes y corta leña, actos todos éstos que los ha ejercitado sin pedirle consentimiento a ninguna persona y no ha sufrido interrupción de ninguna especie: en cambio ha hecho allí toda clase de mejoras útiles a la finca como la construcción de la casa, las cercas, desmateos de potreros, etc".

Se ha objetado que Cárdenas nació en enero de 1908, según su partida de bautizo del folio 2 del Cuaderno 8º, a que se aludió aquí, y que su declaración no puede aceptarse por remontarse a época casi coetánea con su nacimiento, y se ha arg

en contrario que, aun descontando sus primeros años, queda un lapso suficiente para que desde la niñez pudiera presenciar y ahora recordar los hechos que afirma, máxime si ha continuado presenciándolos; pero en el fondo lo que acontece es que, si se suprime este testimonio, queda sin embargo en pie un número plural de testigos suficiente ante el art. 697 del C. J. para suministrar plena prueba sobre esos hechos y, con ellos, la posesión invocada por la Quiroga (C. C. art. 762) por el lapso de tiempo que ella alega para sostener que ha adquirido por prescripción extraordinaria (arts. 2531 y 2532 del C. C.).

La sola lectura de las disposiciones aquí citadas y la exposición precedente sobre las pruebas aducidas, que es un resumen de las pertinentes al fallo, bastan para que esta usucapión se haya comprobado debidamente por la Quiroga y que no lo está el matrimonio de ella ante el cual desapareció su posesión propia en la sentencia recurrida, la que en tal matrimonio encuentra una excepción contra la acción de pertenencia ejercitada por la Quiroga y acogida por el Juzgado.

Esto significa, en suma, tanto la prosperidad del recurso y consecuencial invalidación de la sentencia de segunda instancia, cuanto la motivación y resolución de la que ha de reemplazarla en obedecimiento del art. 538 del C. J.

Más antes de consignar su parte resolutiva, estima la Sala advertir que el C. Judicial obliga al sentenciador a ceñirse a lo que han sido las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el respectivo pleito y a fundarse, como establece en su art. 593, en los hechos conducentes de demanda y defensa y en lo que los demuestre de manera plena y completa el conjunto de los medios probatorios que hayan allegado, tal como las pruebas se aprecian y valorizan en los correspondientes preceptos legales.

Puede haber habido un escamoteo en cuanto aspar Rodríguez afrontó el juicio reivindicato- o anterior aquí mencionado y, vencido en él, a hora de la entrega aparece otra persona (la uiroga) como poseedor; pero ello es que a esta ersona, que no fue parte en aquel juicio, no la canza con su fuerza de cosa juzgada la senten- a que en él se pronunció (C. J. art. 474), pues vida marital de que se ha hablado no basta por sola para despojar a Carmen de esa calidad de rcero.

ceta—4

Las copias traídas de ese juicio anterior hacen ver que del matrimonio de Espíritu Valderrama con Bautista Rodríguez nacieron Juan, Rosario, Martín, Gaspar, Pilar y Belisario; que la señora Valderrama prefirió a su hija Pilar para venderle lo que reza la mencionada escritura de 1918, sin ánimo de desheredar a sus otros hijos a quienes quedaban sus demás bienes, según declaró ella absolviendo posiciones; y, al decir de Pilar que Gaspar ocupó la finca aquí referida y así continuó hasta 1938 en que Pilar lo demandó en vista de la inutilidad de sus esfuerzos por que le entregara; y consta fehacientemente que Gaspar afirmó su calidad de poseedor, manifestó tener derecho a ello y tachó de ficticia la venta de su madre a su hermana, y que presentó testigos de su posesión por un lapso que para entonces era, según éstos, de veinticinco a veintisiete años.

Salta a la vista cómo no se compaginan esa posesión personal de él y la que para sí y por sí demuestra Carmen Quiroga en el presente juicio. Si él, procediendo honestamente y no siendo poseedor, se vió demandado como tal, el art. 214 del C. J. actual, a que correspondían disposiciones análogas en el vigente entonces, le señalaban su línea de conducta, que era la de indicarlo así desde luego. Afrontó, en cambio, el litigio para más tarde frustrar a su demandante el triunfo, con la presentación al cabo del tiempo de un tercero poseedor. Esta conducta de él, visiblemente culposa, no puede afectar a ese tercero, por más que sea la mujer con quien ha vivido. Repítese que el sentenciador tiene que ajustarse en cada juicio a lo que en él se ha contendido y probado.

Y esto en el presente es que Carmen Quiroga, de quien legalmente no puede afirmarse que sea casada con Gaspar Rodríguez ni con nadie, comprueba haber poseído tranquilamente por más de treinta años continuos un inmueble que se le demanda en reivindicación y que, a más de oponer la prescripción extraordinaria como excepción, la demanda en acción de pertenencia con apoyo en las citadas disposiciones del C. Civil (arts. 2531 y 2532) y de la Ley 120 de 1928 (arts. 2º y 5º). La prueba de esa posesión suya por ese lapso y en esa forma obliga a declarar lo que estas disposiciones preceptúan.

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 dic-

tada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el tres de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco y en su lugar confirma la de primera instancia, pronunciada por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Chiquinquirá el dieciocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestroza Daza.—José Antonio Montálvo.—Hernán Salamanca Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas. Emilio Prieto H., Ofl. My. Pd.

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE TRANSITO

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Manuel de Jesús Soto demandó en vía ordinaria en el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá a Juan Bautista Rivas para que se declare que el predio La Granja no está gravado con servidumbre de tránsito en favor de La Granjita, ubicados ambos en ese Municipio, Corregimiento de Barcelona, y pertenecientes, en su orden, a actor y reo. Este se opuso afirmando la existencia de esa servidumbre ejercitada desde antes de las adjudicaciones de esos fundos como baldíos, y contrademandó a Soto para que se declare la existencia de aquélla y que consecuencialmente se condene a éste a abrir la puerta sobre la vía nacional que cercó para impedir la entrada y salida, puerta que debe tener más de dos metros a fin de dar paso a peatones y a animales con carga, tal como de servicio venía establecido desde hace muchos años, y que se declare a Soto responsable de los perjuicios que le ha causado cercando esa puerta dificultando el tránsito por el aludido camino y le condene a pagárselos.

Tramitada la instancia, el Juzgado la falló el de septiembre de 1944 declarando sometida la ca de Soto a esa servidumbre y condenándolo abrir la mencionada puerta tal como pide Rivas. Apelada esa sentencia por Soto, el Tribunal Superior de Pereira sustanció la segunda instancia a decidió el 27 de septiembre de 1945, en fallo revocó aquélla, absolvió a Rivas de los cargos la demanda principal y, en cuanto a la contrademanda, invalidó lo actuado desde su admisión inclusive.

Contra este fallo interpuso el abogado de Rivas ación, recurso que hoy se decide por estar tramitado debidamente.

Como advierte el recurrente y corresponde al ceptuado del art. 494 del C. J., no estando recurrida sentencia sino por él, el recurso se limita a lo que le es adverso, o sea, a la falta de decisión sobre sus súplicas de la contrademanda.

El Tribunal estima que a éstas corresponde la tramitación especial del Art. 872 y siguientes del C. J. y que, por ende, la reconvención no debió admitirse, porque implicando una acumulación, ocasionaba su admisión el despropósito de someter dos causas diferentes a una misma tramitación, y de ahí que al respecto decidiese, como ya se dijo, invalidando lo actuado.

Varios cargos formula el recurrente. Prosperando el que en seguida se estudia, no hay lugar a considerar los restantes, según el art. 538 del C. J., sino, de acuerdo con esta misma disposición, a infirmar el fallo recurrido y dictar el que ha de reemplazarlo.

Ese cargo es el de violación de los arts. 471 y 872 del C. J., así: aquél confiere a cada litigante el derecho correlativo a la obligación que impone al sentenciador de resolver los pleitos con sentencias "claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes", y aquí el Tribunal sacrificó ese derecho de Rivas con la solución expresada sobre su contrademanda, aplicándole indebidamente el art. 872, cuya tramitación especial versa sobre demanda de imposición, variación o extinción de una servidumbre y las relativas al modo de ejercerla, así como "para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes".

Se considera:

Es indudable que, en contraste con lo que regía y se practicó hasta que entró en vigencia la Ley 105 de 1931, actual Código de Procedimiento Civil, ante el art. 734 de éste ya la vía ordinaria no es de escogencia libre del actor, en razón de su conveniencia, voluntad o capricho, sino que se limita a la ventilación de las controversias judiciales para las cuales "la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario".

Acierta, pues, el Tribunal cuando declara que, establecida una tramitación especial por la ley como es la del art. 872, no le es dado a quien se propone acometerlas a decisión judicial prescindir

de aquélla y optar desde luego por la vía ordinaria; y acierta también al advertir la imposibilidad de acumular pleitos que tienen tramitación diferente.

Pero de que ello sea así, no se deduce que tal sea el caso en el presente juicio. Basta considerar que Rivas formula en su contrademanda varias súplicas y que no todas ellas quedan dentro del citado art. 872, pues la primera de ellas versa sobre la existencia misma de la servidumbre y esta acción, así como la negatoria ejercitada por Soto en la demanda principal, se ventila en vía ordinaria, lo que justifica la admisión de la reconvención por el Juez y que el Tribunal erró al incluír todas las súpllicas de la contrademanda en un mismo concepto desde este punto de vista.

Más todavía: aunque no hubiera lugar a esta distinción, lo procedente, ya que la contrademanda se había admitido y sustanciado y decidido, era para el Tribunal declarar la excepción de petición de modo indebido (C. J. art. 343); pero no invalidar lo actuado, puesto que no había ni incompetencia de jurisdicción, ni falta de citación o concurrencia de cuantos debían intervenir, ni ilegitimidad de personería en ninguno de ellos (art. 448 ibidem).

Correspondiendo a la primera de las súplicas de Rivas en su contrademanda la tramitación del juicio ordinario, si el Tribunal lo hubiera reconocido así, lo lógico dentro de su referido concepto sobre el art. 872, aplicable sólo a las súplicas restantes, habría sido tan sólo, por obra de dicha excepción, abstenerse de decidirlas, ajustándose con todo rigor a aquel concepto; pero en ningún modo extenderse en tal sentido hasta abarcar la mencionada primera súplica.

Ahora bien, esa separación de las súplicas de la contrademanda no es posible, dadas las circunstancias en que ella se promovió y dado el encadenamiento de aquellas entre sí y la razón aducida para presentar no sólo la primera sino las demás, como su obligado corolario y complemento y, más aún, como requisito necesario para que la acogida de aquélla tomase realidad y recibiera eficacia.

En efecto, Rivas pide se reconozca la existencia de la servidumbre y, con la vinculación de la causa al efecto que viene a dar realidad a aquélla, que se abra la puerta de entrada y salida indispensable para la servidumbre en sí. Ante esta conexión íntima que prácticamente hace inseparables los dos pedimentos, el principal y el accesorio, y ante la circunstancia decisiva de que Rivas no inició el pleito sino que, una vez iniciado contra él por Soto con acción negatoria, presentó contrademanda, no es admisible un procedimiento en que, a la vez que se decreta lo pedido sobre reconocimiento de la servidumbre y su preexistencia y existencia actual, el mismo fallo que así decide deje de atender la súplica cómplementaria, a pretexto de que, por referirse al modo de ejercer tal servidumbre, no puede sustanciarse sino por el trámite especial.

Sin insinuarse siquiera que sea potestativo de un demandante presentarse ab initio como tal en vía ordinaria cuando la ley establece una especial, pues ello iría contra el art. 734 citado, según queda visto, sí es de observar que en un caso como el presente no cabe exigir que se llene previamente como requisito indispensable esa tramitación para acudir a la vía ordinaria autorizada, tras de la especial, por el art. 876 del C. J. porque, repítese, las peculiaridades del caso en estudio obligan a decidir aquí la súplica accesoria, sin necesidad de traer a cuento las razones de economía procesal que refuerzan esa conclusión.

Lo dicho hasta aquí, a más de invocar por que se casa la sentencia recurrida, adelanta la motivación de su reemplazo, la que se complementa con las siguientes consideraciones: La Granja y La Granjita fueron baldíos adjudicados respectivamente a Soto y a Rivas en Resoluciones de 28 de julio de 1941 y 24 de diciembre de 1942, en este orden. Cada adjudicación contiene la transcripción de las disposiciones legales obligatoria como es sabido, y entre ellas figura el art. 54 del C. Fiscal según el cual, "los terrenos baldíos de cuyo dominio se desprende el Estado a cualquier título, quedan sujetos a las servidumbres pasivas de tránsito, caminos, acueducto, irrigación y demás que sean necesarias para el desarrollo de los terrenos adyacentes".

Declaraciones de testigos presenciales, en número plural, inspección ocular y hasta la confesión de Soto, acreditan plenamente que La Granja ha sido sujeto pasivo de la servidumbre de tránsito en favor de La Granjita desde antes de mediar las resoluciones citadas; por donde se ve que esos antecedentes de preexistencia obraban ya de suyo cuando la adjudicación de La Granja previno de lo tanto, mirando a su día y también hacia el futuro como reza el C. Fiscal en su art. 54 copiado a en lo pertinente.

Así se justifica la súplica de Rivas sobre existencia y permanencia de la servidumbre y al propio tiempo se encuentra en todo ello una valla para la acción negatoria de Soto. Esto significa que debe declararse aquélla y negarse ésta, que a la verdad son dos puntos de vista opuestos entre sí sobre un mismo problema, al punto de que, consideradas así las cosas, hasta de innecesaria podría calificarse la reconvención, ya que al prosperarle a Rivas su defensa contra la demanda de Soto, con ello quedaba implícitamente acogida su súplica, lo que no es óbice ni podría serlo para que sobre ésta deba haber decisión expresa del sentenciador.

Asimismo está plenamente comprobado, tanto que de años atrás, por época anterior a la adjudicación de La Granja, existía la servidumbre en favor de lo que hoy es La Granjita, ejercida por el camino a que se refieren tanto Rivas como Soto, y por tanto, con entrada y salida sobre la carretera nacional Calarcá-Sevilla, cuanto que su ejercicio se venía haciendo no sólo por personas de a pie, sino con animales de carga, así como que Soto rehizo esa puerta en forma de impedir por su estrechez el paso de animales cargados. La sentencia de primera instancia, después de estudiar las pruebas de estos hechos, dice: "Hay por consiguiente prueba suficiente de los obstáculos puestos por Manuel Soto para el ejercicio de la servidumbre, y como el dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuír, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo, es legal condenar a Manuel Soto a abrir la puerta que cercó, con una dimensión de más de dos metros, sobre el mismo punto donde estaba establecida la puerta antigua, de forma que permita el libre tránsito a pie y de animales de carga". Como se ve, el Juzgado se refiere aquí al art. 887 del C. C., inciso 1º Es de advertirse que entre las pruebas que respaldan de concepto figura la inspección ocular de 21 de abril de 1944 y el dictamen de los peritos que en ella intervinieron (Cuaderno 3º, folios 11 a 13).

Cuanto a la indemnización de perjuicios pedida por Rivas, basta observar que no los ha justificado; de suerte que, no estableciendo las pruebas que habría de ser sujeta materia de estudio al respecto, ese estudio no cabe por inoficioso. Sin que a esa ausencia de pruebas es lo que determina el reclamo en tal sentido por el recurrente. El Juzgado así opinó y decidió, aunque, como hasta sobra repetirlo, no halló obstáculo para considerar todas las súplicas de la contrademanda. Ya se dijo cómo el dicho Tribunal no la consideró.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, y reformando la del Juzgado Civil del Circuito de Calarcá de cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, falla este pleito así:

1º Declárase que el predio denominado La Granja, de propiedad del señor Manuel de Jesús Soto, está sujeto a servidumbre de tránsito en utilidad del predio La Granjita, propiedad del señor Juan Bautista Rivas, por el camino que partiendo de la finca de Rivas conduce a la carretera nacional a través de la finca de Soto. Estos inmuebles están ubicados en el Corregimiento de Barcelona del Municipio de Calarcá y determinados por los linderos y demás indicaciones de la demanda y contrademanda y en las Resoluciones por las cuales se les adjudicaron como baldíos respectivamente a dichos Soto y Rivas.

2º En consecuencia de la declaración anterior, condénase a Manuel de Jesús Soto a despejar y abrir la puerta de entrada y salida para el ejercicio de dicha servidumbre, sobre la carretera nacional, puerta que tendrá una amplitud no menor de dos metros, a fin de dar paso a animales con carga, a más de peatones y de los elementos que hayan de salir de La Granjita o entrar a este predio.

3º No hay lugar a hacer las demás declaraciones que a cargo de Soto solicita Rivas al ejercitar su acción confesoria en la contrademanda.

4º Absuélvese a Juan B. Rivas de todos los cargos de la demanda principal, o sea, la negatoria con que Manuel de Jesús Soto instauró este juicio.

5º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA ESCRITURA

La nuera no está impedida legalmente para firmar a ruego una escritura por sus suegros. (Artículos 2586 y 2587 C. C.)

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario incoado ante el Juez Civil del Circuito de Quibdó por Inocencia Cuesta contra Manuel F. Barcha.

Los actuales litigantes otorgaron en la Notaría de Quibdó en 1937 la escritura Nº 5 el 15 de enero y la Nº 85 el 8 de septiembre, contentivas de sendas compraventas, así: en la primera la Cuesta vende a Barcha con pacto de retroventa el inmueble en ella determinado en el precio de $ 900 que de tiempo atrás le debía, por lo cual esa transferencia fue dación en pago; y por la segunda, declarando inexistente aquel contrato, la Cuesta vende a Barcha ese mismo inmueble y otro debidamente determinado por el precio total de $ 1.500 formados por los dichos novecientos pesos primitivos y los seiscientos del crédito hipotecario constituído por la Cuesta en escritura Nº 168 de 14 de octubre de 1936, de dicha Notaría, en favor de Alejandro Munévar, cedido por éste a Barcha y cancelado en dicha escritura Nº 85.

En agosto de 1940 se presentó y notificó la demanda inicial del presente juicio que solicita la declaración de nulidad de las mencionadas escrituras de 1937, a que se opuso el demandado.

La sentencia de 24 de septiembre de 1942 desechó la demanda en lo atañedero a la escritura Nº 5 por faltarle las firmas de otorgantes, testigos instrumentales y Notario, y decretó la nulidad absoluta de la Nº 85 por haberla firmado a ruego de la vendedora la señora Delfina Córdoba de Urrutia, su suegra, y estar ésta impedida para ello al tenor de los arts. 2586 y 2587 del C. C. No accedió a la súplica de perjuicios y no hizo condenación en costas.

Apelada por Barcha únicamente, el Tribunal la revocó el 15 de septiembre de 1945 en sentencia que negó todas las declaraciones impetradas en la demanda, porque respecto de la escritura Nº 5 halló, como el Juez, que no estaba firmada y agregó que, aunque no mediara omisión tan decisiva en el sentido de no suministrar base o materia para una declaración que la invalide, no habría lugar a ésta porque los interesados ya la habían invalidado en su escritura Nº 85 y aparece que su registro se canceló; y porque, en lo que hace a la escritura Nº 85, no existe, en su concepto, la prohibición de que la nuera firme a ruego de la suegra que el Juzgado halló en vista de los citados arts. 2586 y 2587.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso casación la demandante, recurso que, como ya se dijo, aquí se decide por estar debidamente tramitado.

De los múltiples reparos que la demanda inicial expone contra las escrituras números 5 y 85, que es lo que forma la materia de aquélla estrictamente hablando, y contra los contratos en ellas contenidos, como el de ser éstos ficticios, no haber tenido la Cuesta intención de vender, no haber rogado a su hijo que firmara la minuta y haberla suscrito éste sin leerla, no haber ella rogado a su nuera que firmase la escritura, etc., han ido quedando descartados los diferentes del relativo a la firma a ruego, no sobre que la Cuesta no rogara a Delfina, sino exclusivamente sobre que ésta, por ser su nuera, estaba legalmente impedida al tenor de los mencionados arts. 2586 y 2587 del C. C.; de manera que es la violación de estas disposiciones sustantivas, por erróneamente interpretadas y por no aplicadas, lo que constituye el cargo formulado por el recurrente en casación. Esto significa que a este preciso tema de si es válida o no la firma puesta por Delfina de Urrutia a ruego de Inocencia Cuesta en la escritura Nº 85, ha de circunscribirse el estudio de la Sala.

Que la demanda de casación está así delimitada y circunscrita, lo persuade, a más de la deter

lectura de toda ella, la siguiente expresa declaración del abogado demandante:

"En la demanda originaria del juicio se habla de dolo, falsedad, etc., lo cual no se trató siquiera de demostrar; pero se habla también de la nulidad de la escritura Nº 85 de 8 de septiembre de 1937 citada, por cuanto aparece firmada por un testigo inhábil y a ruego de la vendedora, por una nuera suya, la señora María Delfina Córdoba de Urrutia. Aparece de la copia de ese instrumento, que en realidad firmó a ruego de la vendedora, doña Delfina de Urrutia. Igualmente las partes están acordes en que así fue, que Delfina es nuera de Inocencia por estar casada con Luis Felipe Urrutia C. hijo de ésta, etc. Ese hecho no es de rigor que se demuestre por actas o registros civiles, el Juez y el Tribunal lo aceptaron también. Lo único discutido o discutible es el problema de derecho, o sea, si una nuera puede firmar por su padre o madre política, a ruego, una escritura en que uno de ellos vende inmuebles a un tercero. Yo afirmo que no puede y que por eso el Tribunal violó la ley sustantiva con su fallo y el Juez de primera instancia la interpretó y aplicó bien".

En seguida expone el recurrente sus conceptos sobre los arts. 2586 y 2587 tántas veces aquí citados.

Se considera:

Esas razones del recurrente son, en síntesis: el art. 2586, al autorizar la firma a ruego, exige que quien así pone la suya reúna las circunstancias requeridas para el testigo instrumental, y el art. 2587 dice que no pueden ser testigos instrumentales los varios cuya lista formula, entre ellos los yernos de los otorgantes; y agrega que al no extenderse a las nueras procede el Código como a su época correspondía; pero que hoy después de autorizar la Ley 8ª de 1922 en su art. 4º que las mujeres testifiquen en pie de igualdad con los hombres, ha de entenderse que, al paso que se la confiere esta habilidad, debe entendérsela impedida en los casos en que lo está el hombre.

Pero para no compartir el concepto que de ahí deduce el recurrente sobre que aquellas disposiciones han sido quebrantadas por el Tribunal, basta poner mientes en la diferencia tan acentuada que existe entre el testigo instrumental y la persona que firma a ruego de uno de los otorgantes. Aquél concurre al instrumento como parte integrante del personal indispensable para su validez y aun para su existencia formal y legal, complementando la autoridad del Notario en su respaldo de la fe pública, y así el art. 2586, no sólo establece como requisito la intervención de dos testigos que llama instrumentales, sino que les previene que deben estar presentes al tiempo de leerse el instrumento a los otorgantes, oír que éstos lo aprueban y ver que lo firman". Y su inciso final contempla el evento de que no sepa o no pueda firmar uno de los otorgantes, para establecer que, en tal caso "lo hará a su ruego un testigo diferente de los instrumentales, que reúna las circunstancias que en éstos se requieren". Estas circunstancias son las que el mismo art. 2586 indica taxativamente en su inciso 1º con estas palabras: "varones, mayores de veintiún años, vecinos del circuito de la Notaría y de buen crédito".

Cuanto al art. 2587 que comienza diciendo "No pueden ser testigos instrumentales", se observa que al formar en seguida la lista correspondiente, la encabeza por "los que estén privados del uso de la razón o con interdicción judicial de testificar", reconociendo así un impedimento mental o moral para ser testigo alguien, y la continúa con la indicación de personas que pueden ser sospechosas según calificativo de que se vale el Código de Procedimiento Civil en su art. 670, al referirse a las personas que indica, después de declarar impedidas como testigos a las relacionadas en el art. 669 "por parcialidad que se supone".

Los impedidos de que aquí se trata son, según el art. 2587, "los ascendientes, descendientes, hermanos, tíos, sobrinos, cónyuges, suegros, yernos y cuñados de los otorgantes o del Notario, las personas a quienes resulte un provecho directo del instrumento de que se trate y los subalternos, dependientes o domésticos de los otorgantes, del Notario y de las otras personas mencionadas en este artículo".

Basta tener presentes las funciones de los testigos instrumentales y su trascendencia, de que atrás se habló, para hallar justificados estos impedimentos; y del propio modo basta considerar la diferencia entre tales testigos y quien firma a ruego, para comprender que si se dan estos impedimentos por extendidos al firmante a ruego, se llegaría al absurdo de desechar la ley para este acto de máxima confianza a quienes han de inspirarla mayormente. Así, por ejemplo, el hijo que logró educarse no podría servir para ello a su padre analfabeta.

La firma a ruego es, por decirlo así, la prolongación del otorgante que por no saber firmar o por otra causa no puede poner la suya, y tanto

es ello así que con una expresión como "firmó a ruego" se designa indistintamente tanto al rogado como al que rogó, entendiendo respecto de este último que las cosas han sucedido cual si él personalmente hubiese ejecutado el acto mecánico de firmar.

No sería lógico que quien, por ejemplo, como en el caso de autos la vendedora Inocencia Cuesta, no sabe leer ni escribir, al proceder a algo tan importante en su vida como es vender sus bienes raíces, no pudiera valerse de una persona, como aquí su nuera, que por su misma vinculación con ella le merezca entera fe y cuya intervención, por lo mismo, la deje tranquila y segura.

En otras palabras: el contraste entre las garantías que ofrece a un otorgante el conocimiento, ordinariamente tanto mayor y satisfactorio cuanto sea su vinculación con una persona para valerse de ella en la mira de firmar un instrumento público, por una parte, y de otra, los peligros de la aludida vinculación con quienes han de intervenir en éste complementado, por decirlo así, al funcionario, es consideración que se opone a que las circunstancias a que se refiere el art. 2586 para decir que debe reunirlas quien firma a ruego, aludiendo a las requeridas en los testigos instrumentales, sean las relativas a los impedimentos que establece el art. 2587 y no tan sólo las que señala el mismo artículo 2586 sobre buen crédito, edad, etc.

Además, debe recordarse que las leyes que contienen prohibiciones o establecen incapacidades, inhabilidades o impedimentos y, en general que excepcionan, son de interpretación restricta, porque, como es bien sabido, la capacidad y globalmente el estado normal, es algo que se presume, y lo que salga de lo habitual, legalmente hablando, no puede tener tal salida o exclusión sino por virtud de ley expresa.

Las precedentes reflexiones hacen inadmisible el cargo de quebranto por el Tribunal de los mencionados arts. 2586 y 2587. No sobra advertir que a efecto de estudiar la acusación, se ha razonado en el supuesto de estar acreditado el parentesco en que aquél se hace consistir o de donde se hace proceder ese quebranto; pero que este hecho de ser Delfina nuera de Inocencia no está comprobado como debía estarlo, o sea, con las correspondientes actas de estado civil, ya que ese hecho ha sido desde la demanda inicial el principal fundamento de la demandante, quien al respecto creyó suficiente la circunstancia de no haberse discutido por los litigantes sino antes bien afirmándose por ambos ese parentesco. Verdad es que el juicio no ha versado sobre estado civil; pero no es menos cierto que éste no se prueba por el medio a que acaba de aludirse.

Respecto de costas se observa que ningunas se han causado a la parte opositoria en el recurso, la que no ha gestionado en él.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el quince de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO.

La disposición del artículo 1934 del C. C. se ha entendido, según jurisprudencia constante de la Corte, 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 las partes contratantes, al aplicar el artículo 1759 de dicho Código. El artículo 1934 debe entenderse en el sentido de que sólo para dirigir acción contra terceros hay necesidad de probar la nulidad o falsificación de la escritura.

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

lagistrado ponente: doctor Manuel José Vargas).

Con fecha dieciseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, la Corte falló el recurso de casación interpuesto por la parte actora el juicio ordinario que por resolución de un trato de compraventa por falta de pago del cio, propuso contra el comprador Juan B. Herra ante el Juez del Circuito de Neiva, María la Cruz Narváez de Tobar, diciéndose madre ítima de la menor María de Jesús Tobar.

l estudiar la sentencia recurrida la Corte entró que no se había presentado la prueba que ificara la presencia de la señora Narváez de ar para hablar en nombre de María de Jesús, lo cual, al casar la sentencia y encontrar la dad (artículo 455 del C. J.) dispuso poner perlmente en conocimiento de la parte mal reentada la causal de nulidad aludida.

proceso fue remitido para lo del caso al Tril Superior del Distrito Judicial de Neiva, donor conducto del Juez respectivo se notificó a teresada María de Jesús Tobar la memorada idencia. Esta, en el acto de la notificación y por memorial de fecha 20 de mayo de 1946 bra en autos, ratificó lo actuado, no sin cumpreviamente con la obligación de establecer por medio de las partidas correspondientes, su estado civil y su mayor edad.

Allanados los reparos aducidos al proceso, el expediente ha regresado a la Corte, para el correspondiente fallo, que la Sala Civil, como Tribunal de instancia, dicta teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1) Por escritura pública número 644 de 20 de octubre de 1937 de la Notaría Primera del Circuito de Neiva, Gabriel Tobar Herrera vendió a Juan B. Herrera, por la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500.00), que el comprador declaró recibidos a satisfacción, los siguientes bienes: a) Un lote que hacía parte de la extinguida comunidad de "El Guásimo" con una extensión de 17 hectáreas, mil cuarenta y dos metros cuadrados. b) Cuarenta hectáreas de las setenta compradas por Nepomuceno Tobar a Luciano y Ricardo Perdomo, en el lote número 30 de la misma comunidad. c) Una isla entre el río Arenoso y el Brazuelo Viejo y un lote de ganado vacuno. Los inmuebles fueron debidamente determinados por sus linderos.

2) El mismo vendedor José Gabriel Tobar, otorgo testamento cerrado, el cual fue abierto por el Juez del Circuito de Neiva y protocolizado por medio de la escritura pública número 242 de 26 de abril de 1940, en la Notaría Primera del Circuito de esa ciudad. Allí consta la institución de heredera que el testador hizo a su hermana María de Jesús Tobar, hija del segundo matrimonio de su padre don Nepomuceno Tobar, con María de la Cruz Narváez.

Merece especial atención, para los efectos del juicio que se estudia, la cláusula cuarta de dicho testamento, que dice: "Declaro que el señor Juan B. Herrera me hizo firmar a su favor, una escritura de venta de mi finca rural descrita en la cláusula tercera de este testamento, pero hasta ahora no me ha pagado ni un centavo como precio de dicha venta. Yo no he intentado acción judicial alguna contra el citado señor Herrera por temor, debido a la influencia que ejerce sobre mí como tío y sólo me atrevo a hacer esta declaración en testamento cerrado. Aquí en Neiva mu-

chas personas saben que yo vivo en la miseria porque los arrendatarios de la casa de habitación situada en esa ciudad y citada en la cláusula tercera de este testamento, de acuerdo con el contrato celebrado por el señor Herrera, sólo me suministran la alimentación como precio del arrendamiento y el mismo señor Herrera sólo me da de vez en cuando una muda de ropa. Yo no tengo dinero y los gastos de este testamento los hace la señora María de la Cruz-Narváez v. de Tobar, segunda esposa que fue de mi padre Nepomuceno Tobar T."

3) Es también importante recordar que José Gabriel, pocos días antes de fallecer, había otorgado poder al doctor Alberto López Herrera para demandar la resolución del memorado contrato de compraventa con Juan B. Herrera, por falta de pago del precio.

4) Con la razón de derecho de que el comprador no pagó el valor de lo adquirido, se entabló la correspondiente demanda con apoyo en los siguientes hechos:

Que contra lo declarado en la escritura número 644, el comprador Herrera no cubrió el precio de la venta; que el vendedor era una persona de escasas facultades mentales, de constitución orgánica débil que lo hacía incapaz para cualquier trabajo o actividad; que vivía alejado de las gentes y recluído en una pieza de la casa que había obtenido junto con el predio vendido a Herrera, por herencia de su padre. Que el comprador había ejercido la representación de Tobar, habiéndole dado en arrendamiento a Carmela Rivera la casa que aquél poseía, por la suma de $ 17 mensuales, que la Rivera pagaba asistiendo a Tobar en la alimentación y arreglo de ropa. Que Tobar vivía en situación de extrema pobreza y de absoluta desidia personal, víctima del paludismo y la anemia y que, como consecuencia de ese estado y de la carencia de todo recurso, murió en el hospital de Neiva, esperando que su comprador le cubriera el precio de la finca agrícola que le había transmitido y que no había sido pagado a pesar de los repetidos y constantes cobros. Que por todo esto, Tobar resolvió instituír a su hermana como heredera, a fin de que ella iniciara la acción correspondiente, lo cual también intentó efectuar el causante dando poder como atrás se dijo.

Estudio de pruebas

Del testamento aparece debidamente demostrada la calidad de herederà de María de Jesús Tobar en la sucesión de su hermano José Gabriel. De donde se desprende el derecho o facultad sustan va para demandar como lo hizo, la resolución d contrato de compraventa y devolución de los i muebles vendidos y no pagados para la sucesi mencionada.

La base principal de la prueba aducida por demandante para acreditar la falta de pago d precio del inmueble vendido por su causante Jo Gabriel Tobar a Juan B. Herrera, consiste en confesión, que consta hizo éste de tal hecho, en presencia de la misma parte interesada, simplemente ante terceros. Importa, pues, dilu dar si existe la prueba de tal naturaleza, cómo acreditó y el valor que pueda dársele.

La confesión, según el artículo 604 del C. J., la manifestación de una parte de ser cierto el cho que le perjudica, afirmado por la otra. judicial si se hace ante juez competente en ra de la naturaleza de la causa y en ejercicio de funciones; y es extrajudicial, si fue hecha en o ocasión, en carta misiva, conversación, o cualqu acto o documento no destinado a servir de prue

La confesión extrajudicial es prueba deficie o incompleta, y su fuerza es mayor o menor se la naturaleza y las circunstancias que la rod y puede hasta tener mérito de plena prueba s juicio del juez, no queda duda alguna acerca la confesión misma. (Artículo 608 del C. J.).

Como esta confesión no la obtiene el juez rectamente sino a través de las pruebas, testi niales o de otra naturaleza, importa el exame las pruebas producidas en el presente juicio, saber si la confesión extrajudicial hecha por B. Herrera, de que no cubrió el precio de la praventa de varios inmuebles y unas reses, q legalizó por medio de escritura número 644, a ce claramente establecida.

I) David Rivera declara que encontrándos el taller de Juan B. Herrera se presentó allí Gabriel Tobar y con mucha timidez le co Herrera el precio de la compraventa y Herr dijo "que para qué quería dinero, que sería que se lo robaran", que más bien le otorga documento. Dice, además, que con motivo d cidente conversó con Herrera sobre el p pleito que el asunto podría ocasionarle y é contó que había consultado el negocio con u gado en la Capital de la República. Rivera l guntó si le había manifestado al abogado c tado que no había cubierto el precio y le co que sí. Dice Rivera que teniendo duda H de que al contraer matrimonio la señora N

y don Nepomuceno Tobar no hubieran legitimado a su hija María de Jesús, Rivera le indicó como hábil para tal averiguación a Eliseo Sánchez (alias el Profeta), quien ocasionalmente se presentó y Herrera conversó con él sobre tal tema, circunstancia que luego corroboró Sánchez al declarar en juicio.

II) Las deposiciones de Juan Evangelista Vargas, Aquilina Vargas y Jorge Alberto Vargas, quienes relatan que habiendo ido a la joyería de Herrera a mandarle hacer una obra, el llamado Juan Evangelista le ofreció en venta a Herrera una finca que había adquirido a inmediaciones del predio de Tobar y aquél se negó a comprarlo, porque no tenía dinero, pues, ni siquiera, dijo, había podido pagarle a José Gabriel el valor de los predios que le había comprado.

III) José María Cuéllar quien fue testigo instrumental, afirma que Herrera no pagó a Tobar en el acto del otorgamiento de la escritura. Testimonio que corrobora Herrera cuando en posiciones sostuvo que el precio lo cubrió en la habitación del vendedor.

IV) Cristóbal García relata que le tomó en alguna ocasión las fincas en arrendamiento a José Gabriel y que éste fue representado por Joaquín Herrero. Agrega que al terminar el contrato le entregó la finca y las reses a Herrera. Este niega el hecho. Se ve, sin embargo, en esta declaración, la incapacidad intelectual de Tobar, hasta el punto que siempre buscaba quién lo asesorara.

V) Está demostrada la absoluta pobreza del vendedor después de haber vendido sus propiedades la completa indigencia en que vivía, así como las deficiencias de su estado mental, que lo hacían pasar ante el vecindario como "un tonto", quedando expresarse en esta forma su cretinismo, hechos todos que en una u otra forma declaran Daniel Rivera, Julián Moreno, Pedro Elías Plata, Isidro Calderón y Camila Rivera.

Esta última dice que Herrera le arrendó una finca de José Gabriel y fue condición la de cubrirle los arrendamientos a éste suministrándole los alimentos y arreglo de ropa. Que alguna vez necesitó dinero y que quiso prestarle cinco pesos a José Gabriel y que éste le dijo que no tenía. Consta que Herrera le dió a tal señora quince pesos para ropa de Tobar.

Por parte de Herrera no se hizo el menor esfuerzo para demostrar cómo había cubierto el valor de los inmuebles adquiridos por la compra hecha a José Gabriel. Negó una serie de hechos que luego fueron acreditados como tales, como su conversación con Sánchez sobre el estado civil de la demandante, el haber recibido unas reses dependientes de la compra a Tobar.

Para la Corte es evidente que Juan B. Herrera no cubrió el precio de la compraventa, convicción adquirida del examen de la prueba circunstancial aducida al proceso y de la confesión extrajudicial hecha por Herrera en presencia de David Rivera y de los Vargas. Existen, además, una serie de circunstancias que unidas a la confesión llevan al ánimo del juzgador la convicción de la falta de aquel pago: la miseria e indigencia en que vivió Tobar, aún después de la venta de las fincas. La pobreza mental, que hace posible el engaño de que fue víctima, a la cual se agrega que otras personas que contrataron con Tobar atestiguan como dada la limitada capacidad de éste, buscaban siempre la intervención de una persona honorable como intermediaria.

La declaración hecha en su testamento por Tobar, quien víctima del abandono y la pobreza en que se encontraba, murió en un hospital, dejando el encargo a su hermana de que demandara a su comprador. Esta declaración testamentaria está corroborada con el poder que días antes de su muerte dió Tobar a un abogado para que cobrara el precio de lo que vendió.

De lo dicho se deduce que Herrera no cubrió a Tobar la suma señalada como precio de la venta en la escritura pública número 644 de 20 de octubre de 1937 de la Notaría Primera de Neiva.

Ahora bien: "La acción resolutoria consagrada por el artículo 1546 del C. C., que se extiende a todos los contratos bilaterales, está, además, consagrada de una manera especial en el código citado en el contrato de compraventa, tanto para el vendedor como para el comprador (artículos 1882, 1888 y 1930). El vendedor que no cumple con una de sus obligaciones principales, que es la de hacer la entrega o tradición de la cosa vendida (artículo 1880) pone al comprador en la capacidad legal para perseverar en el contrato o para desistir de él (artículo 1882). A su turno, el comprador constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenido, capacita al vendedor para ejercer la acción resolutoria o demandar el pago del precio. Sólo pueden enervarse estas acciones cuando en el caso del artículo 1882 está el comprador en mora de cumplir su obligación y, cuando en el caso del artículo 1930, no ha cumplido el vendedor con las que le corresponde, por-

que el principio del artículo 1609 del C. C. se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales. Puede también enervarse la acción resolutoría cuando el contratante contra quien se ejercita demuestra que, o por fuerza mayor, o por un caso fortuito no imputable a él, no pudo cumplir su obligación en los términos pactados. Por otra parte, las reglas que rigen las obligaciones condicionales, modales, alternativas, etc., deben ser tenidas en cuenta al estudiar la acción resolutoria, pues es preciso considerar las estipulaciones y modalidades del pacto cuya resolución se demanda". G. (J. tomo 48, página 1035, Nº 213).

En el caso en estudio consta en la correspondiente escritura de compraventa que se pagó el precio, pero tal declaración entre las partes contratantes admite prueba en contrario. Esta Sala dijo en sentencia de 29 de julio de 1921: "La disposición del artículo 1934 del C. C. se ha entendido según jurisprudencia constante de la Corte, 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 las partes contratantes, al aplicar el artículo 1759 de dicho código. El artículo 1934 debe entenderse en el sentido de que sólo para dirigir acción contra terceros hay necesidad de probar la nulidad o falsificación de la escritura".

Por lo demás, no aparecen probadas las excepciones propuestas de petición de un modo indebido y nulidad del testamento y en cuanto a la ilegitimidad de la personería fue materia de la nulidad decretada y de la ratificación de lo actuado hecha por la demandante.

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, revoca en todas sus partes la sentencia proferida por el Juez del Circuito en lo Civil de Neiva de fecha catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, y en su lugar falla este pleito así:

Primero. — Declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado entre los señores José Gabriel Tobar y Juan B. Herrera, por medio de la escritura pública número 644 de 20 de octubre de 1937, de la Notaría Primera de Neiva, registrada en la oficina correspondiente allí mismo bajo la partida número 1408 de 31 de diciembre del mismo año, y en consecuencia, se condena al demandado Juan B. Herrera a devolver a la sucesión de José Gabriel Tobar, representada por su heredera testamentaria María de Jesús Tobar dentro del término de seis días de la notificación de esta sentencia, los bienes de que trata el mencionado instrumento público.

Segundo. — Se ordena la cancelación en la oficina de Registro de Neiva de la inscripción hecha bajo la partida número 1408 de 31 de diciembre de 1937, de la escritura número 644 citada y se dispone tomar nota de la presente sentencia en el protocolo respectivo.

Tercero.—Se condena a Juan B. Herrera, igualmente, a pagar los frutos naturales y civiles de los bienes materia del mencionado contrato de compraventa, no sólo los percibidos, sino los que hubiera podido percibir desde la fecha de la escritura o sea desde el día 20 de octubre de 19 hasta el día en que se verifique la entrega de esos mismos bienes. El valor de estos frutos se fijará de acuerdo con lo señalado en el artículo 553 del C. J.

Cuarto.—Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

Las costas a cargo del demandado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en GACETA JUDICIAL y devuélvase el expedien

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Da José A. Montalvo — Hernán Salamanca — Art Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas. — Pe León Rincón, Srio.

ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR NO HABER HABIDO PRECIO

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Por medio de la escritura pública número 1910, otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín el 25 de agosto de 1943, Mariana Arroyave de Correa vendió a su hermana Bertina M. sus derechos hereditarios en la sucesión de su madre María Jesús Madrid de Pérez, fallecida cuatro días antes, por el precio de $ 1.500 que la vendedora declara tener recibido en dinero efectivo a su satisfacción.

Al mes y veinte días de otorgado este instrumento, el 14 de octubre de 1943, ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín, Mariana Arroyave de Correa, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario a Bertina Arroyave M. para que se declare nulo el contrato de compraventa de derechos hereditarios que consta en la citada escritura número 1910, por no haber existido precio; o, subsidiariamente, resuelto por falta de pago del precio que aparece estipulado. Consecuencialmente se pide la declaración de que la demandada está obligada a restituír a la actora los derechos hereditarios vendidos, o lo que hubiere adquirido por adjudicación correspondiente en el juicio mortuorio, con sus frutos naturales y civiles, y que se ordene la cancelación del registro de la escritura del contrato y la de la hijuela de la adjudicación hecha a la demandada, si alguna se hubiere hecho a la decisión de este pleito.

La demandada acepta la afirmación de la demandante de que no hubo precio en el contrato debatido por no tratarse de una transferencia a título oneroso sino gratuito. "Aquí todo se limitó —dice la demandada— a darle a un contrato real de donación el ropaje de una compraventa, cosa absolutamente lícita".

La controversia trabada sobre estas bases fue decidida por el Juzgado del Circuito en sentencia del 18 de diciembre de 1944, en la que absolvió a la demandada de todos los cargos de la demanda, con fundamento en haber hallado demostrada la excepción de simulación propuesta por Bertina Arroyave, esto es, que la venta de que da cuenta la escritura número 1910 de agosto de 1943 fue simulada para encubrir una donación, y que, por consiguiente, no había por qué pagar un precio inexistente.

Sentencia acusada

La sentencia acusada ante la Corte en el recurso de casación interpuesto por la parte demandada fue proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 26 de octubre de 1945 como final del grado a que dio lugar la apelación de la actora contra la sentencia del Juzgado.

El Tribunal revocó el fallo recurrido, y en su lugar declaró absolutamente nulo el contrato solemnizado en la escritura número 1910, y condenó a la demandada, en consecuencia, a restituírle a la actora los derechos vendidos en ese instrumento, considerándola, para los efectos de las prestaciones mutuas, como poseedora de buena fe. Sin costas.

La sentencia acoge la petición principal de la demanda sobre nulidad de la venta por carencia de precio, y se funda, en síntesis, en que la demandante ha probado con la correspondiente escritura pública un contrato de venta y ha afirmado, como base de su nulidad impetrada, que no tuvo precio. La demandada ha confesado que en verdad la venta no tuvo precio y como no probó con la prueba legalmente requerida en tratándose de simulación entre las partes, el contrato oculto de donación que ha alegado en su favor, debía prosperar la nulidad fundada en la falta de uno de los elementos esenciales del contrato de venta.

El recurso

Con base en la causal primera de casación (artículo 520, ordinal 1º del C. J.), se acusa la sen-

tencia de ser violatoria de los artículos 1740, 1741, 1746, 1501, 1849 y 1524 del C. C., y el 472 del C. J., que no tuvo en cuenta, como consecuencia de los errores evidentes de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar, interpretándola, la demanda y su contestación, y que lo llevaron a considerar equivocadamente, que se había fundado la solicitud de nulidad en el hecho de la inexistencia del precio. "La demanda que nos ocupa —escribe el recurrente— pidió la nulidad de la compraventa de derechos hereditarios de que da cuenta la escritura número 1910 ya citada. ¿Y qué encontramos en dicha demanda como sostén de la petición de nulidad? Nada. La petición está escueta, desnuda, pues no hay un solo hecho en que se funda y fuera de la misma petición sólo hallamos el vacío... No hay un solo hecho del libelo que mencione la inexistencia del precio como fundamento para pedir la nulidad. Sólo la sentencia del Tribunal habla de ello pero lo hace oficiosamente, llevado allí por el error porque no tiene de dónde deducir ese hecho". "De suerte que aun cuando existiera la confesión sobre el hecho de que no hubo precio, no habiendo sido éste propuesto en libelo, la confesión de la señorita Bertina no podía extenderse a hechos que no aparecen en él y que por no existir en la demanda no pueden ser fuente creadora de derechos para la actora".

Se considera:

Como se sabe, en la demanda que dio iniciación a este litigio se propusieron subordinadamente, como principal, la acción de nulidad de la compraventa contenida en la escritura número 1910, y subsidiariamente la de resolución de la misma. El Tribunal circunscribió su estudio y decisión a la primera, propuesta en el aparte distinguido con la letra a) en la serie de declaraciones que se piden en la demanda y que dice textualmente:

"Es nulo el contrato de compraventa de derechos hereditarios que consta en la escritura pública número 1910 de 25 de agosto de 1943, de la Notaría 3ª del Circuito de Medellín, por no haber existido precio en dicho contrato".

La Sala ve cumplidas en el contexto de esta transcripción de la demanda, aunque reunidas con inobservancia de las reglas de clasificación y separación del código de procedimiento, las condiciones sustanciales que debe contener la petición con que se inicia un juicio, de enunciar con claridad y precisión las peticiones que se hacen, expresando los hechos u omisiones en que se aj yan. En la frase "por no haber existido pre en dicho contrato", con que se complementa pedimento de nulidad, se expresa, con el senti que le comunica la finalidad misma de la dema da, el hecho sustancial, generador del fenóme jurídico de la nulidad, en que se asienta esenc y suficientemente la pretensión de la demand

Con tal claridad de términos se ofrece de e manera el planteamiento de las bases de la li que no es necesario recurrir, como no recur el Tribunal, a la facultad judicial de interpret la demanda, dentro de los límites jurisprude cialmente señalados por la Corte, para evitar sacrificio del derecho por la aplicación mecáni de las fórmulas del procedimiento. En este ca basta leer, y estar dentro del entendimiento c vio de las palabras usadas en la redacción c libelo.

A la simple vista del preinserto pasaje de demanda resalta la sinrazón del cargo, que apoya exclusivamente, como se vio, en la afirm ción de la circunstancia, que no coincide con realidad del proceso, de que la demandante expresó la inexistencia del precio como fund mento de su acción de nulidad. El recurrente pone en contradicción no solamente con la li ralidad de la demanda sino con la propia deci ración de su poderdante, la demandada Berti Arroyave, que aceptó y entendió que se la e plazaba a una controversia sobre nulidad c fundamento en la inexistencia del precio, cuan dice en su contestación a la demanda: "Tampc es resoluble el contrato por no pago del prec porque como lo afirma la misma demandante las posiciones y en la demanda, en esa operaci no hubo precio, aunque se cuida de decir por q no lo hubo".

En la parte final de su demanda de casaci después de enlistar "la serie de indicios que muestran que el contenido de la escritura núm ro 1910 es el de una donación disfrazada de cc praventa", y luego de afirmar que tales indi "establecen de una manera firme la razón por cual no hubo pago", formula el cargo por er de hecho en su estimación, porque "el Tribu en lugar de apreciarlos en el sentido que le dicho, los llevó a un campo de estimación dis to, o sea a la no existencia del precio en el c trato de compraventa, sin fijarse en la donaci

Este cargo confuso y sofístico, no enfoca la dadera razón de la sentencia en lo tocante

mulación relativa, propuesta como excepción or la demandada. El Tribunal no desechó la te- s de la donación disfrazada de venta por insufi- iencia de las pruebas, sino por inidoneidad de los edios probatorios aducidos, por ser pruebas le- almente ineficaces, y este aspecto o motivo de sentencia no se ataca. "Es posible —se lee en sentencia— que las cosas hayan pasado como asegura la opositora, si se tiene en cuenta el arentesco cercano de las partes, las manifesta- ones que aun desde antes de la muerte de la ñora Madrid de A. hizo la demandante en el ntido de que donaría a su hermana Bertina su recho hereditario en la sucesión de su madre, haber declarado en la escritura número 1910 e tenía recibido el precio, a pesar de no ser ello rto, y las manifestaciones que con posteriori- d a la fecha de la escritura hizo a los señores ctor Botero Díaz y Escobar M. Pero el fallar no puede desatender el punto referente a la nera como han debido probarse los hechos, para acoger elementos de juicio que carecen de idoneidad legal".

No resultando fundado ninguno de los cargos formulados por el recurrente, 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 el 26 de octubre de 1945, materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José A. Montalvo—Hernán Salamanca — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REIVINDICACION

La venta de lo ajeno no es oponible al verdadero dueño; pero esta situación implica que quien la ataca o de ella prescinde, en la mira de recuperar los respectivos bienes, sea ese verdadero dueño.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

La Compañía Minera de Los Andes demandó a los señores Camilo Vélez, Gabriel Mejía y Félix Murcia en reivindicación del inmueble determinado en el libelo, y el Juzgado 3º Civil del Circuito de Manizales, donde cursó la primera instancia, la cerró el 10 de febrero de 1944 negando las declaraciones demandadas, sin costas, por hallar probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante.

Este apeló y el Tribunal Superior, sustanciada la segunda instancia, revocó ese fallo en el de 19 de diciembre de 1945 que decretó la reivindicación pedida, como acción principal, con las correspondientes condenaciones al pago de frutos y de mejoras, se abstuvo de considerar las súplicas subsidiarias y negó la indemnización de perjuicios.

El abogado de los demandantes interpuso casación, recurso que se decide por estar tramitado debidamente.

La compañía demandante aduce para acreditar su dominio la compra que hizo a la Compañía Minera Consolidada La Unión, ambas con Medellín como domicilio, en la escritura número 1700 otorgada ante el Notario de allí, el 23 de agosto de 1918. Los demandados Vélez y Mejía se opusieron como poseedores afirmando ser ellos los dueños, y el demandado Murcia puso de presente no ser poseedor sino tenedor como arrendatario de aquéllos.

El Juzgado no entró en estudio de fondo por deficiencia en los comprobantes sobre existencia y representación de la compañía actora; y el T bunal, hallando satisfactorias las pruebas que e adujo al respecto en la segunda instancia, ent a conocer en el fondo y, por encontrar que dic compraventa acredita el dominio de la dema dante, decretó lo pedido por ésta en primer t mino, no sin que la inspección ocular y los dict menes periciales dejasen de concurrir a la ide tificación indispensable del inmueble ante aq instrumento y la demanda inicial y ante la re lidad de la posesión ejercida por los demandad

Cuanto a las peticiones subsidiarias, relativas la posesión y no ya al dominio, no hubo lugar decretarlas ni estudiarlas, dada la prosperidad la principal; y en cuanto a las súplicas sobre demnización de perjuicios el Tribunal absolvió los demandados. Como éstos son únicos recurr tes, el recurso pone sub judice tan sólo lo que es adverso, o sea, el reconocimiento del domi de la compañía demandante y la orden de ent garle el inmueble aludido y de pagarle sus fru desde la contestación de la demanda.

El abogado de los recurrentes ante la C invoca el motivo 1º de los del artículo 520 C. J. y dentro de él formula varios cargos agrupa en sendos capítulos, en forma que se sume así, siguiendo el orden de su exposició

1º Error de hecho y de derecho en la apre ción de la citada escritura número 1700 de 2 agosto de 1918, así como de la número 115 d de febrero de ese año, porque el Tribunal n noce como título de dominio del demandant compra que hizo por la escritura 1700, teni como dueño al vendedor por obra de la part citada en la escritura 115, sin que tal part figure ahí ni en ninguna otra prueba del e diente; y de ese error deduce la violación d tos artículos del C. Civil: 1502, porque en l critura 115 se halla sólo la obligación de al condueños de no impugnar una partición y consentimiento de partir o haber partido; el porque no consta cuál fuera la finca parti así las cosas, si por lo primero faltó con miento, por lo segundo falta el objeto; 759 y porque la inscripción de la escritura 11

lo ubicar en el patrimonio de cada copartícipe rción alguna del bien común"; 2654, por no recer registro alguno en relación con los lotes terreno que se dicen adjudicados en esa parti- a la compañía vendedora; el 740, porque ésta era dueña de lo que dijo vender a la compañía demandante; el 759, porque el registro en su ción de tradición no pudo efectuar la de cuer- ciertos, no teniendo la compañía vendedora o cuota proindiviso; y consecuencialmente los ículos 946, 947 y 950, por cuanto el Tribunal nitió la reivindicación, no estando probado el minio del demandante.

º Violación de los artículos 1401, 753, 2512, 3, 2518, 2526, 2428, 2529 y 2531, así como de citados artículos 946, 947 y 950, todos del C. porque el Tribunal tuvo por dueño a la com- ía demandante, a pesar de que no alegó pres- pción adquisitiva y de que sólo mediante ésta, su caso, podría haberse hecho dueña de lo aparece comprando en la escritura 1700 sin su vendedor fuera dueño de lo que como rpo cierto allí le transfirió.

º Esa escritura 1700 no obra en autos debida- nte, pues sólo se halla en una copia de copia; suerte que al admitirla el Tribunal incurrió error de derecho ante los artículos 630 del C. y 2670 del C. C. y consecuencialmente que- ntó los artículos 1760, 1857, 2577, 762 y 946, y 950 de esta obra, procediendo cual si el ins- mento público no se necesitase para acreditar compra de un inmueble o pudiera suplirse, y conociendo la presunción de dominio con que ley favorece al poseedor, dándola por destruí- con esa adquisición no acreditada.

º Para formular este cargo se sitúa el recu- nte en el supuesto de que la compañía deman- te hubiera alegado prescripción, lo que insiste advertir que no sucede, y encuentra que aquél no sería admisible porque la escritura 1700 a en copia de copia sin el original de la nota registro y porque no cabe buena fe en la com- ía compradora que adquirió de su vendedora rpo cierto de cuyo título ésta carecía. Deduce odo esto el quebranto de los arts. 2513, 764, 2528, 2529 y 2670 del C. C.

Error de derecho al estimar los planos a que e la citada escritura Nº 115 por considerarlos bas de la partición a que este instrumento e, y error de derecho también al atribuír va- de prueba de esa partición al hecho de haber do esa escritura el demandado Camilo Vélez,

ta—5

pues una cosa es presentar una partición determinada para comprobar que se hizo efectivamente, y otra cosa es que una persona hable de que no abjetará una partición. Por eso se quebrantaron los arts. 967 del C. J. y 1760, 1857, 759, 2637 y 2654 del C. C.

Se considera:

La escritura 1700 se presentó en debida forma con la demanda inicial. En el curso de la primera instancia el abogado demandante solicitó y obtuvo su desglose. Es de ahí de donde deduce el recurrente que ese instrumento obra sólo en copia de copia, como base del más grave de los cargos ya expuestos. Bien se ve que es inadmisible. Absurdo sería entender por desglose una celada tendida por la ley en forma que al paso que lo ofrece como un derecho a quien ha presentado tales o cuales documentos, de su ejercicio deriva la infirmación del valor probatorio de los que lleguen a desglosarse.

El cargo relativo a prescripción es a todas luces inadmisible por improcedente, para reconocer lo cual basta observar que es meramente hipotético. Si, como el mismo recurrente comienza por advertirlo, la demanda no se funda en usucapión y, por ende, el Tribunal no estudia este fenómeno ni lo presenta, ni a la luz de él es como decide, no cabe pensar en que las disposiciones atañederas a la usucapión tuvieran ocasión siquiera de ser quebrantadas por el fallo recurrido.

Queda, pues, por estudiar tan sólo el grupo de cargos atinentes a que se declara el dominio del demandante y a que, con la consecuencial prevalencia sobre la presunción de dominio que la posesión da a los demandados, se les haya condenado a restituír.

Ese reconocimiento surge de la fuerza y alcance de la escritura 1700, no de los planos aludidos en la escritura 115, a los cuales sólo incidentalmente y como corroboración de aquel instrumento es como se refiere el Tribunal. Ni surge tampoco de que se hubiera realizado o no, ni en su caso, en tal o cual forma la partición de que habla este instrumento.

En el más desfavorable de los supuestos para la parte demandante, la escritura 1700 contendría una venta de cosa ajena, cuya validez está expresamente proclamada en el art. 1871 del C. C., que le opone como salvedad sólo la que corresponda al derecho del verdadero dueño. Por tanto, aun dentro de ese supuesto, los demandados favorecidos con él habrían tenido que demostrar ser los verdaderos dueños para atacar la validez de esa

compraventa y de su consecuencial tradición. Y en manera alguna lo demostraron, según el análisis que, para rechazarlos, hizo el Tribunal de los comprobantes que presentaron con ese fin. Al respecto es decisivo el hecho de que el recurso no contiene acusación contra estos conceptos del Tribunal ni contra la apreciación de esas pruebas.

De otro lado, y esta reflexión bastaría de suyo como soporte y justificación de la sentencia recurrida, la escritura 1700 es suficiente para acreditar que la compañía demandante compró lo que hoy reclama y para que su acción reivindicatoria prospere no enfrentándosele título de los poseedores, como sería suficiente si, habiendo títulos de éstos, su fecha fuera posterior. Sólo en oposición y confrontación de títulos de una y otra parte es procedente que el estudio se vaya remontando hasta llegar a un momento en que se precise la anterioridad de la titulación de una de las partes litigantes respecto de la titulación de la otra.

En el presente caso basta, se repite, la escritura 1700, sin lugar a investigar, porque sería innecesario e improcedente, si quien en ella aparece como vendedor era o no efectivamente dueño de lo vendido. Se refirió a una partición, como pudo mencionar una compra, una permuta u otro título cualquiera, sin que este título por ese hecho de ser el aducido o citado tenga que comprobarse para admitir o reconocer que ese vendedor vendió y que, por ende, el comprador adquirió, que es lo pertinente en lo relativo a la compraventa como título. Según se vió, la venta de lo ajeno no es oponible al verdadero dueño; pero esta situación implica que quien la ataca o de ella prescinde, en la mira de recuperar los respectivos bienes, sea ese verdadero dueño. Aquí los demandados no han demostrado serlo ni aducido algo distinto de la presunción nacida de su posesión, y es de observarse que ésta comenzó después de registrada la escritura Nº 1700 y que a mayor abundamiento hay constancia de que este título está vigente.

La uniformidad con que esta Sala ha sostenido la doctrina resumida en los párrafos precedentes la demuestra el abogado opositor transcribiendo en lo pertinente estas sentencias: la de 16 de marzo de 1918 (G. J. Tomo 26, p. 300), la de 30 de noviembre de 1920 (G. J. Tomo 28, pág. 266), la de noviembre de 1931 (G. J. Tomo 39, pág. 388), la de 6 de junio de 1932 (G. J. Tomo 40, pág. 104) y las de 26 de febrero y 27 de mayo de 1936 (G.J. Tomo 43, págs. 339 y 598).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el diecinueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas Pedro León Rincón, Srio. Ppdd.

ACCION PETITORIA DE REVISION DE UNA SENTENCIA DE PREGON Y REMATE, DE NULIDAD DEL JUICIO EJECUTIVO, DE RESTITUCION DE BIENES, ETC.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.. — Bogotá, diciembre 11 de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

En documento privado, suscrito en Manzanares (Caldas) el 12 de julio de 1926, Arnulfo Marín S. y Luis García D. se constituyeron deudores solidarios de Ernesto Duque Lince por la suma de $ 1.400 recibidos en mutuo con interés por seis meses. El acreedor cobró ejecutivamente esta obligación en juicio iniciado en agosto de 1927, que culminó, después de los trámites legales correspondientes, en el remate del 22 de octubre de 1930 en que le fue adjudicado al ejecutante y a Aníbal Duque Lince la finca denominada La Palma, de propiedad del ejecutado.

Por medio de la escritura pública Nº 289, otorgada en el mismo Municipio de Manzanares ante el Notario de este Circuito el 20 de agosto de 1927, Aquilino Marín se constituyó deudor de Ernesto Duque Lince por la suma de $ 1.764 recibidos en préstamo con interés por el término de seis meses para garantizar sus obligaciones le hipotecó un terreno ubicado en el paraje de San Roque, jurisdicción Municipal de Núñez. Esta escritura ha sido traída al proceso con nota de cancelación por escritura número 327 de 8 de noviembre de 1930, de la misma Notaría.

En escritura pública número 4, otorgada en la Notaría de Victoria el 23 de enero de 1939, Arnulfo Marín S. vendió a Arnoldo Marín S. "los derechos que le puedan corresponder sobre el inmueble denominado La Palma situado en jurisdicción de Marquetalia... en la liquidación judicial que va a iniciar contra el doctor Ernesto Duque Lince". Dice la escritura que por medio de esta venta Arnulfo Marín se despoja de todo derecho sobre la finca citada en la cláusula primera de este instrumento, quedando el comprador Arnoldo Marín S. como dueño exclusivo de esos derechos remables, y en su tal calidad puede impetrar la acción judicial que corresponda para hacer efectivos esos derechos".

Con base en el interés que consideró deducible de esta cesión Arnoldo Marín S. ha afirmado que entre Aquilino Marín y Ernesto Duque Lince se verificó una transacción "que quedó constando en contrato hipotecario en el instrumento público número 289 del 20 de agosto de 1927", en virtud de la cual la obligación mutuaria de Arnulfo Marín S., contenida en el documento de 12 de julio de 1926, quedó totalmente extinguida, y ponía fin en consecuencia, a la acción ejecutiva de cobro, no obstante lo cual, Ernesto Duque Lince, después de obtener el pago de la obligación hipotecaria aludida, continuó la ejecución para el pago de la obligación mutuaria contenida en el documento privado, hasta hacerla culminar, como se vió, con el remate hecho por el ejecutante de la finca La Palma, entregada judicialmente al rematador.

Apoyado en estos fundamentos de hecho, Arnoldo Marín S., después de una serie de reformas de la demanda en número y modo que no autoriza la ley, concretó sus pretensiones en la de fecha 21 de septiembre de 1942, base de este litigio, en la cual, ante el Juzgado del Circuito de Manzánares, demandó en juicio ordinario a Ernesto Duque Lince para que "en armonía con lo preceptuado por el art. 1030 del C. J. se decrete".:

La revisión del mandamiento ejecutivo y de la sentencia de pregón y remate, proferidos en el juicio seguido en ese Juzgado por el demandado Duque Lince contra Arnulfo Marín S., y que, en consecuencia, se declare que el crédito contenido en el documento privado del 12 de julio de 1926 que le sirvió de recaudo ejecutivo "fue transado el día 20 de agosto de 1927" entre Aquilino Marín y el acreedor Duque Lince extinguiéndose así con anterioridad a la fecha de la sentencia, la diligencia de remate, el auto que lo aprobó y todo el juicio ejecutivo es nulo de nulidad absoluta. Que como consecuencia de esta nulidad el demandado debe restituír al actor, como cesionario de Arnulfo Marín S., el inmueble de La Palma, adjudicado en ese remate, con sus frutos, y debe condenársele a pagarle la cantidad de $ 10.000 en que estima los perjuicios causados por la ejecución referida y el remate de la finca que le redujo con-

siderablemente su patrimonio, más las costas del juicio.

Subsidiariamente pide:

Que se condene al demandado Duque Lince a pagarle al actor, como cesionario de Arnulfo Marín, la suma de $ 1.400 y sus intereses al 2% mensual hasta el día del remate, y de aquí en adelante el interés legal de la suma de $ 2.667, a que ascendió el valor del remate, por ser indebido el pago que hizo su cedente.

O que la suma de $ 1.764 "pagada por mi cedente Arnulfo Marín al demandado, se repite a mi favor, por ser indebido el pago de aquélla, repetición que haré con sus respectivos intereses".

O "que por la novación del contrato hipotecario a que se refiere la escritura pública Nº 289 de 20 de agosto de 1927... quedó extinguido el crédito por valor de $ 1.400 constante en el documento del 12 de julio de 1926", y que, por consiguiente, el demandado está obligado a restituír al demandado, como cesionario de Arnulfo Marín, la suma de $ 1.400 más sus intereses en la forma ya dicha.

O que, en último subsidio, se declare que Ernesto Duque Lince "me debe en mi carácter de cesionario de Arnulfo Marín, el mayor valor recibido por el demandado en el juicio ejecutivo de que se habló en esta demanda, previa liquidación de aquél, lo que se verificará en el curso de este juicio".

El demandado, luégo de inútil incidente de excepciones dilatorias, contestó la demanda oponiéndose a sus pedimentos principales y subsidiarios, y explicando, sencillamente, que los dos contratos de mutuo, celebrados con Arnulfo Marín en documento privado del 12 de julio de 1926 y el hipotecario con Aquilino del mismo apellido en escritura 289 del 20 de agosto de 1927, son totalmente distintos, y que basta leer la citada escritura a cuyos términos se acoge, para ver que allí no existe transacción ninguna relacionada con la obligación de Arnulfo Marín, que cobró ejecutivamente. Niega a su demandante el derecho de ejercitar la acción en la forma en que lo ha hecho y pide que se le condene a las costas por ser visible su temeridad.

El Juzgado del Circuito, al término de la actuación correspondiente, sentenció la primera instancia el 21 de marzo de 1944, declarando probada la excepción "de carencia de acción" y absolviendo, en consecuencia, a Duque Lince de todos los cargos de la demanda.

En el concepto fundamental del Juez sentenciador, el título de cesionario de los derechos reclamables de Arnulfo Marín en que el actor apoya sus pretensiones, "no lo faculta ni ante la ley ni ante la lógica para incoar una acción como la establecida aquí.

Sentencia acusada.

En la segunda instancia a que dió lugar la apelación del demandante, el Tribunal superior de Manizales confirmó la sentencia recurrida, sin costas, en la suya del 31 de julio de 1945.

Comienza el Tribunal por advertir "que se está en presencia de una situación verdaderamente confusa", a causa de la multiplicidad de demandas y pedimentos, y después de un esfuerzo de ordenamiento y clarificación de peticiones y de pruebas llega a las siguientes conclusiones sobre las que asienta su decisión confirmatoria:

La solicitud esencial que se encamina a la revisión del mandamiento ejecutivo, principalmente y a la de la sentencia de pregón y remate en el juicio del demandado Duque contra Arnulfo Marín, es improcedente porque este recurso extraordinario no lo concede la ley sino contra sentencias proferidas por los Tribunales o la Corte, ante ésta, cuando contra tales decisiones no cabe ningún recurso ordinario. "Procede en determinados juicios especiales, en los casos que expresamente determine la ley, como en el ejecutivo en el art. 1030, para las sentencias de excepciones y de pregón y remate. La ley no estatuyó este recurso para el mandamiento ejecutivo. Y es para dicho auto, precisamente, el caso de este pleito conforme a la primera solicitud de la demanda.

No obstante esta conclusión, entró el Tribunal en lo que se llama cuestión de fondo, esto es, en las peticiones consecuenciales de la revisión: que el crédito del documento del 12 de julio de 19 se extinguió por transacción entre Aquilino Marín y el demandado según escritura 289, y que por haberse proferido en estas condiciones sentencia de pregón, todo el juicio ejecutivo, inclusive el remate, es nulo, y que, por tanto, proceden las restituciones que determina la demanda, en relación con estos extremos concluyó:

La obligación constituída por Aquilino Marín por medio de la escritura Nº 289 de 10 de agosto de 1927 no contiene transacción ninguna con Ernesto Duque Lince ni esa obligación sustituyó a la que contrajo Arnulfo Marín en el documento privado que sirvió de recaudo para ejecutar

El acto jurídico que consta en la escritura Nº 4 de 23 de enero de 1939, en que Arnulfo Marín dijo vender a Arnoldo Marín los derechos que le puedan corresponder en la finca de La Palma, en la liquidación judicial que debe iniciar contra Ernesto Duque Lince, en que se apoya esta acción, no puede considerarse como venta de derechos litigiosos, y no produce sino los efectos correspondientes a un contrato de venta para exigir la entrega de la cosa, pero en manera alguna habilita al llamado cesionario para ejercitar una acción como ésta de revisión de un mandamiento ejecutivo y una sentencia de pregón y la nulidad de un juicio en que no es ni fue parte. "En resumen, se concluye: a pesar de la confusión que presentan los términos de la demanda, se infiere sin dificultad que no se trata de revisión de conformidad con lo dispuesto por el art. 1030 del C. J., sino de anular las consecuencias del juicio ejecutivo adelantado por Duque Lince contra Marín, y ésta acción no la tiene, como ya se vió, el demandante, porque no aparece comprobada su calidad de parte en dicho juicio".

El recurso

El recurso de casación que hoy decide la Corte, interpuesto por el actor después del malogro de las instancias, se apoya en la primera de las causales del art. 520 del C. J.

Se formulan contra la sentencia los cargos que a seguida se compendian:

a) Violación por infracción directa, indebida aplicación e interpretación errónea, de los arts. 1005, 471, 542 y 1030 del C. J. determinada por la confusión que hizo el Tribunal entre el recurso especial y extraordinario de revisión ante la Corte y la acción ordinaria para revisar algunas sentencias en los casos de la ley, y porque la sentencia en su parte motiva y en el aspecto tratado en ella no se acomoda a la realidad procesal, pues en la demanda se pide la revisión del mandamiento ejecutivo y "la consiguiente de la sentencia de pregón y remate", y no solamente la de primera providencia como lo entendió equivocadamente el Tribunal.

b) Aplicación indebida del art. 1969 del C. C. e infracción directa de los arts. 1759 y 630 del C. J. en que incurrió el Tribunal "al considerar que el contrato en el cual se le dieron derechos a Arnoldo Marín, ellos deben motejarse de litigiosos. La cesión se hizo sobre derechos en un inmueble, y a virtud de una escritura pública como correspondía a esta clase de contratos, se hizo por quien estima ser titular del derecho de dominio y sus consecuentes, y de consiguiente esa cesión de venta debía llevar aparejadas las consiguientes acciones".

c) Infracción directa del art. 1690 del C. C. y 593 y 606 del C. J. porque el Tribunal se negó a examinar la cuestión controvertida por el aspecto de la novación, "a que equivale lo acontecido jurídicamente en este negocio, según la prueba".

Considera la Sala:

Sin dejar de advertir que el primer cargo es vano porque la calidad simplemente adjetiva de las disposiciones que en él se citan como infringidas no da base al recurso de casación, la Sala no encuentra, al examinar la acusación, ningún reparo de ilegalidad a las conclusiones de la sentencia sobre el particular. Ciertamente puede hallarse en algunos de sus párrafos, en el que se transcribió al compendiarla, cierto confusionismo entre el recurso extraordinario de revisión y la acción ordinaria para revisar o ventilar de nuevo lo que se ha fallado en juicio especial cuando así lo dispone la ley, pero esto, que más bien es falta de claridad en el concepto, carece de toda importancia y no incide en el recurso, porque la verdadera conclusión a este respecto es la de que aquí no se trata del caso previsto en el art. 1030 del C. J. porque la acción revisoria no la autoriza la ley contra el mandamiento ejecutivo, que es lo principalmente pedido, y porque lo que se persigue en realidad en este caso es la anulación de un juicio ejecutivo para lo cual carece de personería sustantiva el actor por no haber sido parte en él. Corrobora el recurrente esta interpretación del Tribunal cuando dice en su demanda que lo pedido es la revisión del mandamiento ejecutivo y "la consiguiente de la sentencia de pregón y remate".

Daría apoyo al cargo la confusión incidental a que se alude, si en ella hubiera fundado el Tribunal una declaración de improcedencia de la acción incoada y por ello se hubiera abstenido de examinar el fondo de la cuestión controvertida. Pero lejos de esto, como se vió, la sentencia examina discriminadamente los pedimentos de la demanda y encuentra que ninguno de ellos tiene base jurídica ni razón legal porque la escritura Nº 289 de 10 de agosto de 1927 no contiene ningún contrato de transacción, ni la obligación mu-

tuaria que en ella consta es sustitutiva ni extintiva de la que Arnulfo Marín adquirió en favor del demandado Duque Lince, que es la razón y fundamento que se aduce para la nulidad de la sentencia de pregón y remate y de todo el juicio ejecutivo seguido por éste contra aquél con base en el documento privado de 12 de julio de 1926. Pero por sobre todas estas razones, por la principal de que la convención contenida en la escritura Nº 4 de 23 de enero de 1939, no da al demandante Arnoldo Marín interés jurídico ni derecho para iniciar una acción de nulidad de una ejecución en què no fue parte, ni para pedir las declaraciones y restituciones que principal y subsidiariamente determina el libelo inicial de este juicio.

Al reseñar de nuevo las razones fundamentales del fallo recurrido queda a la vista la inutilidad del recurso porque los cargos que en él se formulan no se dirigen contra su verdadero y principal fundamento que es la ilegitimidad de personería sustantiva de Arnoldo Marín. Según los términos de la citada escritura Nº 4, y como lo explica el mismo demandante, lo que Arnulfo Marín vendió fueron los derechos sobre la finca de La Palma, habilitándolo para iniciar la acción judicial para reclamarlos, y de esta estipulación contractual no puede nacer, como lo estima el Tribunal, sino las acciones correspondientes al contrato de venta, pero en manera alguna las que ha ejercitado en esta demanda, sobre declaraciones y prestaciones completamente extrañas al contrato referido y al frente de la persona distinta de su contratante.

Fue el mismo demandante quien dió lugar y motivo a que el Tribunal hiciera referencia al art. 1969 del C. C. para rectificar su afirmación de que había comprado "los derechos litigiosos referentes a la finca denominada La Palma", y no como dice ahora, para "motejarlos" de litigiosos. El cargo por indebida aplicación de este precepto legal, resulta, pues, completamente vacuo. E igual acontece respecto del art. 1690 del C. C., que enumera los modos de la novación, porque este aspecto, nuevo en el litigio, no tenía por qué ser considerado por el sentenciador, ni tiene ahora utilidad ninguna en el recurso, subsistiendo, según se ha visto, el motivo primordial de la carencia de interés y del derecho del demandante para iniciar este juicio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales de 31 de julio de 1945, materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta.—**Pedro Castillo Pineda.**—**Ricardo Hinestrosa Daza.**—**José A. Montalvo.**-**Hernán Salamanca.**-**Manuel José Vargas.**-**Pedro Leon Rincón,** Secretario en propiedad.

OBJECIONES A UNA PARTICION HECHA EN JUICIO DE SEPARACION DE BIENES.

En el caso del proceso sostiene el recurrente que para que el terreno adquirido por la sociedad conyugal, contiguo a una finca propia de uno de los cónyuges, a cualquier título que lo sea, común o comunicable, según el artículo 1781 del C. C., pueda formar comunidad es necesario que sea el mismo cónyuge propietario del bien antiguo, que personalmente adquiera la nueva propiedad y que en el caso de autos fue el marido y no la esposa quien compró, por lo cual no puede considerarse el problema a la luz de la parte final del artículo 1784 del Código Civil, y que al no entenderlo así violó el Tribunal el precepto citado. No se ve la razón lógica o jurídica que pueda existir para que sea el mismo cónyuge propietario del bien antiguo quien haga la adquisición y no su consorte. Si el bien va a ser común, si se cumplen los demás requisitos señalados por el artículo comentado, no aparece el motivo suficiente para que pueda considerarse que únicamente puede comprar el cónyuge dueño de la antigua propiedad. El argumento del recurrente podría aceptarse si se tratara de la compra de un lote por uno de los cónyuges para complementar un bien de su exclusiva propiedad; pero aún así surgirían dudas, pues lo importante sería el objeto de la compra y no la persona del adquirente. Lo que determina la diferencia es el fin para el cual se adquirió la nueva propiedad, si para completar como parte accesoria un bien de uno de los cónyuges, o para que formado con una heredad antigua, de propiedad exclusiva de uno de ellos, un bien o edificio de que el terreno últimamente adquirido no puede desmembrarse, se venga a constituír una comunidad. Para formar ésta da igual que uno u otro de los cónyuges sea el adquirente del nuevo bien. Las mismas consideraciones que acaban de expresarse se harían pertinentes con respecto a la otra condición que el recurrente considera como esencial para que se constituya la comunidad, o sea, la de que la compra del inmueble por la sociedad conyugal sea posterior a la adquisición hecha por uno de los cónyuges de un bien con el cual se va a establecer el condominio.

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

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas)

Son antecedentes de este pleito los siguientes:

1) Como consecuencia de la demanda sobre separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal propuesta por la señora María Teresa Ferrans de Monsalve contra su marido Joaquín E. Monsalve, el Juez Primero Civil del Circuito de Barranquilla profirió sentencia con fecha 8 de agosto de 1940, accediendo a las pretensiones de la actora.

2) En cumplimiento de tal proveído, se procedió a la práctica de los inventarios y avalúos de los bienes sociales. Desde aquel momento, el apoderado de la esposa hizo constar que el edificio denominado "La Perla", situado en la ciudad de Barranquilla, era de propiedad exclusiva de su representada, quien lo había adquirido en el juicio de sucesión de su madre la señora Teresa Núñez de Ferrans.

3) Hecha la liquidación y partición de los bienes comunes, el trabajo respectivo fue objetado por la señora Ferrans, porque, en su concepto, el partidor, a pesar de haber admitido que la finca La Perla le pertenecía, la consideró como un bien en comunidad entre la reclamante y la sociedad conyugal, y porque, aunque el predio o lote de terreno denominado Café Roma admitía cómoda división, fue adjudicado exclusivamente al marido, sin tener en cuenta tal circunstancia y la de ser un bien situado en uno de los sectores más importantes de la ciudad de Barranquilla. Se objetó igualmente la partición en lo referente a la adjudicación hecha al esposo de otros dos predios, cercanos al centro comercial de la ciudad, que en

guarda de la equidad y dada su importancia económica, han debido ser repartidos según la señora Ferrans, a ambos cónyuges. Tales bienes fueron el edificio de apartamentos junto con su solar, situado en la calle de El Progreso y las dos casas de la calle de Las Flores.

4) El juzgado accedió en parte a las pretensiones de la demandante, pero su fallo fue revocado por el superior; quien sólo accedió a adjudicar a la esposa una de las casas de la calle de Las Flores-20 de Julio-Progreso, compensándola con la adjudicación que se ordenó hacer al marido de la casa de la calle Santander-Líbano, esquina de la calle El Recreo-San Roque-Hospital. Se procuró así, dice el Tribunal, "que la adjudicación sea fiel expresión de la distribución, o sea, que a la cónyuge se adjudiquen bienes por valor de $ 148.306.66, que representa el valor de sus gananciales y el valor de sus dos solares incorporados en la edificación de La Perla.

6) Vueltos los autos al juzgado de origen, se rehizo el trabajo por el partidor en los términos señalados y el juez le impartió su aprobación. Apelado el fallo, se confirmó por el Tribunal en sentencia de 27 de noviembre de 1944, la cual a virtud del recurso de casación interpuesto por la señora Ferrans de Monsalve, se encuentra al estudio de la Corte.

Causales de casación alegadas

Con base en la causal primera del artículo 520 del C. J. el recurrente adujo contra la sentencia tres cargos, el primero de los cuales subdividió en tres capítulos. La Sala, siguiendo este orden, entra a estudiar los reparos propuestos.

Cargo primero. — Inmueble denominado La Perla

Desde el inventario de los bienes sociales surgió la pugna entre los intereses del marido y la mujer con respecto a este inmueble. El edificio que lleva el nombre de La Perla, fue construído sobre tres lotes de terreno: uno adquirido por el marido en el año de 1918, durante la vigencia de la sociedad conyugal, y dos que, como bienes de su exclusiva propiedad, obtuvo la esposa por adjudicación que se le hizo en la causa mortuoria de su madre, según aparece del instrumento público registrado número 1363 de 1924. La edificación se costeó con fondos comunes.

El partidor, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal que decidió sobre las objeciones hechas a la primitiva partición, consideró la finca raíz de La Perla como un bien en comunidad entre la esposa, dueña de los solares, y la sociedad conyugal, propietaria a su vez de otro y de las edificaciones. En consecuencia, al hacer la distribución del caudal social, le adjudicó a la esposa el citado inmueble, deduciendo del monto del haber común, el precio en que los peritos estimaron los lotes de propiedad exclusiva de ésta última. El saldo fue dividido en partes iguales entre los cónyuges, abonándosele a la esposa el valor en que se estimó su propiedad. La liquidación se hizo, pues, en la siguiente forma:

Valor del inventario	$ 271.899.99
Deducción por el valor de los solares de propiedad exclusiva de la esposa..	24.713.33
Saldo líquido distribuíble	$ 247.186.66
La mitad de esta partida es la suma de	$ 123.593.33

A la señora Ferrans de Monsalve se le adjudicaron, pues, bienes hasta cubrirle las siguientes partidas:

Valor de sus lotes.....	$ 24.713.33
Valor de su cuota en el haber social..	123.593.33
Suma.....	$ 148.306.66

El apoderado de la recurrente considera que la liquidación de la sociedad conyugal hecha en la forma que acaba de expresarse, lesiona los intereses de su representada, por cuanto el inmueble La Perla ha debido considerarse como un bien de la esposa, debiendo ella los aumentos materiales que acrecieron a su propiedad. Concreta su acusación en tres reparos o extremos que se estudian por separado, a saber:

I. — Al sostener el Tribunal, dice el recurrente que conforme al artículo 1784 del C. C. el edificio La Perla constituye una comunidad de dominio entre la señora María Teresa Ferrans de Monsalve y la sociedad conyugal Monsalve-Ferrans viola la citada disposición por "mala interpretación y aplicación indebida al caso del pleito".

Desarrolla su argumentación en el sentido de considerar que para que nazca y se determine el condominio sobre el terreno de la esposa y el de la sociedad conyugal se requiere:

a) Que se trate de un bien comprado durante el matrimonio por el mismo cónyuge, dueño de la antigua finca. Por consiguiente, si es la mu

la propietaria de la antigua finca, debe ser ella quien adquiera el terreno contiguo. En el caso en estudio, la dueña de la propiedad antigua es la mujer, y el marido fue quien adquirió la nueva propiedad.

b) Que la compra del terreno contiguo sea posterior a la adquisición de la finca de propiedad del cónyuge. Supone la ley que por poseer uno de los cónyuges una finca de su propiedad exclusiva, pueda necesitar adquirir después un terreno contiguo, es decir, que la nueva adquisición sea motivada por la economía de la antigua finca en grado que sea útil y conveniente incorporarla a aquélla. Se trata, como se ve, de la incorporación del inmueble social a la finca propia, y no de ésta al terreno contiguo.

c) Se requieren actos del hombre suficientes para que el terreno últimamente adquirido forme con la propiedad antigua una sola unidad, una misma cosa. La compra o adquisición del terreno no es incorporación; se requieren actos de alguna entidad.

d) Se necesita fijar con exactitud los respectivos valores de las cuotas de los dos comuneros: el cónyuge y la sociedad. Claramente lo dice el artículo 1784 del C. C. cuando expresa que "la sociedad y el dicho cónyuge serán condueños del todo a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación".

Termina sosteniendo que el Tribunal entendió y aplicó el artículo 1784 de manera fundamentalmente contraria a todo lo explicado.

Se considera:

Es un principio de sana hermenéutica que donde existe una misma razón de hecho, debe encontrarse el mismo precepto de derecho.

Sostiene el recurrente que para que el terreno adquirido por la sociedad conyugal, contiguo a una finca propia de uno de los cónyuges, a cualquier título que lo sea, común o comunicable, según el artículo 1781 del C. C., pueda formar comunidad, es necesario que sea el mismo cónyuge propietario del bien antiguo, que personalmente adquiera la nueva propiedad, y que en el caso de autos fue el marido y no la esposa quien compró, por lo cual no puede considerarse el problema a la luz de la parte final del artículo 1784 del código civil, y que al no entenderlo así el Tribunal violó el precepto citado.

No se ve la razón lógica o jurídica que pueda existir para que sea el mismo cónyuge, propietario del bien antiguo, quien haga la adquisición y no su consorte. Si el bien va a ser común, si se cumplen los demás requisitos señalados por el artículo comentado, no aparece el motivo suficiente para que pueda considerarse que únicamente puede comprar el cónyuge dueño de la antigua propiedad.

El argumento del recurrente podría aceptarse si se tratara de la compra de un lote por uno de los cónyuges para complementar un bien de su exclusiva pertenencia; pero aun así, surgirían serias dudas pues lo importante sería el objeto de la compra y no la persona del adquirente.

Lo que determina diferencia, es el fin para el cual se adquirió la nueva propiedad, si para completar como parte accesoria un bien de uno de los cónyuges, o para que formado con una heredad antigua, de propiedad exclusiva de uno de ellos, un bien o edificio de que el terreno últimamente adquirido no pueda desmembrarse, se venga a constituír una comunidad.

Para formar ésta da igual que uno u otro de los cónyuges sea el adquirente del nuevo bien.

Don Fernando Vélez dice al respecto que "no es necesario que el terreno lo adquiera el dueño de la finca: puede adquirirlo el otro cónyuge y tratarse del caso mencionado. Por ejemplo: la mujer es dueña de la finca y el marido adquiere el terreno".

El referido comentarista cita en el número 55 la opinión de uno de los expositores chilenos, que dice:

"Lleva uno de los cónyuges al matrimonio un sitio de diez metros de frente; el marido para complementarlo compra otros diez metros y edifica en él una casa; claro está que ya este todo no puede dividirse para entregar a la mujer sus diez metros de terreno al disolverse la sociedad, sin grave daño y perjuicio".

Alexandri Rodríguez, refiriéndose al tema en cuestión, expone:

"El artículo 1728 (igual al artículo 1784 del C. C. colombiano) contempla el caso de que durante la sociedad se adquiera un terreno contiguo a una finca propia de uno de los cónyuges por cualquier título oneroso, porque es el único que lo hace comunicable (social), según el artículo 1725 (igual al artículo 1781 del C. C. colombiano), sea que la adquisición la haga la cónyuge propietaria o el otro". (Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada, Nº 226).

Las mismas consideraciones que acaban de ex-

presarse, se harían pertinentes con respecto a la otra condición, que el recurrente considera como esencial, para que se constituya la comunidad, o sea la de que la compra del inmueble por la sociedad conyugal sea posterior a la adquisición hecha por uno de los cónyuges de un bien con el cual se va a establecer el condominio.

Lógicamente se observa que adquirida la finca antes o después, el resultado es el mismo: desde que los fundos sean contiguos y la incorporación que con ellos se realice forme un todo, como una heredad o un edificio, de que el terreno no pueda separarse sin daño. Adquirida antes, como lo expresa el opositor en el recurso, la finca propia y luego el terreno común, y construído en ambos un edificio, el resultado es idéntico al que se obtendría con adquirir el terreno común antes y después la finca exclusiva y levantar sobre ellos una edificación.

Lo esencial está en que en un momento dado, en la unión conyugal, lleguen a ser contiguos un predio exclusivo de uno de los cónyuges y otro de la sociedad, y que con los dos, o sobre los dos, se formen o construyan fundo, casa, edificación, heredad, industria agrícola o pecuaria o establecimiento de otra índole, etc., de tal modo que los terrenos, exclusivo el uno y social el otro, no puedan separarse sin grave daño o perjuicio.

Siendo así que la incorporación se realiza cuando los inmuebles son continuos, y sobre ellos se construye una casa, o cualquier otra edificación, sea que, la adquisición del bien social hubiera sido hecha antes y posterior la adquisición exclusiva del cónyuge, tendría que aplicarse el criterio de analogía, para deducir que la norma legal debe ser la misma para situaciones de hecho iguales o semejantes. Como la incorporación se efectuó sin tener en cuenta el orden de prelación de las adquisiciones, la separación o desmembración sería inaceptable por razones elementales de economía y utilidad.

Pudiera sostenerse que habiendo adquirido el bien contiguo el otro cónyuge, y no el mismo propietario del bien exclusivo y siendo la adquisición del bien social anterior a la del cónyuge, no cabría el problema dentro de los límites contemplados en el artículo 1784 del C. C., entonces, sería de aplicación la regla general sobre edificación en suelo ajeno, a ciencia y paciencia del propietario, que conduciría al mismo resultado.

Quiere el recurrente que para que la formación de la comunidad tenga lugar es menester que se efectúe la incorporación, que no basta la compra o adquisición del terreno contiguo, en lo cual tiene razón; pero la diferencia consiste en lo que él entiende por incorporación.

Debe observarse que si el nuevo terreno y el fundo contiguo a él, conservan su individualidad y cada uno constituye un predio separado e independiente, rigen los principios generales: la finca será del cónyuge, y el terreno será social. Pero si han perdido su individualidad, porque con ambos se ha formado una heredad o edificio de que el terreno últimamente adquirido no pueda desmembrarse sin daño, hay conveniencia en mantenerlos unidos: se forma entonces una copropiedad entre el cónyuge y la sociedad y ambos serán condueños del todo, a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación.

La incorporación o formación de una entidad indivisible, fuente del condominio, es una cuestión de hecho sometida a la apreciación del Juez y dependiente del criterio que se forme de las probanzas aducidas en el pleito, resultará o no la aceptación de la existencia de la comunidad.

Tales circunstancias fueron demostradas con la prueba pericial practicada en el proceso en la que los peritos afirman, que la construcción que actualmente constituye el edificio de La Perla "no es la que se individualiza en la hijuela mencionada, como adjudicada en el sector de Barranquillita a la señora Ferrans de Monsalve". Se dice por los peritos que en uno de los lotes pudo haberse utilizado algo de la vieja construcción pero, en cambio, nada pudo utilizarse de la construcción antigua del otro lote, por tratarse de una casa de madera, barro y zinc. Un edificio es una construcción que no puede desmembrarse del suelo en que está levantado, a menos que sea desarmable, sin perjuicio para la economía de sus propietarios.

Otro de los elementos de convicción tenidos en cuenta por el Tribunal en orden a la constitución de una propiedad indivisible entre los lotes y sus edificaciones, fueron las deposiciones de los testigos Carlos Alsusa, Pedro Germán Díaz, José Pertuz y Vicente Alsusa, quienes como oficiales de construcción declararon que el edificio de La Perla, se levantó sobre los tres lotes de acuerdo con el plano que obra en autos.

Sobre la construcción, de acuerdo con las especificaciones del plano en cuestión, también declararon los peritos.

La incorporación resulta, pues, de la utiliza-

de los lotes tanto de los de propiedad exclusiva de la mujer, como del adquirido por el esposo para la sociedad conyugal, en la construcción de un edificio sobre los tres solares, sin que sea dable separar estos sin causar perjuicio. Hay que recordar que los lotes de la señora ni siquiera son contiguos, porque entre uno y otro está la zona común adquirida por el marido en el año de 1918.

Alega el recurrente que para que el fenómeno de la copropiedad se constituya, es necesario que se fijen con exactitud los respectivos valores de las cuotas de los dos comuneros: el cónyuge y la sociedad conyugal.

Esta faz del problema no fue materia de las objeciones. La actora reclamó para sí la propiedad exclusiva de la finca La Perla y no contempló en el pliego respectivo el aspecto que se presenta ahora por primera vez ante la Corte. El cargo aducido sería para el caso en que la esposa hubiera convenido en que en la finca de La Perla se constituyó un indiviso o propiedad común, y en tal evento al tenor del artículo 1784 del C. C., la sociedad conyugal y el cónyuge respectivo serían los condueños del todo a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación.

Los hechos o motivos en que se apoyan las alegaciones ante la Corte, han de haber sido ya propuestos a los jueces de fondo. Si son de aquellos no considerados en las anteriores etapas del juicio, se llaman medios nuevos, que no pueden ser admitidos en el recurso de casación. Quien invoca un medio de esta naturaleza, no modifica sus pretensiones, sino que trata de alcanzar el mismo resultado buscado con la demanda, pero por una vía distinta.

Por consiguiente se rechaza el cargo.

II. — Acusa el recurrente el fallo del Tribunal, por quebrantamientos de los artículos 1783, inciso 3º, 1802 y 1825 del C. C., por cuanto se declaró que conforme a ellos, la señora Ferrans debe a la sociedad conyugal recompensa por la construcción del edificio de La Perla en los lotes de su propiedad y al ordenar que se le descontara la suma de $ 28.186.66, en que fue estimado pericialmente el solo edificio.

Dice textualmente: "para el régimen establecido en los artículos 1783, 1802 y 1825, precisa la observancia de estos requisitos:

"a) Que se trate de edificaciones o mejoras realizadas en una especie propia de uno solo de los cónyuges.

"Es lógico y necesario suponer que la especie o inmueble sea propio del cónyuge al terminarse la edificación o la mejora. Si a ese tiempo no es suya la especie, el caso pasa a otra categoría, y no surgirán las consecuencias, como la obligación de compensar el valor de las obras.

"b) Que los gastos o expensas hayan sido sufragados por la sociedad conyugal.

"c) Que conste exactamente el valor de tales gastos, pues sin ellos la recompensa resultaría imposible.

"d) Que las expensas sociales hayan aumentado el valor del inmueble propio al terminarse las obras, mejoras o edificaciones respectivas, pues la ley no podría cometer la injusticia de gravar a uno de los cónyuges con la obligación de reembolsar gastos inútiles.

"e) Que el expresado aumento de valor subsista a la fecha de la disolución de la sociedad".

Lo expuesto basta para demostrar, contra lo que admitieron el juez y el Tribunal, que si hay contradicción absoluta entre el artículo 1784 y sus efectos, y los artículos 1802 y 1825 y sus efectos. El 1784 contempla el caso de que el dueño de una finca propia deje de serlo y pase esta finca al dominio de una comunidad en la cual la sociedad conyugal adquiere propiedad sobre toda la cosa y sobre todas sus partes proindiviso con el respectivo cónyuge.

Se considera:

De algunas de las providencias del juzgador de primera instancia, talvez se pudiera colegir que tal funcionario creyó del caso la aplicación de los artículos 1802 y 1825 del C. C., y que era necesario hacer ciertas deducciones para luego acumularlas a la masa partible, como serían las expensas hechas en las edificaciones; pero el Tribunal, si bien acogió algunos de los conceptos del inferior, en definitiva decidió la objeción a la luz del artículo 1784 del C. C., considerando que el inmueble de La Perla era un bien en indivisión entre la sociedad y la demandante. Con base en esta afirmación se dedujo del valor del inventario general de bienes de la sociedad conyugal, el valor de los lotes aportados por la señora Ferrans a la comunidad del edificio y dividido el saldo entre los cónyuges, se agregó o sumó en la hijuela de la esposa la cuota en la liquidación social, el valor de sus lotes, conforme al detalle expresado atrás.

El fallo recurrido tiene al respecto las siguientes declaraciones que dejan nítidamente estable-

cido que no hubo tales agregaciones y deducciones en perjuicio de la demandante:

"Que el artículo 1784 del C. C. resuelve un caso especial no contemplado en el 1783, porque propiamente no se ha verificado mejora sobre el inmueble La Perla, ni aumento del mismo conservando su forma, sino una incorporación en tres solares: uno de la sociedad y dos de la cónyuge y cuando ocurre este caso, la ley lo resuelve considerando que se ha constituído una comunidad sobre los inmuebles incorporados que forman un solo cuerpo; y como el derecho de cada comunero en la cosa común está en proporción a su aporte, de ahí que el artículo 1784 disponga que la sociedad y el cónyuge propietario sean condueños del todo a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación".

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

III. — Dice el recurrente que el Tribunal incidió en errores de hecho y de derecho al estimar las pruebas, tanto para admitir la circunstancia del condominio en el predio de La Perla, como para reconocer que la demandante le debe recompensa a la sociedad conyugal por las edificaciones hechas sobre los lotes que heredó. Señala como elementos probatorios indebidamente apreciados los siguientes:

1º La escritura número 1363 de 1924, que contiene la hijuela a favor de la cónyuge en la sucesión de su madre, doña Teresa Núñez de Ferrans; 2º La escritura número 686 de 1918, que contiene la compra de un terreno por el marido; 3º El dictamen pericial de los señores Fernando J. Restrepo y Efraín Pereira; 4º Las declaraciones de los maestros y albañiles que intervinieron en la edificación; 5º El plano de ésta".

Hace una larga disquisición para demostrar cuáles son las condiciones requeridas por el artículo 1784 para que se efectúe el condominio y cuáles las exigidas por los artículos 1783, 1802 y 1825 del C. C. para que existan recompensas debidas por la mujer o el marido a la sociedad conyugal por mejora en inmuebles de éstos.

En cuanto a la incorporación de un bien en el otro, afirma que es preciso que conste sin lugar a dudas la ejecución de actos que establezcan la unión de los dos inmuebles en una sola heredad, cosa que se intentó demostrar sin éxito, con la inspección ocular practicada por el juzgado asesorado de peritos y con la prueba testimonial.

Tacha la inspección ocular por cuanto en ella no consta el reconocimiento que personalmente hiciera el juez de la cosa en litigio y dice que tal reconocimiento no se puede suplir con lo aseverado por los peritos. Que la prueba decretada en el proceso no fue simplemente la pericial, "sino la de inspección ocular con peritos", que al tenor del artículo 724 del C. J. tiene por objeto hacer el examen y reconocimiento de la cosa o hecho litigioso en compañía de expertos; y en segundo lugar adolece el dictamen de imprecisión, al expresar cuáles fueron las obras determinantes de la incorporación de los tres lotes en una sola heredad.

Que también cometió error el Tribunal al apreciar el plano del edificio que figura en autos, el cual carece de toda autenticidad. Que no se demostró el daño que podría causarse al edificio si se desmembraba el terreno últimamente adquirido y los motivos de la imposibilidad de tal hecho. Que dado el progreso del urbanismo, bien pudiera destruírse el edificio para utilizar mejor los lotes.

Agrega que en la apreciación del dictamen se cometió error de derecho por haberlo estimado como prueba careciendo de todo mérito, y error de hecho, por haber dado por demostradas circunstancias que no mencionan los peritos.

Acusa también la prueba testimonial por mala apreciación, ya que el Tribunal dio por acreditadas con ella las condiciones que se requieren para que surja el condominio al tenor del artículo 1784 del C. C.

Termina sosteniendo que todos los errores indicados llevaron al fallador a aplicar el artículo 1784 del C. C. al caso del pleito, para inferir condominio actual sobre los inmuebles que fueron propios de la señora Ferrans, con infracción de este canon, que no era aplicable, y con violación del art. 1783 que de haberse aplicado rectamente, habría llevado al Tribunal a reconocer a la actora como propietaria exclusiva de los lotes que heredó y sus correspondientes mejoras.

Se considera:

Ante todo debe desecharse la parte de la acusación en cuanto en ella se afirma que el Tribunal exigió que la esposa recompensara a la sociedad conyugal por los dineros invertidos en la construcción del edificio, pues como ya se vió no hizo tal deducción. El partidor, en obedecimiento al mandato del Tribunal, se limitó a deducir el valor total del edificio, el precio en que se estimaron los lotes de propiedad exclusiva de la mu

jer y distribuyó el saldo por partes iguales entre ésta y su marido.

Se acusa el fallo por errónea apreciación de las escrituras de adquisición de los lotes, por entender el recurrente que el juzgador consideró equivocadamente que primero había adquirido la esposa y posteriormente la sociedad conyugal, cuando fue todo lo contrario y porque, a su juicio, el Tribunal entendió que era el mismo cónyuge propietario del bien exclusivo quien había adquirido el lote contiguo.

Sobre el particular cabe observar que en la nterpretación del art. 1784 no se tuvo en cuenta a prelación en la compra o que ésta hubiera sido hecha por persona distinta de la misma dueña del predio con el cual se vino a formar el bien común. Esta Sala ha considerado, como puede leerse atrás, que carecen de importancia tales antecedentes para que se entendiera que el caso en studio estaba comprendido en las prescripciones el aparte final del art. 1784 del C. C.

Ya se vió también en otro lugar de esta sentenia que la doctrina enseña que el adquirente del ien nuevo para constituír con el antiguo un indiiso puede ser cualquiera de los cónyuges y que fecha de la compra, naturalmente dentro del atrimonio, carece de interés, por lo cual debe ncluírse que al apreciar las escrituras de adisición, el Tribunal les dió su verdadero valor alcance.

En cuanto a la tacha sobre la forma como se vó a cabo la inspección ocular, debe recordarse e una cosa es el reconocimiento que el juzgador persona hace de la cosa litigiosa y otra los ntos sobre los cuales pide a expertos su opinión ndamentada. De que el juez no hubiera hecho star que observó en persona el bien en litigio, se deduce que sea irregular o ilegal el dictan de los expertos o la absolución de éstos, de puntos que fueron sometidos a su examen y sideración. De la experticia aparece que el z se trasladó al bien en querella y lo identi y examinó detenidamente. Que el juez no exsara el résultado de su observación directa es aspecto que no constituye motivo de tacha ciente para desechar el dictamen pericial. Los tos a su debido tiempo cumplieron con su etido, hicieron su exposición debidamente fun a y las partes no pidieron aclaración o adi de su concepto. No lo tacharon en tiempo tuno. El dictamen pericial fue aceptado sin ro, y no cabe ahora que la Corte rectifique la aceptación que el Tribunal le dió, porque no se ha demostrado error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, ni error de derecho.

Del reconocimiento judicial hecho por el Juez asesorado con peritos se desprenden dos actos independientes: el uno es la observación del funcionario sobre el asunto en litigio. La falta de amplitud en el primero no entraña la ineficacia del segundo o la no aceptación de éste. De que el juez no haya expresado en el acta lo que estuvo sujeto a sus sentidos, no se deduce que sea inválido lo que los peritos sí vieron, apreciaron y consignaron en su dictamen.

Sobre el cargo de indebida apreciación de la prueba testimonial aducida para demostrar que la sociedad conyugal construyó sobre los tres lotes un nuevo edificio y la constitución de la propiedad en común, basta decir que no fue tal prueba la única en que el Tribunal sustentó la convicción de la existencia de la copropiedad entre el bien de la esposa y el de la sociedad conyugal. Diversas fueron las pruebas que condujeron a aquel resultado: la escritura pública que contiene la compra de un lote para la sociedad conyugal en el año de 1918; la cartilla de adjudicación de dos lotes a la señora Teresa Férrans de Monsalve en la sucesión de su madre; el acta de matrimonio que demuestra la existencia de la sociedad conyugal Ferrans-Monsalve; la inspección ocular y el dictamen pericial practicado sobre el inmueble de La Perla; el acta de inventarios y avalúos practicados en el juicio, y las deposiciones de los testigos.

Con los testimonios se demostró igualmente las construcciones realizadas y la época en que se llevaron a cabo éstas.

No hubo, pues, error en la apreciación de las pruebas que señala el recurrente.

Cargo segundo.

Adjudicación del lote llamado "Café Roma" y de los apartamentos y solar de la calle de "El Progreso".

Se sostiene en la demanda de casación que respecto del artículo 1394 sobre partición de una universalidad, cabe destacar las reglas 7 y 8, pertinentes al caso debatido.

La regla 7ª ordena que a cada uno de los coasignatarios se le adjudiquen cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros y si esto no es posible, que se hagan lotes de la masa restante.

La regla 8ª señala los requisitos para la formación de dichos lotes o hijuelas y consisten en que tales lotes sean no sólo equivalentes sino semejantes. En cuanto a las especies que no admitan cómoda división o de cuya separación resulte perjuicio, se prohibe dividirlas.

En procuración de la igualdad hay, pues, dos caminos legales: adjudicar a cada coasignatario cosas de la misma naturaleza y calidad; al no ser esto factible, hacer de la masa o del resto de ella lotes equivalentes o semejantes.

Dice que, tratándose de bienes raíces, la regla 7ª, encuentra mayor campo de aplicación, por estar autorizada la división ad-valorem, pudiendo con tal sistema darse a cada coasignatario cosas de la misma naturaleza y calidad.

Considera que las normas dadas en los ordinales mencionados del art. 1394 no son relativas o que el partidor pueda a su arbitrio aplicar o nó; que tal cosa no se deduce de las locuciones empleadas por el legislador como "posible igualdad", "equivalencia", "semejanza".

Sostiene que fijado así el alcance del citado artículo, se ve claramente la irregularidad cometida en adjudicar al marido el predio llamado Café Roma, que propiamente es un lote de terreno ya que la edificación por su escaso valor no puede tenerse en cuenta y que, por consiguiente, tal bien era o partible materialmente o hubiera podido adjudicarse en común a ambos cónyuges, compliendo con la regla de dar a cada uno cosas de la misma naturaleza y calidad que al otro. Que al no hacerlo así el Tribunal violó la disposición comentada.

También considera violados los arts. 1757 y 1768 del C. C., porque se confundió la prueba de peritos con la de inspección ocular, porque se dió valor a la prueba pericial sin tenerlo en cuanto a los hechos y en cuanto al derecho; porque se falló sin las pruebas debidas; y porque todo eso indujo a negar que el solar del Café Roma se les adjudicara al marido y a la mujer, como ésta lo exigió al formular sus objeciones a la partición.

De igual manera cree que se violaron las disposiciones citadas atrás, por cuanto a pesar de haber reconocido el Tribunal que la casa de la calle de El Progreso era divisible, no se aceptó la objeción al respecto. Que al marido le correspondía demostrar la indivisibilidad de tal bien y que al no hacerlo y aceptar el Tribunal el hecho sin la prueba, violó los arts. 1757 y 1768 del C. C.

Se considera:

Son varias las circunstancias que deben tenerse en cuenta por el partidor al hacer los lotes o hijuelas en la distribución de bienes comunes entre los copartícipes; una de ellas es la de la posible igualdad o semejanza.

Es cierto que el lote o predio denominado Café Roma es un terreno como se deduce de autos, con edificaciones de muy poca consideración, que bien pudo dividirse materialmente entre los condueños.

Pero el liquidador de la comunidad tuvo en cuenta que a la esposa se había adjudicado un bien de importancia, productivo de una renta de $ 493.33, como es el edificio de La Perla; por consiguiente, era de equidad adjudicar al otro cónyuge bienes de la misma significación y productividad, lo cual explica la adjudicación del Café Roma al marido.

Según el dictamen pericial la renta mensual de La Perla es de $ 493.33, en tanto que la del Café Roma es de $ 140.00 mensuales y la de los apartamentos no es mayor de $ 200.00.

Podría argüirse que para la "posible igualdad" lo legal hubiera sido adjudicar a cada cónyuge el 50% en cada uno de los bienes, con lo cual prácticamente se hacían tantas comunidades cuantas propiedades estaban sujetas a la división. Pero lo anterior, sería contrario al principio de que a la ley repugnan las indivisiones y dar motivo para que continuara el estado de pugnacidad que dió origen a la liquidación de la sociedad conyugal y a la separación de los esposos.

Factor que no es despreciable en la partición de universalidades, es el poco afecto que la ley tiene por la figura jurídica de la copropiedad que es en la mayor parte de las veces, lastre puesto al desarrollo de la riqueza pública. (Artículo 1374 del C. C.).

Las disposiciones que señala como violadas el recurrente, relativas a reglas sobre división de comunidades, "no tienen el carácter de disposiciones rigurosamente imperativas, sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor y cuya aplicación y alcance se condiciona naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular, y no solamente relativas a los predios sino también a las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrente

a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes adoptada por el partidor. La flexibilidad que por naturaleza tienen estos preceptos legales y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre su pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición", (G. J. Tomo LV, página 23).

El demandante señala también varios errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas referentes a la divisibilidad de los referidos bienes, pero como se vió, no fue la imposibilidad de una partición material lo que llevó al juzgador a no aceptar la objeción, sino que primó otro criterio, el de hacer del patrimonio divisible, lotes de bienes, descartando la comunidad en cada especie y buscando el equilibrio y la posible igualdad en la productividad e importancia de los mismos. De ahí que la esposa llevara el bien de mayor significación y productividad y para igualar esta adjudicación con lo que correspondía al marido, se le señaló a éste el predio del Café Roma y los apartamentos y solar de la calle de "El Progreso".

Se rechaza por consiguiente, el cargo.

Cargo tercero.

Acusa también el fallo el recurrente por violación de los arts. 1388, 1782, 1821 y 1826 del C. J.

En el desarrollo de este cargo, de nuevo plantea el problema sobre la propiedad exclusiva de todo el bien denominado La Perla por parte de la esposa y considera como violados los arts. 1821 y 1826 del C. C., por cuanto estos preceptos ordenan inventariar los bienes que usufructúa la sociedad conyugal y sacar de la masa los de propiedad exclusiva de los cónyuges.

Deduce que el error cometido por el Tribunal considerar que por el hecho de haberse incluído inmueble La Perla como bien común obligaba la señora Ferrans a pedir su exclusión conforme al art. 1388 del C. C. y que al no haberlo hecho así, quedaba imposibilitada para hacer uso de derecho conforme a los arts. 1821 y 1826 del C., dando lugar tal interpretación a la violación directa de tales preceptos, como a la violación indirecta de los mismos, por consecuencia errores de hecho y de derecho en la estimación pruebas y documentos del proceso.

Al disolverse la sociedad—continúa diciendo el recurrente—, se procede al inventario y tasación de los bienes. Cada cónyuge o sus herederos, tendrá derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos que le pertenezcan. La restitución debe hacerse al respectivo cónyuge tan pronto como sea posible, luego de terminado el inventario (arts. 1821 y 1826 del C. C.). Estas normas prevalecen sobre el art. 1388 del mismo código.

Sostiene que el edificio de La Perla no se inventarió como bien social y que al considerar lo contrario el Tribunal cometió error de hecho en la apreciación de tal acto. Que igual error se cometió al apreciar la escritura pública por la cual la esposa heredó durante la sociedad conyugal los lotes sobre los cuales se construyó el edificio.

Que los errores anotados llevaron al juzgador de segunda instancia a considerar, de acuerdo con el art. 1784 del C. C., dicho inmueble como propiedad común.

Se considera:

Al estudiar el cargo primero de esta sentencia se hizo ver cómo el bien de La Perla es un bien común al tenor del art. 1784 del C. C., y cómo por consiguiente, no cabía su exclusión en juicio separado por la cónyuge, que presumía ser su propietaria exclusiva, ni correspondía la entrega a la esposa una vez terminado el inventario de acuerdo con los arts. 1821 y 1826 dictados.

No fue, pues, que el Tribunal rechazara la solicitud hecha en las objeciones porque en juicio separado no se pidió la exclusión del bien que se supone propio de la cónyuge, sino que, al estudiar la objeción, declaró que el bien era común al tenor del art. 1784 del C. C.

En los inventarios se expresó el origen del inmueble en cuestión, o sea, como el edificio fue construído en un lote adquirido en 1918 por la sociedad conyugal, y en dos más, situados a uno y otro lado del anterior, de propiedad de la esposa, y que el valor de las edificaciones también fue de cargo de la misma sociedad.

Refiriéndose a la composición del edificio, claramente se expresó que dos de los solares eran de la esposa; de ahí que se le reconociera en la partición su valor y se destinaran bienes para cubrir éste. Lo que no aceptó el juzgador fue que por el hecho de ser ella propietaria de una parte del suelo, lo fuera del todo, inclusive de la edificación.

El Tribunal negó que la cónyuge tuviera dominio exclusivo sobre sus lotes una vez estable-

cida su incorporación, porque al aceptar la tesis de la propiedad, mal podía uno de los comuneros tener derecho exclusivo sobre cuerpo cierto ubicado dentro de los linderos de la cosa común. Pero en todo momento se reconoció la cuota que correspondía a la demandante en el dominio de La Perla. Lo anterior es suficiente para considerar que tampoco violó la sentencia los arts. 1782, 1821 y 1826 del C. C.

Respecto de la causal segunda del artículo 520 del C. J. invocada por el recurrente por cuanto en su concepto el Tribunal falló **ultra petita** al ordenar lo que dispone el final de su fallo, aspecto éste último que no había sido propuesto en las objeciones, cabe observar lo siguiente:

Este cargo es inadmisible, porque esa ordenación obedece al cambio de cálculo y de cifras a que dió lugar lo dispuesto sobre el modo de rehacerse la partición, y el fallo no podía pasar por alto ese cambio y dejar de proveer a que las adjudicaciones se ajustasen a lo que éste imponía. El Tribunal no podía estimar necesario para pronunciarla que hubiera habido objeción al respecto, la que —de otro lado se observa— habría sido absurdo exigir, ya que las partes no podían formular dentro de sus objeciones una para situaciones futuras.

Sentencia.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 27 de noviembre de 1944 dictada por el Tribunal de Barranquilla en el juicio seguido por la señora María Teresa Ferrans de Monsalve contra su marido Joaquín E. Monsalve.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez — Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio.

REIVINDICACION

En virtud de la ley 68 de 1946, que por vía de interpretación señaló la manera como debe entenderse la ley 28 de 1932, se vio precisada la Corte a rectificar su anterior jurisprudencia en la cual se venía sosteniendo que el marido, desde el 1º de enero de 1933 había perdido el carácter de jefe único de la sociedad conyugal y consecuencialmente su investidura de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, lo que de manera lógica e ineludible llevaba a la aceptación de que había perdido sus antiguas facultades dispositivas y de que, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del esposo, el haber conyugal había quedado bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. El legislador de 1946 se apartó de este modo de entender el estatuto legal que le dió una nueva posición a los derechos de la mujer en el matrimonio y en su lugar declaró, con autoridad definitiva, su verdadero alcance.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, dieciseis de octubre de mil novecientos cuareenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas)

Por medio de apoderado la señora Paulina Martínez de Quintero presentó demanda contra el señor Antonio Vallejo, ante el Juez Civil del Circuito de Roldanillo, para que se declarara que la sociedad conyugal formada por la demandante con el señor Raimundo Quintero es dueña de los terrenos y cultivos de la finca agrícola denominada "La Argelia", ubicada en la Cordillera Occidental de los Andes, en jurisdicción del citado Municipio, alinderada como se expresa en el libelo que el demandado está en la obligación de restituírla a la sociedad conyugal mencionada junto con los frutos percibidos desde que aquél entró a poseerla hasta el día en que se verifique la entrega. Subsidiariamente, solició que se le declara dueña de la mitad del inmueble en referencia, y que se obligara al señor Vallejo a restituírle tal porción junto con sus frutos.

Funda su derecho la actora en los siguientes hechos: que el 22 de enero de 1893 contrajo matrimonio con el señor Raimundo Quintero en la ciudad de Pereira; que el 10 de abril de 1902 y por escritura pública número 26 otorgada en la Notaría del Circuito de Roldanillo, el nombrado Quintero compró a Gabriel Gordillo la finca agrícola denominada La Argelia, con una extensión de mil hectáreas de terreno, con casa de habitación, extensión que quedó reducida por sucesivas segregaciones a cuatrocientas cuarenta plazas, que son las comprendidas en la alinderación del numeral 3º de la demanda; que la propiedad antes descrita fue vendida por el mismo Raimundo Quintero al señor Antonio J. Vallejo, mediante la escritura número 279 de 5 de octubre de 1944; que la compra hecha por éste último puede considerarse como maliciosa por haber sido hecha estando pendiente el juicio de liquidación provisional de la sociedad conyugal Quintero-Martínez; que, por último, estando ilíquida la sociedad conyugal ésta sigue siendo dueña de los bienes sociales de tal modo que cualquiera de los cónyuges goza de la facultad de reivindicar.

Surtido el traslado de la demanda, Vallejo lo evacuó rectificando algunos de los hechos, especialmente el referente al cargo de que en la compraventa realizada por él pudiera existir malicia. Denunció, a su vez, el pleito al señor Raimundo Quintero.

Sentencia de primera instancia.

Por providencia de fecha 21 de julio de 1945, el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo accedió a las peticiones de la demanda y condenó al señor Vallejo a restituír el inmueble materia del litigio.

Sentencia de segunda instancia.

En virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el anterior fallo,

el asunto subió al conocimiento del Tribunal Superior de Buga, donde mediante fallo de fecha 30 de agosto de 1946 se confirmó la sentencia apelada.

El Tribunal basó su decisión en que para disponer de los bienes que componen el haber de la sociedad conyugal existente para el 1º de enero de 1933, los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa, como sucede en el presente caso, razón que justifica que el bien del cual haya dispuesto uno de los cónyuges separadamente, deba volver, mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria propuesta por el otro cónyuge, al haber social, a fin de que cuando ésta se liquide, también se divida el bien restituído según las normas del C. C.

El recurso de casación

Contra la anterior providencia interpuso recurso de casación la parte demandada. El negocio sufrió en la Corte el trámite de rigor y pasa, en consecuencia, a ser decidido.

El recurrente adujo a su demanda seis cargos, de los cuales la Sala, obedeciendo a lo ordenado por el art. 538 del C. J., escoge el que considera procedente y prescinde del estudio de los demás.

Sostiene el actor en casación que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por errónea interpretación de la misma.

En efecto —dice—, si de acuerdo con el art. 1806 del C. C., el marido tenía en las viejas sociedades conyugales amplias facultades para disponer a su talante de los bienes comunes, no cabe duda de que don Raimundo Quintero, como jefe y administrador de la mentada sociedad, hizo una venta lícita, cuando por medio de la escritura número 279, pasada en la Notaría de Zarzal, traspasó a don Antonio Vallejo R., el dominio de la finca La Argelia; y que, además, no puede tal finca ser reivindicada por la misma sociedad que la enajenó por intermedio de su jefe, que respecto de terceros tenía y tiene, mientras no se liquide tal sociedad, la condición legal de dueño con facultades de disposición. De esta manera lo entendió la ley 68 de 1946, cuando en su art. 1º, expresó:

"La ley 28 de 1932 no disolvió las sociedades conyugales existentes 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".

Debe recordarse que tal precepto, por acuerdo de la misma ley, rige desde su sanción.

El recurrente destaca el hecho de que la citada disposición legal es apenas interpretativa; que la interpretación legislativa se hace con autoridad; y que, por consiguiente, la forma como entendió la ley 28 de 1932 el Tribunal, es errada, especialmente en lo que respecta a los arts. 1º y 7º, los cuales reputa violados así como también los arts. 951, 1805 y 1806 del C. C.

Se considera:

A virtud de la ley 68 de 1946, que por vía de interpretación señaló la manera como debía entenderse la ley 28 de 1932, la Corte se vió precisada a rectificar su anterior jurisprudencia en la cual se venía sosteniendo que el marido, desde el 1º de enero de 1933 había perdido el carácter de jefe único de la sociedad conyugal y consecuencialmente su investidura de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, lo que de manera lógica e ineludible llevaba a la aceptación de que había perdido sus antiguas facultades dispositivas y de que, por el fenómeno de la aparición de otro jefe, con iguales facultades a las de esposo, el haber conyugal había quedado bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. El legislador de 1946 se apartó de esta manera de entender el estatuto legal que le dió una nueva posición a los derechos de la mujer en el matrimonio, y en su lugar declaró, con autoridad definitiva, su verdadero alcance, en el sentido de considerar que las sociedades en cuestión que no hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a la ley del año 32, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen antiguo, o sea bajo las disposiciones del C. C.; respecto de los bienes adquiridos por tales sociedades antes del 1º de enero de 1933.

En esta forma se pronunció el legislador, con facultades suficientes para hacerlo, contra la jurisprudencia sentada por la Corte, por medio de la cual se propuso impedir la supervivencia de textos que consideró abolidos, y que de haberse aceptado conducían inevitablemente en su concepto a la yuxtaposición de sistemas antagónicos. Esta doctrina tuvo como fundamento los principios jurídicos consignados en los arts. 19, 20 y 39 de la ley 153 de 1887, que impone la aplica-

inmediata de las nuevas normas a todas las sociedades conyugales existentes al tiempo de su vigencia, y dió apoyo para sostener, que las disposiciones de la ley 28, de acuerdo con los propósitos que la inspiraron favorecía no solamente a las mujeres casadas con posterioridad al día inicial de su imperio, sino también a las que se casaron antes.

En caso análogo al que ahora decide la Corte, se dijo en sentencia de fecha 13 de julio del corriente año:

"La interpretación con autoridad o auténtica corresponde al legislador. Las leyes que explican o interpretan el significado o alcance de otra, no tienen por objeto introducir disposiciones nuevas, sino determinar en caso de duda el sentido de las leyes existentes. Ellas forman una sóla con estas últimas. No son, a decir verdad, leyes nuevas; no se aplica la ley interpretativa, sino la ley interpretada, tal como ella lo ha sido legislativamente. La consecuencia, es que la ley interpretativa se aplica a los hechos que le son anteriores, con tal que los mismos sean posteriores a la ley interpretada.

"Nuestra Constitución prescribe la aplicación de la ley antigua, aquella bajo cuyo imperio se ha concluído el negocio o consumado la trasgresión, negando por tanto, a la nueva ley, fuerza retroactiva. Pero esta regla no se refiere a los casos de una interpretación auténtica de la ley antigua, es decir, a una determinación legislativa acerca de lo que haya de tenerse por ley, determinación o alcance de la ley que es de aplicación inmediata, aún para los casos ya realizados en el momento de entrar en vigencia. En cuanto a casos ya sentenciados, el principio de la autoridad de la cosa juzgada, exige que las resoluciones ya dictadas, amparadas por el sello de la ejecutoria, queden firmes. De esta clase de interpretaciones hablan los artículos 25 y 26 del C. C. y 58 del Código Político y Municipal".

Como la providencia objeto del presente recurso resolvió el problema de acuerdo con normas que no son las acogidas por la ley 68 de 1946, ni con los arts. 1805 y 1806 del C. C., la sentencia debe casarse.

Como fundamento del fallo que ha de reemplazar el del Tribunal, además de las consideraciones expuestas, se agrega que siendo el marido al tenor del art. 1806 del C. C. y a virtud de la ley 68 comentada, dueño ante terceros de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio en lo que respecta a las sociedades conyugales vigentes y no liquidadas para el 1º de enero de 1933, bien pudo el señor Raimundo Quintero enajenar la finca La Argelia, cuya reivindicación se solicita, ya que la venta se hizo con facultades suficientes. (arts. 1805 y 1806 del C. C.; 1º y 5º de la ley 28 de 1932; y 1º de la ley 68 de 1946).

Sentencia.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 30 de agosto de 1946, dictada por el Tribunal Superior de Buga, y revocando la de primera instancia, falla este pleito así:

Se absuelve a los demandados de todos los cargos de la demanda.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la G. J. y devuélvase.

Manuel José Vargas.—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION

La Corte, teniendo en cuenta la índole del recurso extraordinario de casación y su primordial objeto que es el de unificar la jurisprudencia, ha sostenido en numerosos fallos, que constituyen doctrina de la Sala, que la demanda de casación en que se acuse por errónea apreciación de pruebas sin expresar las disposiciones sustantivas que configuran el derecho que se supone violado, no dan base suficiente para que pueda entrarse al fondo del negocio. Y esto aunque se demuestre el error porque el elemento esencial de la acusación y lo que hace casable una sentencia no es el error en sí mismo, sino la violación de la ley sustantiva que, por lo tanto, debe citarse con concepto sobre su quebrantamiento. La simple cita de disposiciones legales referentes al mérito de las pruebas y que no pueden tenerse como normas propiamente sustantivas porque no tutelan el derecho reclamado por el actor, no dan lugar a casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 1946, dictada por el Tribunal de Medellín en el juicio ordinario seguido por Félix Restrepo y otro contra Alberto Restrepo Arango.

El día 3 de junio de 1944, a eso de las 4 de la tarde, murió en la Clínica de Los Angeles, en la ciudad de Medellín, la señora Eugenia Callejas de Restrepo. Horas antes de expirar otorgó ante el Notario Tercero de ese Circuito la escritura número 1534, por medio de la cual vendió a Alberto Restrepo Arango, por la suma de $ 6.000.00, un solar con casa de material y tejas, situado en la mencionada ciudad, en la calle Girardot.

Considerando que tal compraventa era simulada por falta de causa real y lícita, pues la vendedora no tuvo intención de transferir el dominio, ni el comprador pagó el precio, ni recibió el inmueble, los señores Félix Restrepo L., cónyuge sobreviviente, y Octavio Restrepo Callejas, hijo legítimo de la finada, demandaron al citado comprador para que en juicio ordinario de mayor cuantía se declarara nulo el contrato en referencia y para que se ordenara cancelar el registro de la escritura que lo expresa, así como la restitución del inmueble con los frutos naturales y civiles percibidos o que se perciban hasta la entrega y las costas del juicio.

Surtido el traslado correspondiente, el demandado lo evacuó negando que el contrato en referencia hubiera sido simulado.

El Juez Primero Civil del Circuito de Medellín en sentencia de 31 de agosto de 1945, hizo las declaraciones solicitadas en la demanda.

De esta providencia apeló el demandado, por lo cual el asunto subió al conocimiento del Tribunal Superior de Medellín. Al decidir la segunda instancia del juicio esta corporación, en fallo de fecha 24 de mayo de 1946, revocó la sentencia de inferior y en su lugar rechazó las peticiones impetradas.

En su proveído el Tribunal se refiere a la apreciación hecha por el Juez de la contestación de la demanda y considera que es un error entender que allí hubo confesión plena sobre la falta de causa del contrato de compraventa. Que así como los contratos no pueden apreciarse tomando aisladamente un pasaje o cláusula, sino en conjunto las piezas jurídicas denominadas demanda y contestación de la demanda, tampoco pueden ser estudiadas considerando de ellas sólo aspectos parciales.

Sobre esta base el fallador de segunda instancia hace un análisis de la contestación dada por el señor Alberto Arango, que dice:

"Apoyo mi defensa en que procedí de buena fe en el contrato celebrado con la señora Callejas de Restrepo, en que hubo pacto privado con la referida señora en el cual nos guió la buena fe y la justicia y en que nada pretendo para mí, sino ajustarme a la voluntad e intención de la vendedora".

La sentencia hace algunas consideraciones sobre la anterior respuesta del demandado a

de los hechos de la demanda, y sostiene que no puede considerarse como confesión, sino como una explicable reacción ante los cargos de engaño y mala fe que se le hicieron. En este caso no hay declaración o afirmación de la existencia del hecho imputado por la contraparte y que perjudique al supuesto confesante. El dicho, declaración o manifestación del hecho jurídicamente perjudicial es indispensable para que exista la confesión como prueba. Si la confesión es indivisible, no se debe tomar aisladamente uno de sus pasajes para valorarlo con independencia del todo, desarticulando de ese modo la unidad que forma la contestación de la demanda.

El recurso de casación.

Contra la decisión del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandante. Se acusa la sentencia por violación de la ley, que proviene de haberse incurrido en errores de hecho y de derecho al apreciar la prueba.

El recurrente desarrolla el cargo en el sentido de demostrar que se incurrió en tales errores al estimar la contestación de la demanda. Al respecto hace una serie de consideraciones y con cita de los arts. 603, 604, y 606 del C. J., afirma que la confesión judicial tiene fuerza de plena prueba si se ha hecho directamente por la parte misma a quien perjudica. Transcribe el texto de la defensa hecha por el demandado para justificar su actitud en el contrato, para concluír que es una evidente confesión de que el acto demandado no tiene causa. También cita el art. 1769 del C. C. que habla del mérito de la confesión. Finalmente considera que el fallador desechó la confesión que contiene la respuesta de la demanda, que la ley le ordena tener como prueba completa al tenor de dichas disposiciones.

Pide, con fundamento en lo anterior, que se case el fallo materia del recurso.

Se considera:

Como puede observarse por la cita de las disposiciones que el recurrente entiende infringidas, relativas todas al mérito de las pruebas, el actor en casación incurre en grave error de técnica que hace ineficaz su demanda.

La Corte, teniendo en cuenta la índole del recurso extraordinario de casación y su primordial objetivo que es el de unificar la jurisprudencia, sostenido en numerosos fallos, que constituyen doctrina de la Sala, que la demanda de casación en que se acuse por errónea apreciación de pruebas sin expresar las disposiciones sustantivas que configuran el derecho que se supone violado, no dan base suficiente para que pueda entrarse al fondo del negocio. Y esto aunque se demuestre el error, porque el elemento esencial de la acusación y lo que hace casable una sentencia no es el error en sí mismo, sino la violación de la ley sustantiva, que por lo tanto debe citarse con concepto sobre su quebrantamiento.

"Resultaría imposible velar —ha dicho esta Sala— por el recto cumplimiento y aplicación de la ley positiva y deshacer el agravio que en su aplicación haya podido perpetrarse, si el recurrente se abstiene de señalar la norma o normas que estime violadas, en cualquier concepto, por el fallo acusado". (Casaciones de 2 de abril de 1941, 6 de mayo de 1941, 30 de mayo de 1941, 26 de junio de 1941, 2 de diciembre de 1943).

La simple cita de disposiciones legales referentes al mérito de las pruebas y que no pueden tenerse como normas propiamente sustantivas porque no tutelan ni consagran por sí solas derechos subjetivos ni conciernen al derecho reclamado por el actor no dan lugar a casación. El cargo en el presente caso resulta incompleto, porque el recurrente no señaló las disposiciones cuyo quebrantamiento hubiera podido dar lugar a ella. La relación de normas de la calidad antes subrayada se hace indispensable en ataques como el que se estudia, porque de otra manera no se sabe cuál es el texto de la ley sustantiva que el recurrente estima violado, conocimiento al cual no puede llegar de oficio la Corte. (Al respecto véase casación de 2 de diciembre de 1933. G. J. 2001 a 2005, página 319).

Por lo expuesto se rechaza el presente recurso que no puede prosperar por haberse presentado en forma incompleta.

Sentencia.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 24 de mayo de 1946 dictada por el Tribunal de Medellín en el juicio ordinario seguido por Félix Restrepo y otro contra Alberto Restrepo Arango.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la G. J. y devuélvase.

Manuel José Vargas.—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES.—RESPONSABILIDAD CIVIL POR DENUNCIOS CRIMINALES, IMPRUDENTES O LIGEROS

La Corte, en varios casos de denuncios criminales puestos con ligereza, con inexactitud o con temeridad, o con error técnico en la elección de la vía criminal, ha visto abusos de derecho que dan origen a responsabilidad civil. Un denuncio criminal, como todo acto humano, puede ser culpable y constituir fuente de perjuicios si en él no obra el denunciante con la debida prudencia y diligencia, a pesar de que no sea obligado a probar la verdad de su relato y a despecho de las precauciones que el sistema legal de investigación tome para prevenir daños a los sindicados, pues esas medidas no garantizan que el inocente saldrá indemne cuando la justicia haya sobreseído definitivamente en su favor o lo haya absuelto.

Respecto de la relación de causalidad entre la culpa y el daño, basta la causalidad ocasional y, en caso de multiplicidad de causas, sólo se requiere para la existencia de la responsabilidad civil, la concurrencia de una que pueda ser imputada a culpa de determinada persona, sin que sea necesario una relación directa en el sentido de proximidad en el espacio y en el tiempo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Gabriel Rodríguez Ramírez).

Héctor Silva Herrera, apoderado de Joseph y Najul Chedraui, demandó ante el Juez 2º Civil del Circuito de Barranquilla a Albert Cohen para que se declarara que éste es civilmente responsable de los daños y perjuicios de todo orden, morales y materiales, causados a sus poderdantes con la imputación de los hechos delictuosos que expresó en unos denuncios criminales que formuló contra ellos, que debe pagarles como reparación la cantidad de treinta mil pesos a cada uno, o la que se fije en el juicio, con sus intereses, gastos y costas, y en subsidio el valor que se fije después en otro juicio.

Como fundamentos de hecho y de derecho manifestó el demandante lo siguiente:

"1.—El día 29 de marzo de 1937 el señor Albert Cohen formuló, ante el señor Inspector Primero Municipal de esta ciudad, denuncio criminal contra Joseph Chedraui por el delito de estafa, que afirmó éste había cometido, y pidió que se le encarcelara cuanto antes como estafador y se le decomisaran las mercancías existentes en su poder. En este denuncio el señor Albert Cohen afirmó que el día 14 de enero de 1937 el señor Joseph Chedraui recibió de él, en consignación, mercancías por valor de un mil trescientos cincuenta y un pesos con diez centavos ($ 1.351,10) moneda legal, según facturas Nos. 1135 y 1157 en las que expresamente —afirmó Cohen— se estipuló el contrato de consignación.

"2.—El día 10 de abril de 1937 el señor Albert Cohen formuló otro denuncio criminal ante el señor Inspector Quinto Municipal de esta ciudad, esta vez ya no sólo contra Joseph Chedraui, sino contra éste y Najul Chedraui, a quienes señaló, conjuntamente, como estafadores. En este denuncio afirmó el señor Albert Cohen lo siguiente: que Joseph Chedraui, menor de edad, en su propio nombre y en representación de su padre Najul Chedraui, recibió de él, en consignación, mercancías por un valor, ya menor al que dijo en el anterior denuncio, de un mil ciento setenta y tres pesos con un centavo. ($ 1.173,01) moneda legal.

"3.—En el anterior denuncio criminal, o sea el formulado el día 10 de abril de 1937, el señor Albert Cohen, expresa y deliberadamente, señala a los señores Chedraui como autores de otro delito de gran monta, estas fueron sus palabras: que que Joseph y Najul Chedraui "han estafado en la misma forma con mercancías que valen en total alrededor de $ 30.000,00 moneda corriente" los siguientes comerciantes mayoritarios de esta

plaza: Señores Cohen Hermanos e Hijos, Saúl Sasson, J. Safdeye Dabah, Dabah & Co., Nassin Mezrahi, Jaar & Co., Julio A. Traad, Bichara Jassir, Emilio Yidi y Elías M. Mudvi y Rafael Tchira y Vicente Gallo, Debs Hnos. y Distribuidora de Sedas.

"4.—El señor Albert Cohen se ratificó, bajo la gravedad del juramento y demás formalidades legales, en los dos denuncios criminales anteriores.

"5.—Como consecuencia de estos denuncios Joseph Chedraui fue detenido y encarcelado, sus mercancías detenidas y parte de ellas perdidas; se impidió la salida de las mercancías para Bucaramanga, en donde se obtenían mejores precios de venta; se dictó orden de detención contra Najul Chedraui, comerciante establecido en la ciudad de Bucaramanga, ante cuyas autoridades se le sindicó como estafador y se pidió telegráficamente su detención, a quien debían enviar a esta ciudad a responder por el delito de estafa.

"6.—Joseph Chedraui no celebró con Albert Cohen contrato de consignación, sino un contrato de compra-venta de mercancías.

"7.—Es inexacto que en las facturas a que se refiere el señor Albert Cohen en sus denuncios, se estipulara que las mercancías se entregaban en consignación. Este extremo se encuentra plenamente averiguado por la justicia, como consta del auto de sobreseimiento definitivo, que en copia auténtica acompaño.

"8.—El precio de las mercancías compradas por Joseph Chedraui a Albert Cohen y a que se refieren los dos denuncios criminales formulados por éste, fue pagado a Albert Cohen.

"9.—No es cierto, sino deliberadamente calumnioso, que los señores Joseph y Najul Chedraui, separada o conjuntamente, estafaran al señor Albert Cohen.

"10.—No es cierta, y sí temeraria y deliberadamente calumniosa, la imputación que el señor Albert Cohen hizo en su denuncio criminal del día 0 de abril de 1937, de que los señores Joseph y ajul Chedraui estafaron en cuantías considerables de dinero a los comerciantes mayoritarios de ta plaza que se dejan nombrados en el hecho 3. Los señores Chdraui no estafaron en suma ica ni grande a los nombrados señores.

"1.—Como consecuencia de las falsas y calumsas imputaciones formuladas por el Sr. Albert hen en sus dos denuncios criminales, los seres Joseph y Najul Chedraui han sufrido toda se de daños y perjuicios en su honra, estimación y bienes y en su reputación y créditos comerciales.

De lo expuesto se deducen los fundamentos de derecho de esta demanda, la culpa en el ejercicio de denunciar criminalmente y la culpa en la escogencia de la vía penal para perseguir un derecho civil, ya que quien ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la plena indemnización por el delito o culpa cometido. Artículos 2341 y siguientes del código civil".

El apoderado de Cohen se opuso a las declaraciones pedidas y dijo que no le constaban los hechos y que se atenía a lo que constara en documentos auténticos o resultara probado.

El Juez desató el litigio en sentencia del 24 de julio de 1944, declarando no probada la excepción de prescripción de la acción y condenando a Cohen en abstracto a pagar a los Chedraui "daños materiales en la cuantía que éstos mediante el procedimiento indicado, logren demostrar", y por concepto de daños morales, la cantidad de dos mil pesos a cada uno de ellos. Sin costas.

Por apelación interpuesta contra este fallo por el mandatario del demandado, se surtió la segunda instancia del juicio en el Tribunal Superior de Barranquilla, donde se profirió la sentencia confirmatoria de la primera instancia, sin costas contra el apelante.

Este recurrió en casación ante la Corte y como el recurso está debidamente preparado, se pasa a decidirlo en esta providencia.

En la sentencia acusada el Tribunal concluye primeramente que no está probada la excepción de prescripción de la acción; después entra en el estudio de la acción que según él fue implantada como un abuso del derecho, en que la imprudencia del demandado lo llevó a seguir una vía que no era la que la ley le otorgaba para la defensa de sus derechos; advierte que el sobreseimiento de la acción criminal no es suficiente por sí sólo para calificar una denuncia como dolosa o culposa pues estos elementos deben buscarse en todas las circunstancias de cada caso; entrando en la cuestión de hecho, considera que analizadas las circunstancias que rodearon las denuncias de Cohen por lo menos fue imprudente su conducta al hacer aparecer una consignación de mercancías cuando lo que había celebrado con Joseph Chedraui había sido una venta a plazo de esas mercancías; estima que las copias de las denuncias, la factura original y los autos de sobresei-

miento definitivo, dictados por el Juez 1º Superior y por el Tribunal de Barranquilla, en favor de los denunciados Chedraui, comprueban plenamente el desvío sufrido por Cohen al escoger una vía que no era la indicada para garantizar el cumplimiento del contrato de compraventa de las mercancías; concluye que el desvío de Cohen al adoptar la vía criminal en vez de la civil, y su negligencia en procurarse una defensa acorde con la que la ley le otorgaba, constituyen faltas de prudencia y diligencia que hicieron su conducta culposa, por lo cual está obligado a indemnizar el daño que con ella ocasionó a terceros; admite que los Chedraui sufrieron perjuicios morales y materiales cuya cuantía no fue establecida en el juicio, por lo cual debía condenarse en abstracto al pago de los perjuicios materiales, y en cuanto a los morales se debían fijar prudencialmente por el juzgado, siguiendo el artículo 95 del C. P. como norma orientadora, como lo hizo el Juez de Circuito, cuya fijación no encuentra excesiva.

El recurrente alega las causales 2ª y 1ª del artículo 520, o sea incongruencia entre lo fallado y lo pedido, y violaciones de normas sustantivas, ya directamente, ya por consecuencia de errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas.

..**Segunda causal.** Se dice que en los hechos 5º y 11º de la demanda se discriminaron los daños sufridos por Joseph Chedraui y los sufridos por Najul Chedraui, y sin embargo el Tribunal los juzgó iguales, no los separó, y señaló igual indemnización como perjuicios morales para uno y otro demandante, con todo lo cual falló fuera de lo pedido.

Se considera:

No hay frase alguna de la sentencia que pueda fundar los cargos que le hace el recurrente. Ella es simplemente confirmatoria de la que dictó el Juzgado del conocimiento y en ésta se condena a Cohen "a pagar a los señores Najul y Joseph Chedraui, daños materiales, en la cuantía que éstos mediante el procedimiento indicado, logren demostrar", y es claro que esos daños materiales son los que cada uno sufrió, de acuerdo con lo alegado y probado en el juicio, o sean daños diferentes según la especificación hecha en la demanda. También se condena a Cohen a pagar dos mil pesos a cada uno de los demandantes, por concepto de daños morales, fijación prudencial del juzgado que no quiere decir que el daño fuera el mismo respecto de los dos demandantes, sino que valía una suma igual al que cada uno había sufrido. No se condena, pues, a pagar a cada demandante los mismos daños.

De otro lado, lo pedido fue el pago de perjuicios, morales y materiales, causados a los poderdantes con la imputación de hechos delictuosos, en unos denuncios criminales dados por el demandado, y el fallo que confirma el Tribunal condena al demandado a hacer ese pago a cada uno de los demandantes; luego no puede haber incongruencia entre la sentencia y la demanda.

Se rechaza la causal segunda.

Causal primera. A) Violación directa de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, principalmente.

Reuniendo los cargos que en diversos párrafos hace el recurrente, resulta que hace consistir esa infracción de ley sustantiva en estos motivos: que no hubo abuso de derecho en el denuncio porque Cohen no se constituyó acusador particular en ejercicio de un derecho, sino dio un denuncio en cumplimiento de una obligación, y no cometió abuso sino una equivocación en el nombre del contrato que había celebrado con los sindicados, sin que pretendiera obtener el cumplimiento del contrato por ser la vía criminal inadecuada para ello conforme a la ley; y que el Tribunal, sin señalar de modo preciso el objeto del pleito, ni las pruebas de los hechos justificativos del derecho invocado infringiendo así los artículos 471, 472 y 473 del C. J., condenó en abstracto a su representado a pagar daños materiales sin determinar los inferidos a Najul y los causados a Joseph.

Se considera:

Dar noticia a las autoridades de la perpetración de un delito no es solamente una obligación sino también un derecho (artículo 45, C. N. 1886) sobre todo si el fin del denunciante no es el bien general sino la protección de sus intereses particulares lesionados con el hecho, como sucede en los delitos contra la propiedad, y por razón de las medidas que en beneficio del denunciante en relación con los bienes, puede tomar el funcionario de instrucción.

Por eso la Corte en varios casos de denuncios criminales puestos con ligereza, con inexactitud o con temeridad, o con error técnico en la elección de la vía criminal, ha visto abusos de de-

cho que dan origen a responsabilidad civil. Así en la sentencia del 5 de agosto de 1935, la primera que trató esa cuestión, dijo esta Sala: "Descartando en el demandado la intención de dañar al actor, es lo cierto que V. cometió un error de técnica en la elección de la vía penal, o error de conducta en que no hubiera incurrido una persona diligente colocada en las mismas circunstancias externas del denunciante. En efecto, la sentencia de sobreseimiento definitivo a favor del actor, revela en la conducta del que ejerció el derecho de denunciarlo criminalmente la ausencia de las precauciones que un hombre atento y diligente hubiera adoptado. Los artículos 1613 y 1614 del código de procedimiento penal tienen su razón de ser en la necesidad, para el bien público, de que la justicia criminal pueda ser noticiada por los ciudadanos en interés general. Pero esas disposiciones no conducen a exonerar de responsabilidad a los autores de denuncios hechos temeraria o imprudentemente, a la ligera, impulándolos perentoriamente a determinada persona". (G. J. Nro. 1927 página 421). En este punto de vista ha insistido la Sala como se ve en las sentencias del 21 de febrero de 1938 (G. J. número 1932, página 60), 19 de agosto de 1938 (G. J. 1940, página 57) y 23 de octubre de 1942 (G. J. LIV-bis, página 206), entre otras.

La sentencia acusada no deduce contra Cohen la simple invocación en el nombre del contrato relativo a las mercancías entregadas a Chedraui, sino algo de más fondo como es el hecho de afirmar la celebración de una comisión para la venta mediante el engaño de unas letras de cambio lo que era preciso para configurar una estafa un abuso de confianza— cuando lo que en realidad se había verificado era una venta con plazo para el pago del precio. Tampoco pensó el sentenciador que Cohen se propusiera obtener en el juicio criminal una sentencia que decretara el pago del precio o la resolución de la venta por falta de pago; el cargo que le hace al demandado es el desvío del denuncio respecto del fin para el que lo faculta y lo impone la ley, el error técnico en la elección de la vía criminal, en vez de la civil para conseguir la devolución de las mercancías o el pago de su precio. Porque como lo advirtió la Corte en uno de los fallos citados, es caso de frecuente ocurrencia que se dé apariencia criminal a un negocio civil con el objeto de forzar el cumplimiento por el temor a los perjuicios de orden, principalmente morales, que apareja a toda persona el figurar como sindicado de un delito contra la propiedad.

Suponiendo que este caso no se pudiera calificar como abuso de un derecho, en el sentido en que lo toma el recurrente, la condena al pago de la indemnización tendría que subsistir apoyada en la culpa del demandado por su imprudencia, desvío o escogencia intencionada de una acción imprudente, o su negligencia en el ejercicio de las acciones civiles correspondientes, como lo deduce a su cargo la sentencia acusada.

En ese fallo el Tribunal cumplió el artículo 471 del C. J. con la transcripción de las súplicas y hechos fundamentales de la demanda y con la relación del contenido de las pruebas producidas en las dos instancias, y después de estudiar la excepción exponiendo sus ideas sobre el abuso del derecho para pasar luego a la apreciación de los hechos constitutivos de la culpa y luego a los daños resultantes de la misma, respecto de los cuales dice que los Chedraui sufrieron perjuicios morales con la detención indebida puesto que su dignidad y honor quedaron en tela de juicio ante la sociedad, hasta que vino el sobreseimiento definitivo, que también sufrieron perjuicios materiales, cuya cuantía no fue determinada en el juicio, por lo cual debe hacerle la condena en abstracto, como lo hizo el Juzgado y la motivación que la sustenta, donde puede encontrarse la especificación de los daños materiales que el Juez encontró probados. Por consiguiente, al confirmar la condena al pago de daños materiales el Tribunales se refirió tácitamente a los determinados por el Juez como probados en los autos.

Estas sencillas consideraciones llevan al rechazo del cargo de violación directa.

B) Otro cargo dentro de la causal primera es la violación indirecta de los artículos 2341 y 2356 del C. C., 1º de la Ley 45 de 1930 y 471 del C. J. por errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas, los que pueden resumirse así:

En cuanto a la culpa, error en la apreciación del denuncio criminal de Cohen, de la factura firmada por Joseph Chedraui y de los autos de sobreseimiento definitivo a favor de los Chedraui, porque la equivocación de Cohen en el denuncio sobre el nombre del contrato no es una culpa, ni hecho inmoral o indebido según la ley; porque de esas pruebas no resulta que Cohen hubiera elegido la vía criminal para obtener el cumplimiento de la venta por los denunciados, siendo

imposible de acuerdo con la ley, por otra parte, que viniera una sentencia que decretara el cumplimiento o la resolución del contrato; porque al tener en cuenta esas pruebas y omitir la estimación de los demás documentos, se dejaron de reconocer hechos que acreditan la inculpabilidad de Cohen, como el **pactum reservati dominii**; y porque en ningún denuncio puede haber culpa, ni puede causar perjuicio directo, según el sistema legal, ya que el denunciante se limita a dar un aviso reservado a la autoridad, con lo cual termina su misión.

En cuanto al daño, los errores consisten, según el recurrente, en haber estimado el sentenciador que los perjuicios sufridos por los Chedraui tenían por causa eficiente el denuncio, cuando el arresto de Joseph fue ordenado por el funcionario instructor, no por causa del denuncio, sino conforme a la ley, y cuando una orden de captura no puede causar deshonor en opinión de la parte más sana de la comunidad; y también en haber estimado que de esas pruebas, así como de las demás que obran en los autos, resultaban unos mismos daños para Joseph y para Najul, por lo cual condenó a Cohen a pagar a Najul daños que sólo sufrió Joseph y viceversa, violando así las disposiciones legales citadas, pues si las hubiera aplicado rectamente no habría ordenado sino que se pagara a los demandantes los daños sufridos por cada uno.

Se considera:

Tres culpas imputa el Tribunal al demandado por sus denuncios criminales contra los demandantes: imprudencia al hacer aparecer como comisión para la venta un contrato de venta a crédito; desvío en la elección de una acción que no era la indicada para garantizar el cumplimiento de la venta; y negligencia en procurarse una defensa acorde con su derecho, o sea, el ejercicio de las acciones civiles procedentes, y todos estos hechos aparecen de las pruebas que se dicen mal apreciadas u omitidas.

Cohen en sus denuncios afirmó hechos falsos, como la entrega de las mercancías, a título no traslaticio de dominio, mediante un engaño consistente en letras de cambio que no habían sido aceptadas, y el aporte de esas mercancías a la sociedad de Najul y Víctor Chedraui, fundada pocos días después en Bucaramanga; afirmó también hechos que no resultan comprobados, como son la estafa a numerosos comerciantes de Barranquilla, en la misma forma que a él y por un valor total de treinta mil pesos aproximadamente, la reserva del dominio hasta el pago de las mercancías y el convenio de no sacarlas de la ciudad; y rodeó los hechos de circunstancias que daban la apariencia de un delito contra la propiedad, hacían sospechar que la conducta de los denunciados era delictuosa, y excitaba al investigador a obrar con prontitud y energía tales como el despacho de la mercancía por Joseph Chedraui, el cierre del almacén, dejando unas mercancías para engañar a los acreedores y la intención de ausentarse de la ciudad.

El resultado de la investigación, conforme a los autos de sobreseimiento definitivo, fue que no había existido delito alguno y que la acción criminal había sido improcedente en el caso. En vista de aquellas circunstancias y de este resultado, la conducta del demandado, más que de culpable podría calificarse de dolosa, pero el Tribunal no avanzó más allá de la culpa y se contentó con decir que saltaba a la vista, por lo menos, que la conducta del demandado había sido imprudente.

Ya se puso de presente la frecuente ocurrencia de que un negocio civil se convierta por el interesado en delictuoso para obtener prontamente por la intimidación o coacción de un denuncio criminal y sus consecuencias, fines que serían inciertos o demorados si se acudiera a la justicia civil. Cohen en su primer denuncio, que dijo obrar en guarda de sus intereses, pidió el secuestro de mercancías que ya se encontraban en depósito en una empresa transportadora y la detención de Joseph Chedraui quien iba a ausentarse de la ciudad; Joseph estuvo encarcelado diez días, y el Alcalde de Bucaramanga se pidió la captura y remisión de Najul, quien hubo de esconderse mientras le admitían una caución para presentarse en Barranquilla; pocos días después de libertado Joseph el señor Cohen y muchos otros comerciantes a quienes el denuncio mencionó como estafados por los Chedraui, eran cubiertos de sus créditos por la firma Chedraui & Ko. por cuenta y orden de Najul Chedraui en cantidad total de $ 25.307.46, según documento de 6 de abril de 1937, reconocido por el demandado. No hay constancia de que éste se hubiera desistido del sumario después del pago que había conseguido con ocasión de la investigación criminal, sin necesidad de que en ésta se dictara sentencia que ordenara el cumplimiento del contrato.

No constan circunstancias que pudiera justificar o excusar la creencia de Cohen en el supuesto

raude de los Chedraui contra sus intereses. La
o aceptación de la letra fue explicada por Na-
ul, en la absolución de posiciones, por un acuer-
lo de Joseph con el vendedor sobre que éste se
ontentaría con la factura como comprobante y
o giraría letras a pesar de lo que ella dijera.
a reserva del dominio de las mercancías vendi-
as, hasta que su precio fuera pagado, no fue fir-
ada por Joseph Chedraui, como se ve en la fac-
ra original, y está desvirtuada por el mismo
ohen en el denuncio cuando dice que el objeto
e la operación era que los Chedraui vendieran
s mercancías al contado y se ganaran la dife-
ncia entre el precio de compra y el de venta.
Apenas habrá para qué decir que un denuncio
iminal, como todo acto humano, puede ser cul-
ble y constituír fuente de perjuicios, si en él
obra el denunciante con la debida prudencia
diligencia, a pesar de que no sea obligado a
bar la verdad de su relato y a despecho de las
ecauciones que el sistema legal de investigación
ne para prevenir daños a los sindicados, pues
s medidas no garantizan que el inocente sal-
indemne cuando la justicia haya sobreseído
initivamente en su favor o lo haya absuelto.
rrores de derecho, en el sentido de vicios de
bración probatoria, no señala el recurrente y
eso en el alegato no se encuentra la indica-
de las disposiciones legales sobre pruebas
pudieran haber sido infringidas.

specto de la relación de causalidad entre la
a y el daño, se repite que basta la causalidad
ional y que en caso de multiplicidad de cau-
sólo se requiere para la existencia de la res-
abilidad civil, la concurrencia de una que
a ser imputada a culpa de determinada per-
sin que sea necesaria una relación directa,
sentido de proximidad en el espacio y en
mpo. Sin el denuncio de Cohen, los Che-
no hubieran sufrido los perjuicios que pro-
, y eso hace ver la existencia del mencio-
requisito en este caso.
re este punto dijo la sentencia de esta Cor-
fecha 5 de agosto de 1935, transcrita en
al principio:
reitera que en materia de responsabilidad,
ación de causa a efecto entre la culpa y el
no es la misma que rige la sucesión de los
fenómenos físicos. La causalidad jurídica consiste propiamente en motivaciones. No importa, por tanto, que la causa del daño sea mediata o inmediata. Basta que ella concurra con igual fuerza a producir la responsabilidad de quien, por su culpa, motivó la realización del perjuicio. Unicamente es necesario tener en cuenta que en la serie de perjuicios sucesivos, existe un momento en que no es dable afirmar con certidumbre que sin la culpa el daño se hubiera producido". (G. J. T. 45, pág. 421).

El último de los cargos que estudia este ordinal B) no es sino consecuencia inaceptable derivada de un antecedente inexacto porque la sentencia confirmada por el Tribunal no condena a Cohen como lo entiende el recurrente, a pagar a Najul daños que sólo sufrió Joseph, y a éste daños que sólo sufrió aquél. La condena sólo puede entenderse en el sentido natural y obvio que manifiestan sus mismas palabras, o sea que el demandado debe pagar a los demandantes los daños que sufrió cada uno de ellos.

Como no existen los errores señalados en la estimación probatoria, tampoco pueden deducirse las violaciones indirectas acusadas por el recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, rechaza el presente recurso y no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Barranquilla el doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente. Tásense.

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

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez. Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PRINCIPAL DE SIMULACION DE UN CONTRATO Y RESTITUCION DE BIENES, Y SUBSIDIARIA DE LESION ENORME

1.—Si el fallador tuvo como plena prueba el dictamen pericial, no incurrió en su apreciación en el error de derecho que el recurrente le adjudica. Es de observarse que, salvo errores manifiestos de hecho o carencia de lógica en la respectiva concatenación, no puede corregirse en casación el concepto de instancia que ante un dictamen fundado estima su fundamentación suficiente.

2.—Nuestra jurisprudencia ha acatado de modo constante demandas como la de este pleito y entrado el sentenciador a estudiar la acción subsidiaria una vez negada la principal, considerando que si ésta, así sea de nulidad absoluta, de simulación, de resolución, se rechaza o deniega, no se ve estorbo para, ya sobre este terreno, estudiar la de rescisión. Acogida la acción principal no hay lugar a estudiar la subsidiaria. El fracaso de la principal implica la supervivencia del contrato y, por ende, una situación legal en que no pueden echarse menos ciertos elementos esenciales del mismo, como es, por ejemplo, el precio en una compraventa. Adelantado en una sentencia el estudio de la acción principal al extremo de decidirla en forma que, rechazada, queda en pie el contrato a cuya infirmación se encamina, es lo natural y lógico reconocer a esa situación todo su alcance, dentro del cual se halla en primer término la existencia del contrato. Atacarlo de manera que si la acción principal triunfa él no existe, no es obstáculo para estudiar la acción subsidiaria que requiere la existencia del contrato, si es que ésta permanece en pie porque la acción principal no ha prosperado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuest por el demandado en el presente juicio ordinari de la señora Rebeca Prieto viuda de Ruiz, com heredera de Carlos H. Prieto y para la sucesió de este señor, contra el doctor Uladislao Prieto con los fines y antecedentes que pasan a rela tarse.

Los hermanos Carlos H. y Uladislao Prieto R otorgaron en la Notaría de Villavicencio el 15 d Junio de 1940 la escritura número 204 en que e primero transfiere en venta al segundo los vario bienes de esa ubicación allí descritos, a cada un de los cuales se señaló su precio. Aclararon es escritura respecto de alindación de uno de es bienes, en la número 251 de 6 de agosto de es año y Notaría. El 16 del subsiguiente septiemb murió el vendedor. En su causa mortuoria el Ju gado 5º del Circuito de Bogotá reconoció con heredera abintestato del causante a la demanda te actual, su hermana legítima.

Al mismo Juzgado presentó ella el 15 de mar de 1944 la demanda inicial de este pleito en q ejercita como acción principal la de simulac de la citada compraventa, que pide se decl con la consecuencia de que los bienes aludidos han salido del patrimonio del aparente vende y, por tanto, a su sucesión pertenecen y a debe restituírlos el demandado; y como acc subsidiaria la de rescisión de esa comprav por lesión enorme por ser los aludidos pre inferiores a la mitad del justo de cada un dichos bienes a la época del contrato. Com menta esta solicitud con las consecuenciales bre integración del precio descontada una dé parte, si el comprador insiste, y con la de r tución de las fincas si la rescisión queda en También pide pago de frutos y condenació costas, tanto en la demanda principal como subsidiaria.

El demandado opuso excepciones dilatoria perdió en Juzgado y Tribunal, y en su opo dad contestó la demanda oponiéndose, ne los hechos y afirmando la verdad del contr la equidad del precio.

La primera instancia se cerró el 5 de diciembre de 1944 con sentencia en que el Juzgado declara la lesión enorme sufrida por el vendedor y la consecuencial rescisión de la compraventa, con la opción y obligaciones que de ellos se deriva para el comprador vencido, a quien condenó en costas.

Por apelación de ambas partes cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior, quien falló el 25 de enero de 1947 confirmando la sentencia recurrida, adicionándola con la absolución del demandado sobre la demanda principal y con la declaración de ser improcedente e inexistente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, tanto en la acción principal de simulación absoluta como en la subsidiaria de rescisión por lesión enorme. Sin costas.

Contra esta sentencia interpuso casación el demandado por medio de su abogado, quien formula los cargos que pasan a estudiarse, no sin advertir que siendo él único recurrente y estando absuelto de la demanda principal, ha de concretarse a la acción rescisoria.

Acusa en primer lugar de quebranto por aplicación indebida de los artículos 1946, 1947, 1948 y 1746 del C. C. por efecto de error de derecho en la apreciación del avalúo pericial.

Para él este dictamen no está debidamente fundamentado, por lo cual al acogerlo la sentencia recurrida faltó a la regla del artículo 721 del C. J., y además desoyó el artículo 714 **ibídem**, porque a esa acogida se opone el hecho de que los peritos procedieron sin intervención del Juzgado de Villavicencio.

Se considera:

El perito principal nombrado por la demandante rindió un concepto detallado en que para avaluar cada uno de los aludidos bienes toma en cuenta la calidad de la tierra, de que forma vas porciones, en su caso, así como sus cultivos, proximidad a dicha ciudad, su capacidad productiva, las vías de comunicación de que dispone, aguas, en una palabra, los diversos elementos que concurren a determinar el precio de las fincas de esta clase; y se detiene, como era de rigor, todo lo que conduce a establecerlo en la época del contrato. Todo ello en fuerza de su propia observación, estudio y percepciones, y a mayor fundamiento informándose con personas capaces y fidedignas sobre precios en la aludida época de las transacciones en ella realizadas. Fue así como llegó al avalúo que asigna a cada una de esas fincas.

Del propio modo el perito tercero rinde un informe detallado y advierte que procede después de visitar las fincas, considerándolas en sus mencionados elementos y detalles y con información, además, del estado de ellas y del negocio sobre bienes de esta clase para la época del contrato. Así las avalúa una a una y llega a justiprecio igual al del perito principal ya citado.

Dicho artículo 721 dice en su inciso 1º: "Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba".

Si el Tribunal tuvo como plena prueba ese dictamen, no incurrió en su apreciación en el error de derecho que el recurrente le adjudica.

Es de observarse, de otro lado, que, salvo errores manifiestos de hecho o carencia de lógica en la respectiva concatenación, no se puede corregir en casación el concepto del fallador de instancia que ante un dictamen fundado estima su fundamentación suficiente.

El dictamen debía rendirse al Juez de la causa, y los peritos precisamente tenían que proceder por sí mismos, como lo hicieron, al estudio de las fincas y al acopio de los diversos elementos pertinentes. Si, por ejemplo, el experticio hubiera sido un accesorio de inspección ocular, es claro que en razón de ésta no habría podido procederse sin intervención de Juez; pero tratándose directamente y tan sólo de un avalúo pericial, no se ve por qué hubiera lugar a tal intervención. Los peritos de que se ha hablado tomaron posesión de su cargo ante el Juez de la causa, y el nombrado por el demandado la tomó en el Juzgado de Villavicencio, comisionado al efecto de acuerdo con el artículo 714 del C. J. Así las cosas, no se ve, desde estos puntos de vista tampoco, que el Tribunal incurriera en error de derecho al reconocer al avalúo la fuerza probatoria que la ley le asigna, en vez de denegarse a ello a pretexto de faltar una intervención del Juzgado de Villavicencio tan visiblemente innecesaria que no se explica por qué y para qué el recurrente la exija.

Y si el avalúo obtenido como queda visto indica para cada finca en la época del contrato un precio superior al doble del señalado en la escritura, se imponía la declaración de la lesión enorme en obedecimiento de las disposiciones del Código Civil de cuyo quebranto acusa el recurrente. No prospera, pues, este cargo.

Acusa de violación del artículo 329 del C. J. por declarar el Tribunal improcedente e inexis-

tente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Desde el comienzo del litigio ló ha sostenido así por contener el libelo dos pretensiones contradictorias, ya que la principal es la negación del contrato y la subsidiaria requiere que éste exista. Así alegó en el incidente de excepciones dilatorias y después en las instancias con vista a la calidad de perentoria de tal excepción. De igual modo procede ahora en el recurso.

Se considera:

El artículo 209 del C. J. permite ejercitar varias acciones en una misma demanda y establece los requisitos necesarios al efecto. Sobre ellos no se discute aquí en lo que hace a competencia del Juez ni a igualdad de procedimiento; pero sí sobre el de "que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí". Si la exigencia se redujera a estas palabras, el mencionado reclamo sería procedente, puesto que en realidad la infirmación de un contrato por ser absolutamente simulado deja sin base las acciones que necesariamente signifiquen la existencia del mismo. Así, por ejemplo, si una compraventa es absolutamente nula, no cabe contienda sobre si el precio es o no justo. Pero la frase transcrita, que es el texto del numeral 3º de dicho artículo 209, se complementa y delimita en esta forma: "Sin embargo, pueden proponerse subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren compatibles".

En atención a estas salvedades, nuestra jurisprudencia de modo constante ha acatado demandas como la de este pleito y entrado el sentenciador a estudiar la acción subsidiaria una vez negada la principal, considerando que si ésta, así sea de nulidad absoluta, de simulación, de resolución, se rechaza o deniega, no se ve estorbo para, ya sobre este terreno, estudiar la de rescisión.

Acogida la acción principal, no hay lugar a estudiar la subsidiaria. El fracaso de la principal implica la supervivencia del contrato y, por ende, una situación legal en que no pueden echarse menos ciertos elementos esenciales del mismo, como es, por ejemplo, el precio en una compraventa. Adelantado en una sentencia el estudio de la acción principal al extremo de decidirla en forma que, rechazada, queda en pie el contrato a cuya infirmación se encamina, es lo natural y lógico reconocer a esa situación todo su alcan dentro del cual se halla en primer término existencia del contrato. Atacarlo de manera q si la acción principal triunfa él no existe, no obstáculo para estudiar la acción subsidiaria q requiere la existencia del contrato, si es que és permanece en pie porque la acción principal ha prosperado.

Por lo dicho, este otro cargo en casación tar poco se justifica.

Para reforzarlo arguye el recurrente que el d mandante califica de vil el precio señalado en escritura, tan sólo porque la venta fué simulad y que así es como está redactado el hecho sép mo; de suerte que habiéndose negado la simul ción, con esto debió bastar para descartar los a ques sobre precio y, por tanto, para negar la a ción rescisoria.

En esta argumentación, si se quiere ingenio la Sala no ve sino un juego de palabras. La d manda debe considerarse relacionando entre sus súplicas y sus hechos fundamentales con c terio que los armonice, y no decidir de ella una frase aislada. De otro lado, en manera al na puede negarse que se ejercita la acción re soria por lesión enorme y que el libelo afir que los precios **acordados entre vendedor y c prador** fueron inferiores a los verdaderos y tos en forma de dar lugar a la lesión enorme tablecida por el Código Civil en sus artíc 1946 a 1948, ni puede pasarse por alto que e belo cita estas disposiciones en su capítulo llama "Fundamentos de Derecho" (Cuaderno folio 7 vuelto).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprem Justicia, Sala de Casación Civil, administr justicia en nombre de la República de Colo y por autoridad de la ley, no casa la sent dictada en este juicio por el Tribunal Sup del Distrito Judicial de Bogotá el veinticinc enero de mil novecientos cuarenta y siete.

Las costas del recurso son de cargo del rrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo P Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal M Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salan Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 57 de 1887 la resolución sobre adjudicación de baldíos no hay necesidad de inscribirla en el libro duplicado a que ese artículo se refiere, pues basta que lo haya sido en el libro de Registro número 1º.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa (Daza).

Gerardo Antonio López Obando demandó en ia ordinaria a José María Osorio Patiño con los nes de que se hablará adelante, en el Juzgado ivil del Circuito de Cartago, cuya sentencia de de octubre de 1945, apelada por ambas partes, nfirmó el Tribunal Superior de Buga en la de de febrero de 1947, contra la cual interpuso el mandado el recurso de casación que hoy se de-de.

Antecedentes

Según documentos privados, uno de 13 de oc-bre de 1935 y otro de 6 de agosto de 1938, Ló-z dio a Adán A. Posada las tierras que allí se erminan para que les sembrara café y pusiese demás mejoras de que hablan ambos docu-ntos, en contratos cuyas recíprocas obligacio-y derechos allí se especifican, así como su ación, que fue respectivamente de 4 y 3 años. or resolución número 45 de 26 de junio de 9 de la Gobernación del Departamento del le, confirmada por el Ministerio de la Econo-Nacional en la de 22 de abril de 1941, núme-65, se adjudicó como tierra baldía a López la a llamada El Edén, en el paraje La Diaman-, del Municipio de Ansermanuevo, con los eros y cabida que esas piezas relatan.

vocando este título, registrado el 22 de agosto 941, López demandó a Osorio, poseedor ac-de esta finca, para que se le condene a en-rsela y pagarle sus frutos, previo reconocimiento de ser López su dueño. El libelo contiene otras súplicas que no estudia este fallo, porque las denegaron las sentencias de instancia y el demandante no ha recurrido en casación y, además, porque, no prosperando este recurso, según pasa a verse, no es el caso de que la Corte entre a considerarlas.

Concretándose las diferencias a la reivindicación, se tiene: el demandado contestó la demanda oponiéndose y afirmando ser dueño de esa finca por haberla adquirido de Rafael Barragán y Tiberio de Jesús Valencia a título de permuta por escritura Nº 246 de la Notaría de Buga el 26 de marzo de 1941, adicionada por la Nº 632 de 22 de junio de 1942 en esa Notaría, que ratifica esa transferencia citando la adjudicación hecha a Barragán por el Ministerio de la Economía Nacional en Resolución Nº 175 de 30 de marzo de 1942, confirmatoria de la de 23 de enero de ese año pronunciada por la Gobernación del Valle. Pone presente las obras y cultivos hechos por él en la finca desde aquella permuta.

A manera de explicación de la presencia de Barragán se da la cesión que, sin intervención de López, hizo Posada a favor de aquél de sus contratos mencionados con éste, y que así entró Barragán en la finca que después transfirió a Osorio. Se añade la adjudicación que acaba de citarse.

El Tribunal, como ya se dijo, confirmó la sentencia del Juez que declara dueño a López y condena a Osorio a restituírle la finca con sus frutos desde la contestación de la demanda, a tiempo que reconoce a Osorio derecho al pago de las mejoras posteriores a los citados contratos originariamente pactados con Posada.

El Tribunal se funda en que, tratándose de baldíos, el inmueble en cuestión no entró en el comercio sino al salir del dominio de la Nación por obra de la adjudicación a López; de suerte que no le era dado a nadie negociarla antes y, por lo mismo, no es aceptable el título conferido por Barragán y Valencia al demandado Osorio en escritura de 26 de marzo de 1941, siendo de 22 de agosto siguiente la adjudicación a López.

De los elementos cuya concurrencia es necesa-

ria para que la acción reivindicatoria se configure, no contienden los litigantes sino en cuanto cada uno de ellos sostiene ser el dueño a favor de los instrumentos citados, complementados por una y otra parte con certificados del Registrador sobre su inscripción y vigencia.

Que Osorio es poseedor, no se discute. Y sobre singularidad e identidad de la cosa materia de la acción, a más de lo que dicen esos títulos y la demanda y su respuesta, se tiene la inspección ocular de 23 de noviembre de 1943 practicada como prueba en la primera instancia, de cuya acta (Cuaderno 2º, folio 14) se transcribe: "...habiendo recorrido el inmueble por todos sus linderos y constatado por identificación hecha por el Juzgado, se estableció que la referida finca es la misma de que trata la demanda y los linderos son exactamente los mismos determinados en la misma demanda y título de adjudicación presentado por el actor en el juicio. Tales linderos fueron indicados personalmente por las partes de común acuerdo, siendo la finca la misma de que está en posesión el demandado".

Los cargos en casación se condensan así: el actor no ha comprobado el dominio que alega, porque la prueba que aduce es la resolución que le adjudica El Edén y ésta no se inscribió en el libro duplicado creado por el art. 38 de la Ley 57 de 1887; de modo que al acogerla el Tribunal incurrió en error de derecho en su apreciación, faltando con esto a lo preceptuado en los arts. 2637, 2673 y 2674 del C. C. y en el citado art. 38, y violando consecuencialmente estas disposiciones de ese Código: el art. 756, según el cual la tradición se hace por medio del registro; el 762, por desconocer la presunción de dominio que a Osorio asiste como poseedor; el 946, 950 y 951, por conceder la acción reivindicatoria a quien no ha demostrado ser dueño; el 1958, que hace aplicable a la permuta las reglas de la compraventa; ésto, en relación con el art. 1871 que dá validez a la venta de cosa ajena, violado porque si esto fue lo que ocurrió al adquirir Osorio en permuta con Barragán y Valencia, quien puede pedir en contrario es el verdadero dueño y López no lo es. A esto agrega el recurrente el cargo de quebranto de las mismas disposiciones sustantivas por efecto de error de hecho consistente en no haber estimado los títulos de Osorio cuya fuerza legal obliga a reconocerle su dominio.

Como se ve, la clave del recurso está en el sentido y alcance del mencionado art. 38, según el cual el Registrador llevará, a más de los libr que habla el art. 2641 del C. C., "un duplicad de cada uno de los libros Nos. 1º y 2º, para inscripción de los títulos, actos y documentos qu se refieran a intereses de la hacienda nacion o de la de un Departamento o de la de un Distri Municipal".

Se dice que allí está la clave del recurso, po que si, como sostiene el recurrente, la mencionad resolución debió inscribirse en el libro duplicad y no se inscribió en él, sino en el libro Nº 1º, lógica la conclusión que de ahí deriva; pero s como sostiene el opositor, la inscripción en el du plicado es sólo para las adquisiciones de la Naci o de un Departamento o Municipio, es claro qu no tratándose de adquisición, tal resolución tenía por qué ir al duplicado y que le basta ha ber sido inscrita como lo fue.

El opositor, aduciendo sentencia del Tribun de Buga en pleito distinto, observa que la trad ción de los inmuebles se efectúa con el regist en el libro Nº 1º cuando el adquirente no es ni guna de esas entidades y que se efectúa con inscripción en dicho duplicado cuando alguna éstas es el adquirente. A quien adquiere es a qui interesa la cancelación del título anterior, que produce por la inscripción del nuevo (C. C. 789). Y no es siempre preciso que ésta se ha en el mismo libro de la precedente porque, ejemplo, en las causas mortuorias las hijuelas inscriben en el libro que lleva este nombre y se cancela el título del causante inscrito en libro Nº 1º.

Llama el opositor la atención a la analogía la adjudicación de baldíos con la de minas, de el punto de vista del interés contemplado po art. 38, y de ahí deduce otro argumento al servar que nunca ha ocurrido reclamo porqu inscripción en lo tocante a minas no se haya cho en el duplicado en referencia y siempr haya hecho en el libro Nº 1º.

Considera la Sala que la creación de los d cados antedichos se encamina a sistematiza propiedades oficiales. Considera asimismo la forma y las precauciones y reservas con q Nación adjudica los baldíos obliga a reco que no es de ella sino del adjudicatario el i de que se trata. La resolución en sí y su registrada, como prueba, interesa al adjudic que adquiere el dominio, no a la Nación desprende de éste. Además, las disposiciones les que establecen excepción son de interpre

restricta. Todo esto hace ver que no hay motivo para exigir que una resolución de la clase en estudio sea inscrita en el mencionado libro duplicado y haya de rechazarse o pueda desoírse porque no lo está sino en el libro Nº 1º.

De otro lado, sabido es que no vale la adjudicación de un baldío adjudicado ya, con lo cual se ve claramente que no puede Osorio como adquirente de Barragán alegar en su favor y contra López la adjudicación hecha a Barragán después de la de López. Aunque esto basta al respecto, no sobra advertir que si las dos adjudicaciones no coinciden por ser distintos los respectivos terrenos, mal podría la de Osorio arrebatar a la de López o cercenarle la fuerza que legalmente tiene como título de dominio.

Como el recurso tiene por base la invalidez de la prueba de dominio aducida por López y como tal invalidez se hace consistir en la falta de inscripción en el duplicado del libro Nº 1º, con las precedentes reflexiones sobre este tema queda sin base y, por ende, denegado el recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el dieciocho de febrero de mil novecientos cuarenta y siete.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, y notifíquese.

Manuel José Vargas.—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. Pd.

SALA DE CASACION PENAL

DELITO DE ABIGEATO

El hecho de que la investigación la haya iniciado un funcionario público de otra jurisdicción no implica que lo actuado por él carezca de validez. Es una simple información que es preferible ratificar siempre que sea posible o fácil por el funcionario competente, pero que no carga con más consecuencia que las naturales relativas a los defectos que pueda tener. Los artículos 57, 69, 70 y 71 del Código de Procedimiento Penal y 4º de la ley 3ª de 1945 están indicando que en relación con las medidas que los funcionarios están en el deber de tomar cuando tengan noticia de la comisión de un delito, medidas cuyo conjunto es lo que compone el sumario, en materia penal las exigencias legales no pueden ir precisamente contra lo que en su espíritu predomina, que es la defensa social. Otro es el resultado cuando en la función concreta de administrar justicia el empleado invade una órbita que no le corresponde, pues el conocimiento de un determinado asunto está señalado por la ley, o por una Resolución Ejecutiva con concepto favorable de la Corte, en los casos en que sea conveniente cambiar la radicación natural de un proceso.

Para que pueda prosperar un cargo de nulidad por incompetencia de jurisdicción, es preciso demostrar que un juez de la República decidió una controversia o conoció de un proceso atribuído expresamente a otro.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio siete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Tres causales de casación (1ª, 3ª y 4ª) alega el señor apoderado de Juan de Jesús Mejía —conocido también con los nombres de "Juan de Dios Mejía" y "Pedro Restrepo"— contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, fechada el dieciséis de julio de mil novecientos cuarenta y seis en la cual se condenó a dicho procesado a la sanción principal de tres años, cuatro meses y quince días de prisión, como responsable del delito de hurto (abigeato). También se le impuso como sanción accesoria, por tratarse de un reincidente, la de relegación por cinco años a una Colonia Agrícola Penal.

En la demanda correspondiente, gran parte de la cual está dedicada a hacer la historia de la actuación sumarial, se presentan y sustentan las causales en el siguiente orden: 4ª, 3ª y 1ª.

Causal cuarta.—Haberse pronunciado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Cree el demandante que existe una nulidad declarable, porque la sentencia se dictó en un juicio cuya primera etapa —la sumarial— fue tramitada por un funcionario que no era el competente para adelantarla.

En concreto, afirma que por haber iniciado la investigación el Alcalde de La Victoria, que recibió el primer aviso del Inspector del Corregimiento de Holguín, funcionario aquél que dictó las primeras medidas (auto de detención, inclusive) tendientes a reprimir el delito, se hizo la construcción sobre bases inválidas, puesto que el hecho se consumó en el municipio de El Zarzal.

Causal tercera.—No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

No obstante el motivo que aparece en el enunciado de esta causal, lo que en realidad se alega es que la ley estuvo mal aplicada.

Las razones que para demostrar su aserto ofrece el demandante, son, en síntesis, las siguientes: a) el hurto está sancionado en el Código Penal (artículo 397) con seis meses a cuatro años de prisión (sic); y b) esta sanción se aumenta hasta en la mitad cuando el delito recae en cabezas de ganado mayor (ordinal 7º, art. 398 ibidem). Por consiguiente, —continúa el demandante—, como el Juez, cuya sentencia fue confirmada por el Tribunal en esa parte, tomó como pena base la de dieciocho meses de prisión, la cual no figura ni como mínimo ni como máximo en el artículo respectivo, y de ella partió para hacer el aumento de que se ha hablado, quiere decir que la sanción aplicada no corresponde al delito que se imputó, o lo que es lo mismo, que la sentencia está en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder. Porque, según las cuentas del demandante, o el señor Juez al realizar el aumento lo hizo sobre el mínimo del artículo 397 (seis meses), y entonces el total sería de nueve meses, o partió del máximo, y en tal supuesto la sanción quedaría en seis años, es decir, cuatro años (sic) como base y dos años más por la especie de lo hurtado.

Causal primera.—Mala aplicación de la ley penal.

Se apoya en las mismas consideraciones relativas a la anterior causal. Pero agrega el actor, sin ensayar su demostración, que es improcedente la pena accesoria de relegación por cinco años a una Colonia Agrícola Penal.

Concepto de la Procuraduría.

Analizadas por el señor Procurador Delegado en lo Penal las causales materia de la demanda de casación, no encuentra fundada ninguna de las dos, y de ahí que pida que no se invalide la sentencia acusada.

Al referirse a la 4ª dice que fuera de ser la invocación de la invalidez un recurso de última hora, puesto que esa nulidad no se planteó en las instancias, o sea, oportunamente, el argumento carece de solidez porque de lo preceptuado en los artículos 69, 70 y 71 del Código de Procedimiento Penal y 4º de la ley 3ª de 1945, se desprende con toda claridad que cualquier funcionario de Instrucción puede acometer una investigación, especialmente en los casos en que se ignora en dónde fue cometido el delito, pasando luégo las diligencias al Juez competente, como precisamente ocurrió en el presente caso.

Con la advertencia de que el tema atinente a la mala aplicación de la ley penal corresponde a la causal 1ª y no a la 3ª, refuta el señor Procurador al demandante en estos términos:

"El demandante parte de dos ideas erróneas, a saber: la primera, que solamente son aplicables el artículo 397 del Código Penal (hoy modificado por el artículo primero de la Ley 4ª de 1943) y el inciso 7º del artículo 398 ibidem; y la segunda, que el aumento de la pena se cuenta sobre el máximo o el mínimo de la sanción señalada para la infracción.

"En el presente caso, se aumentó la pena al procesado no sólo por tratarse de un hurto de ganado mayor, sino también por considerársele reincidente, lo que le valió además, la relegación a colonias conforme al artículo 34 del Código Penal.

"En cuanto a la base de la pena que haya de tenerse en cuenta no es la que señala el demandante, es decir el máximo o el mínimo para la respectiva infracción, sino la pena misma que se imponga al procesado teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal. Fijada esta sanción base, viene entonces el aumento para estos casos, indicado en los artículos 398 y 34 del Código Penal".

La causal 1ª no entra a estudiarla, por sustracción de materia, pues ella quedó agotada al examinar la 3ª

Se considera:

El 25 de marzo de 1944, informado el señor Inspector Municipal de Policía del Corregimiento de Holguín de que dos sujetos sospechosos (Juan de Jesús Mejía y Alcides Quintero) conducían por parajes cercanos a ese sitio cuatro vacas, se apresuró a poner en conocimiento del Alcalde de La Victoria ese hecho, y en la mencionada Alcaldía se practicaron las diligencias preventivas indispensables, habiéndose logrado establecer, por la actitud de los individuos inicialmente sindicados y por otros factores, que los semovientes que ellos conducían eran el posible fruto de un hurto. A poco se supo a quién le habían sido sustraídas las cuatro reses. Y como el sitio del cual fueron sacadas corresponde al municipio de El Zarzal, el Alcalde de La Victoria, en auto de 4 de abril de 1944, dispuso remitir las diligencias por él practicadas a

la Inspección de Policía Departamental de Quebradanueva, perteneciente a aquel municipio (El Zarzal). Allí se perfeccionó el sumario, de cuyo mérito decidió el Juez Penal del Circuito de Tuluá, competente para ello. Y en el mismo Juzgado se dictó sentencia, de la cual conoció por apelación el Tribunal Superior de Buga.

En resumen, Juan de Dios Mejía fue llamado a responder en juicio por el Juez territorial competente y condenado en ese mismo Juzgado. Lo cual quiere decir que la nulidad alegada (incompetencia de jurisdicción), o sea, la del numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, resulta inconducente. Porque el hecho que la investigación la haya iniciado un funcionario público de otra jurisdicción, no implica que lo actuado por él carezca de validez. Es una simple información que es preferible ratificar siempre que sea posible o fácil por el funcionario competente, pero no carga con más consecuencias que las naturales relativas a los defectos que pueda tener.

Los artículos que cita el señor Procurador Delegado en lo Penal, dicen:

"Artículo 69.—Si la colisión de competencia se provoca durante la investigación sumaria, no se suspenderá ésta mientras se decide el incidente, **ni se anulará lo actuado.** Si la colisión se provoca durante el juicio, **se suspenderá éste,** mientras se decide aquélla". (Se ha subrayado).

"Artículo 70.—Si se suscitare colisión de competencias entre varios jueces para conocer o no conocer de un mismo proceso penal, mientras no sea dirimida dicha colisión **todos ellos estarán obligados a practicar, dentro del territorio de su respectiva jurisdicción,** las primeras diligencias de investigación. **Pero al Juez o funcionario del territorio en que se encuentre o estuviere detenido el sindicado,** le corresponderá resolver lo relativo a la detención o libertad". (Se ha subrayado).

Artículo 71.—Dirimida la colisión, serán puestos a disposición del Juez competente los sindicados y los antecedentes que obraron en poder de los demás jueces entre quienes se hubiere suscitado el incidente".

"Artículo 4º (Ley 3ª de 1945).—Las diligencias o investigaciones adelantadas por la autoridad militar o la civil, **conservan su valor legal** cualquiera que sea la que, en definitiva, asuma su conocimiento". (Se ha subrayado).

Y todavía podría agregarse el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, de mayor alcance, porque ya no se trata de que un funcionario que no es propiamente el competente recoja los primeros informes, sino de que conozca, es decir, que actúe con carácter de Juez que va a decidir de lo sustancial de un proceso.

Todos esos textos están indicando que en relación con las medidas que los funcionarios están en el deber de tomar cuando tengan noticia de la comisión de un delito, medidas cuyo conjunto es lo que compone el sumario, en materia penal las exigencias legales no pueden ir precisamente contra lo que en su espíritu predomina, que es la defensa social.

Otro es el resultado cuando en la función concreta de administrar justicia el empleado invade una órbita que no le corresponde, pues el conocimiento de un determinado asunto está señalado por la Ley, o por una Resolución Ejecutiva con concepto favorable de la Corte, en los casos en que sea conveniente cambiar la radicación de un proceso.

Como también puede ocurrir que el funcionario actúe fuera de la zona territorial que le ha sido asignada por la respectiva ley. Porque allí él ya no es un funcionario sino un simple particular. Pero precisamente no es este el caso que se está examinando, porque el Alcalde de La Victoria obró dentro de los límites de su municipio.

Jurisdicción es la facultad propia de la Rama Jurisdiccional; y así, por medio de sus órganos de expresión (Magistrados y Jueces) esa facultad se concreta en la administración de justicia de acuerdo con la Constitución y las Leyes de la República. Y la competencia le dá al juzgador —también de conformidad con las leyes— el conocimiento de determinados asuntos, o sea, que el poder jurisdiccional se concreta a ciertos lugares y a ciertas controversias o procesos. De manera que para que pueda prosperar un cargo de nulidad por incompetencia de jurisdicción, es preciso demostrar que un juez de la República decidió una controversia o conoció de un proceso atribuído expresamente a otro. Demostración que está muy lejos de haber sido traída al debate en casación.

No prospera, por lo tanto, la causal 4ª invocada.

Bien ha declarado el Jefe del Ministerio Público el error del demandante relativo al "modus operandi" en el cómputo de las sanciones. Para el impugnador, el Juez debe partir siempre del mínimo y sobre él hacer en forma matemática los aumentos autorizados por la Ley.

Tal vez el Código Penal anterior permitía este sistema, calificado de dosimétrico, conforme al cual los Jueces no eran más que modestos contadores, al decir de Ferri. Pero hoy el Juez no sólo debe atender a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, taxativas las primeras y enunciativas o a título de ejemplo las segundas, y unas y otras diferentes de las antiguas circunstancias agravantes y atenuantes, las que tenían apenas un valor objetivo, mientras que las nuevas tienen un valor subjetivo psicológico, sino que debe examinar la gravedad y modalidades del hecho, penetrando con igual ponderación en los motivos determinantes del sujeto que delinquió, para luégo sí conseguir una acertada individualización de las sanciones, obrando dentro de los límites señalados en las disposiciones pertinentes. Es esta una relativa libertad que se le dá, y valga decir que ello lo acerca más a su condición de juzgador.

De manera que existiendo motivos para no imponerle a Juan de Jesús Mejía el mínimo de la sanción indicada en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, el Juez podía moverse dentro de los límites que ella señala (seis meses a seis años de prisión), y, fijada una base a su arbitrio, realizar entonces los aumentos adecuados. Que fue exactamente lo que hizo el Juez Penal del Circuito de Tuluá, pues así aparece en los siguientes apartes del fallo de primer grado:

"Juan de Jesús Mejía o Garzón o Juan de Dios Pedro Restrepo, fue condenado por sentencias de fechas junio 6 de 1945 y octubre 15 del mismo año, proferidas por este Juzgado y por el H. Tribunal Superior de Buga, respectivamente, por el delito de robo (ganado mayor), a la pena de diez meses veinte días de prisión... Además registra antecedentes delictivos en las siguientes oficinas: varias entradas a la cárcel de Zarzal por "hurto de ganado mayor"...; sindicado por el mismo delito en la Inspección de Policía de la Tebaida...

"El 3 de febrero de 1944, ambos —Mejía y Valderrama— fueron condenados por la Inspección Departamental de Policía de la Tebaida a cincuenta (50) días de arresto por el hurto de una gallina.

"Dada, pues, la personalidad peligrosa de los reos y la calidad del delito cometido (el de más alarmante frecuencia en este Circuito), no puede imponerse el mínimo de las disposiciones violadas. Se tomará como pena —base— 18 meses, aumentados en la mitad de acuerdo con el numeral 7º del artículo 398 del C. Penal; suma, 27 meses. Se aumenta en una tercera parte para Quintero por la primera reincidencia y en la mitad para Mejía, para la segunda reincidencia. La pena total es, pues, para Quintero de tres (3) años de prisión, y para Mejía tres (3) años, cuatro (4) meses, quince (15) días de prisión".

Lo dicho es suficiente para declarar infundada la causal 3ª.

Y como la primera descansa en iguales argumentos, es innecesario estudiarla por aparte.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de 17 de julio del año próximo pasado, por medio de la cual se condenó a Juan de Dios Mejía a la sanción principal de tres años, cuatro meses y quince días de prisión, como responsable del delito de hurto, y a la accesoria de relegación por cinco años a una Colonia Agrícola Penal, por tratarse de un reincidente (segunda reincidencia).

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

REQUISITOS PARA LA ATENUACION DE LA PENA POR PROVOCACION. — ESTADO DE IRA O DE INTENSO DOLOR

1.—En varias ocasiones ha repetido la Corte que la gravedad y la injusticia son requisitos esenciales para que la pena se atenúe por provocación, porque lo que excusa no es simplemente la ira o el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor. Si así no fuera, todo estado emocional o pasional habría de considerarse como índice de una personalidad poco peligrosa, aunque tuviera el origen más innoble y antisocial que pudiera imaginarse, lo cual es inadmisible. Ademas, ha agregado la Sala que un veredicto que no hable de esas calidades de la gravedad e injusticia de la provocación no puede autorizar la disminución de la pena de que habla el artículo 28 del Código Penal. Por mandato expreso de la ley, quien debe calificar los hechos es el tribunal popular y la sentencia tiene que acomodarse a su veredicto (art. 480 C. de P.P.). Si el juez de derecho encuentra el fallo de los jueces de conciencia contrario a la evidencia de los hechos, puede así declararlo; pero en ningún caso puede completar el pensamiento del Jurado haciéndole decir lo que no dijo expresamente, porque una interpretación caprichosa basada en meras suposiciones o conjeturas no está autorizada por la ley; al contrario, debe considerarse prohibida, porque equivale a desconocer el veredicto.

2.—La Corte se ha pronunciado ya sobre el tema de si el estado de ira o intenso dolor excluye el asesinato, en el sentido de que sí son compatibles.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dieciseis de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

VISTOS: El Tribunal Superior de Pamplona, en sentencia de 10 de septiembre de 1946, condenó a Hermes Gallardo, a la pena principal de nueve años y cuatro meses de presidio, como responsable de la muerte causada a Eusebio Melo Morantes y de las lesiones ocasionadas a Silvio Monroy, el 23 de abril de 1944, en el Corregimiento de La Dorada, del Municipio de Pamplonita.

Contra esa sentencia interpuso casación el defensor del procesado.

El escrito no se ajusta a lo preceptuado por el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la demanda de casación en lo criminal por mandato del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal; pero como aludè a la causal primera del artículo 567 del citado código, e indica las disposiciones que considera infrigidas y por qué motivo, pasa a estudiarse.

Causal primera. Indebida aplicación de la ley penal.

Dice el demandante que en el fallo recurrido se tomó apenas como circunstancia de menor peligrosidad, esto es, como **emoción determinada por intenso dolor**, de la cual trata el ord. 3º del artículo 38 del Código Penal, lo que en el ánimo del jurado y de acuerdo con la redacción del veredicto fue el estado de intenso dolor de que habla el artículo 28 del mismo código.

Al procesado, pues, según esa errónea interpretación, se le aplicó la pena prevista en el artículo 362, pero sin tener en cuenta el 28, lo que aumenta gravemente "la duración del castigo".

Este es el único argumento de derecho, pues las demás consideraciones sobre el **corpus** y el **ánimus** en el delito, sobre los móviles, sobre influencia de las causas que determinan al delincuente a quebrantar la ley, resultan impertinentes para los efectos de la causal que se ha invocado. De ellas sólo una habrá de tenerse en cuenta, o sea la de que "conforme al nuevo derecho penal no se discute acerca del origen de la ira o del intenso dolor" y que "en estas materias, como en la legítima defensa, la parte subjetiva domina la visión del conjunto", es decir, que no se

de atender a si la ira o el intenso dolor fueron causados por grave o injusta provocación, sino simplemente a si existieron en el agente del delito.

Se considera:

Al terminar su escrito dice el recurrente que se funda en los "artículos 556 y 567, n. 1º, L. 94 de 38 para demandar", lo que significa, en concordancia con lo anteriormente expuesto, que la causal que sirve de base a la demanda es la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Lo propio hubiera sido la invocación de la tercera, porque lo que en el fondo alega es el desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado.

Pero aunque hubiera aducido el demandante la citada causal tercera, tampoco hubiera podido prosperar. En efecto, al jurado se le hicieron dos preguntas:

La primera, sobre si el procesado era responsable de haber dado muerte a Eusebio Melo Morantes, a consecuencia de una herida causada con cuchillo, que le rompió el corazón, en el día y lugar citados, y si se había aprovechado del estado de indefensión e inferioridad de la víctima, y el jurado contestó:

"Sí, en estado de intenso dolor".

La segunda, sobre si era responsable de haber ocasionado a Silvio Monroy una herida en el antebrazo izquierdo, que lo mantuvo incapacitado por veinte días en el día y lugar conocidos, y si el acusado había sorprendido a su víctima en condiciones de indefensión e inferioridad. Y el jurado contestó:

"Sí, en intenso dolor".

Según eso, el veredicto apenas aceptó el intenso dolor, pero sin declarar que hubiera sido causado por provocación grave e injusta de los ofendidos, como lo requiere el artículo 28 del Código Penal. En varias ocasiones ha repetido la Corte que la gravedad y la injusticia son requisitos esenciales para que la pena se atenúe por provocación, porque lo que excusa no es simplemente la ira el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor. Si así no fuera, todo estado emocional o pasional habría de considerarse como índice de una personalidad poco peligrosa, aunque tuviera el origen más innoble y antisocial que pudiera imaginarse, lo cual es inadmisible. (Casaciones de 22 de noviembre de 1942, de 26 de octubre de 1943, de 27 de julio de 1945 y de 24 de octubre de 1945).

Además, ha agregado la Sala que un veredicto que no hable de esas calidades de la gravedad e injusticia de la provocación, no puede autorizar la disminución de la pena de que habla el artículo 28 del Código Penal.

Por mandato expreso de la ley, quien debe calificar los hechos es el tribunal popular y la sentencia tiene que acomodarse a su veredicto (artículo 480 del Código de Procedimiento Penal). Si el juez de derecho encuentra el fallo de los jueces de conciencia contrario a la evidencia de los hechos, puede así declararlo; pero en ningún caso puede completar el pensamiento del jurado haciéndole decir lo que no dijo expresamente, porque una interpretación caprichosa basada en meras suposiciones o conjeturas no está autorizada por la ley, al contrario, debe considerarse como prohibida, porque equivale a desconocer el veredicto. Así lo ha expresado la Corte en las casaciones de Luis Ricardo Plata (de 16 de septiembre de 1945) y de Delio Benítez Ordóñez (de 17 de junio de 1946).

Y en la de Juan de Jesús Villamizar, de 17 de marzo último, expresó:

"Ciertas expresiones de la Ley, cuando hacen parte integrante de una modalidad característica y distintiva que ella misma describe, precisamente para evitar que pueda ser confundida y en la que se plantea una determinada infración y no otra, son de un indispensable pronunciamiento en el veredicto, y que cuando faltan no es posible, sin riesgo de modificar sustancialmente la voluntad del jurado, suplirlas en la del Juez de derecho").

De esta suerte, si el jurado se limitó a reconocer el estado de dolor en que obró el procesado, mal podría el Tribunal calificarlo para obrar en consonancia con el artículo 28 del Código, y menos puede hacerlo la Corte en un recurso extraordinario como el de casación.

A manera de comentario final conviene advertir que la sentencia no se acomodó estrictamente al veredicto del jurado, porque éste declaró responsable al procesado de **asesinato** y no de homicidio simplemente intencional, que fue el delito porque se le sancionó en el fallo.

La Corte se ha pronunciado ya sobre el tema de si el estado de ira o intenso dolor excluye el asesinato, en el sentido de que sí son compatibles. (Casaciones de 6 de abril de 1943, de 26 de junio de 1944 y de 4 de septiembre de 1945, GACETA JUDICIAL números 1998-99, pág 355, 2010-

14, pág 642 y 2022-24, pág. 520). El tema es difícil y la tesis discutible, pero no es el caso de hacer un nuevo estudio del problema ni del desacuerdo entre la sentencia y el veredicto de que se habló al principio, porque estas cuestiones no han sido objeto del escrito de casación.

En definitiva, la causal invocada no puede prosperar.

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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CONSULTA DE UNA SENTENCIA

Ha sido jurisprudencia de la Sala, de acuerdo con un sano criterio de equidad, el decretar que siempre que haya necesidad de cesar el procedimiento penal por causa de la muerte del acusado y cuando obre la prueba de la inexistencia del delito, se dé aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal con base en la absoluta inocencia del imputado, con el objeto de que su memoria quede al amparo de cualquier sombra de actitud delictuosa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El señor Luis Carlos Pimienta, presentó denuncio criminal contra el doctor Alejandro Araque, en su carácter de Juez Promiscuo del Circuito de Valledupar, imputándole los siguientes hechos:

a) Haberle cancelado la licencia para litigar como abogado, ante el Juzgado nombrado;

b) No atender sus memoriales; y

c) Haber ordenado al Secretario del Juzgado, no se le notificaran los autos de un juicio en el cual él se hallaba interesado.

Según las constancias aducidas al expediente, los hechos acaecieron en la siguiente forma: Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Valledupar se instauró un juicio por prescripción adquisitiva del dominio de unas tierras contra el Municipio de Robles y los señores doctor Rodrigo Noguera y Juan J. Maya, iniciado por el doctor Ovidio Palmera como poderdante de los actores. El señor Luis Carlos Pimienta, en uso de licencia provisional para desempeñar la abogacía, al tenor de la ley 21 de 1931, fue nombrado apoderado substituto del doctor Ovidio Palmera para representar a los demandantes. En tal forma venía interviniendo en el juicio aludido. El señor Juan J. Maya, demandado, con base en una consulta absuelta afirmativamente por la Procuraduría General de la Nación, solicitó al señor Juez del conocimiento, se suspendiera la facultad de litigar al señor Pimienta, ante el Despacho citado, pues de acuerdo con la misma ley atrás citada, reglamentaria de la abogacía, por el hecho de existir dos abogados titulados e inscritos en una misma población las licencias provisionales para ejercer la abogacía quedaban de hecho inexistentes. El señor Juez Araque, estudió el asunto y según su interpretación de la ley, ordenó la suspensión de la licencia provisional para ejercer la abogacía ante su Juzgado al señor Pimienta.

A folios 17 a 20 del expediente existen las constancias de los autos recaídos sobre el incidente que se suscitó dentro del juicio en mención con motivo de la determinación del Juez, y allí obran las respetables razones de derecho aducidas por el funcionario para sustentar su decisión. De consiguiente, y para dar efecto a los mandatos de los autos, el Juez del negocio, y después de haber resuelto con toda asiduidad los alegatos del señor Pimienta, mientras se decidía ampliamente la cancelación de su licencia, no volvió a prestar atención a las impertinentes interferencias del denunciante quien pretendía continuar ser oído, en un juicio en el cual se le había suspendido legalmente toda participación.

En esta forma, la alegada arbitrariedad del señor Juez Araque, no fue más que creación de la mente del acusador Pimienta quien en su deseo de sacar avante una tesis —que en su defecto perjudicaba su profesión provisional— creyó maltratados sus derechos por una inexistente actitud delictuosa del funcionario aludido.

Tampoco tiene fundamento el cargo de que el Juez Araque ordenó al Secretario del Despacho notificarle los autos del juicio en el que se hallaba interesado. A folios 32, 38 y 39 del expediente figuran las declaraciones del indagado y de los Secretarios del Despacho a su cargo, en las cuales se expresa la verdad de lo ocurrido. Dice, al efecto el señor José Eugenio Martínez:

"**Preguntado:** Como Secretario que fue Ud., del

Juzgado del Circuito, sabe y le consta si el señor Israel Aroca, no pudo ejercer algún poder en un juicio reivindicatorio que se seguía en ese Juzgado? **Contestó:** Lo que pasó fue lo siguiente: Que al ser demandado el señor Israel Aroca, en una demanda civil reivindicatoria le dió poder al señor Luis Carlos Pimienta para que lo representara dentro del juicio, empero, como el Juzgado había sentado doctrina al respecto de la situación jurídica del señor Pimienta en lo tocante a la interpretación de la ley que reglamentó el ejercicio de la abogacía, éste último, o sea Pimienta, no pudo llevar dicha representación en el negocio del señor Aroca. —**Preguntado:** ¿En las tierras en que figura como demandado el doctor Juan J. Maya, fue a Ud., a quien le ordenó el señor Juez del Circuito, que no notificara al señor Carlos Pimienta, los autos recaídos en un juicio ordinario por prescripción adquisitiva del dominio? **Contestó:** La cuestión es esta: Recayó posiblemente en dicho negocio un auto que por su estructura no era de notificarse sino de Cúmplase y al salir el señor Pimienta al Juzgado le hice ver que no había nada que notificarle, que solamente un auto de Cúmplase, y por lo tanto nada que notificarle había".

Si se coordinan las explicaciones dadas por estos funcionarios con las constancias aducidas, se desprende que la imputación hecha por el señor Pimienta carece de todo fundamento.

El Tribunal Superior de Santa Marta, en fallo de fecha siete de diciembre del año próximo pasado, y con base en la prueba pertinente sobre la muerte del acusado doctor Alejandro Araque, determinó hacer cesar el Procedimiento Penal, al tenor de los artículos 100 del C. P., y 153 del C de P. P.

El señor Procurador observa que ha sido juris prudencia de esta Sala, de acuerdo con un sano criterio de equidad, el decretar que siempre que haya necesidad de cesar el procedimiento pena por causa de la muerte del acusado y cuando obre la prueba de la inexistencia del delito, se dé aplicación al art. 153 del Código de Procedimiento Penal con base en la absoluta inocencia del imputado, con el objeto de que su memoria quede a amparo de cualquier sombra delictuosa.

El pedimento del señor Procurador se ajusta a la equidad, por lo cual la Sala lo acoge ampliamente.

Por tanto, teniendo en cuenta el análisis del asunto estudiado, y de acuerdo con el señor Procurador, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley REFORMA la sentencia de fecha siete de diciembre del año próximo pasado proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, por medio de la cual se ordenó cesar todo procedimiento Penal en contra del doctor Alejandro Araque, con motivo de la extinción de la acción respectiva por la muerte del acusado, en el sentido de decretar que la cesación debe producirse a causa de que el delito imputado no existió y de la probada inocencia del señor Juez Araque.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente

Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Francisco Bruno Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Sr

DELITOS MILITARES

La ley ha establecido un fuero especial para los delitos cometidos por militares, en razón de su actividad o sobre objetos destinados al servicio de las fuerzas militares. En tal forma, los delitos de hurto que recaigan sobre objetos pertenecientes al patrimonio de la fuerza militar, destinados a su servicio, están sometidos al juzgamiento de los tribunales militares. En cambio, los delitos sobre bienes particulares se someterán a la jurisdicción ordinaria. (Ley 3ª de 1945).

orte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto once de mil novecientos cuarenta y siete.

Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

El señor Benedicto Valenzuela, vecino de Guadalupe (Departamento del Huila) presentó denuncia criminal en contra del Teniente del Ejército acional señor David Flórez por el delito de hurto.

La investigación fue adelantada por el señor uez Penal del Circuito de Garzón quien en fea julio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cinco, dictó el siguiente auto:

"Del relato que hace el denunciante, Benedicto alenzuela B., aparece que los cargos que le hace teniente David Flórez, fueron cometidos por e en ejercicio de sus funciones de Jefe del Reh acantonado en Recina.

"Por consiguiente, la investigación está sujeta fuero especial que tienen los delitos cometidos r los militares. En consecuencia se ordena retir estas diligencias al señor Comandante de 6ª Brigada de Florencia, para que resuelva lo e sea conveniente".

El Juzgado Militar de la Sexta Brigada, proó colisión de competencia en forma negativa, es aceptó el concepto del señor Fiscal, quien nó lo siguiente;

Como claramente se ve en el denuncio, se ran hechos que pudieran configurar el delito de hurto de dos cerdos, y hechos que no tienen característica de delito alguno como el cerramiento de unos lotes de terreno.

"En todo caso, la situación jurídica del sindicado la debe resolver la justicia ordinaria, ya que la justicia Penal Militar no tiene jurisdicción para conocer de este negocio, porque el hurto es delito militar cuando su objeto son elementos de propiedad del Ejército, no de particulares. Luego si se trata de un posible delito a un particular, quien tiene que resolver el negocio es la justicia penal ordinaria".

Con base en este concepto el señor Juez Militar dictó el siguiente auto:

"Declárome incompetente para conocer de este asunto. —Remítase el expediente a la H. Corte Suprema de Justicia (Sala Penal) para que dirima la competencia (Artículo 11 del Código de Justicia Penal Militar").

La Sala considera:

El artículo 170 de la Constitución Nacional expresa:

"De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

En desarrollo de este precepto se involucraron dentro del Código de Justicia Penal Militar los artículos referentes a la competencia por razones de hecho, persona y territorio. El artículo 7º de la obra citada —Ley 3ª de 1945— dice:

"Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento de los siguientes asuntos:

" .....

2º Por razón del hecho:

a) Contra los militares en servicio activo que cometen alguno de los delitos o faltas establecidas en el presente Código".

Y los artículos 260 y 261 del mismo Código dicen:

"Artículo 260.—El que sustrae armas, municiones y otros elementos de guerra, incurre en prisión de uno a seis años".

"Artículo 261.—Si la sustracción es de víveres,

medicinas, semovientes, equipo, vestuario y otros elementos destinados al servicio de las Fuerzas Militares, se incurre en arresto de dos meses a seis años.

"La pena es de prisión de seis meses a seis años, si de la sustracción de los elementos de que trata el inciso anterior, resultan perjuicios para la salud de las tropas".

De la confrontación y análisis de los textos citados se colige que la ley ha establecido un fuero especial para los delitos cometidos por militares, en razón de su actividad o sobre objetos destinados al servicio de las Fuerzas Militares.

En tal forma, los delitos de hurto que recaigan sobre objetos pertenecientes al patrimonio de la fuerza militar, destinados a su servicio, están sometidos al juzgamiento de los tribunales militares. En cambio los delitos sobre bienes particulares se someterán a la jurisdicción ordinaria.

En el caso presente, el denunciante Valenzuela acusa al señor Teniente David Flórez por el hurto de dos cerdos, de su propiedad. A la luz de los textos transcritos, por ser los bienes de propiedad particular, esto es, por no estar destinados al servicio de la fuerza militar, el delito cometido sobre ellos, no está incluído dentro del fuero especial establecido en la ley 3ª de 1945. Por tanto, el conocimiento de esa infracción pertenece a la organización judicial ordinaria.

No existe duda alguna al hacer esta afirmación, pues si es verdad que el delito se cometió con anterioridad a la vigencia del actual Código de Justicia Penal Militar, la ley anterior sobre la misma materia establecía idénticas disposiciones respecto de la competencia por razón del hecho.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Penal del Circuito de Garzón y el Juzgado Militar de la Sexta Brigada, en el sentido de decidir que es al Juzgado Penal del Circuito de Garzón a quien corresponde el juzgamiento del Teniente del Ejército señor David Flórez, por el delito de hurto que le ha imputado el denunciante Jerónimo Valenzuela.

Cópiese y devuélvase el expediente.

Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Francisco Brun Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello. R., Sri

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DEL DELITO

1.—Según constante jurisprudencia de la Sala la causal 2ª es improcedente en los juicios ventilados ante el Jurado, puesto que una posible errónea apreciación de las pruebas sólo llevaría a la impugnación del veredicto por injusticia, causal que no ha sido incluída en el Código Penal vigente.

2.—Como lo ha repetido la Sala en otras ocasiones es lógico que cuando el Jurado quiera referirse a una circunstancia modificadora del delito debe señalarla con todas sus modalidades características a fin de que no pueda ser confundida y en caso de que alguno de sus elementos falte, el Juez de Derecho no puede suplirlos, sin riesgo de modificar sustancialmente la voluntad del Jurado.

orte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto veintidos de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez (Anzola).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de mplona, en providencia de diez de septiembre mil novecientos cuarenta y seis, condenó a Sendo Carrillo a la pena principal de cinco años cuatro meses de presidio y a las accesorias cospondientes, como responsable de los delitos homicidio y heridas de que fueron víctimas rlos Julio Fuentes y Pedro Conde, respectivante, fallo contra el cual interpuso recurso de sación el defensor del reo.

Declarado admisible, se corrió traslado al rrente, quien ha presentado su demanda. El se- Procurador ha rendido su concepto legal. Agoo el trámite del recurso la Sala entra a deci- en el fondo.

l recurrente alega las causales primera y seda de casación, en un escrito en el cual se ende en consideraciones doctrinarias generales sobre la misión del Derecho Penal y la posición del delincuente ante las declaraciones positivas del magisterio punitivo, pero sin que sustente en debida forma, con un análisis acertado y conciso el aspecto jurídico de las normas penales que él considera vulneradas.

Respecto de la causal segunda dice escuetamente: "...en el numeral 2º de la disposición ya invocada por errada interpretación y apreciación de los hechos, lo que condujo a imponer una pena injusta. (sic)".

La Sala rechaza la invocación de esta causal porque según su constante jurisprudencia, esta base de casación es improcedente en los juicios ventilados ante el Jurado, puesto que una posible errónea apreciación de las pruebas, sólo llevaría a la impugnación del veredicto por injusticia, causal que no ha sido incluída en el Código Penal vigente.

Respecto de la causal primera, el recurrente plantea una serie de interrogaciones deshilvanadas, dentro de las cuales parece expresar su inconformidad por la actitud del Tribunal al no favorecer al condenado con la atenuante de la ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación (art. 28 C. P.). Pero este cargo en el fondo se refiere a la causal tercera, o sea el desacuerdo entre la sentencia y el veredicto.

La Sala —como bien lo observa el señor Procurador— debería rechazar la invocación de la causal erróneamente enunciada, pero aprovecha la ocasión para reafirmar un concepto ya expresado sobre la posibilidad de que el Juez de instancia pueda llenar o nó la deficiente expresión del veredicto, cuando sobre él se pretende cimentar una circunstancia modificadora del delito, favorable al reo.

En el presente caso, las respuestas dadas a las primeras preguntas del cuestionario fueron: "Si es responsable en estado de ira e intenso dolor.", y "Sí, pero en estado de ira e intenso dolor".

De las expresiones dadas por el Tribunal de conciencia no puede partirse para crear sobre su incompleto pensamiento una circunstancia jurídica que debe llenar todos los elementos que en

su estructura ha expresado explícitamente el Código. Al decir el Jurado "en estado de ira e intenso dolor" ha podido manifestar que el agente en el momento de su acción ilícita se hallaba poseído de una conturbación psíquica que rebajaba los frenos de su conciencia, la ira e intenso dolor, pero nunca afirmó que aquél estado fuera ocasionado por una grave e injusta ofensa, elemento modificador tenido muy en cuenta por el Código, para darle a la explosión psicológica un carácter de nobleza y de no antisociabilidad. Es lógico —según el pensamiento de esta Corporación repetido en otras ocasiones— que cuando el Jurado quiera referirse a una circunstancia modificadora del delito debe señalarla con todas sus modalidades características a fin de que no pueda ser confundida y en caso de que alguno de sus elementos falte, el Juez de derecho no puede suplirlos, sin riesgo de modificar sustancialmente la voluntad del Jurado.

En consecuencia, la causal alegada debe desecharse.

El señor Procurador hace la siguiente observación que la Sala comparte y a la cual quiere referirse:

"Finalmente, no quiere la Procuraduría terminar esta vista sin apuntar un grave error en que incurrieron aquí los sentenciadores, error que desgraciadamente, no se puede ya enmendar, por no haber sido planteado en casación, como ha debido hacerlo el señor Agente del Ministerio Público.

"En efecto, el cuestionario sometido al Jurado en relación con el homicidio cometido en la persona de Justo Bautista dice así:

"¿El acusado Segundo Carrillo Contreras, es responsable —sí o nó—, de haber ocasionado la muerte con el propósito de matar, a Justo Bautista a consecuencia de una herida provocada con arma cortante y punzante, cuchilla, localizada en la región lateral izquierda del tórax, de siete centímetros de largo por tres de ancho, a siete centímetros adentro de la tetilla izquierda y cinco centímetros afuera del borde externo del esternón, que atravesó la piel, el tercer espacio interocio, la cavidad pleural lesionando el pulmón izquierdo, el pericardio y seccionando la arteria aorta en su punto de origen del corazón, hecho sucedido a eso de las doce de la noche del día diez y nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el punto de "El Chorrerón", en la población de Bochalema?"

"El Jurado respondió:

"No es responsable porque lo hizo en defensa propia".

"¿El mismo acusado cometió el hecho a que se refiere la cuestión anterior, en riña suscitada de modo imprevisto?"

"La respuesta fue:

"Sí".

"Al interpretar este veredicto, dijo el Tribunal

"En tales condiciones se justifica el veredicto dado por el Jurado en la presente causa, en cuanto éste aceptó en los casos investigados de auto la modalidad de la riña suscitada de un mod imprevisto, al igual que en el último de éstos l irresponsabilidad del acusado Carrillo, o sea qu éste obró en legítima defensa, modalidad esta otr que, dicho sea de paso, no se opone a aquell otra, como que la necesidad de la defensa de l vida o de la integridad personal contra una agre sión actual, grave e injusta bien puede hacers necesaria en el desarrollo de una simple riña".

"La tesis anterior es equivocada.

"La riña, jurídicamente hablando, es un con bate singular entre dos o más personas, previ mente aceptado por ellas; la constituye el can bio de agresiones, el ataque recíproco que se h cen ambas partes combatientes, con la intenci de inferirse daño.

"La riña y la legítima defensa se excluyen, p que aun cuando en ambas puede ocurrir el co bate singular, en la primera hay dolo, intenci antisocial de inferir un daño al adversario; mie tras que en la legítima defensa el motivo det minante es eminentemente social, porque qui se defiende de una agresión injusta y peligro ejercita un derecho y hasta un deber, puesto q no solamente defiende las condiciones de su ex tencia, sino las de la sociedad a que pertenece.

"Por consiguiente, si se encaran dos concep que no pueden coexistir, que se destruyen inm diatamente, como son la responsabilidad pe que implica el homicidio cometido en riña, y irresponsabilidad absoluta que se deriva del micidio realizado en legítima defensa, resulta rísimo que, al predicar el jurado esas dos si ciones antagónicas respecto de un mismo he incurrió en una manifiesta contradicción. El redicto era inaceptable en esa forma.

"Sobre este punto se ha pronunciado tam la H. Corte. (Véanse **Gacetas Judiciales** núm 1909 y 1910, páginas 655 y 2034, 2035, 2036. P na 819)".

En mérito de las consideraciones expuesta

Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, por medio de la cual se condenó a Segundo Carrillo a la pena principal de cinco años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable de los delitos de homicidio y heridas de que fueron víctimas Carlos Julio Fuentes y Pedro Conde, respectivamente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CAUSAL SEGUNDA

1.—El Jurado se ha constituído para calificar los hechos en los juicios en que debe intervenir, de tal suerte que el juez de derecho no tiene otra atribución que la de declarar el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, cuandó así lo estime. Como esa calificación la hace el tribunal popular por íntimo convencimiento y sin sujeción a reglas probatorias, y como la casación es un estudio de derecho de la sentencia, el estudio de los hechos está fuera de ella en los juicios en que el Jurado los califica, como tantas veces lo ha repetido la Sala. Esa es la razón para que el nuevo Código de Procedimiento no hubiera incluído entre las causales de casación la contraevidencia del veredicto.

2.—Si el cuestionario formulado comprende circunstancias modificadoras de la responsabilidad de las que enumera el artículo 363 del Código Penal y el Jurado no las desecha en forma expresa, hay que entender que las acepta, porque así lo enseñan la gramática y la lógica: que un SI después de una serie de preguntas se refiere a todas, a menos de constar lo contrario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos: El Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de 18 de julio del año pasado, confirmó la del Juzgado Primero Superior del mismo distrito, por medio de la cual Marco Aurelio Marulanda fue condenado a la pena principal de quince años de presidio, las accesorias legales, y a pagar los perjuicios ocasionados con el delito, que fue el de homicidio (asesinato) perpetrado en la persona de Marco Tulio Rodríguez.

Contra esa providencia interpusieron el recurso de casación tanto el defensor del reo como el apoderado de la parte civil, pero éste último no presentó demanda ante la Corte. El defensor alega las causales primera, segunda y tercera del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Hechos y actuación procesal. — En el sitio del "Alto de la Gloria", del Corregimiento de Murillo, en jurisdicción del Municipio de El Líbano (Tolima), residía Marco Tulio Rodríguez con su esposa Rosalina Mendieta y su familia, dedicado a las labores agrícolas y ocasionalmente al aserrío de maderas. Marco Aurelio Marulanda, que le ayudaba en sus trabajos, vino a convertirse en amante de la esposa de Rodríguez y al fin resolvió eliminarlo, llevado de su pasión y, según dijo, a instigaciones de Rosalina. Y fue así como al anochecer del 3 de agosto de 1944, mientras la Mendieta se hallaba en casa de sus padres, Marulanda le dio muerte a Rodríguez, dándole garrotazos por la cabeza que le rompieron el cráneo y asestándole machetazos y cuchilladas. Las heridas en total fueron treinta y tres, varias de ellas mortales.

El Juzgado Primero Superior de Ibagué llamó a juicio criminal a Marulanda, como autor de homicidio (asesinato) y a la Mendieta como cómplice necesaria.

El Tribunal confirmó el enjuiciamiento por asesinato, porque estimó probadas la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y la sevicia, pero descartó la alevosía.

Al Jurado se le preguntó si Marulanda era responsable del homicidio perpetrado en el día y con las circunstancias conocidas, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y con crueldad y sevicia, y el Jurado contestó: "Sí, pero sin premeditación".

En cuanto a la Mendieta, sobre la cual se preguntó si era responsable "de haber cooperado con instigación y con las facilidades que le proporcionó a Marulanda en la muerte de su esposo, y contestó que NO era responsable.

El juzgado absolvió a Rosalina de los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder y condenó a Marco Aurelio a las penas antes indicadas, esto es, a la principal de quince años

presidio, a las accesorias legales y a pagar los perjuicios ocasionados con su delito.

El Tribunal, en la sentencia recurrida, como ya se dijo, confirmó el fallo del Juzgado "en todas sus partes".

Pasa, pues, la Corte a estudiar las causales invocadas por el defensor del procesado en orden de importancia.

Causal segunda: Indebida apreciación de los hechos.

Dice el recurrente que la única prueba de los hechos es la confesión del acusado y que habiendo sido relatados por él en formas diferentes, sólo se tomaron las que resultaron más gravosas, siendo así que las dudas han debido favorecerlo. Agrega que el dictamen pericial de quienes practicaron la autopsia no se practicó en forma legal y que el delito, tal como surge de la sentencia, aparece como perpetrado sin móvil alguno, lo que peca contra el más elemental principio de lógica.

Se considera:

El jurado se ha constituído para calificar los hechos en los juicios en que debe intervenir, de tal suerte que el juez de derecho no tiene otra atribución que la de declarar el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, cuando así lo estime. Como esa calificación la hace el tribunal popular por íntimo convencimiento y sin sujeción a reglas probatorias, y como la casación es un estudio de derecho de la sentencia, el estudio de los hechos está fuera de ella en los juicios en que el jurado los califica, como tantas veces lo ha repetido esta Sala. Esa la razón para que el nuevo código de procedimiento no hubiera incluído entre las causales de casación la contraevidencia del veredicto.

Por tanto, esta causal no puede prosperar.

Causal tercera: Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del jurado.

Según el recurrente, el jurado afirmó que Marulanda era responsable, pero sin premeditación, de allí dedujeron los jueces de instancia que Marulanda había obrado con sevicia, que no declararon los jueces de conciencia. Y es claro que la circunstancia de tanta gravedad que cambia la situación jurídica del acusado, no puede imputarse por deducción lógica solamente, sino cuando existen claramente demostrados en el proceso.

En el presente caso no existió la sevicia, porque no se estableció que la víctima había recibido estando viva las múltiples lesiones que le ocasionó el victimario, y por otra parte, "hubo una lucha que caracterizó la legítima defensa recíproca", que admite nuestra ley y que existió entre los protagonistas de los hechos.

Se considera:

Ya se dijo anteriormente que el jurado se ha constituído para calificar los hechos en los juicios en que debe intervenir y que la sentencia debe estar de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos (artículo 480 del C. de P. P.). Por eso uno de los motivos de casación es la circunstancia de que el fallo definitivo de segunda instancia esté en desacuerdo con el veredicto del jurado (artículo 567, ibid., ord. 3º).

Al jurado se le preguntó si Marco Aurelio Marulanda era responsable de haber dado muerte violenta a Marco Tulio Rodríguez por medio de las heridas que se describen, "hecho ejecutado de manera intencional, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y con crueldad o sevicia", y el jurado contestó: "Sí, pero sin premeditación".

No era necesario que los jueces de conciencia hubieran contestado la pregunta, o mejor, el cuestionario o serie de interrogaciones que contiene, repitiendo las circunstancias que quería declarar y negando las que quería negar, pues el SI se refiere a todas las cuestiones, con exclusión de la premeditación que negó. Dicho en otros términos, si el cuestionario formulado comprende circunstancias modificadoras de la responsabilidad de las que enumera el artículo 363 del código penal y el jurado no las desecha en forma expresa, hay que entender que el jurado las acepta, porque así lo enseñan la gramática y la lógica: que un SI después de una serie de preguntas se refiere a todas, a menos de constar lo contrario.

Y como el tribunal popular no excluyó sino la premeditación, afirmó que el hecho se había cometido "con crueldad o sevicia", porque sobre tal circunstancia se le había interrogado. Basta, pues, leer el cuestionario hecho al jurado para concluír que éste aceptó aquella circunstancia, que hace que el homicidio reciba la denominación de asesinato.

Sobre la lucha en que los hechos se desarrollaron y que hicieron que hubiera existido una legítima defensa recíproca, basta anotar que el jurado no lo declaró así en su veredicto, y por mandato expreso de la ley —ya se ha dicho—

cuando éste interviene, el veredicto es la fuente inmediata de la sentencia.

"Por eso la respuesta de los jueces de hecho —dice la Procuraduría— debe contener en alguna forma, ya porque estén incluídos en el cuestionario, o porque expresamente los consignen en su contestación, los presupuestos necesarios de las figuras delictivas catalogadas en la parte especial del código penal, o las circunstancias modificadoras de la responsabilidad y de la sanción. El juez de derecho no puede, pues, llenar los vacíos que voluntaria o involuntariamente deje el jurado al calificar los hechos criminosos sometidos a su consideración".

La causal invocada no puede, pues, prosperar.

Causal primera: Indebida aplicación de la ley penal.

La funda el demandante en la tercera, esto es, en el hecho de que la sentencia aceptó que el homicidio había sido perpetrado con sevicia, circunstancia que no fue declarada por el jurado, y por eso aplicó la pena correspondiente al asesinato y no la señalada al simple homicidio, que es apenas de ocho años de presidio.

La lectura del estudio que se ha hecho de la causal anterior permite concluír que la presente no puede prosperar, supuesto que los hechos que le sirven de base son los mismos.

Por tanto habrá de desecharse también.

Resolución: 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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando y declara desierto el recurso interpuesto por el apoderado de la parte civil, a quien se condena en costas, que serán liquidadas por el Tribunal de Ibagué y comunicada la liquidación a la autoridad fiscal correspondiente para que las haga efectivas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — **Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada**—**Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.**—**Julio E. Argüello R.**, Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMICIDIO—ASESINATO

1.—La ley coloca en el mismo plano de gravedad la futileza y la bajeza en la acción del delincuente. (Artículo 37, C. P.). Es decir, que para ella revela tanta peligrosidad aquel que procede sin un motivo que, cuando menos, explique su actitud, como quien obra movido por instintos despreciables.

2.—Si la infracción se consumó con más de uno de los elementos previstos en el artículo 363 del Código Penal, los restantes pueden servir para individualizar la sanción, bien atendiendo a la gravedad y modalidades del hecho (artículo 36 del C. P.), o bien considerando esos factores como circunstancias de mayor peligrosidad, lo que puede hacerse como lo dice el artículo 37.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

En la audiencia pública celebrada el 31 de ayo de 1946, en el Juzgado 1º Superior de Bú aramanga, y siendo materia de ese debate pú ular el proceso adelantado a Martín Mendoza arcía por el delito de homicidio, el Juez de la ausa le sometió al Jurado la siguiente única estión, que fue contestada afirmativamente:

"¿El acusado Martín Mendoza García es res nsable de haberle ocasionado la muerte a Jo ina Contreras, por medio de heridas de arma fuego (escopeta) y de instrumento cortante y nzante, hecho ocurrido el día once de septiem de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el to denominado "Loma Redonda", del Corregi nto "El Playón", en vecindario de Ríonegro y en su ejecución procedió el acusado Men a García con el propósito de matar, a sabien de que la víctima era su cónyuge legítima y ovechando las circunstancias de hallarse ésta en condiciones de indefensión e inferioridad por razón de su sexo y por haberle disparado el arma de fuego por la espalda, en momentos en que la víctima se encontraba absolutamente desprevenida?"

En presencia del veredicto, que definió claramente —por los términos de la pregunta aceptados en todas sus partes— un delito de homicidio en su escala de mayor gravedad, el Juez le impuso al procesado la sanción principal de diez y siete años de presidio, considerando que por las modalidades del hecho y los motivos determinantes que movieron al infractor no era éste acreedor a la mínima sanción indicada en el artículo 363 del Código Penal.

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de 6 de septiembre de 1946, al conocer del proceso en virtud de la apelación interpuesta contra el fallo de primer grado, fue más allá en cuanto a la individualización de la pena, pues elevó ésta a veinte años, fundándose en que existían y le eran atribuíbles al procesado las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los ordinales 3º, 6º y 7º del artículo 37 del Código.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el defensor de Martín Mendoza García, recurso que le fue concedido en el Tribunal y admitido en la Sala de Casación Penal de la Corte, la que tiene para su estudio la demanda presentada oportunamente por el doctor Carlos Arturo Díaz, quien representa ahora al directamente interesado.

Demanda de casación

Una sola de las causales establecidas en la Ley (artículo 567 del C. de Procedimiento Penal) ha invocado el actor.

Esa causal es la 1ª, cuyo enunciado es el siguiente:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

En la sustentación de los motivos de esta cau-

sal, que son literalmente dos, aun cuando ellos puedan reducirse a uno propiamente, pues "la indebida aplicación de la ley penal" generalmente proviene de un error en la interpretación de ella ya que el solo error no se concibe sin consecuencias, que son las que toda demanda procura hacer desaparecer de la sentencia acusada, el abogado que suscribe aquélla afirma que ninguna de las circuntancias de mayor peligrosidad que la sentencia del Tribunal simplemente computó, sin valorizarlas, resulta legalmente deducible a su poderdante.

Al referirse a la indefensión e inferioridad de la víctima (ordinal 7º, artículo 37) dice el demandante que siendo esos elementos constitutivos de asesinato, mal podía el Juez de derecho "calificarlos" para aumentar la pena y "considerarlos doblemente como circunstancias de asesinato y como de mayor peligrosidad". Y de ahí concluye que se violó el artículo 363 en sus incisos 1º y 5º, lo mismo que el ordinal 7º del artículo 37, e igualmente el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal.

Critica también que se le hubiera atribuído a la acción de su representado la circunstancia de mayor peligrosidad de los ordinales 3º y 6º del artículo 37, porque aquélla no está demostrada, pues que Mendoza García sí tenía motivos, si no para justificar su conducta, por lo menos para explicar su reacción, consecuencia del mal comportamiento, anterior al matrimonio, de su mujer y el haberse él casado en condiciones de poca espontaneidad, así como la frase pronunciada, según el delincuente, por su mujer poco antes de recibir la muerte, frase constitutiva de la amenaza de irse ella a hacer vida con un amante mejor dotado que él.

Y respecto de la otra circunstancia (la 6ª,), dice que ni el tiempo (el delito se cometió de día), ni el lugar (camino público), ni los instrumentos empleados en la ejecución del ilícito (escopeta y cuchillo), podían concurrir a revestir el hecho de excepcional gravedad.

Al finalizar el escrito de demanda consigna lo siguiente:

"De otro lado no debe olvidarse que la sentencia fue apelada por el procesado, precisamente porque la consideró desfavorable y según el artículo 494 del C. J. la apelación se entiende únicamente interpuesta en lo desfavorable y el superior no podía enmendarla para hacerle peor la situación a Martín Mendoza García".

Concepto del Ministerio Público

Conviene el señor Procurador Delegado en lo Penal en que algunas de las circunstancias de mayor peligrosidad apreciadas por el Tribunal hacen parte —como constitutivas— del asesinato imputado a Mendoza García, pero es de parecer que no puede desconocerse "la excepcional gravedad que revistió ese feroz homicidio, que en realidad tuvo características espeluznantes demostrativas de una **pasmosa insensibilidad moral**, insensibilidad que resalta no sólo del modo de ejecución del delito sino de la actitud posterior del delincuente, quien manifestó una completa impasibilidad, revelada al contestarle al funcionario instructor que no estaba arrepentido de haberle dado muerte a su esposa.

Por consiguiente —continúa el Procurador— el Tribunal procedió acertadamente al deducirle las circunstancias de mayor peligrosidad ya referidas, porque según doctrina de la Corte, que cita y transcribe en lo pertinente, para que el homicidio tome la denominación de asesinato basta que se cometa con una cualquiera de las circunstancias contempladas en el artículo 36 del Código Penal. Y aún cuando es verdad que la ley prohibe que las circunstancias que se hayan tenido en cuenta como modificadoras o como elementos constitutivos del delito se computen otra vez dándoles alcance de mayor peligrosidad esa ley no veda "que se aumente el mínimo por haberse perpetrado el ilícito con varias circunstancias de agravación".

Con un breve comentario a la parte final del escrito de demanda, o sea aquella en que el doctor Carlos Arturo Díaz se refiere a la prohibición de reformar en perjuicio del apelante la sentencia (**Reformatio in pejus**), termina el señor Procurador solicitando que no se invalide el fallo acusado.

Se considera:

Según se ha visto, tres fueron las circunstancias de mayor peligrosidad que el Tribunal tuvo en cuenta para imponerle a Martín Mendoza García una sanción mayor que la fijada en la sentencia de primera instancia, en la cual se lee:

"En cuanto a la gravedad del delito, los motivos que determinaron el uxoricidio y las circunstancias en que la perpetración se consumó la misma calificación, ratificada por los jueces de hecho, dan idea de su magnitud, como que esa gravedad y esas circunstancias elevaron al h

cidio a la categoría de asesinato. Lo mismo ocurre con relación a los motivos determinantes del ilícito, pues, según parece desprenderse del contenido del sumario, Mendoza García atentó contra su esposa sin que ella le diera el más mínimo motivo y únicamente por librarse de la carga o estorbo que su presencia significaba, unido como se veía a su suerte y a su vida por un vínculo indisoluble. Todo esto, desde luego, no puede tomarse como circunstancias de mayor peligrosidad, que dé lugar a la agravación de la pena, por las consideraciones que informan el Capítulo IV del Título I del Código Penal, puesto que aquéllas están catalogadas como constitutivas del delito de asesinato. Se alude más bien a ella con este motivo, para hacer resaltar la personalidad de un sujeto que, aunque libre de antecedentes judiciales y policivos, a la edad de diez y nueve años se introdujo con tanta resonancia en el campo de la criminalidad".

De manera que el Juez, no obstante la advertencia de que la gravedad del delito y la consideración de que la ausencia de motivos para cometerlo no podía tomarse en su valor legal para elevar la sanción del mínimo fijado en el artículo correspondiente, siempre apreció esa gravedad y los motivos determinantes, o, más vale, la carencia de ellos para fijar la pena (17 años) por encima del mínimo señalado en la respectiva disposición penal (artículo 363). Esta advertencia es importante porque se relaciona con el análisis que habrá que hacer más adelante.

Las tres circunstancias de mayor peligrosidad a que antes se refirió la Sala son la 3ª, 6ª y 7ª del artículo 3º del Código Penal, y dicen, en su orden:

"El haber obrado por motivos innobles o fútiles".

"El tiempo, el lugar y los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o muestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente".

"El abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, o de circunstancias desfavorables al mismo".

Innoble, de acuerdo con el Diccionario de la Academia, es lo que carece de nobleza y también lo ello que es vil y abyecto. Y lo fútil equivale a lo que es de poco aprecio o importancia.

La ley coloca, pues, en el mismo plano de gravedad la futileza y la bajeza en la acción del delincuente. Es decir, que para ella revela tanta peligrosidad aquel que procede sin un motivo que, cuando menos, explique su actitud, como quien obra movido por instintos despreciables.

Y en realidad Martín Mendoza no logró ofrecer razón alguna que explicara el homicidio, pues la supuesta amenaza de su mujer de irse a hacer vida con otro, no pasa de ser una invención de su mente, porque el único testigo presencial afirmó que Josefina Contreras no pronunció palabra ofensiva momentos antes de ser acometida por su esposo. En cambio sí se negó a recoger un cigarrillo que se le había caído a Mendoza. Queda, pues, tal motivo figurando como exclusivo determinante del delito. Porque si así no fuera, entonces habría que convenir en que Martín Mendoza preparó el homicidio y decidió con bastante anticipación librarse de su mujer, sólo por el hecho de no hallarse a gusto con ella. Todo lo cual conduce a establecer la futileza en los motivos y hasta la carencia total de ellos. Y quien así actúa en los hechos que la ley reprime, manifiesta —si no es insano— capacidad criminal muy acentuada.

Sin embargo, esa circunstancia fue valorizada como índice de peligrosidad en la sentencia del Juez 1º Superior de Bucaramanga. Por consiguiente, elevada ya la sanción por esa causa, no era jurídico tenerla nuevamente en cuenta para aumentarla en la segunda instancia.

En cuanto a las otras dos circunstancias (6ª y 7ª) fueron incluídas en la cuestión propuesta al Jurado, y aun redundantemente, pues se hizo aparecer (en un uxoricidio) el sexo de la víctima como dato computable en contra del homicida:

"...a sabiendas de que la víctima era su cónyuge legítima y aprovechando las circunstancias de hallarse ésta en condiciones de indefensión o inferioridad por razón de su sexo y por haberle disparado el arma de fuego por la espalda, en momentos en que la víctima se encontraba absolutamente desprevenida".

Así dice la parte pertinente de la pregunta que el Jurado absolvió de modo afirmativo.

Es verdad que uno solo de los elementos previstos en el artículo 363 del Código Penal basta para que el delito de homicidio en que ese elemento concurra tome la denominación de asesinato. Lo cual quiere decir que si la infracción se consumó con más de uno, los restantes pueden

servir para individualizar la sanción, bien atendiendo a la gravedad y modalidades del hecho (artículo 36 del C. P.) o bien considerando esos factores como circunstancias de mayor peligrosidad. ¿Y en qué casos puede hacerse esto último? El artículo 37 lo ordena clara y expresamente:

"En cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito".

Si el Jurado aceptó que Martín Mendoza García le dio muerte a su esposa "aprovechando las circunstancias de hallarse ésta en condiciones de indefensión o inferioridad por razón de su sexo y por haberle disparado el arma de fuego por la espalda en momentos en que la víctima se encontraba absolutamente desprevenida", no resultaba jurídico hablar en la sentencia de las condiciones de inferioridad de la víctima, ni de circunstancias desfavorables a ella y que hubieran dificultado su defensa (ordinales 6º y 7º del artículo 37). Porque esas circunstancias las previó y las estimó el Jurado como integrantes del delito agravado de homicidio, y en el veredicto quedaron implícitas, puesto que se acogió en su integridad la cuestión formulada en el debate público.

Otra solución sería contraria al juzgamiento en los juicios por jurado, porque se sobrepasaría la voluntad de éste, sacando de su respuesta no lo sobrante sino elementos de su propio contenido para ir más allá de su expresa determinación.

Es preciso, por lo tanto, concluír que la causal que se alegó está probada, y debe invalidarse el fallo acusado, dejando en firme la sanción impuesta por el Juez de primera instancia, lo cual resulta más acorde con el estudio que del caso se hizo en las instancias.

Finaliza el demandante su demanda con una desnuda alusión a la imposibilidad de reformar una sentencia en perjuicio de la parte que apeló de ella.

Ante lo así simplemente afirmado, la Sala no se considera obligada a ensayar ninguna refutación. Pero no le parece innecesario recordar que tesis muy distinta aceptó el doctor Carlos Arturo Díaz, quien suscribió como Conjuez la sentencia de 6 de diciembre de 1944 (proceso de Celestino García) en la cual quedó definido el punto jurídico que el ahora actor se limita a plantear en forma contraria a lo expuesto en aquella sentencia dictada con su intervención y en la cual, como premisas de la conclusión adoptada (**reformatio in pejus**), aparecen —entre otras— estas consideraciones:

"Se aprecia por estas disposiciones la diferencia fundamental entre el procedimiento civil y el penal. En aquél todo está subordinado al querer de las partes. En éste, es el interés del Estado y de la sociedad el que prevalece. De otra manera no podría iniciarse una averiguación criminal oficiosamente, ni imponerse castigo al responsable, como oficiosamente no puede iniciarse una acción civil ni condenarse a quien no haya sido demandado.

"Es unánime el reconocimiento del fin público que el proceso entraña. Colocar esta materia en el mismo plano en que está la civil, es ir contra los fines que persigue la primera. Por eso no es posible acudir al argumento de analogía en lo tocante a principios, es decir, en cuanto a la fundamental orientación de esta rama del derecho".

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, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el tres de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis en cuanto en ella se impone a Martín Mendoza García la sanción principal de veinte años de presidio; y en su lugar, se le condena a diez y siete años de la misma pena.

En lo demás queda en firme la sentencia acusada, advirtiendo que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas es por el término de diez y siete años.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Sr.

INOPERANCIA DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION. — INDETERMINACION EN EL AUTO DE PROCEDER DE LA ESPECIE A QUE PERTENECE EL DELITO. OBLIGACION DE EXPRESAR LOS HECHOS QUE SE CONSIDERAN PROBADOS

1.—Es inoperante la causal segunda en procesos como el de que se trata, por cuanto ella conduciría a rechazar la determinación del Tribunal popular —agotada la etapa de las instancias— si se acepta, como es preciso aceptar, que la casación no es instancia de ningún grado. Y de ahí que la Corte hubiera tenido que declarar —y lo ha hecho insistente y perentoriamente— que la causal 2ª, no procede en los juicios en que colabora el Jurado, cuyo veredicto sólo es atacable en este recurso no común, cuando resulta CONTRADICTORIO, que no es lo mismo que CONTRAEVIDENTE, porque lo primero es subsistir simultáneamente, y lo segundo es lo que pugna con la verdad plenamente establecida.

2.—La prohibición hecha en el inciso final del artículo 431 de la ley 94 de 1938 no lo opuesto entre si en forma de no poder debe entenderse como un capricho del legislador. Obedece a consideraciones muy juiciosas acerca del juzgamiento. Porque si se determinara la especie del delito en la parte resolutiva, que es aquella que contiene los lineamientos generales del cargo que la sociedad le hace al sindicado por medio de la rama jurisdiccional del poder público, la defensa, que no es una protección graciosa del Estado sino un derecho que la Constitución ampara y quiere se desarrolle con la plenitud de las garantías que ella concede, quedaría circunscrita, delimitada previamente y sin ámbito. Refiriéndose al homicidio, por ejemplo, no se podría en la parte resolutiva del auto de proceder hablar de asesinato, porque se calificaría de antemano la infracción. El homicidio es el género, y sus especies son: asesinato, de propósito, culposo, concausal, ultraintencional, piadoso, etc. Esto (especies) es lo que la ley no quiere que se determine en la parte resolutiva del auto de proceder, y parece que la razón, aunque muy concisamente, se acaba de dar.

3.—La obligación de expresar en la sentencia cuáles son los hechos que se consideran probados (numeral 2º del art. 159 del C. C. de P. P.) quizás concierne más directamente a aquellos fallos dictados por los Jueces de Circuito y, en general, a los que se llaman "de derecho". Porque si en lo demás (los que dictan los Jueces Superiores como corolarios del veredicto del Jurado) la apreciación de la prueba correspondiente a los jueces de conciencia, y si no debe investigarse por qué medios adquirieron aquellos su convicción, es inoficiosa y aún aventurada la declaración del juez de la causa sobre determinados hechos para tomarlos como probados. El veredicto se acoge o se rechaza. Si se acepta, es porque resulta de acuerdo con el contenido probatorio del proceso; pero el Juez no podría indicar qué parte de ese contenido le sirvió al Jurado para formar su juicio, ni de dónde partió para adquirir ese convencimiento íntimo que originó su decisión. Y si se rechaza, es porque el Juez encuentra que el veredicto es manifiestamente contrario a la verdad procesal. Allí sí (etapa de las instancias) cabría una explicación del Juez de derecho sobre el punto a que se refiere la causal 5ª,

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

Como resultado del proceso criminal que se inició en averiguación de los responsables de la muerte de la niña Rosa Julia Castaño Torres (7 años de edad), fueron condenadas María Inés y

Ana Eva Jiménez Henao, en sentencia de diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, del Tribunal Superior de Medellín, en la cual se le impuso a la primera (María Inés) la sanción principal de quince años de presidio, y a la segunda siete años y medio, también de presidio, de acuerdo con el veredicto del Jurado, quien a continuación de las audiencias públicas celebradas en el Juzgado 3º Superior de Medellín, en los días 23 y 24 de octubre de 1945, afirmó —con las aclaraciones que más adelante se verán— la responsabilidad de cada una de las procesadas, cuya situación quedó planteada en estas dos únicas cuestiones:

"Cuestión Primera.—La acusada María Rosa Jiménez Henao o María Inés Jiménez Henao o Rosa María Jiménez Henao o María Jiménez es responsable de haber herido con arma contundente y de peso (garrote) y con intención o propósito de matar, con sevicia o sea aumentando deliberada y cruelmente el dolor de la víctima, con alevosía y abusando de las condiciones de indefensión en que se hallaba la víctima, Rosa Julia Castaño Torres, a consecuencia de cuyas lesiones murió poco después, hechos que tuvieron lugar en las horas de la mañana del cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro en el barrio "El Trigal" en la cabecera del municipio de Sonsón?"

"Cuestión Segunda.—La acusada Ana Eva Jiménez Henao es responsable de haber cooperado con María Rosa Jiménez Henao o María Inés Jiménez Henao o Rosa María Jiménez Henao o María Jiménez con conocimiento de las circunstancias a que se alude en la cuestión anterior, a la muerte de la niña Rosa Julia Castaño Torres, hechos que tuvieron lugar en las horas de la mañana del cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro en el barrio "El Trigal" en la cabecera del Municipio de Sonsón?".

Las respuestas fueron las siguientes:

"Sí, es responsable, con todas las circunstancias anotadas, menos la alevosía". (Para la primera pregunta).

"Sí, pero sin cooperación necesaria". (Para la segunda pregunta).

Contra esta sentencia, que acogió la del Juez de primera instancia, interpuso recurso de casación el señor defensor de las procesadas, y él mismo lo ha sustentado por medio de la demanda que oportunamente presentó a esta Sala, demanda en la cual invoca las causales 2ª, 3ª y 5ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las cuales vienen apoyadas en argumentos que la Sala cree haber logrado entender —en lo sustancial— así:

Causal 2ª—A los hechos se les dió una interpretación errada y se les acordó un valor probatorio que no tienen, puesto que tanto en el auto de proceder "como en las sentencias de primero y segundo grado" (textual) se computó la sevicia como elemento modificador de la infracción, contrariando lo establecido en el proceso en donde no hay dato que refiera esa sevicia.

Causal 3ª—Que en la parte resolutiva del auto de proceder, la cual —conforme a la creencia del demandante— "ha de contener la definición exacta del delito que se imputa al sindicado", se guardó silencio respecto del **animus occidendi** de las responsables, factor, que sin embargo, se incluyó en las cuestiones presentadas al jurado. Y que tampoco en esa misma providencia (auto de proceder) se tuvo en cuenta el parentesco entre la víctima y la principal victimaria (alnada y madrastra), circunstancia que no impidió que en la sentencia se valorizara dicha relación civil. Lo cual quiere decir, en opinión del actor, que el fallo está en desacuerdo con el auto de proceder.

Causal 5ª—Que no hay prueba valedera de que Ana Eva Jiménez hubiera participado en forma alguna en el homicidio, puesto que en el hecho concreto de la lesión que determinó la muerte de Rosa Julia Castaño no cabía hacerle a Ana Eva ningún cargo de cooperadora.

Concepto del Ministerio Público.

Que no se invalide la sentencia acusada, es la solicitud que —después del estudio y refutación de los fundamentos de la demanda— formula el señor Procurador Delegado en lo Penal.

Respecto de la primera impugnación enfocada en la causal 2ª, dice que no procede considerarla porque lo que con ella se persigue es que se declare la contraevidencia en el veredicto, declaración que corresponde exclusivamente a los falladores de instancia.

En cuanto a los dos reparos que en la demanda aparecen como fundamentos de la causal 3ª, el señor Procurador los encuentra injustificados.

Uno de ellos es que en la parte resolutiva del auto de proceder no se planteó el animus occidendi en el actor.

A esto replica la Procuraduría diciendo que esa cuestión quedó precisada en la parte del auto de proceder en donde era pertinente mencionarla; y que si en la resolutiva no se puntualizó esa intención, ello no es una deficiencia y, además, lo explica una prohibición legal (artículo 431 del C. de P. P.).

El otro reparo consiste en que en el auto de proceder no se consideró el parentesco entre la víctima y la acusada María Inés Jiménez, y no obstante, en la sentencia sí se tuvo en cuenta ese vínculo.

Fuera de que —sostiene el señor Procurador— el asesinato no se dedujo de la realidad de ese parentesco sino de las especiales circunstancias modificadoras que concurrieron en el homicidio (corta edad del agente pasivo del delito, sus condiciones de inferioridad, sevicia, etc.), en dicha providencia sí se aludió implícitamente a la relación civil de afinidad que ligaba a María Inés Jiménez Henao con Rosa Julia Castaño Torres. Y el señor Procurador transcribe el párrafo pertinente de aquel auto para demostrar su afirmación, y cita las declaraciones de los testigos que se refirieron en concreto y muy expresamente al mencionado parentesco.

Pregunta el demandante, para iniciar el cargo en apoyo en la causal 5ª, en dónde se halla la demostración de que Ana Eva Jiménez participó en la consumación del homicidio atribuído a María Inés, su hermana, como autora principal.

A esto responde el Jefe del Ministerio Público en los siguientes textuales términos:

"La sentencia, luégo de enumerar las declaraciones de cargo y de analizar las indagatorias de procesadas y los testimonios, que las favorecen dice lo siguiente:

El Jurado dando muestras de la meditación que precedió al veredicto, sentó la responsabilidad de Ana Eva Jiménez en su condición de cooperadora necesaria. Ello es una verdad procesal: ni la calidad de la víctima, ni los medios empleados para eliminarla exigían esa cooperación **sin la cual no había podido cometerse** el delito, de que trata el artículo 19 del Código Penal. Pero sí existió una cooperación delictuosa por lo activa, completa y de notoria contribución al fin deseado". Y como la responsabilidad de Ana Eva se funda propiamente en el veredicto del Jurado que reconoció, la censura que hace el demandante de las pruebas de esa cooperación punible, está encaminada a una declaratoria de contraevidencia de lo resuelto por los jueces populares, y ese tema es extraño al recurso de casación...".

Se considera:

Causal segunda.—Mala interpretación de los hechos.

Es exacto lo expuesto por la Procuraduría en cuanto afirma la inoperancia de la causal 2ª en procesos como el de que ahora se trata, por cuanto ella —de tener eficacia en estos casos— conduciría a rechazar la determinación del Tribunal popular —agotada la etapa de las instancias—, si se acepta, como es preciso aceptar, que la casación no es instancia de ningún grado. Y de ahí que la Corte (Sala de Casación Penal) hubiera tenido que declarar —y lo ha hecho insistente y perentoriamente— que la causal 2ª no procede en los juicios en que colabora el Jurado, cuyo veredicto sólo es atacable en este recurso no común, cuando resulta **contradictorio**, que no es lo mismo que **contraevidente**, porque lo primero es lo opuesto entre sí en forma de no poder subsistir simultáneamente, y lo segundo es lo que pugna con la verdad plenamente establecida.

Es, por lo tanto, impertinente esta causal.

Causal tercera.—No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

La causal 3ª ofrece dos motivos: falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, y desacuerdo de la misma (sentencia) con el veredicto del Jurado.

El demandante impugna el fallo por el primer motivo, y le hace dos cargos: 1º Que en la parte resolutiva del auto de proceder no se precisó el delito por el cual se abría el debate judicial; y 2º Que el parentesco entre la lesionada y la responsable María Inés Jiménez, fue circunstancia de que apenas vino a hablarse en la sentencia.

Ninguna de estas dos aseveraciones se ha probado. Porque, como lo dice el Jefe del Ministerio Público en el ramo penal, en el auto de proceder sí se fijó la intención homicida de la responsable. Basta leer el siguiente párrafo de dicha providencia:

"El propósito de matar está plenamente esta-

blecido en los autos ya que varias personas declaran que las sindicadas habían manifestado su deseo de que se muriera la niña ofendida o de salir de ella de cualquier manera. También se acredíta este propósito o intención por el arma empleada y la naturaleza de la herida".

Es decir, que del propósito homicida se hizo mención en donde la ley exige que se haga (parte motiva del auto de proceder). No en la resolutiva, porque allí ella lo prohibe (inciso final del artículo 431, Ley 94 de 1938). Dice ese inciso lo siguiente:

"La parte resolutiva contendrá como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo Capítulo o en el correspondiente Título cuando éste no se digida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; **sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca,** ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

Esta prohibición no debe entenderse como un capricho del legislador. Obedece a consideraciones muy juiciosas acerca del juzgamiento. Porque si se determinara la especie del delito en la parte resolutiva, que es aquélla que contiene los lineamientos generales del cargo que la sociedad le hace al sindicado por medio de la rama jurisdiccional del poder público, la defensa, que no es una protección graciosa del Estado sino un derecho que la Constitución ampara y quiere que se desarrolle con la plenitud de las garantías que ella concede, quedaría circunscrita, delimitada previamente y sin ámbito.

Refiriéndose al homicidio, por ejemplo, no se podría en la parte resolutiva del auto de proceder hablar de asesinato, porque se calificaría de antemano la infracción. El homicidio es el género, y sus especies son: asesinato, de propósito, culposo, concausal, ultraintencional, piadoso, etc. Esto (especies) es lo que la ley no quiere que se determine en la parte resolutiva del auto de proceder, y parece que la razón, aunque muy concisamente, se acaba de dar.

El otro cargo tampoco se justifica. Porque ocurre que igualmente en el auto de proceder se aludió al vínculo que existía entre María Inés Jiménez Henao y Rosa Julia Castaño Torres. Pero aun cuando esa alusión fuera insuficiente o concediendo que no se hubiera hecho, el fallo no variaría, porque el homicidio no resultó agravado por esa circunstancia sino por la concurrencia de otros elementos —aceptados por el Jurado— que integran la especie del delito conforme al cual se impuso la sanción.

No prospera, por tanto, la causal 3ª.

Causal quinta.—No expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

La obligación de expresar en la sentencia cuáles son los hechos que se consideran probados (numeral 2º del art. 159 del C. de P. P.), quizás concierne más directamente a aquellos fallos dictados por los Jueces de Circuito y, en general, a los que se llaman "de derecho". Porque si en los de más (los que dictan los Jueces Superiores como corolarios del veredicto del Jurado) la apreciación de la prueba corresponde a los jueces de conciencia, y si no debe investigarse por qué medios adquirieron ellos su convicción, es inoficiosa aun aventurada la declaración del Juez de la causa sobre determinados hechos para tenerlos como probados.

El veredicto se acoge o se rechaza. Si se acepta, es porque resulta de acuerdo con el contenido probatorio del proceso; pero el Juez no podría indicar qué parte de ese contenido le sirvió al Jurado para formar su juicio, ni de dónde partió para adquirir ese convencimiento íntimo que originó su decisión. Y si se rechaza, es porque el Juez encuentra que el veredicto es manifiestamente contrario a la verdad procesal. Allí sí (en pa de las instancias) cabría una explicación del Juez de derecho sobre el punto a que se refiere la causal 5ª.

Pero como el veredicto no se tildó de contrario a la evidente y conforme a él se sentenció, el no ha precisado los hechos (que el jurado seguramente estimó con capacidad para declarar responsable al infractor), no constituye deficiencia que tenga el poder de invalidar el fallo, con fundamento en la causal alegada.

Esto para el caso de que en realidad la sentencia que se ha acusado careciera del requisito de que se acaba de hablar. Pero ya se ha visto (refutación de la Procuraduría) que en ella expresó el sentenciador que encontraba probada la cooperación de Ana Eva Jiménez en el homicidio de Rosa Julia Castaño Torres, en la forma definida en el veredicto (cooperación no necesaria).

Con todo, supóngase una situación jurídica distinta, o sea, que ciertamente de las pruebas del proceso no podía deducirse la cooperación que por parte de Ana Eva declaró el Jurado. ¿Qué cabría hacer? Declarar el veredicto contraevidente. Y cuándo? En las instancias, únicamente en las instancias, cuando el proceso está en desarrollo y aún no se ha dictado sentencia definitiva.

Con lo cual queda demostrado que en el recurso de casación es inoperante la crítica a la **prueba legal** sobre hechos que fundaron la responsabilidad, en procesos en que fue el Jurado quien estimó la suma probatoria, sin supeción a nauta ninguna y atendiendo exclusivamente a "su personal conciencia". (art. 27, Ley 4ª de 1943).

Carece, por lo mismo, de fundamento la causal 5ª.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia de diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, del Tribunal Superior de Medellín, en la cual se condenó a María Inés y Ana Eva Jiménez Henao a las sanciones principales de quince años y siete años y medio de presidio, respectivamente, como homicidas.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

HOMICIDIO. — PARRICIDIO CONFORME AL ANTIGUO CODIGO PENAL

La circunstancia de que hubiera obrado el homicida "en momentos de ofuscación producida por la pasión de los celos", no constituye causal de excusa de la responsabilidad, pues no equivale a la "demencia o locura" de que habla el artículo 29 del antiguo Código Penal, sino que apenas señala el móvil del delito y sirve solamente para que se excluya la premeditación. En efecto, aun dentro de las teorías clásicas que inspiraban el antiguo estatuto penal, las pasiones no constituyen motivo de justificación o excusa de la responsabilidad, sino que apenas son aminorantes de la misma, siempre que hubiera mediado una provocación o un hecho capaz de producir un arrebato súbito e impensado. De acuerdo con estos principios, el Código Penal de 1890 consideraba como homicidio SIMPLEMENTE VOLUNTARIO el cometido, entre otras circunstancias, "por causa de un acto primo, etc.", como lo dice el artículo 587, ord. 6º. Es decir, que esa explosión súbita y violenta de la pasión no servía en aquel estatuto para excusar de responsabilidad, sino únicamente para descartar la premeditación. Es más, en él se consideraba como homicidio más grave (parricidio), digno de la pena de muerte, no sólo el premeditado, sino también el VOLUNTARIO y el asesinato cuando se perpetraban en la persona de cualquier ascendiente o del cónyuge. (art. 615, ord. 1º).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiseis de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

VISTOS: El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de 16 de agosto del año pasado, condenó a José Joaquín Hernández Soler, a la pena principal de diez y siete años de presidio, por haber dado muerte a su esposa Adelina Arias de Hernández, en la noche del 4 de abril de 1936, en la población del Valle de San José, del Departamento de Santander.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el reo e invoca ante la Corte, por medio de su representante legal, las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3º de la ley 118 de 1931, que relaciona con las causales correspondientes del actual Código, debido a que el proceso se inició antes del 1º de julio de 1938, fecha de vigencia de los nuevos estatutos.

Hechos y actuación procesal.—Joaquín Hernández Soler había contraído matrimonio con Adelina Arias y, después de vivir algún tiempo con ella, se trasladó al Departamento del Cauca. Muerto el padre de Adelina, ocho años después, regresó Joaquín y su suegra le confirió la administración de los bienes dejados por aquél.

En la fecha citada, por la noche, Hernández Soler estaba con su esposa en un escaño que se hallaba en un corredor de la casa de su suegra luego de haberle ordenado a su hijo Octavio que se retirara le hizo a aquélla unos disparos de revólver. Al acudir los circunstantes, encontraron a Adelina moribunda, con dos heridas, una en el cuello que le interesó la carótida y otra en la espalda que le interesó el hígado. Joaquín también estaba en el suelo herido levemente en el antebrazo izquierdo y en el mismo costado.

Un primer jurado, a quien se le preguntó por la responsabilidad de Hernández Soler en el homicidio —asesinato— como perpetrado con premeditación, a traición, sobreseguro, cogiendo desapercibida e indefensa a la víctima, negó las primeras circunstancias, pero afirmó la última (f. del c. 3). Por lo cual le impuso el Juez 1º Superior de Tunja —distrito en donde fue radicado proceso— veinte años de presidio (f. 59 ibide Pero el fallo condenatorio fue invalidado por Tribunal, por una irregularidad cometida en sorteo de jurados (f. 34 del c. 5).

Un segundo jurado declaró que el delito se bía realizado sin sorprender a la víctima desacibida e indefensa, sin premeditación, y en el de ser provocado el victimario por la víctima diante una ofensa grave a su dignidad pers

e impelido por la pasión de los celos" (f. 71 del c. 5). La pena impuesta entonces fue la de quince meses de reclusión, con base en los artículos 604 y 618 del Código Penal de 1890, (f. 81 ibidem). Pero el Tribunal declaró el veredicto notoriamente injusto y ordenó convocar un nuevo jurado (f. 20 del c. 7).

Este tercer jurado negó también las circunstancias del desapercibimiento e indefensión de la víctima, pero afirmó la responsabilidad del acusado en el asesinato, aunque como ejecutado "en momentos de ofuscación producida por la pasión de los celos" (f. 79 ibidem). La pena impuesta por el Juzgado fue entonces la de veinte años de presidio, (f. 107 ibidem), pero el Tribunal la redujo a diez y siete, en la sentencia que es objeto del presente recurso.

Causal segunda: ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

El primer motivo de nulidad que alega el recurrente es el de que los miembros del jurado, señores José Vicente Amador Castro y Alfonso Ramírez, fueron reemplazados indebidamente.

Se considera:

El reemplazo del señor José Vicente Amador Castro fue pedido por el defensor del procesado (f. 51 del c. 7), de suerte que no resulta explicable que ante la Corte se venga a invocar como merma del derecho de defensa la circunstancia de que se hubiera reemplazado a un miembro del Tribunal popular precisamente para dar al acusado plenas garantías de imparcialidad, como se dijo en las providencias en que se resolvió el incidente, en el cual se hizo todo esfuerzo porque los trámites se llevaran a término con todo rigor en la forma más favorable al señor Hernández Soler.

En efecto, la separación de aquel miembro del jurado fue solicitada y declarada por ser hermano medio de uno de los Magistrados del Tribunal y para alejar "hasta la más nimia sospecha de parcialidad", como lo dijo el peticionario. Se aceptó, así, una objeción prevista en el nuevo Código de Procedimiento (art. 493), a pesar de estar tramitándose la causa por el antiguo Código.

Posteriormente se reemplazó también al jurado señor Alfonso Ramírez, por no ser vecino, en la sede de las audiencias, de la ciudad de Tunja, sino de la de Bogotá. (fls. 73 y 74). Pero ese reemplazo tampoco fue ilegal, como que era causa de excusa absoluta para ser miembro de un jurado el hecho de "no ser vecino de la cabecera del distrito judicial" según el artículo 240 de la ley 57 de 1887. Y el artículo 277 de la misma ley preceptuaba que el Juez debía proceder a sortear jurados para reemplazar a los ausentes, o que se hubieran excusado, o que hubieran faltado de modo absoluto, o que estuvieran enfermos, cuando alguna de tales circunstancias le constara de modo fehaciente, como aquí constaba, pues de ausencia y falta de vecindad del miembro del jurado informó el secretario del despacho.

Pero hay otra razón para desechar la nulidad y es la de que el motivo en que se funda debe alegarse en las instancias: "en el acto del sorteo", según el artículo 265, ordinal 2º, de la ley 57 de 1887, o en ese acto "o dentro de los cinco días siguientes", según el artículo 199, ordinal 3º, del actual Código de Procedimiento Penal.

El segundo motivo de nulidad que se invoca se funda en la circunstancia de haber pasado el proceso al despacho del Juez 2º Superior, por no haber prosperado el impedimento del Juez 1º, doctor Dioselino Martínez, quien, como Fiscal, había intervenido en la causa.

La Procuraduría arguye que la separación del funcionario era conveniente para el procesado, dadas las vehementes acusaciones que, como agente del ministerio público le había hecho al señor Hernández Soler o, al menos, por tener un concepto ya formado acerca de su responsabilidad en el delito, que podía perturbar su criterio como Juez. Pero la razón fundamental para dar por no probado este motivo de nulidad, es que el hecho de pasar un proceso al conocimiento de otro funcionario de la misma categoría no constituye la incompetencia de jurisdicción de que habla la ley, cuando a su debido tiempo se discutió el asunto, sin reclamo de los interesados (arts. 7º del Código de Procedimiento Penal y 449 del Código Judicial).

De manera que la aplicación de los preceptos del nuevo código de procedimiento en las ocasiones en que se llevó a término, —cambio de jurados, impedimento del Juez y traslado a las partes por cinco días al señalar fecha para la audiencia pública— no puede ocasionar la invalidez de la actuación, porque sólo se tuvo en mira para ella favorecer los intereses del procesado, como lo ordena la Constitución, el Código Penal y el de Procedimiento Penal.

"Todo esto pone de relieve —arguye la Procuraduría— que al acusado se le juzgó con las más

amplias garantías y que su defensa no sufrió el menor menoscabo por parte del poder público. Tanto es así, que el propio señor Hernández Soler, cuando el Magistrado sustanciador lo interrogó en segunda instancia para que dijera si en el proceso había encontrado "algunas deficiencias, vacíos o ilegalidades que perjudicaran su derecho o la recta administración de justicia", contestó: "No señor". (f. 4, c. 11).

Por consiguiente, la causal 2ª no puede prosperar.

Causal cuarta: no estar la sentencia de acuerdo con el veredicto del jurado.

Argumenta la demanda que el procesado dió muerte a su esposa "en momentos de ofuscación producida por la pasión de los celos", con lo que los jueces de conciencia quisieron "calificar la intensidad de la responsabilidad, explicar las circunstancias de hecho" que determinaron el delito. No se trata, pues, de una adición o explicación ineficaz; ella quiere significar que Hernández Soler obró sin voluntad, obnubilado por la pasión, y, por tanto, **la responsabilidad se halla disminuída o quizás ha desaparecido.**

La pena aplicable no es, por tanto, la del homicidio agravado, sino la del artículo 29, numeral 1º, del antiguo Código Penal, que considera como excusable al "que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón".

En apoyo de su tesis trae una sentencia de la Corte, en la cual se afirma que "no es responsable el que mata en un acto reflejo producido por un choque nervioso o, como dijo el jurado, en estado de **ofuscación mental** y bajo la presión incontrolable de un impulso".

En resumen, el demandante sostiene que el veredicto fue absolutorio, pues no puede interpretarse sino en el sentido de que el señor Hernández Soler obró en uno de los casos de anormalidad mental que, según el Código de 1890, exime de responsabilidad al acusado.

Se considera:

El proceso contiene dos versiones distintas sobre los motivos determinantes del delito: la primera es la de que Hernández Soler ultimó a su esposa con el fin de apoderarse de los bienes de su suegro y esa versión tiene respaldo en las amenazas o dichos del procesado, que aseveran haberle oído los declarantes Peregrino Rojas (f. 12v. del c. 1), José Rincón (13 ibidem), Luis María Rincón (14 y 50), Manuel José Castro (32) y su suegra Clotilde Barrera v. de Arias (45); la segunda es la de que llevó a término su crimen exacerbado por las infidelidades de su esposa, que momentos antes se negó a realizar el acto carnal con él y le manifestó "que preferiría acostarse con otro hombre que ella quería y respetaba, menos conmigo porque no me tenía cariño", como dice Hernández Soler, o simplemente ofuscado por la pasión de los celos, como lo afirmó el jurado.

No sobra anotar que al principio aseveró el procesado que su esposa había pretendido matarlo y que luégo se había suicidado, para confesar después su delito, pero como llevado a término en aquellas circunstancias o impulsado por aquellos motivos.

Estos datos no son esenciales para la decisión del recurso, pero son importantes para formarse una idea más clara sobre la cuestión propuesta. Esto se dice, porque aquí existe una base firme para el fallo: la de que el jurado, que es quien debe dar el concepto definitivo sobre los hechos en los juicios en que interviene, decidió que el acusado había matado a su mujer "en momentos de ofuscación producida por la pasión de los celos".

Pues bien, esa circunstancia de que hubiera obrado "en momentos de ofuscación producida por la pasión de los celos", no constituye causal de excusa de la responsabilidad, pues no equivale a la "demencia o locura" de que habla el artículo 29 del antiguo Código Penal, sino que apenas señala el móvil del delito y sirve solamente para que se excluya la premeditación.

En efecto, aun dentro de las teorías clásicas que inspiran el antiguo estatuto penal, a cuya luz se estudia este proceso, las pasiones no constituyen motivo de justificación o excusa de la responsabilidad, sino que apenas son aminorantes de la misma, siempre que hubiera mediado una provocación o un hecho capaz de producir un arrebato súbito e impensado. En apoyo de su tesis cita la Procuraduría los conceptos de algunos de los máximos expositores de aquella Escuela, que se tienen dicha doctrina en los siguientes términos:

Carrara:

"La libertad de elegir, como potencia abstracta del ánimo, no puede quitarse nunca al hombre. Hasta cuando cae desde una altura, mientras grita y sabe que cae, no quisiera caer. La libertad

mo idea le queda aún, pero le está impedida la realización de la idea.

"Puede quitarse al hombre la plenitud del arbitrio en el acto de su determinación, cuando una causa interna actúa de tal modo sobre su ánimo que ejerce un fuerte impulso sobre su determinación.

"En tal caso, el acto es siempre involuntario, porque al agente le quedaba siempre la voluntad de elección. Pero se dice que su voluntad es menos espontánea, porque está aminorado el arbitrio en el acto de la determinación..

"...Debe distinguirse entre pasiones ciegas y pasiones razonadoras. Aquéllas actúan con vehemencia sobre la voluntad y superan las resistencias de la razón, dejando al intelecto menor poder para reflexionar. Estas aguzan, por el contrario, los cálculos del raciocinio y dejan al hombre la plenitud del arbitrio. Las primeras deben admitirse como causas aminorantes de la imputación, porque merece excusa quien se deja arrastrar al mal por el ímpetu de súbita perturbación. Las segundas no, porque el hombre que razona y que calcula está sometido por completo a la obligación de recordar las prohibiciones de la ley y de reflexionar sobre las consecuencias de las propias acciones".

Pessina:

"No daremos fin a esta materia (la del estado de privación o vicio de la mente) sin indicar que, entre las causas de privación de la mente o de razón disminuída, no deben comprenderse, ni la vejez, ni el sexo femenino, ni el ímpetu de las pasiones... El ímpetu de las pasiones puede quitar la reflexión, pero no el obrar con una voluntad movida por la inteligencia, por muy rápido sea el intervalo que transcurre entre el primer pensamiento del delito y su realización material... Si por las pasiones se abriera la puerta para considerar la inteligencia ofuscada, sería preciso dejar impunes o excusar todos los delitos más atroces".

Rossi:

"...El hombre provocado era libre de obrar o no. Esta libertad es un hecho de conciencia, un hecho atestiguado también por la conducta de los que resisten a tales provocaciones, porque han comprendido mejor a dominar y a respetar el deber. En último, el hombre mismo que cede a la provocación conoce que ha hecho un mal; lo conoce en el momento mismo en que la pasión le arrastra al delito, y apenas le ha consumado se arrepiente de él; encuéntrase descontento de sí mismo. Hay, pues, imputabilidad en ello".

De acuerdo con estos principios, el Código Penal de 1890 consideraba como homicidio **simplemente involuntario**, el cometido, entre otras circunstancias, "por causa de un acto primo, o sea, el arrebato súbito e impensado de una pasión; de tal manera que se vea claramente que no hubo ni pudo haber deliberación previa ni resolución anticipada de cometer el delito" (artículo 587, ord. 6º).

Es decir, que esa explosión súbita y violenta de la pasión —como explica el Ministerio Público y ya se ha dicho antes —no servía en aquel estatuto para excusar de responsabilidad, sino únicamente para descartar la premeditación. Es más, en él se consideraba como homicidio más grave (parricidio), digno de la pena de muerte, no solo el premeditado, sino también el **voluntario** y el asesinato cuando se perpetraban en la persona de cualquier ascendiente o del cónyuge (art. 615, ord. 1º).

"Naturalmente —comenta la Procuraduría— esta equivalencia era injusta y aberrante porque, aun dentro del campo clásico, no es una misma la perversidad del delincuente premeditativo y la del asesino. El dolo, en esos casos, es de distinto contenido y significación. Pero ante una norma tan clara y tan rotunda de la ley penal no es posible establecer distinciones y hay necesidad de aplicarla mientras ella subsista".

En consecuencia, el delito porque fue acusado el recurrente es un parricidio agravado, según el artículo 615 del anterior Código, o un asesinato, según el artículo 363 del Código vigente, aunque el hecho se hubiera cometido en estado pasional de celos. Es más, el aditamento del jurado, como observa justamente el señor Procurador, no alcanza a constituír la circunstancia modificadora de la provocación, porque el jurado no la declaró y los jueces de derecho no podían modificar el veredicto para aceptarla, sustituyéndolo ilegalmente.

Contesta la Procuraduría la cita que el recurrente hace de una doctrina de la Corte, haciendo ver cómo los casos son completamente diferentes. En el caso a que alude aquél contestó el jurado que el reo había procedido, no solamente en estado de ofuscación mental, como dijo el jurado que condenó a Hernández Soler, sino también "bajo la presión incontrolable de un impulso", que sí inhibe o impide el control de la voluntad y que, por tanto, bajo el imperio de la doctrina del libre

albedrío y los preceptos del antiguo Código, no permite deducir la responsabilidad moral por la comisión del hecho. Por ello estima acertada la solución que entonces le dió la Corte al caso **sub judice** y trae estos pasajes de la misma sentencia:

"Para la Corte es muy expresivo el vocablo "incontrolable" de que se valió el jurado al hablar de la presión que, en sentir del mismo jurado, produjo el "impulso" homicida. La ofuscación mental del actor y la consiguiente pérdida de su propio control coloca precisamente el caso en una de las hipótesis contempladas por el artículo 29 del Código Penal".

Pero hay otro pasaje del mismo fallo que basta para refutar, por sí solo, la tesis del demandante sobre la irresponsabilidad de Hernández Soler, y que el autor del libelo omitió copiar. Dice así:

"Tampoco puede acogerse la tesis del sentenciador, porque el acto primo causado por el arrebato súbito e impensado de una pasión es diferente del acto reflejo producido por un choque nervioso, por la presión incontrolable de un impulso, como el jurado dijo. El numeral 6º del artículo 587 es aplicable cuando se trata de un arrebato de pasión que no alcanza a obnubilar por completo las facultades del agente; pero cuando el movimiento o impulso es incontrolable, mal puede calificarse el hecho como voluntario". (G. J. número 1916, pág. 216).

Por eso concluye el Ministerio Público el estudio de esta causal diciendo:

"El jurado reunido en este juicio apenas habló de "ofuscación mental", que es un estado propio de toda pasión; pero nunca reconoció la existencia de un impulso homicida, ni de otro factor equivalente que hiciera "incontrolable" la reacción delictuosa del acusado, con la consiguiente pérdida de su inteligencia y voluntad.

"No hay, pues, paridad de situaciones entre el homicidio de Manuel J. Gálvez y el homicidio de Joaquín Hernández Soler, al tenor de los veredictos que pronunciaron los respectivos jurados.

"En tal virtud, la causal cuarta resulta inadmisible".

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal.

Critica el recurrente que el Tribunal hubiera estimado probada la circunstancia de mayor peligrosidad de haber hecho más nocivas las consecuencias del delito, "que ni siquiera pudo explicar la Sala en qué consistía" y que no puede basarse en la afirmación que primeramente hizo el procesado de que su mujer se había suicidado.

Y como no hay ninguna otra circunstancia de mayor peligrosidad y teniendo en cuenta que el móvil del delito fue el declarado por el veredicto y que la gravedad y modalidades del hecho son las que lo elevan al grado de asesinato, la pena aplicable es la mínima señalada en la respectiva disposición legal.

Se considera:

"En cuanto a circunstancias de mayor peligrosidad —dijo el Tribunal— no se halla en contra de Hernández Soler sino la contenida en el numeral 12 del artículo 37 del Código Penal, por cuanto que pretendió infamar la memoria de su esposa y dañar en cierto modo la tranquilidad de la vida del niño habido en el matrimonio.

"No existen las circunstancias de los numerales 1º, 4º y 6º señaladas por el señor Juez a quo porque no hay prueba de libertinaje; y porque reconociéndose que hubo ofuscación por los celos la 6ª circunstancia de mayor peligrosidad anotada en la sentencia, se destruye con la agregación hecha por el jurado, que no se puede desconocer y la 4ª es la específica que constituye el hecho en asesinato.

"Teniendo en cuenta la gravedad del hecho mismo y que obra en favor de Hernández Soler una circunstancia de menor peligrosidad y una de mayor, la pena a que debe sentenciársele es a la de diez y siete años de presidio. En cuanto a las otras penas, están bien captadas con observancia de lo dispuesto en la ley 19 de 1890, por ser de alcance más favorable al sentenciado".

Poco preciso es este enunciado que con razón critica la Procuraduría, porque la individualización de las penas ha de hacerse en forma motivada explicada, según principios de derecho y mandato expreso del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal.

En ese caso no puede aceptarse que el procesado hubiera querido hacer más nocivas las consecuencias de su delito, sino simplemente usar de un recurso de defensa, que es concorde con el veredicto del jurado, al declarar que lo había movido la pasión de los celos, veredicto que en parte explicativa tiene su eficacia precisamente en individualizar la pena. Porque si la imputación de serle infiel que el procesado le hizo a su esposa como pretexto para ultimarla hubiera sido cierta la circunstancia que ahora se le carga caería por su base; pero admitiendo que fuera falsa de falsedad, como parece de las pruebas del proceso era una representación subjetiva, de duda al

nos, que lo excusa del propósito de hacer más dañosas las consecuencias del homicidio.

No hay que olvidar —y por eso se repite— que esa pasión de los celos que se acepta,, no es deducción de los jueces de derecho, sino declaración del jurado, que quedó como definitiva en las instancias. De esta suerte y como lo analiza la Procuraduría, lo que resolvió el Tribunal es contradictorio, porque reputa el estado pasional como circunstancia de menor peligrosidad y al mismo tiempo toma como de mayor peligrosidad las alegaciones, fruto de ese estado pasional, que en su defensa hizo el procesado.

En conclusión, si se toma el veredicto del jurado en toda su integridad, como hay que tomarlo, no se puede decir que Hernández Soler hubiera querido hacer más nocivas las consecuencias de su acto al imputarle infidelidad a su esposa, por tratarse de la apreciación de un celoso, que mira las acciones de la persona objeto de sus celos con ojos extraviados por su estado anímico. Eso mismo hace inaceptable que se diga que el procesado quiso dañar la tranquilidad de la vida del niño habido en el matrimonio, frase que no es sino explicación o consecuencia de lo anterior.

La causal primera debe, por consiguiente, prosperar.

Viniendo a la pena, estima la Corte que hizo bien el Tribunal al aplicar la del nuevo Código, artículo 363, que señala presidio de quince a veinticuatro años para el autor de asesinato, como es el cometido en la persona de la cónyuge (ordinal 1º), pues en el antiguo Código la pena de muerte fue sustituída por una sanción fija de veinte años de presidio (artículo transitorio B del Acto Legislativo número 3 de 1910) que era, por tanto, menos favorable.

En cuanto a la individualización de la pena no habrán de tenerse en cuenta la gravedad y modalidades del hecho, porque ellas hacen que se tenga como asesinato, ni el haber hecho más dañosas las consecuencias del delito, porque eso no sucedió en el presente caso. Y como no aparece acreditada otra circunstancia de mayor peligrosidad en forma plena y sí en cambio hay que tener en cuenta la que declaró el jurado, esto es, la de que el delincuente procedió ofuscado, la pena que ha de sufrir el procesado puede señalarse en el mínimo antes indicado, como lo pide la Procuraduría.

Resolución: 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, INVALIDA la sentencia recurrida de que se viene hablando, en cuanto por ella se condena a Joaquín Hernández Soler a la pena principal de diez y siete años de presidio, y en su lugar lo condena a la de quince años de la misma pena. En lo demás queda en firme dicha sentencia, salvo la condena accesoria de privación del ejercicio de derechos y funciones públicas, que ha de durar también por quince años.

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

Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CAUSAL 2ª DE CASACION — NULIDADES. — CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DEL HECHO ILICITO

1.—Ha sido jurisprudencia reiterada de la Corte que la causal 2ª de casación no tiene aplicación dentro de los juicios ventilados ante el Tribunal de conciencia, puesto que esa entidad goza de toda amplitud para apreciar las pruebas y, por tanto, su decisión sólo puede ser impugnada como contraria a la evidencia de los hechos por los juzgadores de instancia.

2.—La Corte ha decidido en repetidas ocasiones que las nulidades que atenten contra el lleno de las formalidades que se imponen a la presentación del plenario ante el Jurado deben alegarse dentro del juicio.

3.—Para que puedan aceptarse las circunstancias modificadoras del hecho ilícito el Tribunal de conciencia debe expresarse o expresarlas con todos sus elementos integrantes con el objeto de que ante las posibles dudas, controversias y argumentos de hecho y de derecho presentados habilidosamente por la defensa, no se otorgue el veredicto en una forma confusa que no permita el desentrañamiento estricto de las circunstancias aceptadas en conciencia por el Jurado. Dentro de un recto desenvolvimiento y práctica de la institución del Jurado ha querido la ley dar a los dos factores que lo integran un amplio margen, con el objeto de que el defensor pueda presentar en el debate público todas las circunstancias que tiendan a salvaguardiar los derechos de su defendido. Y el Juez del conocimiento deberá aceptar todas aquellas peticiones que dentro de los moldes de la ley procesal se dirijan a expresar situaciones que converjan a la aceptación o no aceptación por parte del Jurado de los elementos de derecho que ulteriormente habrán de ser tenidos en cuenta por el juzgador. Por este motivo siempre que el defensor pretenda hacer valer en favor del procesado una circunstancia modificadora que —con base en la discusión de las pruebas ante el Jurado— éste las acepte como verdaderas, su petición primordial debe ser la de solicitar al Juez la inclusión de esa pregunta dentro del plenario o de la incitación a los Jurados a dar una respuesta que contenga clara y concisamente cada uno de los elementos de derecho que integran la circunstancia modificadora que el defensor alega en favor de su defendido. Muchas han sido las ocasiones en que dada una respuesta equívoca del Jurado en la cual sólo se expresa uno o algunos de los elementos que integran una circunstancia modificadora, el Juez del conocimiento ha tenido necesidad de rechazarla, puesto que ella puede cobijar otras circunstancias que estructuran una antinomia o que a simple vista aparezcan con un respaldo contradictorio dentro de los hechos.

4.—La riña y la provocación no son una misma cosa. La provocación es la ofensa, la causa que genera el hecho de la riña. La riña es la pelea, la contienda, el intercambio de golpes entre dos o más personas. Quien se mezcla en una pelea es porque es provocador o ha sido provocado. En tal caso el elemento "provocación" es la causa, el fulminante que determina el estallido de la ira.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El Tribunal Superior de Manizales, en fallo de julio ocho de mil novecientos cuarenta y se condenó a Vicente Buitrago Duque, a la pe principal de cuatro años de presidio y a las a cesorias correspondientes, como responsable de muerte de Libardo A. Zapata Chansi o Char

pata, providencia contra la cual interpuso re-
rso de casación el defensor del reo.

En su demanda el doctor Francisco Monsalve
invoca y sustenta las causales, 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª
7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento
nal.

La Sala observa:

Causal segunda. — Mala apreciación de los he-
os.

Ha sido jurisprudencia reiterada de la Corte
e la causal 2ª de casación no tiene aplicación
ntro de los juicios ventilados ante el tribunal
conciencia, puesto que esta entidad goza de
la amplitud para apreciar las pruebas y por
nto, su decisión sólo puede ser impugnada como
ntraria a la evidencia de los hechos por los
zgadores de instancia. Por esta razón se rechaza
la causal segunda.

Causal cuarta.—Haberse dictado la sentencia en
juicio viciado de nulidad.

El demandante dice que el proceso está viciado
nulidad substancial o constitucional por tres
zones:

"Primera.—Con la modificación de la ley 4ª al
iedar derogados los artículos 497 y 498, 500 y
4 del C. de P. P., el Juez sustituyó al defensor
la facultad qpe consagraba el artículo 503 ibí-
m. Pero aquello que era facultativo en el de-
nsor, resulta en el Juez obligatorio: el Juez so-
eterá (imperativo) determinando las circuns-
ncias que lo constituyen (el hecho). Artículo 28,
y 4ª de 1943".

"Segunda. Y como nueva nulidad substancial, el
ñor Juez violó o dejó de preguntar sobre la
rcunstancia de que el acusado estaba intoxicado
r el alcohol; y cuando hay constancias de que
procesado sufrió o tuvo una laguna amnési-
". Y,

"La tercera causal de nulidad radica en la co-
unicación que hubo entre el Juez y el Juri, co-
unicación prohibida por la Ley".

El señor Procurador ha rendido un tinoso y
rmenorizado estudio de la demanda. La Sala
regará a las suficientes razones expuestas por
señor Agente del Ministerio Público, algunas
servaciones generales sobre el negocio de que
trata.

La Corte ha decidido en repetidas ocasiones
e las nulidades que atenten contra el lleno de
formalidades que se imponen a la presenta-
n del plenario ante el jurado deben alegarse
tro del juicio. Por tanto, los dos primeros
cargos hechos por el demandante no son procedentes en el recurso de casación.

Ahora bien, en relación con el tercer punto debe observarse que el Juez Superior resolvió convocar nuevamente al Tribunal de conciencia con el objeto de que los jurados resolvieran la cuestión por mayoría de votos, ante las diversas respuestas que individualmente dieron éstos en su primera contestación. Esto es, el señor Juez pensó con bastante fundamento que el jurado no había proferido un veredicto en sentido estricto.

A este respecto el señor Procurador dice:

"La comunicación a que se refiere el juramento que contiene el artículo 27 de la ley 4ª de 1943, tiene relación con lo preceptuado en el artículo 529 del Código de Procedimiento Penal. Ambas disposiciones tienden a garantizar la independencia y libertad del Jurado al omitir su veredicto. En el presente caso, tanto en la primera como en la segunda deliberación, los Jueces de hecho resolvieron soberanamente el cuestionario sometido a su estudio, sin coacción alguna sobre el contenido del veredicto. Es decir, éste fue dado en conciencia, verdad sabida y buena fe guardada.

"Además, como lo expresa la sentencia de segunda instancia, la respuesta del Jurado, después de reanudada la deliberación, fue sustancialmente la misma que había dado anteriormente: en una y otra se consagró la riña imprevista que era lo fundamental para el procesado.

'Si en la segunda contestación se hubiese empeorado la situación jurídica de Buitrago Duque, talvez podría tener razón el demandante, pero ello en realidad no ha ocurrido aquí".

Como se observa en la actitud del Juez no existe un abuso de sus facultades, ni mucho menos, la unificación pedida al tribunal de conciencia lesionó los derechos del procesado.

Por estas razones no prospera la causal 4ª.

Causal tércera.—Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto.

El demandante la sustenta en la siguiente forma:

"De modo incuestionable la sentencia dictada se acordaría perfectamente con un "SI" rotundo y definitivo que por toda respuesta hubiese dado el Jurado.

"Pero no se acuerda ella con el texto liberal del veredicto del juri.

"Si éste hubiese respuesto: "Sí, en riña que se suscitó de modo imprevisto", mal podría venir yo a sustentar esta causal; pero el Jurado, haciendo

uso de una incuestionable facultad que la ley le concede de expresar brevemente circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, introdujo un elemento, una circunstancia no expresada en el cuestionario: **Provocación.**

"La respuesta no fue simplemente "Sí", que de haberlo sido la sentencia consonaría con el veredicto; no fue simplemente **"sí en los eventos de riña suscitada de modo imprevisto"**; fue: **Sí, provocación** en los eventos de riña suscitada de modo imprevisto".

"Si el Juri hubiese respuesto: **"Sí, por provocacón"**, necesaria e ineludiblemente estaríase estudiando por la H. Corte o por el H. Tribunal y antes por el Juzgado Superior se hubiera estudiado, si esa **provocación** situaba a Buitrago en la necesidad de defenderse de una violencia actual e injusta o era capaz de suscitar y tenía la virtualidad de suscitar el estado de ira. ¿Qué se habría dicho entonces?

"Pero, como si ningún valor tuviera esa palabra que es una **circunstancia** que brevemente como la ley se lo autoriza exteriorizó el Juri, siguiendo una línea de menor resistencia, Juzgado y Tribunal omiten la **circunstancia,** eluden la palabrita y toman la contestación por un simple "SI" o por un corroborante "SI en el evento de una riña imprevista".

"Y aquí de los esguinces de la Sala en dar a la respuesta la más acomodaticia de las interpretaciones: En el caso el "SI" rotundo de dos jurados era absolutamente sinónimo de "Sí, en el evento de una riña imprevista"; pero es que la respuesta no es ni esa, ni es tampoco: "Sí, en el evento de una riña imprevista provocada por el occiso" lo que contendría una antinomia, ni "Sí, en el evento de una riña provocada por el occiso". La respuesta es **Sí, por provocación** (una entidad) en los eventos de una riña imprevista (otra entidad).

"Se riñe por provocación mutua, por provocación de uno de los contendores o, mejor que por provocación por **promoción**; pero reñir por provocación en los eventos de una riña promovida por el occiso, es fundamentalmente distinto de lo anterior.

"Y el artículo 35 del C. Penal viene precisamente a decir lo contrario de lo que la Sala quiere hacerle decir porque, de lo contrario tendríamos que la comisión del hecho en estado de ira o intenso dolor **sí se tendría en cuenta** al aplicar las disposiciones de los incisos 1º y 2º y en cambio la riña **nó**; y es precisamente todo lo contrario: **la provocación no se tiene en cuenta,** la riña sí; porque ésta es un combate singular en la cual se adentra libremente el promovido y como tal revela mayor espinta criminosa (sic).

"Es que, con lógica, con humanidad, el legislador sabe, ve y consagra que la **provocación** despierta la IRA o intenso dolor, siempre y cuando que sea grave e injusta.

"El artículo 35 dice relación al 28, no al 384 del Código Penal".

Con un sano criterio de estricto análisis jurídico —en el cual han estado de acuerdo esta Entidad y el señor Procurador— la Sala ha expresado que para que puedan aceptarse las circunstancias modificadoras del ilícito el Tribunal de conciencia debe expresarse o expresarlas con todos sus elementos integrantes, con el objeto de que ante las posibles dudas, controversias y argumentos de hecho y de derecho presentados hábilidosamente por la defensa, el veredicto no se otorgue en una forma confusa, que no permita el desentrañamiento estricto de las circunstancias aceptadas en conciencia por el Jurado.

Dentro de un recto desenvolvimiento y práctica de la institución del jurado la ley ha querido dar a los dos factores que lo integran un amplio margen, con el objeto de que el defensor pueda presentar en el debate público todas las circunstancias que tiendan a salvaguardiar los derechos de su defendido. Y el Juez del conocimiento deberá aceptar todas aquellas peticiones que dentro de los moldes de la Ley procesal se dirijan a expresar situaciones que converjan a la aceptación por parte del jurado de los elementos de derecho que ulteriormente habrán de ser tenidos en cuenta por el juzgador. Por este motivo siempre que el defensor pretenda hacer valer en favor del procesado una circunstancia modificadora que —con base en la discusión de las pruebas ante el jurado— éste las acepte como verdaderas, su petición primordial debe ser la de solicitar al Juez la inclusión de esa pregunta dentro del plenario o de la incitación a los jurados a dar una respuesta que contenga clara y concisamente cada uno de los elementos de derecho que integran la circunstancia modificadora que el defensor alega en favor de su defendido.

Muchas han sido las ocasiones en que dada una respuesta equívoca del jurado en la cual sólo se expresa uno o algunos de los elementos que integran una circunstancia modificadora, el Ju

del conocimiento ha tenido necesidad de rechazarla, puesto que ella puede cobijar otras circunstancias que estructuren una antinomia o que a simple vista aparezcan con un respaldo contradictorio dentro de los hechos.

En el presente caso no puede admitirse el pedimento del demandante de que la palabra "provocación" que incluyeron los jueces populares en su respuesta pueda aceptarse como la expresión de la circunstancia modificadora del artículo 28 del C. P., que habla del estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta ofensa. El veredicto es la fuente inmediata de la sentencia; el Juez no puede llenar los vacíos que voluntaria o involuntariamente deje el jurado al calificar los hechos. Si en el presente caso la respuesta dijo "Sí, por provocación...." dejaron de expresarse dos elementos integrantes fundamentales de la circunstancia modificadora exigidos por el art. 28: la gravedad de la ofensa y la injusticia de la misma, causante de un fenómeno psicológico como la ira o el intenso dolor. De consiguiente, ¿en qué forma puede aceptarse la palabra "provocación"?

La aceptación que de este término hizo el señor uez del conocimiento es estrictamente jurídica. a "provocación" expresada por el tribunal de nciencia se refiere al hecho de que la riña sustada de modo imprevisto fue provocada por el ciso. En tal caso la única consecuencia jurídica e esta expresión del jurado es la de aceptarla mo una circunstancia de menor peligrosidad y como elemento modificador y atenuante específico de la pena.

En tal virtud, tampoco prospera la causal tercera.

Causal quinta.—No expresar la sentencia clamente cuáles son los hechos que se consideran obados.

Dice el señor demandante que, en virtud de e la Sala del Tribunal reprodujo una parte de vista fiscal, esa Entidad no expresó cuáles hos consideraba probados.

La Sala no ve como una buena práctica de los ces de instancia la costumbre de reproducir, sus fallos, los estudios hechos por otros colaradores, pues en ellos ha podido escaparse el álisis de alguna prueba o circunstancia de deho importante para la decisión del negocio, plemente, puede estar dirigido, según la peral visión que del proceso tenga el funcionario, un sentido que en el fondo puede alterar la verdad jurídica del fallo. Pero cuando estas reproducciones se estudian también por el juzgador que las hace, y se incluyen con un mero sentido de ahorro de palabras, por estar ellas redactadas seria y sobriamente, la práctica tiene un fundamento de economía procesal que la excluye de toda irregularidad. Además, si dentro del orden del fallo, se hace referencia a las reproducciones desde ángulos de crítica distintos de los que ha tomado como base de su análisis el funcionario a quien se copia, la integridad de la providencia última no puede tener tacha alguna.

En el presente caso, además de la reproducción hecha por el Tribunal de parte de la vista fiscal que se refiere a la narración de los hechos y de las pruebas aducidas, el fallo contiene —como bien lo expresa el señor Procurador— "un estudio serio y detenido de las cuestiones principales del proceso, como son el cuerpo del delito, la responsabilidad y las circunstancias modificadoras de la pena y las simplemente accesorias de la infracción. Es decir, el fallo está debidamente motivado y da una cabal cuenta de las actividades delictuosas del acusado y de la sanción que merece".

Por lo expuesto, carece de fundamento la causal quinta.

Causal séptima.—Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

El demandante sustenta esta causal con el argumento del cargo de que "la provocación excluye la riña por más que haga entrar en un combate singular (sic)" y de que la riña y la legítima defensa se excluyen.

En primer término se contesta que el planteamiento del cargo del demandante es confuso. La riña y la provocación no son una misma cosa. La provocación es la ofensa, la causa que genera el hecho de la riña. La riña es la pelea, la contienda, el intercambio de golpes entre dos o más personas. Quien se mezcla en una pelea es porque es provocador o ha sido provocado. En tal caso el elemento "provocación" es la causa, el fulminante que determina el estallido de la riña.

Otra cosa es— como pretende analizarlo el demandante— que la provocación —mirada desde el lado subjetivo del provocado— cuando es injusta y entraña una ofensa grave, pueda constituír una circunstancia específica modificadora diferente de la riña. Pero ya se ha visto, cómo este elemento no tiene asidero ninguno dentro del proceso ni fue aceptada por el Jurado. Igualmente puede

admitirse que la provocación, cuando nace de parte de la víctima, sea una atenuación o circunstancia de menor peligrosidad, dentro de la riña imprevista. Pero en el caso de que se trata, ya se ha estudiado que la palabra "provocación" incluída por el Jurado dentro de su respuesta, sólo puede referirse a la circunstancia de haber sido provocada por el muerto, y para nada se refiere a la circunstancia modificadora del artículo 28 del Código Penal.

A este respecto el señor Procurador afirma:

"En términos generales, puede decirse que no hay riña sin provocación, a menos que se trate de aquellos sujetos pendencieros que riñen por el placer de reñir.

"Otra cosa será que la provocación pueda servir para aminorar la pena, cuando ella no partió del agresor sino de la víctima, en los casos de riña imprevista. Pero de esto no se trata aquí.

"Si pues, la riña presupone provocación, mal puede ser contradictorio un veredicto que afirma ambas cuestiones.

"Por otra parte, en argumentación un tanto oscura y deshilvanada, parece que el señor apoderado sustentaba también la contradicción del veredicto, fundándose en que la riña y la legítima defensa se excluyen.

"Pero a esto basta contestar que el Jurado nunca reconoció esa causal de justificación; por el contrario la rechazó al admitir que el acusado es responsable de homicidio ejecutado con el propósito de matar y en un caso de riña imprevista. Luego la tesis planteada no se ajusta a la verdad procesal".

Por lo expuesto debe desecharse la causal séptima.

Causal primera.—Mala aplicación de la ley penal.

El demandante dice que no se ha establecido para configurar el delito el elemento propósito; que aun admitiendo este elemento la especie de delito imputable a Buitrago es el de un homicidio voluntario justificado y que "en el último y peor de los casos, la sentencia viola la ley penal por errónea interpretación o indebida aplicación, porque no se aplicó el artículo 28 y 384 del C. P.

El cuestionario sometido al Jurado fue el siguiente:

"¿El acusado Vicente Buitrago Duque, mayor, natural y vecino de Belalcázar, casado y neg
ciante, es responsable de los siguientes hech
haber dado muerte a Libardo Antonio Chansi
Libardo Antonio Zapata Chansi, con el propós
de matar y en riña que se suscitó de modo i
previsto, por medio de lesión que le ocasionó c
arma de fuego (revólver) hecho que tuvo lug
a eso de las cuatro de la tarde del día veintis
de noviembre del año de mil novecientos cuare
ta y cuatro en el Corregimiento de "San Isidr
Municipio de Belalcázar?",

La respuesta fue: "Sí, por provocación en
eventos de una riña suscitada de modo impr
visto".

Como se observa, el Jurado afirmó el propós
de matar y la circunstancia modificadora del h
cho. De consiguiente los argumentos del dema
dante enderezados a discutir ahora el propósi
la justificación y la circunstancia modificado
del estado de ira o intenso dolor del artículo
fueron definidos en el veredicto en el sentido
afirmar el propósito de matar con la circunsta
cia única de la riña imprevista. En tal forma
crítica del demandante podría referirse más bi
a la posibilidad de que el veredicto fuera co
trario a la evidencia de los hechos, fenómeno q
sólo es dable alegar dentro de la instancia,
que en casación esa facultad no está consagra
por el nuevo Código.

Por lo expuesto, tampoco prospera la cau
primera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprem
Sala de Casación Penal, de acuerdo con el se
Procurador, y administrando justicia en nom
de la República de Colombia y por autoridad
la ley, NO INVALIDA la sentencia de fecha
lio ocho de mil novecientos cuarenta y seis, p
ferida por el Tribunal Superior de Manizales,
virtud de la cual se condenó a Vicente Buitr
Duque a la pena principal de cuatro años de p
sidio y a las accesorias correspondientes, co
responsable del delito de homicidio de que
víctima Libardo Antonio Zapata Chansi o Ch
Zapata.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expedie

**Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bru
Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jimé
Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R.,**

INDIVIDUALIZACION DE LAS SANCIONES CONFORME AL ARTICULO 60 DEL CODIGO PENAL

La operación a que alude el artículo 60 del Código Penal sólo es conducente cuando es necesario hacerla, o sea, cuando a un procesado hay que imponerle por varios hechos sanciones de diversa calidad. Si para no quebrantar el artículo 45 del C. P. (sobre duración de las penas) se hace uso de las reglas de que trata el 60, sencillamente se cae en otro quebrantamiento, éste sí mayor, porque el artículo o artículos que fijan las sanciones para cada delito son normas especiales, de obligada aplicación a un caso concreto y determinado en el proceso penal. Y con aquel procedimiento, que pretende salvar pautas generales de la ley no se libra ésta, en lo que tiene de más intocable y, de contera, se afecta el derecho del procesado, cuya situación resulta inesperadamente agravada porque al reo, en cuanto a penas privativas de la libertad, le interesa casi exclusivamente la cantidad más que la calidad. La interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, consecuencias de las de presidió y prisión —que dejaría de imponerse al convertir en arresto lo que la ley manda que sea prisión— esa accesoria, por más que sea algo así como una CAPITIS DIMINUTIO y que se confunde con la duración de la pena principal, cuenta mucho menos para el delincuente que el aspecto cronológico de la sanción. Este es precisamente un caso de indebida aplicación de la ley penal por error en su interpretación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

En una concisa demanda, el doctor Carlos Arturo Díaz, apoderado de Edgardo Muñoz, ha sustentado el recurso de casación interpuesto por el procesado que se acaba de nombrar contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el veintiocho de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, en la cual se le condenó —como autor del delito de hurto en cuantía de $ 278.40— a la sanción principal de seis meses de arresto.

Una sola (1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal) es la causal invocada por el demandante, cuya solicitud final está comprendida en el párrafo que va a transcribirse:

"Como el hecho es demasiado sencillo, creo que lo anterior será más que suficiente para que se case la sentencia rebajando la pena" (textual) "en la forma dicha anteriormente".

En verdad el caso es sencillo. Porque se trata de reparar una equivocación del Tribunal, quien al fijar la sanción de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, numeral 2º del artículo 398 del Código Penal y 429 ibídem, aplicó —y en esto consiste la impugnación— el artículo 60 del Código citado, so pretexto de hacer la conversión de la calidad de la pena, creyendo que tal operación era necesaria.

La parte impugnada de la sentencia dice:

"El procesado violó el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943 que trae una sanción de seis meses a seis años de prisión.

"Se trata de un individuo joven que delinque por primera vez y cuya conducta anterior fue siempre buena, que confesó su delito y reparó casi en su totalidad el valor de lo hurtado, circunstancias éstas que obligan a fijar la pena en el mínimo, siendo así que no concurren otras de mayor peligrosidad.

"Pero como el delito fue cometido de noche, aquel mínimo se aumentará en dos veces más, según el numeral 4º del artículo 398 del C. Penal. A su vez estos ocho meses de prisión sufrirán una rebaja en la mitad, como lo dispone el artículo 429 ibídem, por haber restituído o indemnizado el procesado los perjuicios causados con su delito.

"Y de acuerdo con jurisprudencia de este H.

Tribunal, en el sentido de no poderse imponer pena de prisión menor de seis meses, esos cuatro meses de prisión se sustituyen por arresto en la proporción determinada en el artículo 60 del C. Penal, lo que arroja una pena de seis meses de arresto".

Sostiene el demandante, y en ello lo acompaña el señor Procurador, que el Tribunal aplicó indebidamente al caso el artículo 60 del Código Penal, pues no era procedente la conversión de penas, por tratarse de un solo delito.

Como consecuencia del reconocimiento del apoyo jurídico de la demanda en esa parte nada más, el Jefe del Ministerio Público pide que se case la sentencia acusada y se condene a Edgardo Muñoz a la pena principal de cuatro meses de prisión más las accesorias respectivas, como responsable del delito de hurto.

Se dice **en esa parte nada más,** porque la Procuraduría no acepta la otra pretensión del actor, quien cree que es pertinente el artículo 400 del Código de las penas, según el cual, cuando el valor de lo hurtado sea inferior a doscientos pesos y las circunstancias personales del responsable no revelen mayor peligrosidad, **puede** el Juez reducir la pena hasta la sexta parte del mínimo correspondiente.

Mas la Procuraduría rebate el argumento con esta razón indiscutible: que la cuantía de lo hurtado se fijó en más de doscientos pesos.

Se considera:

El artículo 60 del Código Penal dispone que cuando al individualizar las sanciones haya que sustituír una privativa de la libertad por otra de la misma especie, hacer cómputos o determinar proporciones, tres días de arresto equivalen a dos de prisión y tres de ésta a dos de presidio.

Pero esta operación sólo es conducente cuando resulte necesario hacerla. ¿Y cuándo es necesario? Unicamente cuando a un procesado hay que imponerle por varios hechos sanciones de diversa calidad.

Si para no quebrantar el artículo 45 del Código Penal (sobre duración de las penas) se hace uso de las reglas de que trata el artículo 60, pues sencillamente se cae en otro quebrantamiento, éste sí mayor, porque el artículo o artículos que fijan las sanciones para cada delito son normas especiales, de obligada aplicación a un caso concreto y determinado en el proceso penal. Y con aquel procedimiento, que pretende salvar pautas generales de la ley, no se libra ésta, en lo que tiene de más intocable, y, de contera, se afecta el derecho del procesado, cuya situación resulta inesperadamente agravada.

Se dice agravada, porque al reo, en cuanto a penas privativas de la libertad, le interesa casi exclusivamente la cantidad más que la calidad. La interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, consecuencia de las de presidio y prisión —que dejaría de imponerse al convertir en arresto lo que la ley manda que sea prisión— esa accesoria, por más que sea algo así como una **capitis diminutio** y que se confunde con la duración de la pena principal, cuenta mucho menos para el delincuente que el aspecto cronológico de la sanción.

Este es precisamente un caso de indebida aplicación de la ley penal por error en su interpretación. Lo cual quiere decir que la causal 1ª (artículo 567 del Código de Procedimiento Penal) en cuyo enunciado se comprenden en forma algo redundante, según en otras ocasiones se ha dicho, como motivos de casación el error en la exégesis de la ley penal o su indebida aplicación, con lo cual se viola la misma, está probada y así debe reconocerse.

La otra petición del demandante carece por completo de respaldo.

Sostiene él, en contra de lo que el proceso establece, puesto que tanto en el auto de proceder como en las demás providencias cardinales del juicio, la cuantía quedó inmodificablemente señalada en la suma de $ 278.40, que "el valor de lo hurtado es inferior a doscientos pesos".

No habría más qué decir a propósito de esta solicitud. Pero quiere la Sala hacerle un breve comentario a esta parte de la demanda:

Dice su autor que en casos tales (cuando la cuantía de lo hurtado no pasa de doscientos pesos), la pena "debe rebajarse" en la proporción indicada en el artículo 400 del Código Penal.

Con ese aserto plantea una cuestión que es conveniente aclarar. Porque el demandante afirma que cuando concurren en el hecho las condiciones del artículo 400, el Juez está obligado ("debe rebajar") a hacer la reducción allí prevista.

Pero ocurre que el artículo emplea otro verbo distinto. 'Puede el Juez reducir la pena", dice, y no "debe el juez...".

Es decir, que la ley faculta al Juez, mas no le ordena. Y en ese campo la casación no puede actuar. No puede actuar, porque este recurso ex

traordinario busca reponer el imperio legal, señalando el quebrantamiento a un mandato de la ley. Pero en donde ella no ordena sino que permite ese mínimo de libertad atribuído al juez, que no es ya ni debe ser un fonógrafo mecánico colocado frente a una norma inflexible, como dijera Ferri, no hay ciertamente detrimento de la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

1º INVALIDASE la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el veintiocho de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, en cuanto impone a Edgardo Muñoz seis meses de arresto; y

2º CONDENASE al mencionado Edgardo Muñoz, con aplicación de las disposiciones tenidas en cuenta por el Tribunal fallador, menos el artículo 60 del Código Penal, y como responsable del delito de hurto, a cuatro meses de prisión, la cual se declara cumplida en detención preventiva; a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo; a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; y al pago de los perjuicios causados con la infracción.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CONDICIONES PARA QUE HAYA LEGITIMA DEFENSA. — PRUEBA DEL E TADO CIVIL EN MATERIA PENAL

1. — Según nuestro Código un hecho de apariencia delictuosa por estar prohibido por la ley se justifica, si se ha realizado para tutelar la vida, el honor o los bienes, puestos en peligro por la violencia actual e injusta de otro, pero siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Muchas teorías se han formulado para darle fundamento a esta causa de justificación. Entre ellas destaca Cuello Calón, por su buen sentido, la de la Escuela Clásica, que encuentra su base en la necesidad: "Ante la imposibilidad momentánea en que el Estado se encuentra de evitar la agresión injusta y de proteger al injustamente atacado, es justo y lícito que éste se defienda. La defensa privada, según esta teoría, viene a ser un sustitutivo de la defensa pública cuando la necesidad lo exige". (Derecho Penal, 7ª edic. página 358). La Escuela Positiva coincide en este pensamiento diciendo qué quien se defiende sustituye momentáneamente y coadyuva la potestad represiva del Estado "a causa de la necesidad del instante"; pero la apoya principalmente en los "motivos legítimos de conservación propia o ajena" frente al injusto agresor. (Ferri, Principios, página 437).

Bien conocidas son las condiciones de la legítima defensa, iguales en el fondo en los códigos, aunque unos las especifican o detallan más que otros: que haya una violencia o ataque para un derecho jurídicamente protegido; que esa violencia sea actual o inminente y, además, injusta y, en fin, que la defensa sea proporcionada a la agresión. La violencia, ataque o agresión debe ser actual, o sea, inminente, pues antes de aparecer no es necesaria y una vez que el peligro ha cesado resulta superflua. Ha de ser también injusta, pues no puede haber defensa legítima contra quien actúa en ejercicio de una facultad o en cumplimiento de un deber. Y tiene también que ser proporcionada la defensa ya que, según lo dicho, lo que la ju tifica es la necesidad de repeler la vi lencia o peligro, necesidad que no autori sino para ejecutar lo necesario y suficie en orden a conseguir ese resultado, p nada más.

El provocador no puede alegar la legíti defensa, pues con su acto propio reprobab o antijurídico viene a ser el autor del da que la reacción del provocado puede ocas nar. A no ser que éste reaccione en for notoriamente desproporcionada, como en ejemplo que trae Ferri del injuriado de p labra que resuelva matar al ofensor, caso que no podría negarse a éste la facultad repeler la reacción desmedida de que es o jeto. Y en cuanto a la riña ha dicho la Co te que excluye la legítima defensa, pues pelea o combate que significa requiere los contrincantes el propósito de empl la violencia para lesionar al otro, mient que la defensa, para ser legítima, de su tiene que excluír esa intención de ocasion daño, ya que con ella sólo se pretende tutela del derecho propio. Pero también d be admitir la hipótesis de que uno de l empeñados en la lucha cambie sustancia mente sus condiciones, rompa la contin dad de los actos, como dice Carrara, p entonces "puede subsistir la excusa del ligro sobreviniente". (Programa, vol III, 297).

2.—La prueba del estado civil no pu ser tan rigurosa en lo penal como en lo vil, porque no se exige para poder contr determinadas obligaciones o ejercitar c tos derechos, sino como un hecho que, obra de la misma naturaleza o de las culaciones que el matrimonio apareja, pone deberes de respeto recíproco e los parientes o allegados. En el ramo nal basta, pues, la certeza de que el a de un delito tenía conocimiento claro y ciso del vínculo que lo unía con su vict

pues puede darse por demostrado el parentesco por medios comunes, distintos de los que exige la ley civil, que no exige la ley penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 9 de septiembre del año pasado, condenó a José Miguel Luque Miranda a la pena principal de dos años de presidio y multa de doscientos pesos, más las accesorias legales, como autor del delito de lesiones personales causadas a su hermano Alcides Luque Miranda, en el caso de una riña imprevista.

En la misma sentencia, aunque en forma condicional, Alcides fue condenado a la pena principal de cuarenta días de arresto y cinco pesos de multa, más las que el Juez creyó convenientes para la suspensión de la condena, por las lesiones que, a su vez, le ocasionó a Miguel.

El defensor de este último interpuso el recurso de casación e invoca como causales la primera y la segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que se estudiarán en orden inverso, por el efecto que pueden tener.

Hechos: El Tribunal, en el fallo que es objeto del presente estudio, hizo una relación de los hechos, sobre la cual ha basado su demanda el representante legal del procesado.

Según esa relación, en las primeras horas de la noche del 24 de agosto de 1941, los hermanos Miguel y Alcides Luque Miranda se dedicaban a tomar bebidas embriagantes en la tienda de Rafaela Castañeda, de la jurisdicción del Municipio de Tenjo y ubicada en la vereda de Santa Cruz, del mismo lugar.

Sin causa alguna Miguel Luque le dió un empujón a Nemesio Amórtegui, persona inválida, a quien hizo caer sobre un escaño que había dentro de la venta. Este proceder fue reprobado por Alcides Luque y a causa de ello se produjo entre los hermanos una discusión que degeneró en vías de hecho, pues se atacaron mutuamente a pescozones y cayeron al suelo en la lucha, Miguel debajo de Alcides. Los presentes lograron separar a los contendores, sin que el incidente hubiera tenido consecuencias para ninguno de los dos.

Pocos momentos después se hallaba Alcides Luque en uno de los extremos de la tienda e intempestivamente su hermano Miguel se le fue encima y le dió un nuevo golpe, se trabaron en riña de nuevo y cayeron al suelo, otra vez Miguel debajo de Alcides. En esta nueva riña los dos hermanos se agredieron mutuamente y resultaron lesionados ambos, Miguel con algunas heridas contusas y rasguños y Alcides con una herida en el ojo izquierdo, que le produjo la pérdida de éste.

Hecha esta relación, debe procederse a estudiar las causales invocadas por el recurrente.

Causal segunda: errada interpretación o apreciación de los hechos.

Dice el demandante que tanto en el fallo de primera instancia como en el de segunda se negó el fenómeno de la legítima defensa, con el pretexto de que faltaba el elemento de la injusticia de la violencia, por cuanto Miguel Luque Miranda se situó desde el principio en posición antijurídica, pues fue él quien mediante la agresión que le hizo a Nemesio Amórtegui ocasionó la protesta de Alcides en su favor y dió así origen al desarrollo de la riña. Pero que eso no es así y en pro de su tesis alega estas circunstancias:

En primer lugar, el empujón que Miguel le dió a Nemesio fue involuntario, sin intención dolosa, debido al estado de embriaguez en que aquél estaba. Lo más que pudiera admitirse sería que ese acto inicial fue una chanza pesada y de mal gusto, pero frecuentes entre personas de poca cultura, como es el procesado. De todos modos, quedaría una duda que es preciso resolver favorablemente al culpable.

En segundo lugar, no está probado que Alcides hubiera sido atacado por Miguel por la protesta que hizo aquél por el atropello de que éste hacía víctima a Octavio Amórtegui, pues los testigos toman como punto inicial de sus declaraciones la lucha que los Luque sostenían, pero sin determinar quién fue el que dió el primer golpe.

Y, en tercer lugar, el Tribunal afirma que Miguel hirió a Alcides en la segunda etapa de la lucha, pero claramente se deduce del dicho de Antonio Rodríguez (folio 101) que el acusado lesionó a su hermano en la primera "cuando éste lo tenía debajo y casi estrangulado y no en la se-

gunda, y de acuerdo con la prueba procesal, la primera etapa de la lucha la inició Alcides y en ella no solamente hirió a Miguel, sino lo acuelló tratando de estrangularlo".

Sobre estas circunstancias de hecho fundamenta su tesis de que el procesado obró en legítima defensa, no sin advertir que no cabe hablar de exceso, porque la situación de angustia y peligro no le permitía calcular las consecuencias más o menos dañosas de su reacción, sino apelar instintivamente a los medios a su alcance para quitarse de encima a quien lo estaba ahogando con las manos, tesis que encuentra explicación científica en el concepto pericial de los médicos legistas.

Se considera:

Según nuestro Código, un hecho de apariencia delictuosa por estar prohibido en la ley penal se justifica, si se ha realizado para tutelar la vida, el honor o los bienes, puestos en peligro por la violencia actual e injusta de otro, pero siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Muchas teorías se han formulado para darle fundamento a esta causa de justificación. Entre ellas destaca Cuello Calón, por su buen sentido, la de la Escuela Clásica, que encuentra su base en la necesidad: "Ante la imposibilidad momentánea en que el Estado se encuentra de evitar la agresión injusta y de proteger al injustamente atacado, es justo y lícito que éste se defienda. La defensa privada, según esta teoría, viene a ser un sustituto de la defensa pública cuando la necesidad lo exige" (Derecho penal, 7ª edición, página 358). La Escuela Positiva coincide en este pensamiento diciendo que quien se defiende sustituye momentáneamente y coadyuva la potestad represiva del Estado "a causa de la necesidad del instante"; pero la apoya principalmente en los "motivos legítimos de conservación propia o ajena" frente al injusto agresor. (Ferri, Principios, página 437).

Bien conocidas son las condiciones de la legítima defensa, iguales en el fondo en los códigos, aunque unos las especifican o detallan más que otros: que haya una violencia o ataque para un derecho jurídicamente protegido; que esa violencia sea actual o inminente y, además, injusta; y, en fin, que la defensa sea proporcionada a la agresión.

La violencia, ataque o agresión, debe ser actual, o sea, inminente, pues antes de aparecer no es necesaria y una vez que el peligro ha cesado resulta superflua. Ha de ser también injusta, pues no puede haber defensa legítima contra quien túa en ejercicio de una facultad o en cumplimi to de un deber. Y tiene también que ser prop cionada la defensa, ya que, según lo dicho, lo q la justifica es la necesidad de repeler la violen o peligro, necesidad que no autoriza sino pa ejecutar lo necesario y suficiente en orden a co seguir ese resultado, pero nada más.

Se han propuesto en la demanda dos prob mas, que vienen a ser dos aspectos de la misi cuestión: si el provocador puede alegar la legíti defensa, y si la riña y la legítima defensa se e cluyen. La Sala dará las soluciones más acep das, no sin advertir que las figuras o hipóte de la ley no presentan en la realidad una nitid que permita aplicarlas a todos los casos sin ter en cuenta las modalidades peculiares de cada u

En cuanto a la provocación debe admitirse q si una de las condiciones de la legítima defensa la de constituír una reacción contra una viole cia injusta, el provocador no puede invocar pues con su acto propio reprobable o antijurídi viene a ser el autor del daño que la reacción d provocado puede ocasionar. A no ser que éste rea cione en forma notoriamente desproporciona como en el ejemplo que trae Ferri del injuria de palabra que resuelva matar al ofensor, caso que no podría negarse a éste la facultad de repel la reacción desmedida de que es objeto.

Y en cuanto a la riña ha dicho la Corte q excluye la legítima defensa, pues la pelea o co bate que significa requiere en los contrincan el propósito de emplear violencia para lesion al otro, mientras que la defensa, para ser legítim de suyo tiene que excluír esa intención de o sionar daño, ya que con ella sólo se pretende tutela del derecho propio. Pero también cabe a mitir la hipótesis de que uno de los empeñados la lucha cambie sustancialmente sus condicion rompa la continuidad de los actos, como dice C rrara, pues entonces "puede subsistir la excusa peligro sobreviniente" (Programa, vol. I, núm 297).

Viniendo al caso concreto, ha de rechazarse versión que de los hechos da Alcides (folios 1, vuelto y 95) diciendo que después de un prim incidente y cuando estaba retirado de Miguel sujeto por Eulogio Castañeda, Cupertino Luq y Antonio Rodríguez, su hermano lo había he do en el ojo izquierdo. Pues este relato no lo c firma nadie, ni siquiera Antonio Rodríguez, es el declarante más favorable a sus pretensior

Tampoco juega un papel decisivo la provocación consistente en el empujón que Miguel le dió a Nemesio Amórtegui, por no haber sido causado a Alcides y no constituír por ello agravio u ofensa para éste, en una palabra, no fue una provocación. Y no resulta fácil, de otro lado, saber quién fue el iniciador de la pelea a puñetazos, pues los testigos no declaran sobre el particular y los contrincantes, como es obvio, dan versiones encontradas favorables a sus intereses.

Lo que surge en forma clara de los dichos de los testigos es una riña imprevista, nacida al calor de las bebidas embriagantes y a la cual sirvió de pretexto el incidente del empujón de que se habló en el párrafo anterior.

Nemesio Amórtegui, después de contar cómo Miguel Luque le había dado un empellón que lo había hecho caer a tierra contra un escaño, que dió motivo a que Alcides lo reprendiera, añade: "A otro momento tan sólo me dí cuenta que Alcides y Miguel estaban agarrados en lucha y cayeron al suelo y en seguida después ví que Alcides fue el primero en levantarse y ya dijo que Miguel le había sacado un ojo". (f 7).

Antonio Rodríguez, en una primera declaración, da cuenta de dos incidentes y dice que fue en el segundo cuando Alcides rogó que le sacaran de debajo a Miguel "porque le había sacado un ojo". (f. 8).

Al recibirle indagatoria (f. 101) cambia un poco su relato para explicar que estaba adentro o al otro lado del mostrador de la tienda y que cuando dió a los Luque fue agarrados y que al separarlos "ya estaban ambos heridos", y agrega que después "no se volvieron a agarrar".

Una vez más declara Rodríguez en agosto de 1945 y dice que no se dio cuenta "sino de un solo garrón" y que cuando levantó a Alcides, que estaba sobre Miguel, le dijo aquél "que mirara cómo le había dañado la vista" (f. 154 vuelto).

Luis Eduardo Vargas vió cuando los dos hermanos "estaban agarrados peleando y caídos en tierra" (f. 13), nada más.

Guillermo Bulla presenció cuando Miguel empujó a Amórtegui y cuando por eso se trabó la molestia "y se agarraron en lucha cayendo al suelo" (f. 14), momento en que el testigo se ausentó del lugar.

Rafaela Castañeda de Forero afirma que Miguel provocaba la molestia y que "de un momento a otro se agarraron ambos (Miguel y Alcides) y cayeron prendidos al suelo", y cuando se levantaron estaban heridos.

Los demás declarantes no fueron presenciales de los hechos (folios 6, 11v. y 153, 14 y 154).

La tesis de la legítima defensa que, como ya se explicó, se hace consistir en que Miguel hirió con una navaja a Alcides cuando éste lo tenía debajo y con las manos pretendía estrangularlo o ahogarlo, no tiene más respaldo que el dicho del recurrente. Y sobre ella debe anotarse que al preguntarle si juraba ese cargo, en la indagatoria rendida a los dos días del suceso, contestó: "A yo me parece que fue así, pero no recuerdo con precisión y tengo duda de que así haya sido, por esa razón, sabiendo la gravedad del juramento, no lo aseguro bajo esa gravedad, ni juro ese cargo". (f. 2 vuelto).

Verdad es que los médicos legistas le encontraron a Miguel, no solamente equimosis y erosiones en la región órbito-nasal izquierda y equimosis subconjuntivales en el globo ocular del mismo lado, sino también "erosiones causadas posiblemente con uñas en la región cervical derecha" (f. 10). Pero en posterior dictamen, en que aceptan que es verosímil que Alcides hubiera tratado de estrangularlo, aclaran que las contusiones y erosiones "también pudieron ser ejecutadas en otras circunstancias, pues no son signos exclusivos de estrangulación con las manos" (f. 152).

De esta suerte, es forzoso concluír que la legítima defensa no está suficientemente demostrada, ni siquiera admitiéndola doctrinalmente, pues es discutible, en el caso excepcional de que se habló antes de estudiar las pruebas del expediente.

Por tanto, la causal segunda debe desecharse.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal.

Dice el recurrente que el Tribunal consideró que Miguel Luque era responsable de unas lesiones que habían dejado una perturbación funcional permanente (artículo 374, inciso segundo, del Código Penal), como causadas a un hermano legítimo (artículo 379), pero en una riña imprevista (artículo 384). Y que el parentesco, que obliga al aumento de una tercera parte de la pena en su máximo, no está probado, porque el estado civil debe acreditarse con las partidas de estado civil y, excepcionalmente, con prueba supletoria. En el caso, falta la partida de matrimonio de los padres de Alcides y Miguel Luque.

Se considera:

En el expediente no sólo figuran las copias de las actas de nacimiento de Miguel y Alcides, cómo hijos de los mismos padres, sino que ambos reconocen su calidad de hermanos legítimos y por tales los tienen los declarantes. Solamente se echa de menos la copia del acta de matrimonio de sus padres.

Pero la prueba del estado civil no puede ser tan rigurosa en lo penal como en lo civil, porque no se exige para poder contraer determinadas obligaciones o ejercitar ciertos derechos, sino como un hecho que, por obra de la misma naturaleza o de las vinculaciones que el matrimonio apareja, impone deberes de respeto recíproco entre los parientes o allegados. En el ramo penal basta, pues, la certeza de que el autor de un delito tenía conocimiento claro y preciso del vínculo que lo unía con su víctima, pues puede darse por demostrado el parentesco por medios comunes, distintos de los que exige la ley civil, que no exige la ley penal.

Tal es también el pensamiento del Ministerio Público, que cita en apoyo de su argumentación doctrinas de esta Sala de la Corte.

En consecuencia, la causal primera tampoco puede prosperar.

Resolución: 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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Gutiérrez Anzola. — **Francisco Bruno.**—**Agustín Gómez Prada.** — **Ricardo Jordán Jiménez.**— **Domingo Sarasty M.**—**Julio E Argüello R.**, Srio.

ABUSO DE FUNCIONES. — ABUSO DE AUTORIDAD. — DETENCION ARBITRARIA

1.—En el artículo 295 del Código Penal se hallan incluídos todos los elementos del abuso de funciones. Pero no debe confundirse este elemento con el simple abuso de autoridad, sancionado en el Código en el artículo 171. Es cierto que ambos actos provienen de un funcionario público y se basan en la arbitraria aplicación de la ley, formal y esencialmente. La diferencia subsiste, en cuanto el abuso de funciones del artículo 295 se refiere concretamente a la libertad individual, esto es, al bien jurídico tutelado de la autonomía personal para que el ciudadano goce de su libre movimiento y no sea atacado su derecho por parte de los agentes del Estado. En cambio, en el abuso de autoridad, simplemente considerado, es decir, en forma genérica, el bien jurídico tutelado ya no es la libertad del individuo, sino el de la administración de justicia o pública, que en determinados casos puede ser vulnerada o violada su recta práctica por actos de los funcionarios que sólo dañan o tienen su efecto dentro de la estricta esfera de la gestión de los órganos del Estado.

2.—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, esto es, caprichosa o arbitrariamente, dando pábulo a una simple animadversión personal, 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. Es necesario aclarar que la locución "detención arbitraria que le dió el legislador a esta infracción se refiere al hecho material de aprehender a un individuo, esto es, de detenerlo, de paralizarlo, en el ejercicio normal de su libertad de acción y movimiento; puede afirmarse que este hecho se envuelve siempre bajo el fenómeno de la captura. Con este hecho material se consuma la acción delictuosa; y no importa que él tenga como fin detener provisionalmente dentro de un proceso penal o capturar para los fines de los artículos 346, 379 y 384 del Código de Procedimiento Penal, o el de imponer una pena de arresto, de las que han sido deferidas a los funcionarios administrativos, o el de sancionar con pena de prisión, como puede hacerlo un funcionario judicial. En estos casos, si se llenan los tres elementos del artículo 295 del Código Penal, se tendrá perfeccionado el delito de detención arbitraria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre doce de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

Vistos:

El doctor Carlos Reyes Posada, defensor del Mayor Sergio Leyva Arciniegas, ha solicitado se reponga el auto de enjuiciamiento de fecha febrero cuatro del presente año dictado por el delito de detención arbitraria en contra de su defendido, o se cambie la denominación del delito, llamándolo por el capítulo sexto del Título III del Libro II del Código Penal.

El recurrente expone como fundamento de su petición los siguientes argumentos:

Los elementos integrantes del delito de detención arbitraria, en el presente caso, los ha establecido la Corte en la carencia de las formalidades prescritas por la ley, (artículo 310 del C. P. y M.), y por tanto, no se puede cobijar esa calificación bajo el mote de "abuso de funciones" (artículo 295 del Código Penal, que es el directamente imputado por la Corte al enjuiciado) porque según el contenido de la doctrina del derecho penal —Código Penal Italiano de 1889, artículo 147— las dos fórmulas propuestas son sustancialmente diferentes.

Cita el querellante una explicación del comentador Manzini, sobre la diferencia anotada, y deduce que el Legislador nuéstro no incluyó en el artículo 295 el caso de carencia de las formalidades prescritas por la ley, fenómeno que —por ejemplo— sí previó en el artículo 301, de la misma obra, que dice: "Al que por medio de artificios o engaños obtenga que se recluya en un asilo a una persona, haciéndola pasar por alienada, a sabiendas de su "sanidad mental, se le impondrá, arresto de un mes a un año".

Termina sosteniendo el memorialista que el dolo no se presume en todos los casos del artículo 295 del Código Penal, puesto que para que ese fenómeno exista en el delito anotado, se requiere que el funcionario público obre voluntariamente en la ilegítima privación de la libertad —como en el caso que se estudia— a sabiendas de que obraba sin las formalidades prescritas por la ley, y éste elemento a sabiendas sólo puede predicarse de los funcionarios públicos idóneos, como los abogados, más no puede presumirse en un militar que ocasionalmente llegó a aquel cargo, sin tener conocimientos jurídicos.

La Sala observa:

El canon constitucional número 23 del título III que habla de los derechos civiles y garantías sociales, dice:

"Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

"En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial".

Para sustentar con claridad el estudio que desea exponer la Sala, toma del artículo transcrito los siguientes elementos, pertinentes a este negocio. Ellos son: "Nadie podrá 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".

En estos términos se expresa por la Carta Fundamental uno de los derechos primordiales del hombre o sea el de la garantía de su libertad individual. Para salvaguardiar tan sagrado bien, el Código Penal, incluyó en su cuerpo varios textos legales, con el objeto de ampararlo como un bien jurídico autónomo, y los colocó bajo el título XI, y con el mote de "Delitos contra la libertad dividual y otras garantías".

En este título se hallan discriminados ocho pítulos, cada uno de ellos atinente a la calidad la agresión y a las personas que pueden ser jetos activo y pasivo de tales infracciones.

En el título XI, capítulo II, denominado "tención arbitraria" se incluye el artículo 295, a la letra dice:

"Al funcionario o empleado público que al sando de sus funciones prive a alguno de su bertad, se le impondrá prisión de seis meses dos años".

¿Cuál es el contenido de este artículo? En mer lugar es necesario observar que el bien rídico tutelado es el de la libertad individual. segundo término, la violación al derecho tiene sujeto activo un funcionario o empleado públi En tercer lugar, que la acción sea un abuso funciones.

¿Por qué medios puede atacarse la libertad dividual, o cómo dice el Código, privar a algu de su libertad? Por medio de la aprehensión p sonal del sujeto, o del ejercicio de la fuerza blica sobre el mismo, por orden del funcionar sin que la privación de la libertad tenga fun mentos jurídicos ni se acomode a las fórmulas gales.

¿En qué casos puede privarse de la liber a un ciudadano, dentro del marco del artículo se estudia? Para cumplir los siguientes fenón nos: a) o para sancionarlo, imponiéndole una pe de arresto o prisión; b) para detenerlo prever vamente, con la mira de asegurar la posterior ción de la ley penal, si resultaren ciertos los c gos que se le imputan en un proceso penal. tal manera, que por parte de un funcionario blico sólo hay un medio físico exterior de pri de la libertad: la aprehensión material del suj pasivo, esto es, la captura; y sólo para cump estos fines jurídicos: o el de aplicar una sanc —prisión o arresto— o el de ejercitar una acc procesal y preventiva que se descompone en siguientes casos: a) detención provisional en proceso penal; b) captura del delincuente **in** **granti**; c) captura del sindicado, requerido por funcionario, que no comparece a rendir indá toria (art. 346, C. de P. P.); y d) captura de malhechor, cuando ha sido requerido por la au ridad competente en forma pública (art. 384 C. de P. P.).

Ahora bien: ¿en qué consiste el elemento a

so de funciones, dentro del artículo que se estudia? Este elemento contiene el fenómeno específico de la acción dolosa del funcionario público. Abuso de funciones significa usar de las funciones legales que le han sido encomendadas por su competencia, en forma arbitraria.

Se obra en forma arbitraria de las funciones sobre una base contraria a la ley, 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 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 aquellos 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 se 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, que 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 ella 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 revelarse contra la determinación que lo priva de su sagrado bien y le exige al Estado la responsabilidad de su acto arbitrario.

En el artículo 295, se hallan incluídos todos los elementos del abuso de funciones. Pero no debe confundirse este elemento con el simple abuso de autoridad, sancionado en el Código en el artículo 171. Es cierto que ambos actos provienen de un funcionario público y se basan en la arbitraria aplicación de la ley, formal y esencialmente. La diferencia subsiste, en cuanto el abuso de funciones del artículo 295 se refiere concretamente a la libertad individual, esto es, al bien jurídico tutelado de la autonomía personal para que el ciudadano goce de su libre movimiento y no sea atacado su derecho por parte de los agentes del Estado. En cambio, en el abuso de autoridad, simplemente considerado, es decir, en forma genérica, el bien jurídico tutelado ya no es la libertad del individuo, sino el de la administración de justicia o pública, que en determinados casos puede ser vulnerada o violada su recta práctica, por actos de los funcionarios que sólo dañan o tienen su efecto dentro de la estricta esfera de la gestión de los órganos del Estado.

Por tanto, en el presente caso, no valen las objeciones del señor defensor, de que en el artículo 295, no está incluído el evento del abuso de funciones por falta de las formalidades legales. Si ya se ha visto, que la expresión procedimental, el ritmo externo escrito, es de una importancia capital para la aplicación del derecho, el pretermitir una formalidad legal, es vulnerar la garantía de la legitimidad del acto en el cual deposita el ciudadano su confianza de rectitud y conformidad con la ley.

De consiguiente, 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, esto es, caprichosa o arbitrariamente, dando pábulo a una simple animadversión personal o a un interés venal, o a pesar de obrar de acuerdo con el derecho y teniendo fun-

damentos 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.

Es necesario aclarar que la locución "detención arbitraria" que le dió el Legislador a esta infracción se refiere al hecho material de aprehender a un individuo, esto es, de detenerlo, de paralizarlo, en el ejercicio moral de su libertad de acción y movimiento; puede afirmarse que este hecho se envuelve siempre bajo el fenómeno de la captura. Con este hecho material se consuma la acción delictuosa; no importa que él tenga como fin detener provisionalmente dentro de un proceso penal o capturar para los fines de los artículos 346, 379 y 384 del Código de Procedimiento Penal, o el de imponer una pena de arresto, de las que han sido deferidas a los funcionarios administrativos, o el de sancionar con pena de prisión, como puede hacerlo un funcionario judicial.

En estos casos, si se llenan los tres elementos del artículo 295 del Código Penal, a que se ha hecho mención, se tendrá perfeccionado el delito de detención arbitraria.

Aplicando las consideraciones expuestas, al caso concreto del Mayor Sergio Leyva Arciniegas, se observa que en su acto —el cual la Corte ha calificado de delictuoso— se llenan los tres elementos estructurales del reato de detención arbitraria: a) El sindicado privó de la libertad individual a Luis Romero Freyle ordenando recluírlo material y físicamente, por medio de la acción de la policía, dentro de un establecimiento carcelario. b) Esta decisión la tomó con el objeto de aplicarle una sanción de arresto, para lo cual estaba autorizado por el Código Político y Municipal. Hasta aquí la acción del sindicado se desenvuelve dentro de las normas legales. c) Pero el Mayor Sergio Leyva Arciniegas, abusó de sus funciones, usó indebidamente de ellas, al atentar contra la garantía de la legitimidad de su acto, al ordenar el arresto de Romero Freyle, violando la ley procedimental que le ordenaba notificar antes de su decisión al sancionado, con el objeto de que él se diera cuenta de su situación y pudiera, conforme a la ley, interponer los recursos que ésta le concedía para su defensa.

Tampoco es valedero el argumento esgrimido por el señor defensor, consistente en que no está probado el dolo en la infracción aludida. 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 en sus manos la potestad soberana de la República de ejercer rectamente sus funciones y, por 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. Máxime, como en el presente caso, cuando en la misma resolución, en la cual se fundamenta para determinar la sanción, se citan las disposiciones procedimentales de las cuales se deducía su obligación de ajustarse a la ley.

En mérito de todas las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO REPONE el auto de fecha cuatro de febrero del presente año, por medio del cual se ordenó llamar a juicio al Mayor Sergio Leyva Arciniegas, por uno de los delitos del Título XI, Capítulo II, Libro 2º del Código Penal y, por tanto, deja en firme su anterior providencia.

Cópiese, notifíquese y póngase en conocimiento personal del enjuiciado y de su defensor.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — **Francisco Bruno Agustín Gómez Prada.**—**Ricardo Jordán Jiménez Domingo Sarasty M.**—**Julio E. Argüello, Srio.**

IMPEDIMENTOS

Tratándose de un auto de detención o del auto en que aquél se revoca o confirma, el hecho de haber dictado tales autos no constituye el elemento "haber emitido opinión" de que habla la causal 4ª del artículo 73 del C. de P. P. Así, pues, en ese caso no hay impedimento para conocer del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre doce de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

Vistos:

El doctor Cayetano Rengifo Illera, Magistrado del Tribunal Superior de Buga, se declara impedido para conocer del proceso seguido en contra de Teodoro Antonio Aragón Vivas, "por haber emitido su opinión" cuando ejercía las funciones de Juez del Circuito, fundándose en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Su impedimento no fue aceptado por los restantes miembros de la Sala, por lo cual la Corte debe decidirlo definitivamente.

El señor Magistrado Rengifo Illera, expone lo siguiente:

"Aun cuando la providencia que se revisa por esta Sala no fue dictada por el suscrito magistrado (causal 7ª, del art. 73 del C. de P. P.), sí consta en los folios procesales que intervino durante el período de investigación y en distintas ocasiones fueron emitidos conceptos fundamentales que hoy justifican la causal de recusación o impedimento (véase auto de detención de folios, 41, 42 y 42 v., auto que negó la excarcelación de folios 108, 109, 110, 111 y 112). De otro lado, entiende el suscrito que el impedimento que se declara, tiene apoyo legal en la causal 4ª del art. 73, que, en su parte pertinente dice: "O haber manifestado opinión sobre el asunto materia del proceso". La Sala en anterior providencia, expresó que "la opinión sobre el asunto materia del proceso —que la ley enuncia "como materia de recusación o impedimento— no se limita a la emitida fuera de la función jurisdiccional, sino que comprende los actos jurisdiccionales cuya validez presupone un racionamiento, una deducción, un juicio, es decir, una opinión o concepto fundados en el análisis y apreciación de los elementos jurídicos que esos actos integran y componen".

Y agregó: "Típica de esos actos jurisdiccionales es la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, por cuanto implica un proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades del delito y, en la mayoría de las veces la parte fundamental de la sentencia recurrida.

Esta doctrina de la Corte, relacionada con un impedimento que manifestó un magistrado de la Sala, al firmar el auto de proceder en el proceso recurrido en casación ante la Corte, vuelve a ser ratificada dentro del marco y contenido ya expresados.

Sin embargo, estudiando el caso presente, la Sala advierte que tratándose de un auto de detención o de la providencia en la cual aquél se revoca o confirma, el hecho de haber dictado tales autos, no constituye el elemento "haber emitido opinión" de que habla la causal 4ª del art. 73 del C. de P. P.

Los elementos de análisis y apreciación de los fenómenos jurídicos que se requieren para sustentar un auto de esta clase, son diferentes a los exigidos para fundamentar el auto de proceder. En el primer caso, el ánimo del Juez, su conciencia y su decisión no se comprometen a fondo, pues tratándose de una medida de orden meramente preventivo, su fundamento puede ser revocado por pruebas posteriores que lo decidan a infirmar su anterior providencia. En cambio, tratándose de auto de proceder, cualquier opinión que el juzgador tome al respecto conlleva a un proceso de análisis y de síntesis de los elementos constitutivos del cuerpo del delito y modalidades del mismo, que presupone definida posición de su ánimo para llamar al procesado a responder por un pliego de cargos que debe estructurar según

su criterio jurídico, todo ello basado sobre el diverso conjunto probatorio.

De consiguiente, por el hecho de haber dictado o conocido de autos, en el sumario, con carácter jurisdiccional, no puede decirse que quede inhibido el funcionario para conocer del proceso posteriormente, a excepción del auto de proceder o del que lo revoca o confirma, el cual sí compromete su opinión, como bien lo ha definido esta Sala.

En el caso de que se trata, el señor Magistrado Cayetano Rengifo Illera, no está impedido para conocer del proceso en contra de Aragón Vivas, por la circunstancia de haber dictado auto de detención y negado la excarcelación del sindicado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECIDE: que el señor Magistrado doctor Cayetano Rengifo Illera, no está impedido para conocer del proceso que cursa en contra de Teodoro Aragón Vivas, por el delito de homicidio imperfecto, ante el Tribunal Superior de Buga.

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

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — **Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.** — **Ricardo Jordán Jiménez.**— **Domingo Sárasty M.** — **Julio E Argüello, R.** Secretario.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LAS ACUSACIONES CONTRA LOS CONSEJEROS DE ESTADO

La Corte carece de competencia para juzgar a los Consejeros de Estado, porque las acusaciones contra estos funcionarios deben ser presentadas por la Cámara ante el Senado, previa la denuncia que ante la primera entidad puede hacer cualquier ciudadano (art. 579 del C. de P. P .). La Corte, en Sala Plena, no puede conocer de las causas contra los Consejeros de Estado sino cuando, por merecer pena distinta de la destitución del empleo o la suspensión o privación de los derechos políticos, los ponga el Senado a su disposición. Así se deduce de lo preceptuado en los artículos 46 de la ley 167 de 1941 (Código de lo Contencioso Administrativo), 20 y 29 del Código Judicial y concordantes de ellos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

El señor N. N. acusa a los Consejeros de Estado ue han conocido de los juicios relativos a unos scrutinios por haber revelado el contenido de los allos antes de su correspondiente publicación.

"De conformidad con el artículo 173 del Código enal Colombiano —dice el escrito de denuncia— ste hecho constituye un delito que tiene pena sealada en esa disposición, pues hasta el momento e la publicación de una sentencia los magistrados jueces, lo mismo que los secretarios respecti-os, tienen la obligación de guardar estrictamente serva sobre el sentido en que van a ser profedas tales decisiones".

Lo primero que debe examinar la Sala, antes de rir la investigación, es si tiene competencia para zgar a los Consejeros de Estado. Y estima que la tiene, porque las acusaciones contra estos ncionarios deben ser presentadas por la Cámaante el Senado, previa la denuncia que ante la primera entidad puede hacer cualquier ciudadano (artículo 579 del Código de Procedimiento Penal). La Corte, en Sala Plena, no puede conocer de las causas contra los Consejeros de Estado sino cuando, por merecer pena distinta de la destitución del empleo o la suspensión o privación de los derechos políticos, los ponga el Senado a su disposición. Así se deduce de lo preceptuado en los artículos 46 de la ley 167 de 1941 (Código de lo Contencioso-Administrativo), 20 y 29 del Código Judicial, y concordantes de ellos.

El artículo 46 de la ley 167 de 1941 dice que los Consejeros de Estado serán juzgados de la manera prevenida en los artículos 20 y 29 del Código Judicial: el primero, el 20, establece que es atribución del Senado en el ramo judicial entender en las causas de responsabilidad contra el Presidente de la República, los Ministros, los Magistrados de la Corte, el Procurador General y los Consejeros de Estado, y que el Senado debe poner a disposición de la Corte a dichos empleados si, por cargos de responsabilidad, merecen pena distinta de la destitución del empleo o de la suspensión o pérdida de los derechos políticos; y el segundo, el 29, dispone que la Corte Suprema, en Sala Plena, conoce privativamente de las causas de responsabilidad contra los funcionarios nombrados, y de las causas por delitos comunes contra los mismos cuando al tiempo de definirse el mérito del sumario estén en ejercicio de dichos empleos. Y este segundo artículo añade: "Para que la Corte conozca de los casos mencionados en este artículo, es preciso que haya precedido acusación públicamente admitida y que el Senado ponga al acusado a disposición de la misma Corte".

Cierto es que los artículos 96, 102 (ordinal 5º) y 151 (ordinales 1º y 2º) de la Constitución Nacional, no le atribuyen al Senado ni a la Corte Suprema de Justicia el juzgamiento de los Consejeros de Estado, y cierto también es que el artículo 136 de la anterior codificación constitucional, que dejaba a la ley el determinar lo relativo a la responsabilidad de los Consejeros de Estado, fue de-

rogado expresamente por el Acto Legislativo número 1º de 1945.

Pero no es exclusivo de la Carta señalar la competencia para juzgar a los funcionarios; la ley también puede señalarla, como se deduce de los artículos 26, 51 y 62 de la propia Constitución. Mejor dicho, la ley es la que, por regla general, debe señalar los jueces que deben juzgar a los ciudadanos en general y a los funcionarios en particular, según los preceptos que se dejan citados.

Pero se dirá que el incluír la Carta algunos altos funcionarios como que deben ser juzgados por el Senado mediante acusación de la Cámara, sin mentar a los Consejeros de Estado, significa la exclusión de estos últimos. A lo cual se contesta que si la inclusión de unos significa la exclusión de otros, por punto general, eso no sucede siempre, pues este principio debe aceptarse cuando la naturaleza de los preceptos así lo indique, pero no cuando ella lo rechace desde todo punto de vista, como aquí acontece.

En primer lugar, la Carta no trae solamente una clase de funcionarios que hayan de ser juzgados por el Senado, mediante acusación de la Cámara, la de los Ministros, por ejemplo, sino varias: el Presidente de la República, los Ministros, el Procurador, los Magistrados de la Corte, en una palabra, los altos funcionarios del Estado. Lo que significa que la excepción —que de una excepción se trata —no es tan circunscrita y única que el legislador se vea constreñido por el Constituyente para no extenderla a otro caso en que se contemplan iguales condiciones.

En segundo lugar, los Consejeros de Estado deben tener las mismas calidades que los Magistrados de la Corte (artículo 139 de la Constitución), lo que implica que deben gozar de los mismos derechos y prerrogativas que éstos (artículo 45 de la ley 167 de 1941), entre los cuales debe entenderse el de ser juzgados por la misma entidad que conoce de las causas contra los dichos Magistrados. Repugna que a los Consejeros hayan de enjuiciarlos quienes tienen igual categoría, tanto más cuanto que éstos deben decidir, fallar sobre la validez de las elecciones de los Magistrados de la Corte y de las elecciones que la Corte haga de Magistrados de Tribunales Superiores.

Ahora, siguiendo el mismo principio de que la inclusión de unos implica la exclusión de otros habría que decir que la Corte tampoco tiene facultad para conocer de las causas contra los Consejeros, porque en el artículo 151 de la Carta Fundamental no están comprendidos entre los funcionarios que deben ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia. De esta suerte, no habría juez que tuviera competencia para juzgar a los Consejeros de Estado, conclusión que resulta a todas luces inadmisible.

De tal manera que lo que en sana lógica se deduce es que, al derogar el Acto Legislativo número 1º de 1945 el artículo 136 de la anterior codificación constitucional, que le dejaba a la ley la facultad de fijar la competencia para juzgar por responsabilidad a los Consejeros de Estado, no por ello derogó implícitamente los preceptos legales que le atribuyen al Congreso esa facultad porque en general es la ley la que, según otras disposiciones constitucionales, debe señalar la competencia para juzgar a los ciudadanos y funcionarios, y la inclusión de algunos de estos últimos para ser juzgados por el Senado, hecha por la Carta, no implica la exclusión de otros de igual categoría.

Por lo tanto y de acuerdo con lo expuesto, es el Senado mediante acusación de la Cámara la entidad que debe conocer de las causas contra los Consejeros de Estado.

Por lo dicho, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que no es competente para conocer de esta denuncia criminal hecha contra los Consejeros de Estado. En consecuencia, devuélvanse las presentes diligencias al denunciante para lo que estime legal.

Cópiese y notifíquese.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — **Francisco Bru Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello. R., Sr**

CAUSAL CUARTA DEL ARTICULO 567 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. — CAUSAL SEGUNDA

1.—El omitir las especificaciones de que habla el ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P. en la parte resolutiva del auto de proceder no significa que se haya incurrido en error sobre algunas de ellas porque la omisión consiste en dejar de hacer o de expresar algo necesario o conveniente, mientras que el error es la falta de consonancia entre los conceptos y la realidad, o dicho en otros términos, en tomar una cosa por otra. De otro lado, el artículo 431 del C. de P. P. no exige que en la parte resolutiva del auto de proceder se expresen circunstancias que sirvan para precisar el hecho con todos sus detalles de lugar, tiempo y modo; ni las personas con todas sus determinaciones de nombre, edad, ocupación, sexo, domicilio, etc.; ni mucho menos las que sirvan para fijar la especie a que pertenezca el delito. Todas esas circunstancias deben expresarse en la parte motiva, pues la resolutiva, que no es sino la "conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva", como dice el artículo 431, no debe contener sino el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, determinado con la denominación que le dé el Código Penal, y nada más.

2.—La Corte ha sostenido en forma insistente que la causal 2ª no se puede admitir en los procesos en que interviene el Jurado, dada su libertad para apreciar las pruebas según su íntimo convencimiento y porque el ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos no es causal de casación en el nuevo código adjetivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

Vistos:

El Tribunal Superior de Ibagué condenó a Antonio Montealegre Reina a la pena principal de quince años de presidio y las accesorias correspondientes, como autor del delito de homicidio (asesinato) cometido en la persona de María Delia Sánchez, el 16 de mayo de 1944, en el punto de "El Capote", del Municipio del Valle, Departamento del Tolima.

La sentencia lleva fecha de 10 de agosto del año último y contra ella interpuso el recurso de casación el procesado, quien por medio de representante especial presentó ante la Corte la demanda respectiva.

Este invoca como causal la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la de haberse incurrido en una nulidad, consistente en no haber determinado en el auto de proceder ni la persona, ni la época, ni el lugar en que el hecho se realizó, lo cual constituye motivo de invalidación del juicio, de acuerdo con el numeral 8º del artículo 198 del mentado Código de Procedimiento.

"Constituye nulidad —dice la demanda —el haber omitido en la parte resolutiva del auto de proceder, que como se sabe constituye el pliego de cargos y la ley del proceso, las circunstancias antes anotadas".

Se considera:

Es verdad que según el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, es causa de nulidad el haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido. Pero el omitir esas especificaciones en la parte resolutiva del auto de proceder no significa que se haya incurrido en error sobre algunas de ellas, porque la omisión consiste en dejar de hacer o de expresar algo necesario o conveniente, mientras que el error es la falta de consonancia entre los conceptos y la realidad, o dicho en otros términos, en tomar una cosa por otra.

De otro lado, el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal no exige que en la parte resolutiva del auto de proceder se expresen circunstan-

cias que sirvan para precisar el hecho con todos sus detalles de lugar, tiempo y modo; ni las personas con todas sus determinaciones de nombre, edad, ocupación, sexo, domicilio, etc.; ni mucho menos las que sirvan para fijar la especie a que pertenezca el delito. Todas esas circunstancias deben expresarse en la parte motiva, pues la resolutiva, que no es sino la "conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva", como dice el artículo 431, no debe contener sino el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, determinado con la denominación que le dé el Código Penal, y nada más.

Así, pues, si no es lo mismo la omisión que el error; si el Código de Procedimiento no exige hacer especificaciones en la parte resolutiva del auto de proceder sino más bien las prohibe; si la parte resolutiva forma un todo con la motiva; y si en ésta no se ha incurrido en error sobre "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", ni sobre el nombre del responsable o del ofendido, ni sobre la época, ni, en fin, sobre los elementos esenciales del proceso que pudieran traer duda o inducir en yerro, mal puede invalidarse el fallo recurrido. con fundamento en el que se alega.

Por eso, con razón arguye la Procuraduría:

"...basta leer el auto de proceder de primera instancia como el de confirmación en la segunda, para ver que dichas providencias se hallan en un todo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, que establece las condiciones que debe llenar el auto de llamamiento a juicio criminal, y entre ellas no figura la de consignar en la parte resolutiva, las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la infracción, ni el nombre del ofendido. Todo ello se hace en la parte motiva al expresar la "narración sucinta de los hechos que hubieren dado lugar a la formación del proceso", como lo exige el numeral 1º del citado artículo 431.

"En el presente caso, el auto de proceder, en su parte motiva, menciona cabalmente los nombres y apellidos de los protagonistas del delito, el lugar de éste y sus modalidades específicas".

Por lo tanto, la causal que se invoca no puede prosperar.

El señor apoderado alega también "las causales a que hace referencia la demanda de casación" presentada por su poderdante, demanda que dice reproducir y coadyuvar "en toda su integridad".

Se considera:

No es admisible que en un escrito de demanda, que debe ajustarse a las condiciones que la ley señala, se emplee el sistema de dar por reproducido lo dicho en otro lugar o por otra persona, tanto más cuanto que según disposiciones vigentes, las partes no pueden hoy litigar por sí mismas, sino por medio de sus representantes legales. La Corte hará, sin embargo, una referencia a las causales aducidas por el demandante, para darle razón a las normas sobre el ejercicio de la abogacía y también para mejor llenar sus cometidos de Sala de Casación.

Como base de la **causal séptima** alega el procesado que el veredicto no tuvo en cuenta la modalidad de la ira o intenso dolor con que obró el procesado y que debió haber reconocido, si se acepta la realidad de los hechos.

Como se ve, se confunde la contradicción del veredicto que consiste en afirmar y negar algo al mismo tiempo de una cosa y que ha de encontrarse en el veredicto mismo, con la circunstancia de ser contrario a la evidencia de los hechos, lo cual es completamente diferente.

Sobre la **causal segunda** no dice en qué consiste la errada interpretación de los hechos, esto es, por qué la sentencia les atribuyó un valor que no tienen, o les negó el que tienen, o dio por demostrados los que no lo fueron.

Por otra parte, la Corte ha sostenido en forma insistente que esta causal no se puede admitir en los procesos en que interviene el jurado, dada su libertad para apreciar las pruebas según su íntimo convencimiento y porque el ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos no es causal de casación en el nuevo código adjetivo.

Respecto de la **causal primera** tampoco señala el demandante cuáles son las disposiciones violadas, pero aparece que reclama que se le hubiera aplicado la sanción correspondiente al asesinato (artículo 363 del Código Penal), en vez de la señalada para el homicidio simplemente intencional (artículo 362 ibidem).

Pero basta con observar que el jurado calificó el homicidio como asesinato y en los juicios en que intervienen los jueces de conciencia, son ellos los que deben calificar los hechos (artículo 480 del C. de P. P.), y la sentencia tiene que guardar con

sonancia con el veredicto, pues de lo contrario podría ser invalidada (artículo 567, ibidem, ordinal 3º).

Como se ve las razones que el procesado adujo no tienen asidero legal ninguno.

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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se viene hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R. Srio.

SE CONCEPTUA FAVORABLEMENTE SOBRE EL CAMBIO DE RADICACION DE UN SUMARIO

Cuando quiera que en un determinado momento el clima social de una ciudad se haya apasionado o por el carácter político del suceso, o por la posición social importante tanto de la víctima como del victimario, es necesario sustraer a la posible acción coaccionadora de estos elementos el juzgamiento de aquél, sobre el cual recaería un fallo —en cuanto a los jueces de conciencia se refiere— impulsado por un prejuzgamiento interesado, en desacuerdo con la serena y ecuánime administración de la justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre seis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

El Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte, la solicitud de cambio de radicación del proceso seguido contra Dimas Saavedra Galindo, por el delito de homicidio en la persona de Mariano Carrillo Penagos, adscrito al Juzgado Primero Superior de Bucaramanga, petición hecha por el doctor José Uribe Prada, apoderado legal del enjuiciado.

La Sala debe dar su concepto, al tenor del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

El doctor Uribe Prada, presenta como fundamento de esa petición, los siguientes hechos:

"1.—El proceso abierto en la ciudad de Barrancabermeja por el delito de homicidio en el señor Mariano Carrillo Penagos está radicado en el Juzgado Primero Superior de Bucaramanga (fol. 1).

"2.—El suscrito peticionario es el apoderado de Dimas Saavedra Galindo. (fols. 16v.).

"3.—Dentro del mismo proceso, junto con Dimas Saavedra Galindo está sindicado como partícipe el doctor Gonzalo Buenahora, médico de profesión, actualmente concejal en ejercicio de Barrancabermeja y Presidente del Cabildo, y jefe político de agitada vida de combate. (fols. 1, 16v. 2 y 2v., 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 10v.).

"4.—El doctor Gonzalo Buenahora, como jefe po lítico de Santander y en su calidad de caudill de los obreros, ha librado recias y prolonga campañas que le han costado peligrosas enemi tades y por cuyo motivo dos veces y en distint ocasiones ha sido herido de muerte, abriéndose p tal motivo contra sus agresores los respectivos pr cesos criminales que actualmente se encuentra en el Tribunal Superior de Bucaramanga, así: u contra Martín Calle por lesiones en el doctor Bu nahora, con sentencia condenatoria de prim instancia, apelada por el procesado, y otro com Fidel Ordoñez, abierto en el Juzgado de Barra cabermeja y trasladado después por el Gobier al circuito penal de Bucaramanga, con auto proceder que fue apelado por el procesado (fols. y 32v.).

"5.—El doctor Gonzalo Buenahora, capitán los obreros en sus reivindicaciones sociales, es u de las personas notables que mayor recelo d pierta en los sectores de la derecha (conserva mo y liberalismo), pues se le ha considerado sie pre como comunista.

"6.—El doctor Gonzalo Buenahora, en el m mento en que se realizó la agresión mortal p Mariano Carrillo Penagos, de la cual se sindic Dimas Saavedra Galindo, estaba con éste, com occiso y otros señores de Barrancabermeja, den del Hotel Pipatón, departiendo sobre temas líticos que dieron motivo para que la prensa público dieran a la muerte del señor Carrillo nagos un significado de agresión política.

"7.—Dimas Saavedra Galindo, mecánico de fesión es un hombre sin relieve alguno, que p mismo no podría despertar odiosidad pública cial, si no fuera considerado por las gentes, d el día del homicidio que se le imputa, como vidor incondicional del doctor Gonzalo Buen ra y "guarda-espalda" suyo, y si el acto homi que se le imputa no hubiera lesionado a fam tan prestantes de la sociedad y la política san dereanas.

'8.—La suerte de Dimas Saavedra Galindo, si puede hablarse respecto de asuntos sub-judice, á intimamente ligada a la del doctor Buenaho- con relación a los motivos que obrarían contra doctor Buenahora.

'9.—La muerte del señor Mariano Carrillo Pe- gos fue justamente deplorada por la sociedad ıtandereana, como debe serlo la muerte de cual- ier hombre distinguido, y así lo reconoció el sus- to apoderado en breve carta dirigida al Direc- de "Vanguardia Liberal" para rectificar infor- ıciones torcidas y exageradas que sin razón al- na dañaban la verdad y perjudicaban, en con- :uencia, y por igual, a Dimas Saavedra Galindo ıl doctor Gonzalo Buenahora. (fol. 21).

'10.—Con motivo de la carta dicha en el punto terior, donde no puede advertirse ningún em- ño polémico, que hubiera sido extemporáneo e prudente, se publicó en el Nº 8.854 de "Van- ardia Liberal" una carta firmada sin nombre sponsable, pero sí con las palabras "Familia Ca- illo Penagos"; en que, tergiversando los hechos iesto que se habla de un escrito polémico del ogado, luego de tratar al abogado como un mer- nario y de pedirle respeto para lo que nunca ha endido, hace el siguiente pronóstico inquietan- : "...cuando podría guardar sus pruebas para mplir a cabalidad su cometido ante los jueces conciencia, que vive Dios!, sabrán poner en to los fueros de la justicia. Del señor Director, spetuosamente, **Familia Carrillo Penagos**". (fol.).

'11.—La familia Carrillo Penagos está ligada n las familias más sobresalientes de la ciudad, : con la familia García Cadena, porque el señor njamín García Cadena está casado con la cu- da de una sobrina del occiso; con la familia Or- ñez Clavijo, porque el señor Guillermo Ordo- z Clavijo está casado con una sobrina del occiso; n la familia Riascos, porque de esa familia es viuda del occiso; con la familia Díaz Soler, por- e el señor Alberto Díaz Soler es casado con una rmana del occiso; con la familia Valdivieso, rque un hermano del occiso está casado con una ñora de esa familia; con los señores Garcías, rque una hermana del occiso está casada con el ñor Gonzalo García; con la familia Penagos, pa- no citar más.

'12.—Dentro de las familias vinculadas con los ıores Carrillo Penagos se encuentran quienes en caramanga rectorizan en lo político, lo social, económico y lo comercial, puesto que "miembros muy eminentes de ellas forman parte de las juntas directivas de los bancos, clubs sociales y directorios políticos, siendo por lo tanto influyentes dichas familias.

"13.—Las familias anteriormente dichas se encuentran representadas en el proceso como parte civil por el doctor César Ordoñez Quintero, jefe político de Santander y actualmente Presidente de la Cámara de Representantes, siendo, por lo tanto, tenidas en cuenta las circunstancias que se han dicho, muy poderoso el influjo que se ha ejercido y que se ejercerá mediante la prensa y conversaciones particulares para que, de acuerdo con el pronóstico de la familia ofendida, los jurados sepan "poner en alto los fueros de la justicia", haciéndose imposible en los jurados la libertad de conciencia indispensable para dictar el veredicto, toda vez que en ciudades pequeñas como Bucaramanga, de 70.000 habitantes es absurdo pensar que, dentro de las listas de jurados, integradas por personas de escasa independencia económica y social, siempre interesados en complacer a quienes dominan, o por lo menos, en no disgustarlos, haya siquiera cinco ciudadanos que, porque legalmente no tienen que dar razón de su veredicto, están en capacidad de libertarse de los compromisos e influencias que se ejercen dentro de un ambiente en que siempre han vivido, donde viven y prosperan a la sombra de inasibles pero actuantes intereses superiores, y donde tendrán que morir dejando su prole expuesta a las mismas debilidades paternas.

"14.—La experiencia ha demostrado la imposibilidad de que en Bucaramanga, como ocurrirá también en otras ciudades de provincia, se haga justicia serenamente por el pueblo, respecto de casos criminales en que haya de por medio intereses de familias prominentes, puesto que si estas familias son las ofendidas se adueña de todos el propósito de ercarmentar y, si dentro de ellas se cuenta el procesado, por el contrario, entonces la lenidad ampara todos los corazones.

"15.—En el caso que nos ocupa, desde un principio, con el ánimo de perjudicar el doctor Gonzalo Buenahora, a quien se llamó a indagatoria y cuya captura se decretó, se dió a los hechos una versión desfigurada, atribuyéndosele causas políticas, y la prensa debido a que el doctor Buenahora no había sido detenido se quejó de la impunidad y de la benevolencia judicial para con los criminales. (fol. 18).

"16.—Para seguridad de que el fallo popular habrá de darse imparcialmente, libre de coacciones y

de influjos, es conveniente el cambio de radicación solicitado".

Para probar los hechos enunciados el memorialista presenta los siguientes documentos:

a) Certificado del Juzgado Primero Superior de Bucaramanga sobre radicación del sumario.

b) Certificado y copias de las actas del concejo de Barrancabermeja, en que consta que el doctor Gonzalo Buenahora es presidente de ese Concejo.

c) Copias de la indagatoria del doctor Gonzalo Buenahora, del auto que ordena su captura, de la solicitud de suspensión del cargo de concejal, y de las declaraciones del doctor Soto y del señor Barrero.

d) Certificación de que el doctor Antonio José Uribe Prada es actualmente el apoderado legal de Dimas Saavedra Galindo.

e) Cinco números del periódico "Vanguardia Liberal" en los cuales se observan las informaciones y artículos de carácter apasionado, sobre los sucesos que rodearon la muerte del doctor Carrillo Penagos, y a los cuales se ha referido el peticionario.

f) Declaraciones sobre los hechos que motivan la presente solicitud, dadas por el doctor Julio Sorzano O. actualmente representante a la Cámara; por el doctor Alfonso Camacho Leiva, periodista y jefe de redacción de "El Frente"; por el doctor Alfonso Villalobos Serpa, abogado y ex-juez del circuito civil de Bucaramanga; por el doctor Jorge Sánchez Camacho, actualmente Juez Primero de Instrución Criminal de Santander; por el señor Roso Osorio, actualmente concejal de Bucaramanga y jefe comunista en el Departamento; por el señor Carlos Martínez Peralta, comerciante de la ciudad y alto empleado de J. Glottman.

g) Certificado de que el doctor César Ordoñez Quintero es el representante de la parte civil en el proceso; y

h) Certificaciones del Tribunal Superior de Bucaramanga en las cuales se hace constar la existencia de los procesos en contra de los agresores políticos del doctor Gonzalo Buenahora.

La Sala observa:

Con los documentos presentados por el doctor Uribe prada, se está revelando que, en efecto, existe en la sociedad de Bucaramanga, un clima propenso a la animadversión en contra del sindicado Saavedra Galindo. De consiguiente, en el momento en que los jueces de conciencia fuesen a dictar su fallo, podría tergiversarse la decisión ecuánime y libre que requieren los fueros de la recta administración de justicia.

El doctor Jorge Sánchez Camacho, Juez Primero de Instrucción Criminal, uno de los varios declarantes, afirma lo siguiente:

"**Al punto A**): "Mi nombre y apellido son Jorge Sánchez Camacho, soy mayor de edad, vecino de esta ciudad en donde desempeño el cargo de Juez Primero de Instrución Criminal, estoy identificado con la cédula de ciudadanía número 1992757, expedida en el Socorro y sin generales de la ley con los señores a que me refiero en mi declaración". **Al punto B**): "Yo no conocí a Mariano Carrillo Penagos de vista, pero su familia sí la conozco". **Al punto C**): "Conozco al doctor Gonzalo Buenahora desde hace años y he seguido el curso de su vida política que por cierto es una de las más agitadas que les haya tocado soportar a jefes con él, inclusive en uno de estos años anteriores y consecuencia de alguna intervención política sufue agredido a puñaladas en la ciudad de Barrabermeja por algún exaltado, además en la misma ciudad Gonzalo Buenahora es un capitán las clases trabajadoras casi siempre en abierpugna contra los que en el nuevo país se llam"las oligarquías". **Al punto D**): "Me consta que la muerte del señor Mariano Carrillo Penagos le interpretó como el resultado de discusiones pticas agrias con elementos conservadores de Brrancabermeja y en las cuales intervino la anpática persona de Gonzalo Buenahora, para alnos, en estas discusiones que ocasionaron la mute de Mariano Carrillo Penagos". **Al punto** "Me consta también que aquí en Bucaramanga nombre de Gonzalo Buenahora equivale al de lider casi comunista insoportable para el ala recha del liberalismo y con mayor razón para conservadores". **Al punto F**): "La audiencia Dimas Saavedra autor de la muerte de don Mano Carrillo Penagos para ser verificada en Buramanga ofrece muy serias dificultades por siguientes razones: porque siendo Dimas Saavepara muchos "guarda-espalda" de Gonzalo Buhora los odios que son para Buenahora se rejan naturalmente en su guarda-espalda señor mas Saavedra; segunda: porque dado que lamilia Carrillo Penagos ocupa en esta ciudad sición eminente, primero porque es de las úque aportan sangre española entre nosotros y gundo porque los miembros de esa familia personas de la mejor alcurnia política, socicomercial, ya que entre ellos se cuentan pers

como el señor Luis Felipe Carrillo que escribe en los periódicos y opina en todas partes, como el señor Díaz Soler, Gerente del Banco de la República en esta ciudad y cuñado de los señores Carrillo Penagos, como el señor Reyes Carrillo, revisor del mismo Banco de la República y uno de los miembros más preciados del Club social del Comercio, como el señor Gonzalo García, persona rica y de recursos que se encuentra viajando por Europa, considero que los entronquelazos familiares, afinidades en la amistad y en la sangre, conectan, pudiéramos decir a todos los miembros de esta culta sociedad de Bucaramanga, que pueden ser jurados en ese proceso, a la familia Carrillo Penagos y esto hace peligroso por decir lo menos para la justicia el que la audiencia se verifique en Bucaramanga. **Otro si Aparte A)** "Repito que es tan numerosa la familia Carrillo Penagos que en todas las actividades encontramos miembros de ella, en la banca: a los nombrados; en el comercio a los señores García Cadena, lo más poderoso de nuestro Departamento en esas actividades; en la medicina: el doctor Ordóñez Clavijo; en la Ingeniería a los señores Riascos; y en fin, como ya lo he dicho, no hay actividades con las que ellos no tengan relaciones muy cercanas, pero no cualquier clase de relaciones sino las de dirección, consejo y orientación".

En el mismo sentido y con la misma certeza y seriedad, deponen los doctores Sorzano O., Alfonso Camacho Leyva, Alfonso Villalobos Serpa, y los señores Rozo Osorio y Carlos Martínez Peralta.

También obran en la solicitud que se estudia, varios números del periódico "Vanguardia Liberal", de la ciudad de Bucaramanga, en los cuales se debate en artículos candentes y en narraciones apasionadas, los sucesos que rodearon la muerte del doctor Carrillo Penagos. Este factor tiene una indudable importancia en el ambiente social que va formando para dirigir el criterio de los ciudadanos respecto de un hecho, el cual posteriormente, será sometido a su decisión de conciencia. De los documentos traídos en la solicitud que se estudia, se desprende que en virtud de los posibles móviles políticos del crimen, y dada la brillante posición social de la víctima, el ambiente social de Bucaramanga, no presta la serenidad suficiente y el ánimo desprevenido que se requiere para el imparcial juzgamiento del procesado Dimas Saavedra Galindo. Cuando quiera que en un determinado momento, el clima social de una ciudad se halla apasionado o por el carácter político del suceso, o por la posición social importante, tanto de la víctima o del victimario, es necesario sustraer a la posible acción coaccionadora de estos elementos el juzgamiento de aquél, sobre el cual recaería un fallo —en cuanto a los jueces de conciencia se refiere— impulsado por un prejuzgamiento interesado, en desacuerdo con la serena y ecuánime administración de la justicia.

A este respecto, en jurisprudencia reiterada de la Corte, se ha dicho:

"El ejercicio de la facultad que la ley ha otorgado al Gobierno para variar la radicación de los procesos tiene especial aplicación en aquellos de excepcional gravedad, que han conmovido la opinión pública y que, además, han sido consumados bajo el influjo de las pasiones políticas. En tales condiciones, es conveniente abundar en garantías y sustraer su juzgamiento del distrito judicial en donde ocurrieron los hechos, lo que sin duda fortalece la confianza que todos los ciudadanos deben tener en la rectitud e imparcialidad de las decisiones de la justicia. (Acuerdo de 19 de febrero de 1941. G. J., tomo L, números 1964-65, página 567).

También ha dicho la Corte:

"Los documentos allegados revelan que en el distrito judicial donde el proceso se halla, los funcionarios judiciales —y en este caso, agrega la Sala, ellos lo serían los jueces de conciencia— en virtud de la posición social de la víctima y de las circunstancias y móviles del delito, pueden hallarse subordinados a una coacción más o menos extraña, y entonces el organismo del proceso penal, cuyo fin es la verificación de la responsabilidad de los sindicados, no podría garantizar la tutela de la inocencia y de la libertad común; riesgo éste que produce una excepción a las normas de la competencia judicial territorial y un derecho que ejercita el funcionario o la presunta víctima del riesgo, al cambio de radicación que técnicamente es un desplazamiento a la jurisdicción territorial. (Concepto de 1º de octubre de 1942; G. J., tomo LIV, números 1989-90, página 184).

En virtud de todas las consideraciones expuestas, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso en contra de Dimas Saavedra Galindo.

Cópiese y devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

INCIDENTE DE NULIDAD. — DOMICILIO DEL ACTOR PARA EFECTOS JURISDICCIONALES

Si la parte demandada objeta la existencia de un domicilio del actor para efectos de la fijación de la competencia jurisdiccional, por ejemplo, corresponde a esa parte demandada presentar la prueba correspondiente a fin de que pueda aceptarse por el juez la existencia de un domicilio para el demandante que sea diverso del que éste hubo de afirmar en la demanda misma.

Si se analiza la noción de domicilio, tal como la instituye y reglamenta el Título 1º del Libro 1º del Código Civil, se puede concluír lo siguiente:

a) Que el domicilio es por su naturaleza misma mudable (arts. 81 y 82 del C. C.).

b) Que, en oposición a lo que ocurre en otros países, en Colombia una persona dada puede tener más de un domicilio y ya que el art. 83 del Código citado es concluyente en cuanto estatuye que "cuando ocurran en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene".

c) Que el precepto en parte transcrito (art. 83 C. C.) agrega: "Pero si se trata de casos que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio 30 de mil novecientos cuarenta y siete.

Durante el término de fijación en lista de este negocio judicial, promovido en el juicio ordinario por el señor Miguel de J. Ceballos y otros contra la Nación, el señor Procurador Delegado en lo Civil en representación del Estado provocó un cidente de nulidad por incompetencia de jurisd ción del Tribunal Superior de Bogotá que hu de conocer del negocio en la primera instanc

Vino el juicio a la Corte en virtud de apelaci interpuesta por el señor Agente del Ministe Público contra la sentencia de primer grado, se tencia que, en lo fundamental, aparece ser des vorable al Estado.

El incidente de nulidad provocado por el señ Procurador Delegado en lo Civil se refiere a actuación adelantada a partir de la admisión la demanda por el antes mencionado Tribunal la primera instancia.

Como el incidente memorado aparece legalme te tramitado, con inclusión de un llamamiento pruebas del mismo, procede la Corte a defini en Sala unitaria.

Ha fundado el señor Procurador Delegado lo Civil la nulidad alegada por incompetencia jurisdicción en la circunstancia de que, por no tar domiciliadas las personas que integran la p te demandante en la ciudad de Bogotá sino en Municipio que corresponde a distinto Distrito dicial del de Bogotá, no es el Tribunal de a el competente para conocer del asunto.

Dice, en efecto, el art. 155 del Código Judi que "...en los juicios que se sigan contra el tado, el Tribunal Superior competente es el domicilio del demandante, y en los que siga aq el de la vecindad del demandado".

Y de ahí que el señor Procurador Delegad lo Civil al proponer el incidente de nulidad d actuado razone de esta manera:

"Con base en esta disposición legal, esa H. C ha sentado la doctrina de que, en los litigios lantados contra la Nación, es competente e sivamente el Tribunal Superior del domicili demandante, incurriéndose, por tanto, en nu de lo actuado por incompetencia de jurisdi cuando la actuación contra el Estado es pr

tida ante un Tribunal distinto del que corresponde a la vecindad de la parte demandante. Esta doctrina (autos 21 de junio de 1943, 16 de diciembre de 1944 y 26 de abril de 1946) fue expuesta recientemente por esa H. Sala en el juicio ordinario seguido por Luis Carlos Acevedo y otros contra la Nación. (autos de 11 de junio y 25 de noviembre de 1946).

"Ahora bien: en el caso de autos, el doctor Pablo José Corredor demandó a la Nación, obrando como apoderado especial de Miguel J. Ceballos y Doraliza Durán, mayores de edad —dice el libelo de demanda—, actualmente vecinos de Bogotá, casados entre sí, para obtener la indemnización de los perjuicios causados a sus poderdantes a consecuencia de la muerte violenta del señor Miguel J. Ceballos Durán ocurrida en Barranquilla el 23 de abril de 1942.

"Fundado en aquella simple afirmación del apoderado de la parte actora acerca de la actual vecindad de sus poderdantes, el H. Tribunal Superior de Bogotá, consideró, en la sentencia recurrida, que era competente para conocer de ese litigio".

Y después de relacionar algunos documentos que obran en el proceso concluye en esta forma el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"Los documentos relacionados demuestran que los demandantes contrajeron matrimonio en Salazar (Norte de Santander); que Miguel, hijo de demandante Doraliza Durán, nació y fue bautizado en Salazar; que los demandantes deben hacer sus declaraciones de renta, patrimonio, etc. en Salazar; que los dos demandantes, al dar poder para iniciar este juicio, manifestaron tener cédula y tarjeta de identificación expedidas en Salazar y ser vecinos de ese Municipio. Cree suficiente este despacho la enumeración de documentos que precede para demostrar que los demandantes son, mientras no se acredite lo contrario, vecinos de Salazar. Y no de Bogotá.

"Fundado en lo expuesto, y con base en el art. 448 del C. J., atentamente solicito que, previo el trámite de la articulación correspondiente, esa H. Sala se declare nulo el presente juicio, a partir del auto admisorio de la demanda, fechada el 6 de abril de 1945, por incompetencia de jurisdicción (ordinal 1º, art. 448 Código Judicial).

"De otro lado durante el término probatorio de la articulación sobre nulidad, solicitó el señor Procurador Delegado en lo Civil el que, por medio de despacho se solicitara del Ministerio de Gobierno —Oficina de identificación electoral— certificado de si la cédula de ciudadanía Nº 583229, expedida en el Municipio de Salazar (Norte de Santander) al señor Miguel de J. Ceballos, ha sido revalidada en algún otro Municipio y, en consecuencia, donde está avecindado para efectos lectorales, el mismo Miguel J. Ceballos".

Se observa que aunque oportunamente fue decretada la práctica de la prueba que se acaba de hablar, hasta el momento de ser fallado este incidente de nulidad, y según el informe dado por el señor Secretario de la Sala, tal prueba, cualquiera que pueda ser su valor jurídico para los efectos de la decisión, es documento que no ha llegado aún al proceso en estudio.

Se tiene ahora que el apoderado de los demandantes al descorrer el traslado que se le confirió del memorial en el cual el señor Procurador hubo de alegar la existencia de la nulidad en consideración, puso de presente, entre otras razones de menor entidad, la consistente en que: "no se ha afirmado en el libelo que Miguel J. Ceballos y Doraliza Durán se hubieran casado en Bogotá; ni que aquí hubiera nacido Miguel Ceballos Durán; ni que la tarjeta postal y la cédula de ciudadanía de aquellos les hubieran sido expedidas en Bogotá, ni que en esta ciudad se hubiera otorgado la escritura de poder. Se afirma en la demanda —y es lo cierto— que desde antes de la presentación de la misma y 'actualmente', esto es, en el momento de formularla y presentarla, los demandantes **ya eran —como lo son hoy todavía— vecinos de Bogotá,** dando a la expresión **vecindad** el significado en que la toma el art. 78 del Código Civil, esto es, el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio'.

Mis poderdantes tienen establecido su hogar doméstico en Bogotá y su ánimo es permanecer aquí. En esta ciudad está el asiento de su profesión u oficio, ya que no puede hablarse de negocios en el sentido financiero del vocablo, tratándose, como se trata de una familia obrera.

Contra esta realidad, ¿qué valor pueden tener los indicios en que apoya su sospecha o conjetura el señor Procurador?

En presencia de las razones relacionadas formuladas por las opuestas partes contendoras, procede la Corte a desatar la controversia, a cuyo efecto considera:

Es inobjetable la tesis sustentada por el señor Procurador Delegado en lo Civil en cuanto con-

cierne a la doctrina jurídica de que el art. 155, antes transcrito del Código Judicial y tratándose de acciones personales como las incoadas en el presente proceso, es el precepto legal que de manera privativa fija la competencia del Tribunal que deba conocer del asunto y atendiendo al domicilio del demandante cuando es el Estado quien figura como demandado.

La violación o desconocimiento de este régimen de competencia jurisdiccional genera, desde luego, el evento de un motivo de incompetencia de jurisdicción, de carácter improrrogable además; y la consiguiente nulidad del juicio, susceptible ésta de ser alegada y declarada en cualquier instante durante el curso de aquél (arts. 151, 448 y 456 del Código Judicial).

Ahora bien: según lo estatuído en el art. 205 del Código Judicial y en concordancia con el art. 737 ibidem, la demanda principal, o sea la petición con que se inicia un juicio debe contener entre otras indicaciones... "el nombre de las partes y de sus representantes, si aquéllos no comparecen o no pueden comparecer por sí mismos; su vecindad o residencia, si es conocida, o la afirmación de que se ignora, como protesta de no faltar a la verdad...".

Se comprende por el contenido de lo transcrito que no es un requerimiento de la ley en el que la parte demandante entre en el juicio a dar la prueba plena de que el domicilio que así propio se atribuye sea el suyo en realidad.

De donde se sigue que, si la parte demandada objeta la existencia jurisdiccional por ejemplo, como en el caso actual, corresponde a esa parte demandada presentar la prueba correspondiente, a efecto de que pueda aceptarse por el Juez la existencia de un domicilio para el demandante que sea diverso del que éste hubo de afirmar en la demanda misma.

Y pasando ahora al estudio de las constancias del proceso aducidas por el señor Procurador Delegado en lo Civil, obsérvase en primer término que indudablemente existe fundamento bastante para creer que los demandantes han tenido un domicilio en la población de Salazar del Departamento de Norte de Santander.

Empero ¿podrá seguirse indefectiblemente de allí que carece de fundamento jurídico el domicilio actual que con respecto a ellos se predica en la demanda y que corresponde así a la ciudad de Bogotá?

Si se analiza la noción de domicilio, tal como la instituye y reglamenta el Título 1º del Libro I del Código Civil, se puede concluír, en lo atinente al punto jurídico que aquí es materia de estudio, así:

a) Que el domicilio es por su naturaleza misma mudable (arts. 81 y 82 del C. C.).

b) Que, en oposición a lo que ocurre en otros países, en Colombia una persona dada puede tener más de un domicilio y ya que el art. 83 del Código citado es concluyente en cuanto estatuye que "cuando ocurran en varias secciones territoriales con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene...".

c) Que el precepto en parte transcrito (art. 83 C. C.) agrega: "...pero si se trata de casos que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sóla será para tales casos el domicilio civil del individuo".

Y por cuanto se debate aquí una acción personal sobre indemnización de perjuicios con motivo de un accidente ocurrido en la ciudad de Barranquilla, mal puede sostenerse que se trata de cosa o de caso que diga relación exclusivamente al domicilio que los demandantes puedan tener en Salazar de las Palmas.

Resulta, por tanto, de lo que se deja expuesto que, para que pudiera configurarse el motivo de nulidad de incompetencia de jurisdicción alegado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, necesario sería que él hubiera comprobado satisfactoriamente, lo que no ha ocurrido, que el domicilio en Bogotá de la parte demandante es un domicilio ficticio, que en manera alguna corresponde a la realidad, y que el único domicilio real de quienes forman dicha parte demandante se halla en verdad en Salazar; y, en todo evento, fuera del territorio que cae bajo la Jurisdicción del Distrito Judicial de Bogotá.

Se sigue de lo anterior que hay lugar en el presente auto a declarar no probado el motivo de nulidad alegado por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Y en tal virtud se resuelve:

Declárase no probada la causal de nulidad del proceso por incompetencia de jurisdicción del Tribunal Superior de Bogotá, alegada por el señor Procurador Delegado en lo Civil en su escrito dirigido a la Corte, y que lleva fecha 20 de febrero de 1947.

Notifíquese.

Víctor Cock.—Nicolás Llinás P., Srio.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS—PACTO DE "QUOTA LITIS" — CESION DE DERECHOS PERSONALES — QUE DEBE ENTENDERSE POR DERECHO LITIGIOSO. — CESION DE DERECHO LITIGIOSO. — SU MECANISMO

1.—La peculiaridad de la convención denominada QUOTA LITIS consiste en que la remuneración corespondiente al ejercicio del mandato no tiene carácter cierto y determinado sino que es contingente y aleatoria, pues tanto su existencia como su cuantía dépenden de los resultados de la gestión del negocio y de la suma líquida o liquidable en que el litigio se traduzca para las personas que en el pacto intervienen. Esta modalidad de la remuneración es jurídica, ya que el contrato de mandato no es en la legislación colombiana gratuito en esencia, pues según el artículo 2143 del Código Civil la remuneración se determina por las partes, por la ley o por el Juez. De donde resulta, como consecuencia, que éstas tienen capacidad legal para fijar la forma en que deba cubrirse.

2.—En el caso del proceso la víctima del accidente tenía, en principio, la facultad legal de exigir del Estado las reparaciones consiguientes al daño sufrido; pero en manera alguna aquel hecho —el accidente— podía constituir al lesionado en titular de un crédito personal susceptible de ser transferido mediante la cesión. Esto es obvio, desde luego que no basta la ocurrencia de un hecho material para que la obligación de reparar se produzca; sino que es necesario, además, que se establezcan procesalmente otros elementos, entre ellos, el del carácter de culposo que aquél tenga, el daño causado y su extensión, así como la responsabilidad del autor; es decir, que sólo cuando la obligación de indemnizar se haya deducido en juicio y declarado en sentencia firme existe un derecho de crédito cesible conforme al Capítulo 1º, Título 25 del Código Civil. Mientras tanto, como efectos del acaecimiento culposo, la víctima únicamente tiene la facultad potencial de ejercitar la acción de reparación contra el presunto responsable.

3.—La Sala estima que para que un derecho tenga la calidad de litigioso basta que sea controvertido en todo o en parte, aun sin que sobre él se haya promovido jurisdiccionalmente un pleito mediante el ejercicio de la acción respectiva; y, por consiguiente, el titular de ese derecho puede cederlo por venta o permutación a otra persona, entendiéndose como tal operación el traspaso del evento incierto de la litis, conforme a las propias expresiones del Código. (Art. 1969 C.C.). Una cesión en tales condiciones obliga plenamente —a juicio de la Corte— a las personas que en ella intervienen, o sea, al cedente y al cesionario. Otra cosa es que la disposición citada haya previsto en su último inciso lo que debe entenderse por derecho litigioso "para los efectos de los artículos siguientes", los cuales se refieren al título de la adquisición del derecho, a la personería del demandante en el juicio y a la regulación de la facultad de retracto que corresponde al deudor cedido. De donde se desprende que, si para los fines mencionados el derecho se tiene por litigioso desde que se notifica judicialmente la demanda, es lógico que para objetos distintos —que son todos los demás no expresados en la ley— no cabe ni se aplica la misma limitación y debe darse a la expresión —derecho litigioso— su sentido obvio y natural. Pero así como, en opinión de la Corte, puede concebirse el derecho con carácter de litigioso aun antes de que se haya trabado la querella jurisdiccional y la cesión que se haga vincular jurídicamente a las partes, no pasa lo mismo con respecto a la persona del deudor cedido. En relación con éste el pacto de cesión no produce efectos sino después de que se haya notificado la demanda judicial, pues desde ese momento nace para él la facultad de ampararse con el retracto litigioso que re-

glamentan los artículos 1971 y 1972 del Código Civil.

4.—La ley no ha reglamentado, conforme lo hizo para los créditos personales, el mecanismo de la cesión de los derechos litigiosos. Sin embargo, la jurisprudencia ha tratado de llenar la ausencia de normas positivas señalando las formalidades que deben cumplirse para que la cesión de esta suerte de derechos produzca las debidas consecuencias para el cesionario. Ya expuso la Corte tal doctrina en el sentido de que dentro del proceso por medio del cual el derecho controvertido se reclama es indispensable "que el cesionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte, en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que presente el título de cesión y pida al Juez que se notifique a la contraparte que él ha adquirido ese derecho, porque mientras esto no suceda, no sale para aquellos del poder del cedente el derecho litigioso". (G. J. Nos. 1973 y 1974, pág. 489).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda).

Antecedentes

El 17 de noviembre de 1938 se celebró entre los señores Luis Eduardo Acevedo Torres y el doctor José Hugo Soler, demandante en este juicio, el contrato que se hizo constar en las cláusulas siguientes:

"Primera.—El primero, o sea Acevedo Torres, ha contratado los servicios profesionales del segundo para obtener de la Nación o de quien haya lugar, la indemnización correspondiente por las lesiones que recibió el día 24 de julio de 1938, en el Campo de Santa Ana, por causa del siniestro de aviación en esa fecha y lugar, o sea, por la pérdida de un ojo (el izquierdo) y quemaduras en toda la cara y desperfecciones en ambas manos, cuyo monto por concepto de perjuicios morales y materiales se fija en el mínimo de diez mil pesos colombianos ($ 10.000.00), junto con la indemnización por el tiempo de incapacidad debida a esas lesiones. **Segunda.** El mismo Acevedo Torres se obliga a otorgar al segundo, en su carácter de abogado titulado de la Universidad Nacional, los poderes especiales suficientes para obtener ya administrativamente, ya ante el Poder Judicial las indemnizaciones de que trata el punto anterior y a conservarle esa personería hasta que Soler obtenga el pago efectivo por los conceptos relacionados, bajo la sanción de tener que pagarle el quince por ciento de lo que conste estimado en las acciones o acción o gestiones que Soler V. haya hecho, libre de todo gasto. **Tercera.** Soler V. se obliga a gestionar las indemnizaciones de que tratan los apartes precedentes, en la forma en ellos estipulada, con la mayor honradez, actividad y esmero y a mantener al primero al corriente de las soluciones que vaya obteniendo y de cuanto sea de importancia y necesidad para el éxito más completo de sus gestiones, por el precio del quince por ciento del valor bruto total que se recaude por indemnización moral y material, quince por ciento que Acevedo Torres le cede desde ahora a Soler V. **Cuarta.** Los gastos de papel, pruebas, etc. menos los honorarios de abogado, que quedan y pagados con la cesión del quince por ciento, arriba determinado, son de cargo de Acevedo Torres pero éste autoriza a Soler V. para que en los casos indispensables, necesarios y urgentes los suministre apenas en cuanto sean necesarios e indispensables para el completo éxito del asunto que se le encomienda. **Quinta.** Ninguno de los contratantes, por sí ni por interpuesta persona, podrá transar ni aceptar pago alguno por el asunto determinado en este documento sin la previa aprobación escrita del otro. **Sexta.** Soler V. responde de la culpa leve en la gestión del mandato o negocio que se le encarga según este documento

El 27 de octubre de 1943 presentó demanda ante el Tribunal Superior de Bogotá el doctor José Hugo Soler pidiendo que se condenara a la Nación a pagarle la suma de $ 6.230, "equivalentes al 15 del total de $ 41.659 reconocidos como indemnización líquida a favor de Luis Eduardo Acevedo Torres, mi cedente, en el juicio ordinario que inició y se falló favorablemente a favor del mismo Acevedo Torres por los perjuicios que sufrió en accidente de Santa Ana de 24 de julio de 1938, según auto del H. Tribunal a quien me dirijo, fecha 15 de septiembre de 1943, pago que debe hacérseme junto con los intereses legales, o la cantidad que resulte como equivalente de dicho porcentaje sobre el monto total que resulte fijado definitivamente y se demuestre a favor del mencionado Acevedo T. en el mencionado juicio".

Subsidiariamente formuló la súplica de que se condenara a la Nación a indemnizarle de todos los perjuicios que se le hubieran causado los cuales estimó en una suma mayor de siete mil pesos moneda legal, en caso de que la entidad demandada hiciera "la totalidad del pago al mencionado señor Acevedo o sus representantes y por el pago indebido de la suma de que trata la petición principal".

Los hechos de la demanda propuesta aparecen expuestos en la forma siguiente:

1º—Luis Eduardo Acevedo T., cedió al demandante —doctor José H. Soler— una cuota equivalente al 15% de la suma que se obtuviera de la Nación en el juicio que por indemnización de perjuicios materiales y morales se reconocieran a Acevedo T., mediante las gestiones que al respecto hiciera el demandante, con causa de las lesiones que sufrió aquél en el campo de Santa Ana en el siniestro aéreo del 24 de julio de 1938.

2º—La cesión se hizo constar en el documento de fecha 17 de noviembre de 1938, el cual obró en el juicio del cedente contra la Nación, sin reparo alguno de ésta ni del cedente.

Como fundamentos de derecho señaló los siguientes:

"En derecho me fundo en las normas 1494, 1602 a 1604, 1610, 1613 a 1615, 1620, 1626, 1627, 1629, 1965, excepciones del art. 1971; 1599, 2142, 2143, 2149, 2150, 2184, 2196, todos del C. C., 1970, ibidem y 33 de la ley 57 de 1887, 734, 736, 737 y ss. del C. J.".

Al contestar la demanda, el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas y presentó como excepciones perentorias la de ilegitimidad sustantiva de la parte demandada; ineficacia de la acción; petición de un modo indebido; carencia de derecho y la de carácter genérico en virtud de la cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

El fallo del Tribunal

Por medio de sentencia proferida el 20 de junio de 1944 el Tribunal Superior puso fin al litigio negando las súplicas de la demanda y absolviendo, en consecuencia a la Nación de los cargos formulados en ella. Decidió, además, no haber lugar a resolver sobre las excepciones perentorias propuestas por el Fiscal, y abstenerse de hacer condenación en costas.

Para adoptar su resolución consideró el Tribunal que cuando Luis E. Acevedo Torres hizo al doctor Soler la cesión del porcentaje que éste reclama no existía título alguno de crédito que fuera susceptible de ser cedido, de manera que el objeto de la operación no fue propiamente el porcentaje sobre un crédito real y existente, sino una simple expectativa, sujeta a los resultados del pleito que debiera intentarse contra el Estado para el reconocimiento de unos perjuicios; y que, por tanto, resulta evidente que la cesión a que se refiere el contrato no puede producir efectos jurídicos contra la Nación por no existir entonces título alguno de una obligación a cargo de ésta. Añade la sentencia que no se trata de la cesión de un derecho litigioso porque a la época en que el documento se extendió no se había aún trabado la litis con la Nación; que el doctor Soler no demostró su derecho haciéndose parte en el juicio sobre la indemnización de los perjuicios y que no aparece establecido en forma alguna que se le reconociera su carácter como cesionario de derechos litigiosos y que, finalmente habiéndosele revocado el poder con que representaba a Acevedo Torres, no se sabe si ello ocurrió por culpa del propio Soler, porque ninguna de estas circunstancias resultan demostradas en el proceso.

Las razones de la Corte

En la decisión del recurso interpuesto ante la Corte por el demandante doctor José Hugo Soler, esta entidad habrá de detenerse a examinar las diversas cuestiones planteadas en la demanda. Por consiguiente serán objeto de estudio los siguientes aspectos de la controversia:

a) **Naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el demandante y Acevedo Torres;**

b) **Los derechos objeto de la cláusula de cesión;**

c) **Efectos de esta cláusula con respecto al Estado;** y

d) **La idoneidad de la acción intentada.**

I

Dentro de su objeto, el contrato acordado entre el señor Acevedo Torres y el doctor Soler, según aparece de las cláusulas contenidas en el documento extendido el 17 de noviembre de 1938, es el de un mandato remunerado. Por medio de él se estipuló que el último se obligaba a prestar sus servicios de abogado al primero, representándolo en todas las gestiones judiciales que fueran

necesarias para obtener del Estado el reconocimiento y pago de una indemnización a que creía tener derecho, para lo cual se comprometió a investirlo de la personería suficiente para que pudiera representarlo en los juicios que con aquellos fines fuera indispensable adelantar. De otro lado, el mandante se obligó a pagar al mandatario, a título de remuneración por su gestión, un quince por ciento del valor bruto total que se obtuviera por la agencia en derecho que éste debería prestarle según los términos convenidos. Estas estipulaciones se conforman con la estructura legal del pacto de mandato remunerado, conforme a los artículos 2142 y 2143 del Código Civil. Por sus fines —la representación en juicio de una persona— así como por la forma de pago por tales servicios, no hay duda de que los interesados concluyeron lo que se conoce en el lenguaje común de los abogados con el nombre de pacto **quota litis.**

La peculiaridad de esta convención consiste en que la remuneración correspondiente al ejercicio del mandato no tiene carácter cierto y determinado sino que es contingente y aleatoria, pues tanto su existencia como su cuantía dependen de los resultados de la gestión del negocio y de la suma líquida o liquidable en que el litigio se traduzca para las personas que en el pacto intervienen. Esta modalidad de la remuneración es jurídica, ya que el contrato de mandato no es en la legislación colombiana gratuito en esencia, pues según el artículo 2143 citado la remuneración se determina por las partes, por la ley o por el Juez. De donde resulta, como consecuencia, que éstas tienen capacidad legal para fijar la forma en que deba cubrirse.

En el negocio presente, las partes estipularon una cuota de la suma que llegara a obtenerse en el caso de éxito en el pleito que iba a intentarse contra la Nación o sea una remuneración de naturaleza incierta y eventual, una **quota litis.** Hasta aquí sólo resulta una vinculación jurídica entre las partes que concluyeron el pacto de mandato y ningún nexo entre ellas y el Estado pudo haberse generado por medio de aquél acuerdo de voluntades. Las obligaciones y derechos nacidos a la vida jurídica sólo hacen relación a los sujetos intervinientes en el pacto de mandato, y únicamente respecto a ellos produce efectos.

II

En la cláusula tercera se dijo que el precio acordado —la **quota litis** del 15% conocido —lo cedía Acevedo T. "desde ahora" a su mandatario Soler V.

Esta nueva estipulación, contenida en el mismo documento en que el contrato de mandato se formalizó es la que ha dado origen al proceso que ahora estudia la Corte. Reside el problema planteado en saber si esta cláusula entraña una verdadera cesión de derechos, sujeta a las prescripciones del Título 25 del Código Civil, conforme lo pretende el actor, y la clase de efectos que produjo o pudiera producir respecto a las partes vinculadas por medio de ella y en relación con el Estado colombiano.

En la sentencia que se revisa, sostuvo el Tribunal que no era admisible la existencia de una cesión porque al tiempo de celebrarse el contrato con Acevedo T. no era titular de "un derecho real" sobre el porcentaje convenido, sino de una simple expectativa no susceptible de ser transmitida por la vía de la cesión. Esta tesis es compartida por el señor Procurador Delegado en lo Civil quien se expresa así a propósito de tal tema:

"7ª—El Tribunal sostuvo que Acevedo Torres no tenía un derecho real y efectivo que ceder al doctor Soler cuando lo hizo; que tenía una mera expectativa y, por tanto, que la cesión hecha no puede producir efecto jurídico. El demandante ha sostenido que la cesión sí fue válida, pues la sentencia sólo reconoció, y no creó, el derecho a la indemnización que tuviera Acevedo Torres. La Nación —dice— estaba obligada a pagar a Acevedo Torres el valor de los perjuicios sufridos; nada importa que no hubiera documentos en que tal cosa constara; Acevedo Torres tenía el derecho a la indemnización y, por lo mismo, podía ceder una parte de él. Su derecho había "nacido" conforme al art. 1494 del C. C.; además, pueden ser objeto de una declaración de voluntad no sólo las cosas que existen sino las que se espera que existan. Este despacho no comparte las opiniones del demandante, expuestas en síntesis. Cuando una persona ha sufrido un perjuicio, sólo tiene una expectativa de que se le repare. Sólo la sentencia judicial definitiva viene a darle un derecho a la indemnización. Antes de la sentencia judicial no existe derecho alguno, pues el fallo no es declarativo sino constitutivo de ese derecho. Todo ello es así que la expectativa de quien ha sufrido un perjuicio puede resultar fallida, cosa inconcebible si se tratara de un derecho, por ejemplo, porque en la sentencia judicial se declare que el autor del daño no incurrió en culpa, porque

perjuicio se debió a un caso fortuito o a una fuerza mayor o, en otros casos, porque el demandante no pudiera acreditar determinadas circunstancias (como un parentesco) o porque dirigiera la acción contra distinta persona de la obligada o incoara una acción distinta de la conducente. En tales casos, la expectativa queda fallida; no había un derecho a la reparación".

Por su parte, el demandante sostiene en síntesis, como argumento fundamental de su acción, que habiendo sido lesionado en el accidente aéreo de Santa Ana el señor Acevedo Torres surgió para el Estado la obligación de indemnizar (art. 1494 del C. C.) y, para aquél, el derecho correlativo a reclamar la reparación correspondiente por la culpa extracontractual que le ocasionó el daño; que tal derecho podía ser transmitido a otra persona conforme a las reglas que dominan la cesión de los créditos personales (arts. 33 de la Ley 157 de 1887 y 1960 y siguientes del C. C.); y que esta operación jurídica —la cesión del crédito— se realizó en forma mediante el documento acordado entre Acevedo Torres y el demandante con fecha 7 de noviembre de 1938.

Considera a este propósito la Sala:

El artículo 1494 citado señala cuáles son las uentes de las obligaciones civiles, indica en forma general los hechos materiales y los actos jurídicos que los generan, en una palabra, instituye s modos de obligarse las personas entre sí.

Para la época en que la convención se conforó entre Acevedo Torres y el doctor J. Hugo Sor ningún vínculo de derecho existía entre el priero y el Estado colombiano, pues el siniestro reo ocurrido poco antes podía ser la base, el ndamento jurídico para deducir jurisdiccionalente a la nombrada entidad la responsabilidad orden civil que consagra el Título 34 del Código de la materia para todo aquel que por razón su actividad culposa se vincula en favor la víctima del ilícito. Esta tenía por consiguiente en principio la facultad legal de exigir del ado las reparaciones consiguientes al daño sudo; pero en manera alguna aquel hecho —el idente— podía constituír al lesionado en tiar de un crédito personal susceptible de ser nsferido mediante la cesión. Esto es obvio, desluego que no basta la ocurrencia de un hecho terial para que la obligación de reparar se duzca: sino que es necesario, además, que se blezcan procesalmente otros elementos entre s el del carácter de culposo que aquél tenga, el daño causado y su extensión, así como la responsabilidad del autor; es decir, que sólo cuando la obligación de indemnizar se haya deducido en juicio y declarado en sentencia firme existe un derecho de crédito cesible conforme al Capítulo 1º Título 25 del Código Civil. Mientras tanto, como efectos del acaecimiento culposo, la víctima únicamente tiene la facultad potencial de ejercitar la acción de reparación contra el presunto responsable.

A esta situación se conformaron las partes en la convención del 17 de noviembre de 1938 cuando estipularon en la cláusula 1ª que Acevedo Torres contrataba los servicios profesionales de José Hugo Soler, "para obtener de la Nación o de **quien haya lugar** (subraya la Sala) la indemnización correspondiente por la lesión que recibió..." Lo que quiere decir que entonces no se había determinado aún con la debida precisión la persona especialmente obligada a cubrir el resarcimiento del daño causado, que podía ser el Estado u otra; y ni siquiera la índole de la ación fue especialmente establecida, pues se expresó que ésta podía ser judicial o administrativa, según se lee en la cláusula 2ª del mismo documento.

Resulta de esto que al pretender hacerse la cesión de la cuota convenida como contraprestación del trabajo que iba a efectuar el abogado, la persona del deudor cedido quedaba sin individualizar, interdeterminada e incierta, desde luego que la acción podía enderezarse contra el Estado o contra cualquiera otra que se considerara obligada a la repartición civil, o bien conjuntamente contra varias, como por ejemplo si se demandaba a los funcionarios públicos que intervinieron en las maniobras aéreas que ocasionaron el siniestro.

Tiene importancia este aspecto del pacto porque habiéndose fijado con la debida certeza la persona del deudor, la notificación o aceptación de la cesión del pretendido crédito personal —arts. 1961 y 1962 del C. C.— resultaba imposible y, por ende carecía de objeto aquella operación jurídica, conforme a la regla del artículo 1960 de la misma obra, según la cual la cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros, mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.

III

Se convino igualmente en el aludido instrumento que como precio por los servicios profesionales

que iba a recibir Acevedo Torres pagaría el "quince por ciento del valor total que se recaude" y "que Acevedo Torres cede desde ahora a Soler V.".

Dos interpretaciones pueden darse al contexto de esta estipulación. Es la primera, la de que la expresión usada por los contratantes no indica el ánimo ni la intención de transferir en calidad de cesión un crédito personal, una cuota determinada de los posibles derechos que tuviera Acevedo Torres contra la persona o personas que resultaran responsables del accidente, sino simplemente la de dar o reconocer en favor de Soler V. esta misma cuota en el producto bruto de la gestión, constituírse deudor por el valor **in genere** en que se estimaron sus servicios.

Usada en tal sentido la expresión de que "cede desde ahora", es muy claro que el demandante en este juicio carecería de acción contra el Estado, ya que el objeto del instrumento no fue el de dar cumplimiento a la última parte del artículo 33 de la Ley 157 de 1887, para suplir la falta de título representativo de un crédito existente a favor de Acevedo Torres y contra el Estado, sino tan sólo —se repite— hacer constar la obligación de pagarle a Soler el precio de su trabajo prefijado en la cuota del 15 por ciento de lo que se **recaudara,** vale decir de lo que efectivamente obtuviera Acevedo Torres después de surtido el proceso judicial o administrativo para el cobro de los perjuicios. Esta es la hipótesis que mejor cuadra dentro del conjunto de las estipulaciones llevadas a cabo por las partes, la naturaleza de la convención y su objeto, así como de la circunstancia ya puesta presente de ser el presunto deudor persona incierta e indeterminada.

Pero con todo, puede admitirse otra hipótesis, más favorable al demandante, que sería la de que se realizó una cesión —desde luego no constitutiva del traspaso de un crédito personal— y entonces habría que examinar la clase de derecho materia de la cesión y las características especiales que ésta ofrece en el presente caso.

Claramente se echa de ver por los términos en que el pacto está concebido que la transferencia no pudo hacerse en forma pura y simple porque la índole del derecho comprometido en la cesión no lo permitía y, como para que ésta naciera, debían primero realizarse determinados actos, cumplirse ciertos hechos previstos de antemano, no hay dificultad de concluír que se trató de una cesión sujeta a condición suspensiva.

¿Cuáles eran los actos de que pendía el nacimiento del derecho y como consecuencia la transferencia en favor de Soler V.? Nada menos que del resultado favorable del litigio, y finalmente, del pago efectivo de las sumas de dinero provenientes de la indemnización.

La naturaleza de los sucesos cuyo advenimiento estructuran el derecho de que se trata hace aparecer aquí la figura jurídica de la cesión de derechos litigiosos. Se cede un derecho de esta clase —preceptúa el artículo 1969 del C. C.— "cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente".

Sostiene el Tribunal en la sentencia recurrida: "Pero como quiera que en la época en que se hizo la cesión (17 de noviembre de 1938) no se había aún trabado litis con la Nación, tales derechos no podían tener el carácter de litigiosos, pues de conformidad con el artículo 1969 del Código Civil un derecho sólo se entiende litigioso, desde que se notifica judicialmente la demanda".

No acoge la Sala en su integridad el anterior concepto. Para la entidad falladora en esta circunstancia no puede darse al artículo 1969 la interpretación contenida en el pasaje transcrito pues de su parte estima que para que un derecho tenga la calidad de litigioso basta que sea controvertido en todo o en parte, aun sin que sobre él se hubiere promovido jurisdiccionalmente un pleito mediante el ejercicio de la acción respectiva; y, por consiguiente, el titular de este derecho puede cederlo por venta o permutación a otra persona, entendiéndose como tal operación el traspaso del evento incierto de la litis, conforme a las propias expresiones del Código. Una cesión en tales condiciones obliga plenamente —a juicio de la Corte— a las personas que en ella intervienen o sea al cedente y al cesionario.

Otra cosa es que la disposición en cita haya previsto en su último inciso lo que deba entenderse por derecho litigioso "para los efectos de los artículos siguientes", los cuales se refieren al título de la adquisición del derecho, a la personería del demandante en el juicio y a la regulación de la facultad de retracto que corresponde al deudor cedido. De donde se desprende que, si para los fines mencionados el derecho se tiene por litigioso desde que se notifica judicialmente la demanda, es lógico que para objetos distintos —que son todos los demás expresados en la ley— no opere ni se aplica la misma limitación y debe darse

la expresión —derecho litigioso— su sentido obvio y natural.

Pero así como en opinión de la Corte puede concebirse el derecho con carácter de litigioso aún antes de que se haya trabado la querella jurisdiccional y la cesión que se haga vincular jurídicamente a las partes, no pasa lo mismo con respecto a la persona del deudor cedido. En relación con éste el pactó de cesión no produce efectos sino después de que se haya notificado la demanda judicial, pues desde ese momento nace para él la facultad de ampararse con el retracto litigioso que reglamentan los artículos 1971 y 1972 del Código Civil.

Entendido en esta forma el fenómeno de la cesión de un derecho litigioso, resultaría en el caso del pleito que fue válido el pacto de cesión adelantado entre Acevedo Torres y Soler V. aunque en la fecha de su celebración no se hubiera promovido la querella que posteriormente se instauró contra el Estado por indemnización de los perjuicios ocasionados al primero en el accidente del Campo de Marte; pero que, por otra parte, la Nación fue por completo ajena a las resultas de esa cesión, pues su vinculación respecto a ella no podía producirse sino eventualmente después de notificada en forma legal la demanda y cumplidos los demás actos de que en seguida va a hablarse.

La ley no ha reglamentado, conforme lo hizo para los créditos personales, el mecanismo de la cesión de los derechos litigiosos. Sin embargo, la jurisprudencia ha tratado de llenar la ausencia de normas positivas señalando las formalidades que deben cumplirse para que la cesión de esta suerte de derechos produzca las debidas consecuencias para el cesionario.

En la GACETA JUDICIAL Nos. 1973 y 1974, pág. 489 está expuesta tal doctrina en el sentido de que dentro del proceso por medio del cual el derecho controvertido se reclama es indispensable "que el cesionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte, en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que presente el título de la cesión y pida al Juez que se notifique a la contraparte de él ha adquirido ese derecho, porque mientras eso no suceda, no sale para aquellos del poder del cedente el derecho litigioso".

No obstante que en el presente juicio el actor ha sostenido insistentemente que es cesionario de crédito personal y en esa calidad ha demandado a la Nación, es lo cierto que en la acción seguida por Acevedo Torres contra la misma entidad para el pago de los perjuicios se presentó el doctor Soler V. tratando de hacer valer su condición de cesionario de un derecho litigioso.

Alegando este último título se dirigió al Tribunal Superior para pedir que se le tuviera como subrogatario en el 15% del valor bruto total que se reconociera en favor de Acevedo Torres, y que se notificara al Fiscal el traspaso del derecho con exhibición del tantas veces mencionado instrumento, el cual acompañó. Esta solicitud —que tiene fecha 27 de abril de 1940, y es posterior a la revocatoria del poder otorgado por Acevedo Torres a Soler V. fue despachada en forma desfavorable al petente, absteniéndose el Tribunal de reconocerle como cesionario de los referidos derechos litigiosos en la cuota ya conocida.

Consta igualmente que la misma petición dirigió ante esta Sala el 1º de julio de 1944, habiendo obtenido también una decisión adversa, mediante providencia del 12 de dicho mes; y que interpuesta la reclamación de este auto, fue concedido el recurso de súplica; pero no existe prueba alguna que acredite la solución definitiva que la Sala diera al incidente, es decir que se ignora si fue confirmado o no, aunque es de presumir lo primero, desde luego que de haberse revocado la aludida providencia no hubiera sido propuesta la demanda que ahora se decide definitivamente en última instancia.

Se han traído a cuento los antecedentes que acaban de mencionarse para hacer resaltar la circunstancia de que no se puede en el presente juicio desconocer la fuerza ejecutoria de las resoluciones proferidas tanto por el Tribunal como por la Corte en el sentido de reconocer ahora que Soler V. se subrogó parcialmente en el derecho declarado en favor de Acevedo Torres.

Semejante procedimiento implicaría una revisión de aquellas procedencias, y esto no ha sido el objeto de la actual controversia. Y, de otro lado, ocurre que la oportunidad para que se reconociera a Soler V. como cesionario en una parte de los derechos litigiosos de Acevedo Torres contra la Nación fue la del juicio que se decidió por medio de las sentencias del Tribunal y la Corte y no uno aparte. Es incontestable esta conclusión, pues de lo contrario el Estado, que cumplió o debe cumplir, porque a ello está obligado las anteriores resoluciones judiciales que lo condenaron al pago de los daños sufridos por Acevedo Torres, vendría a quedar sujeto a un pago superior en

un quince por ciento al valor deducido en el juicio, lo cual sería no sólo injurídico sino inequitativo. Si a Soler V. le fue negada su calidad de cesionario, y si por otra parte los fallos aludidos condenaron a la Nación a cubrir al demandante Acevedo Torres la totalidad de las indemnizaciones deducidas en el proceso, obvio es que también por este aspecto carece de acción para demandar, y así habrá de declararse en la sentencia, mediante la correspondiente excepción perentoria.

Lo expuesto hasta el momento lleva envuelta la reserva de los derechos y acciones que pueda tener Soler V. contra el cedente en razón del contrato entre ellos concluído y respecto al cual fue ajeno por completo el Estado, tanto porque a la época de la celebración no había aún pleito iniciado cuanto porque con posterioridad se negó a Soler V. su calidad de cesionario.

No sobra agregar que el doctor Soler desplegó ante esta Sala toda clase de esfuerzos probatorios con el objeto de acreditar que habría dado exacto cumplimiento al contrato del 17 de noviembre y que, por su parte Acevedo Torres lo incumplió abiertamente, para deducir de ahí la consecuencia de su derecho a reclamar los honorarios pactados. Con tal objeto, acompañó algunas copias de documentos y pidió varias declaraciones de testigos, así como la absolución de un pliego de posiciones a Acevedo Torres. Pero, como es muy claro, el debate probatorio encaminado a demostrar el proceso de ejecución del contrato es absolutamente extraño al litigio que está ventilándose contra el Estado pues para éste son indiferentes las causas por las cuales se hubiera revocado el mandato a Soler V. y en general, si la convención fue ejecutada en los términos y condiciones aceptadas o convenidas por las partes. Respecto a los posiciones absueltas por Acevedo Torres, es lógico que en nada pueden influír en la solución de esta querella, ya que carecen en absoluto de valor —y ha debido declararse inadmisible la petición correspondiente— puesto que no siendo el absolvente parte en el juicio su confesión es completamente ineficaz e improcedente.

Las mismas razones invocadas para dictar un pronunciamiento adverso a la petición principal de la demanda son propias para denegar igualmente la súplica formulada con calidad de subsi diaria, mediante la cual se reclaman del Estad perjuicios en caso de que a Acevedo Torres lle gare a pagarse la totalidad de las prestaciones qu le fueron reconocidas por las lesiones que sufri en el accidente aéreo del 24 de julio de 1938. Bas ta repetir, para no acceder a tal demanda, que n habiéndose vinculado el Estado al contrato d mandato ni al de cesión, o sea que respecto a es tos pactos tuvo siempre el carácter de tercero y siendo así que al señor Soler V. le fue desconoci da su pretendida calidad de cesionario, carece d toda base jurídica para promover una acción d este género con fundamento en aquellos pactos

Finalmente, como el inferior absolvió simple mente a la Nación y no reconoció la existencia d ninguna de las excepciones perentorias propuesta en el primer grado del juicio; y como en concept de la Corte, fundado en las argumentaciones ex puestas, surge con toda nitidez el hecho de qu Soler carece de acción para demandar al Estado habrá de revocarse la decisión objeto del recurs para declarar expresamente la existencia en e juicio de la excepción perentoria de ilegitimida de la personería sustantiva.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia —Sal de Negocios Generales— administrando justicia e nombre de la República de Colombia y por auto ridad de la ley, revoca la sentencia proferida po el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bo gotá el 20 de junio de 1944, y falla en su lugar

1º—Declárase probada la excepción perentori de ilegitimidad de la personería propuesta en l primera instancia por el señor Agente del Minis terio Público, y

2º—En consecuencia, niéganse las súplicas de l demanda.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en GACETA JUDICIAL y devuélvase el negocio Tribunal de origen.

Germán Alvarado. — **Aníbal Cardoso Gaitá Victor Cock.**—**Ramón Miranda.**—**Eleuterio Ser R.**—**Nicolás Llnás Pimienta,** Srio. Pdad.

CONTENCION POR TRABAJOS PUBLICOS ADMINISTRATIVOS. — RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION. — CONTENCIOSO-SUBJETIVO. — CONTENCIOSO DE TRABAJOS PUBLICOS. — ESTADO DE NECESIDAD. — NOCION JURIDICA DE TRABAJOS PUBLICOS. COMPETENCIA

El Estado, así como las demás personas públicas administrativas, está obligado a responder patrimonialmente por los actos jurídicos y los hechos materiales de sus funcionarios y agentes por modos diversos y ante jurisdicciones diferentes regladas unos y otras por las leyes civiles y administrativas. De ahí que en el sistema colombiano, lo mismo que en el de los demás países donde se sigue el régimen de la dualidad jurisdiccional, los problemas relativos a la índole de la acción ejercitable cuando la administración es parte en un litigio, no siempre sean de fácil solución; pero ello no impide, naturalmente, que pueda darse una directriz más o menos completa que garantice en lo posible el acierto de los juzgadores y elimine los riesgos de acudir ante una jurisdicción incompetente. La existencia en Colombia de un derecho legislado tanto en lo contencioso civil como en lo administrativo facilita bastante la tarea mediante la formulación de reglas generales clasificadoras de los preceptos positivos, como las que en seguida ensaya la Corte a propósito de la responsabilidad civil de las entidades de derecho público y del contencioso de reparación que es su efecto jurídico y su sanción legal:

a) Esos actos jurídicos de la administración —entendiéndose como tales todas aquellas manifestaciones de voluntad generadoras de un efecto de derecho— son susceptibles de provocar el contencioso subjetivo, el cual se desenvuelve procesalmente en la acción de plena jurisdicción, encaminada a reparar el daño patrimonial causado por el acto jurídico expedido por la administración irregularmente, en su esencia o en su forma (art. 67 L. 167 de 1941). El dominio de este sistema de acciones reparatorias abarca todo el conjunto de los actos jurídicos unilaterales de los agentes públicos, cualquiera que sea la denominación que en el lenguaje de la ley o de la técnica administrativa se asigne a estas manifestaciones de voluntad, siempre eso sí que por medio de ellas se creen, modifiquen o extingan situaciones particulares o concretas de derecho en perjuicio de un particular.

b) De esta regla quedan exceptuados los actos jurídicos de la administración de naturaleza contractual, los cuales sólo originan acciones civiles y están ligados a la competencia privativa de los tribunales comunes. El contencioso de contratos pertenece de modo invariable a los jueces ordinarios, ya se trate de pactos civiles o administrativos.

c) Por regla general originan también acciones de derecho común todos los actos materiales constitutivos de delitos o culpas de los agentes públicos administrativos que causen daño a una persona, conforme al título 34 del Código Civil.

d) Solamente una clase o especie de hechos materiales ejecutados por los agentes de la administración se sustraen al imperio de esta regla, y son los causados con ocasión de trabajos públicos cuando con ellos se ocupa o daña una propiedad ajena. (Cap. XXII, L. 167 citada).

2.—Paralelamente a la responsabilidad extracontractual de la administración se ha instituído la que tiene su fuente en los perjuicios que se causan a los particulares cuando en la ejecución de un trabajo público se ocupa o daña una propiedad del dominio privado. Esta especie de responsabilidad se diferencia de la anterior no únicamente en que vincula siempre a una administración pública con el carácter de demandada —lo que vale decir que jamás puede conformarse un contencioso de este género entre personas de derecho privado— sino que en la

acción correspondiente el deber jurídico de reparar se estructura sobre bases enteramente distintas a las del derecho privado, desde luego que en aquélla no juega papel alguno el carácter de delictuosos o de culposos que tengan los hechos materiales originarios del perjuicio, pues la responsabilidad de la administración pública aparece y la reparación se impone con abstracción de aquellos factores determinantes en el derecho común. De esta noción de la responsabilidad administrativa surge la consecuencia inevitable de que el titular de la acción —la víctima— sólo deberá acreditar el perjuicio que sufre con la ocupación temporal o permanente de su propiedad inmueble o por razón de daños a la misma causados por trabajos públicos, puesto que es indiferente que los funcionarios obren o no con culpa, con intención de dañar o sin dolo. Constituye, pues, este contencioso de los trabajos públicos una categoría especial de la responsabilidad extracontractual de las personas públicas, que es de naturaleza esencialmente objetiva, por oposición al carácter subjetivo de la puramente civil. En éste el elemento preponderante es la culpa —la acción culposa— en tanto que en aquélla lo es el daño —la acción perjudicial— y la consiguiente obligación reparatoria impuesta a la administración.

3.—El estado de necesidad —figura no definida ni reglamentada en el ordenamiento del Código Civil— supone que el agente, colocado ante un peligro actual y en la imposibilidad de evitarlo sin sacrificar o dañar un derecho ajeno, causa sin embargo un perjuicio menor que el que por este medio trató de evitar. No existe entre los expositores unanimidad en la aceptación de este fenómeno como entidad propia del derecho civil conforme lo es en el derecho penal; pues al paso que algunos lo adoptan o consagran como factor deliberante de culpabilidad independientemente de la fuerza mayor, en cambio otros, con argumentos lógicos muy poderosos, le niegan intransigentemente aquella pretendida autonomía y aun su característica de ser una especie de la fuerza mayor.

La doctrina colombiana carece de antecedentes sobre este particular, y la jurisprudencia de la Corte, de un modo permanente, ha venido aceptando de manera exclusiva la exoneración en los actos de actividades peligrosas mediante la demostración por el autor del hecho dañoso de la fuerza mayor, el caso fortuito o la causa extraña, dentro de la cual se comprende la propia culpa de la víctima. Aun admitiendo la hipótesis de que el estado de necesidad pudiera coexistir con la noción de la simple culpa y constituir una circunstancia justificativa de la misma, preciso se hace delimitar su esfera de operancia al campo de las relaciones meramente privadas, sin que sea admisible en forma alguna extenderla a las vinculaciones que se conforman entre la administración y los particulares; y esto por dos motivos tan poderosos el uno como el otro: es el primero que la administración, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones que vinculan a los particulares, no tiene la facultad de optar entre los dos extremos que el estado de necesidad comporta, desde luego que su actuación no se determina —ni aun dentro de los más rígidos principios del Estado de derecho— por otros móviles que el de realizar los fines sociales que le son propios mediante el empleo de métodos distintos a los que están al alcance de las personas de derecho privado con la natural consecuencia del sacrificio de éste en beneficio colectivo, en caso de conflicto entre sí. El segundo motivo encuentra su razón de ser en la circunstancia de que la administración desarrolla siempre su actividad material o jurídica bajo el estímulo del interés público; en que sus funciones no tienen otro objeto que el de satisfacer las necesidades de los ciudadanos traducidas en el funcionamiento de los servicios públicos, en la construcción de obras, en el mantenimiento del orden, la preservación de la salubridad, etc.; y en una palabra, en que la administración de acuerdo con esto opera ordinaria, normalmente en estado de necesidad, lo que implica tanto como aceptar que si se tuviera el imperio de esta circunstancia como exonerativa de responsabilidad no podría ser nunca obligada a indemnizar los perjuicios que el desenvolvimiento de su compleja actividad cause a los gobernados. Con la consagración de una tesis semejante se llegaría al absurdo de eliminar las bases

fundamentales de la responsabilidad administrativa, haciendo retroceder de esta suerte las instituciones jurídicas a etapas definitivamente canceladas por las exigencias de la cultura, la evolución de la idea de justicia y los postulados de la equidad. En cambio, si se acepta el principio —que la Sala proclama y sostiene— de que el estado de necesidad no acarrea la liberación cuando el deber de reparar el perjuicio se exige de la administración, fatalmente se llega a la conclusión de que es entonces un fenómeno indiferente, que no cuenta en absoluto para determinar judicialmente la responsabilidad civil de las entidades de derecho público.

4.—Según los autores, para que haya trabajo público deben reunirse las siguientes tres condiciones:

1ª El trabajo debe ser hecho por cuenta de una persona administrativa;

2ª Debe responder a un objeto de interés general, o con mira a un servicio público;

3ª Debe necesariamente recaer sobre la construcción o reparación de un inmueble. (Artículos 261, 262, 269, L. 167 de 1941).

5.—Sobre la compleja materia de la competencia dominan las siguientes reglas generales:

1ª La jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo está limitada al conocimiento de las controversias resultantes de la ocupación o daño de propiedades inmuebles, originados una u otro en trabajos públicos que se emprenden o ejecutan por cuenta del Estado o de otras personas administrativas. (Artículos 34, ord. 20, 52, ord. 7º y 261 a 270 del Código de lo Contencioso Administrativo). Las demás cuestiones a que den ocasión los mismos trabajos, siguen siendo ventilables ante los jueces ordinarios, por imperio de los mandatos establecidos en el Código Judicial.

2ª La competencia para el reconocimiento del perjuicio por daño la tienen los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, según los casos, cuando éste recae directamente sobre una propiedad privada, pues los de naturaleza distinta —daños a las personas, por ejemplo— corresponden a la jurisdicción común.

5.—En orden a la reparación el daño proveniente de los trabajos públicos deberá presentar los siguientes caracteres para ligar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa:

1º DEBE SER MATERIAL, entendiéndose por esto que la propiedad particular sea objeto de un daño de índole estrictamente física causado por los funcionarios o agentes que operan los trabajos públicos o por las cosas destinadas a los mismos durante el curso de las operaciones de construcción, reparación o mantenimiento de una obra pública, v. gr., los actos que causen la destrucción de cercas, tala o incendio de árboles, inutilización de frutos, privación o disminución en el beneficio de las aguas, dificultad de acceso de las vías públicas y otros de la misma índole.

2º DEBE SER ACTUAL Y CIERTO, es decir, existente en el momento en que la acción se ejercita y no simplemente eventual.

3º DEBE SER DIRECTO. Se dirá que hay daño directo cuando entre el hecho alegado como su causa —las operaciones materiales de construcción de la obra pública— y el daño sufrido por la propiedad particular ningún elemento extraño puede interponerse como hecho dañoso. Es preciso, pues, que haya una relación directa de causa a efecto; y, por tanto, no puede explicarse el daño más que por el trabajo ejecutado y no por otra causa distinta o concurrente con él.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre dos de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

Antecedentes

Dan cuenta estos autos de que el día 21 de diciembre de 1943 el Comando de la base aérea de Madrid —Departamento de Cundinamarca— recibió el oficio número 491, por medio del cual el alcalde de aquel Distrito le solicitaba su cooperación y ayuda para conjurar una inundación que se había presentado en la hacienda "San Jorge" y que con tal motivo el indicado Jefe militar impartió las órdenes del caso al Capitán Luis Zamora Nates para que se trasladara al lugar del suceso con un número suficiente de soldados, provistos de los elementos necesarios para prestar la

ayuda requerida. Encontró el pelotón de socorro que el río Serrezuela había abierto una considerable brecha, la cual estaba siendo reparada por el personal de trabajadores de la finca mencionada, tarea en la cual ayudó, y después —y por orden del Capitán Zamora— procedió a romper el camellón de la ribera opuesta, en la hacienda de "Casablanca", "en donde abrieron un boquete de doce metros de largo, dos y medio metros de altura y seis metros de espesor, aproximadamente", lo que ocasionó que las aguas se desbordaran sobre el predio de "Casablanca" inundando una gran extensión de tierra y causando la destrucción de las sementeras y otros considerables daños que en la demanda se describen. Relata ésta, además, en los hechos 7º y 8º que no existió realmente peligro de inundación para la población de Mosquera, pues el boquete abierto en la hacienda de "San Jorge" no tuvo la magnitud que se le quiso dar; que los peones de esta finca alarmaron al Alcalde de Madrid y lograron su objetivo: que se inundara la hacienda de "Casablanca" y no la de "San Jorge"; que no se tomaron las precauciones debidas para conjurar el posible peligro de inundación, antes de causar daño en la propiedad ajena; que no usaron las compuertas del río ni se tocó un tambre existente un poco más abajo del lugar de los hechos; y finalmente que la orden del Capitán Zamora fue precipitada "ya que solamente en último caso y a falta de otra solución se puede proceder a causar perjuicio en propiedad ajena en beneficio del interés colectivo; en este caso se causó el perjuicio en la hacienda de mi mandante para evitar un perjuicio en la hacienda de "San Jorge" y debido a una orden precipitada y absurda de la autoridad militar".

Con motivo de los hechos que se dejan relatados la señora María Sierra de Gómez, vecina de esta ciudad y propietaria del fundo "Casablanca", ocurrió en demanda ordinaria ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se hicieran las declaraciones siguientes:

"**Primera.**—Se declare que la Nación es responsable de los daños y perjuicios ocasionados en la hacienda de "Casablanca" en los últimos días de diciembre del año de 1943, como consecuencia del hecho de que un pelotón de las fuerzas armadas, procedió a romper los camellones que protegían dicha hacienda, con lo cual se causó su inmediata inundación.

"**Segunda.**—Se condene a la Nación a pagar a la señora María Sierra de Gómez el valor de los perjuicios causados con la inundación de la hacienda de "Casablanca", comprendiendo la indemnización, el lucro cesante y el daño emergente.

"**Tercera.**—Se condene a la Nación a pagar a mi mandante la cantidad de doce mil pesos ($ 12.000.00) m. cte. como valor de dichos perjuicios o la suma en que ellos sean avaluados por peritos dentro del juicio".

La decisión del Tribunal

El fallador de primera instancia puso fin a la litis mediante pronunciamiento absolutorio del 17 de octubre de 1945, en el cual declaró infundadas todas las súplicas de la demanda.

Contra esta decisión ocurrió en apelación la parte actora, por lo que corresponde ahora a la Sala de Negocios Generales de la Corte decidir del recurso en segundo grado después de que el negocio ha sufrido el trámite señalado en las leyes de procedimiento, durante el cual presentaron sus alegaciones escritas tanto el recurrente como el representante del Estado en la instancia que lo fue el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Encontró probados el Tribunal sentenciador los hechos principales que dan origen al pleito cuya última etapa se surte en la Sala; pero en punto a la responsabilidad de la Nación por el daño causado se detiene a considerar la aplicación de los reglamentos de Guarnición cuyos artículos 114 y 115 señalan las autoridades que pueden requerir el auxilio de la fuerza militar y los requisitos establecidos para prestarlo, así como las disposiciones de la ley 84 de 1931 que sancionan el delito de denegación de auxilio en casos como el que se ventila.

De otro lado, la sentencia examina las circunstancias y los motivos que indujeron al Alcalde Municipal de Madrid a solicitar el concurso de la fuerza militar, para llegar a la conclusión de que su conducta fue prudente al obrar como lo hizo. "Ante la situación descrita por la señora de Morales y la carencia de elementos para salvaguardiar la vida y propiedades de los ciudadanos fue prudente el Alcalde al pedir el auxilio, por escrito de la fuerza de la Base".

En cuanto a la apertura de la brecha y demás labores ordenadas por el Capitán Zamora el Tribunal estudia varias declaraciones de testigos, el propio informe de este oficial, el cual en lo pertinente dice así:

"De acuerdo con lo ordenado por ese Comando

a solicitud de la Alcaldía de Madrid, en nota que se me transcribió en la orden informo: A la una y media de la tarde, con un personal de 25 hombres dotados de herramientas para el caso, en dos vehículos de la Base, me puse en marcha a la finca de "San Jorge", en las cercanías de Mosquera y una vez allí constaté que existía una inundación proveniente del desbordamiento de las aguas del río Serrezuela y que en contenerla se ocupaban unos veinte peones de varias haciendas vecinas y dos más enviados por la Municipalidad de Mosquera, todos los cuales trataban de tambrear las aguas en la brecha que habían formado. Convencido que la única forma de combatir la inundación era restablecer el tambre en la parte donde se había formado la brecha, ordené que el personal a mis órdenes colaborara en los trabajos que ejecutaban los peones que encontramos a la llegada. Después de hora y media de un intenso trabajo, en vista de que eran vanos todos los esfuerzos por restablecer el tambre, pues las aguas arrastraban todo el material que con tal fin se depositaba en la brecha, las aguas aumentaban su caudal, había signos inequívocos de tempestad en las cabeceras del río por el lado de Subachoque, lo que me hizo pensar que lejos de disminuír continuaría subiendo, con grave peligro para la vecina población de Mosquera, de la cual nos encontrábamos apenas a un kilómetro de distancia, repitiéndose así la calamidad que había ocurrido en años anteriores, a propósito de una inundación similar. Es importante hacer notar que el alud de aguas estaba a punto de sobrepasar la única natural y ligera prominencia del terreno que protege la población. Por estas razones dispuse que el Sargento Ortiz con seis soldados pasaran a la ribera opuesta y a unos cien metros arriba, en una curva del río se abriera una boca por donde se precipitaran parte de las aguas, con el objeto de aliviar la corriente en el sitio de la inundación, para poder verificar el restablecimiento del tambre, que era la única manera, como queda dicho, de evitar que la inundación alcanzara a la población de Mosquera. Así se hizo; a las cuatro y media de la tarde se había restablecido casi por completo el tambre y una pequeña parte que restaba por terminar se dejó al cuidado de los peones de las haciendas que encontramos trabajando a nuestra llegada. Desaparecido todo peligro para la población de Mosquera el personal de la compañía regresó a la Base y el suscrito dio el parte verbal reglamentario al señor Comandante en la misma forma que aquí se consigna. Bajo mis órdenes actuó también en estas labores el señor Teniente Julio C. Alarcón, que pertenece a la Compañía Terrestre. Adjunto al presente la lista del personal que actuó en esta emergencia. Quedan así cumplidas las órdenes del Comando al respecto. — Atentamente (Fdo.) **Luis Zamora Nates**, cap. codte. Compañía".

Frente a los elementos probatorios adecuados que el sentenciador tuvo oportunidad de examinar, infiere que los trabajos realizados eran necesarios para conjurar los peligros que la inundación hacía temer, de suerte que las autoridades administrativas actuaron no sólo sin culpa sino bajo el apremio de circunstancias especiales que no podían dominar en forma distinta, lo que implica, en una palabra, de acuerdo con el criterio del Tribunal, que obraron en estado de necesidad, y que por consiguiente la administración resulta exonerada de toda responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados a la señora demandante. El pasaje del fallo en que se sostiene la tesis anterior está concebido en los siguientes términos:

"**Estado de necesidad.**—El estado de necesidad se asemeja a la legítima defensa. Pero se diferencia de ésta en que el estado de necesidad supone la intervención de una fuerza extraña: para evitar el daño que esta fuerza amenaza causar, se causa un perjuicio. Se debe determinar si el autor es responsable, si ha cometido culpa.

Esta situación debe compararse al caso fortuito o al caso de fuerza mayor. Se dice que hay fuerza mayor o caso fortuito cuando se obra bajo el imperio de un acontecimiento imprevisible e irresistible, siendo así el daño en realidad, no se causa por el hecho de la persona, sino como resultado del acontecimiento; por tanto, el lazo de causalidad, para que se configure la responsabilidad, falta. El estado de necesidad puede presentar este carácter de fuerza mayor. La cuestión está en determinar si quien ha causado el daño se encontraba en la imposibilidad de obrar de otra manera. Es obvio que si la cantidad de agua amenazaba a la población de Mosquera y el hacer víctimas, es natural deducir que el Capitán obró diligente y prudentemente, y que todo hombre, en las mismas circunstancias externas, siendo prudente y diligente, habría obrado lo mismo. El Capitán trató de cerrar el boquete en el camellón de San Jorge, pero la fuerza del agua se lo impidió; sólo cuando fue inútil este esfuerzo

acudió a romper el camellón de Casablanca. Uno de los mayordomos de la misma hacienda de Casablanca habló con los soldados para impedirles abrir el boquete en este camellón, pero no indicó que bastaba romper el tambre denominado "Malta" o "Balsillas" para evitar el peligro.

Por otra parte, no está demostrado que las medidas que se indican en el hecho 6º de la demanda, y que no se indicaron cuando se verificó el evento, fueran suficientes para evitar el peligro.

Acontece que se presenta el estado de necesidad sin fuerza mayor; para escapar de la responsabilidad no es necesario probar la fuerza mayor, basta no haber cometido ninguna falta, basta haberse comportado como un hombre normal; para la fuerza mayor se necesita mucho más: es necesario que un individuo normal haya estado en la imposibilidad absoluta de comportarse de otra manera como lo ha hecho. Sólo en circunstancias particulares la ley obliga al demandado, para exonerarse, probar la fuerza mayor.

Basta, pues, para determinar si se presentó el estado de necesidad, determinar si un individuo normal colocado ante la amenaza del daño, se hubiera comportado como el Capitán Zamora Nates, al causar el daño que causó, para evitar una amenaza.

En el caso de autos era menos grave causar el daño en Casablanca, que dejar que las aguas amenazaran o más bien llegaran a la población de Mosquera, dejando así expuestas las vidas y bienes de los habitantes de esa población. No sólo la propiedad de San Jorge sino también los habitantes de la hacienda estaban expuestos y los de la misma población de Mosquera. En estas circunstancias debe llegarse a la conclusión que el Capitán Zamora no incurrió en culpa; toda persona prudente y diligente, en las mismas circunstancias externas, habría obrado en forma parecida.

Como no está demostrada la culpa, falta uno de los elementos indispensables para que se configure la responsabilidad y, por tanto, precisa absolver a la Nación de los cargos de la demanda".

La decisión materia del recurso fue adoptada con el voto adverso del Magistrado doctor Vanegas, quien, como razones de su disentimiento, expresa que con las pruebas actuantes en el proceso no se ha configurado el estado de necesidad; que aun existiendo éste, el autor del daño está obligado a repararlo "no a consecuencia de indemnización por culpa civil extracontractual, sino con fundamento en la acción de in rem verso, a título de indemnización por una expropiaci forzosa"; que habiéndose inundado en años an riores la población de Mosquera estaba el Esta obligado a proveer su defensa y que al no hac lo así incurrió en culpa por omisión y se colo el Estado en necesidad de acometer la obra demolición del dique; que la conducta de los fu cionarios nacionales y municipales que inter nieron en estos hechos fue imprudente; y, fin mente, que en el fallo se invirtió el peso de prueba. De todo lo anterior opina el Magistra disidente que el Tribunal ha debido despachar negocio favorablemente condenando al resar miento de los perjuicios que se demandan.

La naturaleza de la acción

No induce a motivo ninguno de duda el ex men de la acción intentada por la señora Sier de Gómez, de la cual se desprende nítidamer que se reclaman perjuicios de la Nación con fu damento en una culpa extracontractual impu ble a agentes públicos a su servicio, y por l cuales debe responder civilmente. Es lo que ap rece de los hechos relatados en el libelo con q el juicio se inició, de los fundamentos de derec invocados por el actor, de las demostraciones pr batorias y las alegaciones de las partes, y aun la propia solución que el Tribunal instado dio pleito en la primera instancia.

De acuerdo con estos presupuestos procesal debería abocar la Corte los planteamientos de acción para deducir las consecuencias jurídic correspondientes en orden a dictar el pronunc miento final del litigio. Empero, considera Sala que ante todo se hace necesario estudiar problema de derecho que suscita el conjunto los hechos que estructuran la demanda y la c sa o razón de la misma, en una palabra la na raleza de la acción ejercitable por la pers damnificada, conforme a los textos positivos regulan y sancionan la responsabilidad civil las entidades administrativas por los hechos il tos o las faltas de los agentes públicos.

Dentro de este derrotero, que es el que lóg mente debe seguir la Corporación falladora e última instancia, se expresará en primer térn que el Estado, así como las demás personas pú cas administrativas está obligado a respor patrimonialmente por los actos jurídicos y hechos materiales de sus funcionarios y age

por modos diversos y ante jurisdicciones diferentes regladas unos y otras por las leyes civiles y administrativas. De ahí que en el sistema colombiano, lo mismo que en el de los demás países en donde se sigue el régimen de la dualidad jurisdiccional, los problemas relativos a la índole de la acción ejercitable cuando la administración es parte en un litigio no siempre sean de fácil solución; pero ello no impide, naturalmente, que pueda darse una directriz más o menos completa que garantice en lo posible el acierto de los juzgadores y elimine los riesgos de acudir ante una jurisdicción incompetente.

La existencia en Colombia de un derecho legislado tanto en lo contencioso civil como en lo administrativo facilita bastante la tarea mediante la formulación de reglas generales clasificadoras de los preceptos positivos, como las que en seguida ensaya la Corte a propósito de la responsabilidad civil de las entidades de derecho público y del contencioso de reparación que es su efecto jurídico y su sanción legal:

a) Los actos jurídicos de la administración —entendiéndose como tales todas aquellas manifestaciones de voluntad generadoras de un efecto de derecho— son susceptibles de provocar el contencioso subjetivo, el cual se desenvuelve procesalmente en la acción de plena jurisdicción, encaminada a reparar el daño patrimonial causado por el acto jurídico expedido por la administración irregularmente, en su esencia o en su forma (artículo 67 de la Ley 167 de 1941). El dominio de este sistema de acciones reparatorias abarca todo el conjunto de los actos jurídicos unilaterales de los agentes públicos, cualquiera que sea la denominación que en el lenguaje de la ley o de la técnica administrativa se asigne a estas manifestaciones de voluntad, siempre eso sí, que por medio de ellas se creen, modifiquen o extingan situaciones particulares o concretas de derecho en perjuicio de un particular.

b) De esta regla quedan exceptuados los actos jurídicos de la administración de naturaleza contractual, los cuales sólo originan acciones civiles y están ligados a la competencia privativa de los tribunales comunes. El contencioso de contratos pertenece de modo invariable a los jueces ordinarios, ya se trate de pactos civiles o administrativos.

c) Por regla general originan también acciones de derecho común todos los actos materiales constitutivos de delitos o culpas de los agentes públicos administrativos que causen daño a una persona, conforme al título 34 del Código Civil.

d) Solamente una clase o especie de hechos materiales ejecutados por los agentes de la administración se sustraen al imperio de esta regla, y son los causados con ocasión de trabajos públicos cuando con ellos se ocupa o daña una propiedad ajena. (Cap. XII de la Ley 167 citada).

La Sala va ahora a examinar, conformándola con la clasificación que antecede, el caso de la litis; y con este propósito elimina desde luego la consideración de que el perjuicio por el cual se querella la señora Sierra de Gómez sea el resultado, o el efecto o consecuencia de un acto jurídico que comporta un recurso de plena jurisdicción, conforme al ordenamiento del C. de lo Contencioso Administrativo. Se descarta tal hipótesis porque la causa para pedir no se ha fundado en la existencia de un acto jurídico, cuya ilegalidad se controvierta y sobre el cual deba pronunciarse el juzgador. De haberse pedido ello —y la interpretación de la demanda no da margen alguno para que así se entienda— sería innegable la incompetencia de la justicia ordinaria ya que las únicas entidades llamadas a estatuir sobre la juridicidad de los actos de la administración son el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, dentro de su esfera respectiva de atribuciones.

Siendo esto así, necesariamente se tratará de un caso de responsabilidad civil extracontractual, originado en un ilícito culposo o delictual, al cual sean aplicables las regulaciones del Código Civil; o bien los hechos que motivaron el daño se produjeron con ocasión de un trabajo público y entonces también queda comprometida la responsabilidad de la administración, pero con fundamento en otras normas sustantivas de derecho, y sujeta la querella indemnizatoria a un procedimiento y una jurisdicción especiales.

Tiene importancia, y muy señalada, indagar y decidir si se ha conformado un contencioso civil o administrativo, no solamente por la finalidad procesal de dirimir la competencia, sino porque la naturaleza jurídica de la acción varía fundamentalmente según se trate de uno u otro y con ella la demostración probatoria para obtener la reparación.

Es sabido, en efecto, que por ministerio de las regulaciones positivas contenidas en el C. Civil, de los principios de origen romano que imponen a toda persona la obligación de reparar el daño

producido por su actividad delictual o casi delictual y por las creaciones y desarrollos de la jurisprudencia nacional que la víctima —para la prosperidad de su acción— deberá acreditar plenamente la culpa, el daño, así como la relación de causalidad entre estos dos elementos; y que el autor del ilícito sólo puede liberarse de la responsabilidad demostrando ausencia de culpa, fuerza mayor o caso fortuito, o la intervención de una causa extraña, según las distintas modalidades resultantes de que se trate de hecho propio, de hecho ajeno o de las cosas o de actividades peligrosas, lo que da ocasión a que la culpa deba demostrarse o simplemente presumirse.

Una reiterada jurisprudencia ha venido aplicando entre nosotros estas mismas regulaciones e idéntico régimen cuando es la administración la demandada y, aunque tal doctrina pueda ser desde luego susceptible de reparos muy atendibles, no es esta la oportunidad de que la Sala se pronuncie sobre el tema.

Responsabilidad sin culpa

Por ahora basta decir que paralelamente a esta forma de responsabilidad civil extracontractual de la administración se ha instituído la que tiene su fuente en los perjuicios que se causan a los particulares cuando en la ejecución de un trabajo público se ocupa o daña una propiedad del dominio privado.

Esta especie de responsabilidad se diferencia de la anterior no únicamente en que vincula siempre a una administración pública con el carácter de demanda —lo que vale decir que jamás puede conformarse un contencioso de este género entre personas de derecho privado —sino que en la acción correspondiente el deber jurídico de reparar se estructura sobre bases enteramente distintas a las del derecho privado, desde luego que en aquella no juega papel alguno el carácter de delictuoso o de culposos que tengan los hechos materiales originarios del perjuicio, pues la responsabilidad de la administración pública aparece y la reparación se impone con abstracción de aquellos factores determinantes en el derecho común.

De esta noción de la responsabilidad administrativa, surge la consecuencia inevitable de que el titular de la acción —la víctima— sólo deberá acreditar el perjuicio que sufre con la ocupación temporaria o permanente de su propiedad inmueble o por razón de daños a la misma causados por trabajos públicos, puesto que es indiferente que los funcionarios obren o no con culpa, con intención de dañar o sin dolo.

Constituye, pues, este contencioso de los trabajos públicos una categoría especial de la responsabilidad extracontractual de las personas públicas, que es de naturaleza esencialmente objetiva, por oposición al carácter subjetivo de la puramente civil. En éste el elemento preponderante es la culpa —la acción culposa— en tanto que en aquella lo es el daño —la acción perjudicial— y la consiguiente obligación reparatoria impuesta a la administración.

No hay dificultad ninguna en entender, después de la sumaria exposición de las anteriores nociones, que en este orden de responsabilidad —la que se deriva de los trabajos públicos— la tutela jurídica es mucho más eficaz puesto que el deber reparatorio no insurge del móvil que provoca el acto dañoso sino de éste mismo avaluado objetivamente ni, por consiguiente, plantea el problema del grado de la responsabilidad, ya que ésta tiene siempre aquí la calidad de directa, vale decir que en todos los casos se deduce como hecho propio de la administración cualesquiera que sean la jerarquía y atribuciones del funcionario o agente que ejecute los hechos materiales constitutivos del daño.

El estado de necesidad.

A juicio de la Sala es suficiente lo dicho para afirmar con certeza que dentro de los presupuestos de la demanda instaurada por la señora de Gómez cumplía el Tribunal indagar —con arreglo a los clásicos moldes del Código Civil— si los elementos conformatorios de la responsabilidad del Estado se encontraban formalmente comprobados y, por ende, jurídicamente establecida la relación causal entre el daño y la culpa imputada a los agentes administrativos que intervinieron en los sucesos relacionados en el libelo. De esa indagación y evaluación judicial de los hechos aparece la realidad de un daño causado a una propiedad privada, al mismo tiempo que una ausencia de culpa por parte de los autores del mismo lo que acarrea la consecuencia de la absolución del demandado, ya que —se dice en el fallo— conducta de los agentes públicos no fue imprudente ni tachable de indiligencia sino impuesta por un estado de necesidad que en concepto del ad libera de toda responsabilidad a la administración

En otros términos, que la presunción de culpa, que la jurisprudencia ha establecido en contra de la administración por faltas de los agentes que le sirven, quedó destruída por la demostración de que éstos actuaron por fuerza de la necesidad, inculpablemente. En cambio, para el Magistrado que salvó su voto con respecto a esta decisión, el deber jurídico de indemnizar se impone aún aceptando el estado de necesidad como una situación especial sobre la cual algunos autores de derecho civil tienen la opinión de que es apenas motivo de justificación en el obrar pero no causa exonerativa de la responsabilidad por el perjuicio sufrido por la víctima.

Para la resolución del negocio que la ocupa la Corte se abstendrá de prohijar ninguna de las tesis propugnadas en el fallo y en esta parte del voto de disidencia, ya que tiene para ello las razones que a continuación se verán:

El estado de necesidad —figura no definida ni reglamentada en el ordenamiento del C. Civil— supone que el agente, colocado ante un peligro actual y en la imposibilidad de evitarlo sin sacrificar o dañar un derecho ajeno causa sin embargo un perjuicio menor que el que por este medio trató de evitar. No existe entre los expositores unanimidad en la aceptación de este fenómeno como entidad propia del derecho civil conforme lo es en el derecho penal; pues al paso que algunos lo adoptan o consagran como factor liberante de culpabilidad independientemente de la fuerza mayor, en cambio otros, con argumentos lógicos muy poderosos le niegan intransigentemente aquella pretendida autonomía y aun su característica de ser una especie de la fuerza mayor.

La doctrina colombiana carece de antecedentes sobre este particular, y la jurisprudencia de la Corte, de un modo permanente, ha venido aceptando de manera exclusiva la exoneración en los casos de actividades peligrosas mediante la demostración por el autor del hecho dañoso de la fuerza mayor, el caso fortuito o la causa extraña, dentro de la cual se comprede la propia culpa de la víctima. En realidad, carece de interés que la Sala se incline por una u otra tesis de las enunciadas para aceptar o negar la autonomía del llamado estado de necesidad como elemento constitutivo de liberación, ni aun que se detenga a considerar si él quedará más bien comprendido dentro del concepto de causa extraña, puesto que ninguna trascendencia ha de tener esto en la revisión de la sentencia recurrida.

Aun admitiendo la hipótesis de que el estado de necesidad pudiera coexistir con la noción de la simple culpa y constituír una circunstancia justificativa de la misma, preciso se hace delimitar su esfera de operancía al campo de las relaciones privadas, sin que sea admisible en forma alguna extenderla a las vinculaciones que se conforman entre la administración y los particulares; y esto por dos motivos tan poderosos el uno como del otro: es el primero que la administración, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones que vinculan a los particulares, no tiene la facultad de optar entre los dos extremos que el estado de necesidad comporta, desde luego que su actuación no se determina —ni aun dentro de los más rígidos principios del Estado de derecho— por otros móviles que el de realizar los fines sociales que le son propios, mediante el empleo de métodos distintos a los que están al alcance de las personas de derecho privado con la natural consecuencia del sacrificio de éste en beneficio colectivo, en caso de conflicto entre sí.

El segundo motivo encuentra su razón de ser en la circunstancia de que la administración desarrolla siempre su actividad material o jurídica bajo el estímulo del interés público; en que sus funciones no tienen otro objeto que el de satisfacer las necesidades de los ciudadanos traducidas en el funcionamiento de los servicios públicos, en la construcción de obras, en el mantenimiento del orden, la preservación de la salubridad, etc.; y en una palabra, en que la administración de acuerdo con esto opera ordinaria, normalmente en estado de necesidad, lo que implica tanto como aceptar que si se tuviera el imperio de esta circunstancia como exonerativa de responsabilidad no podría ser nunca obligada a indemnizar los perjuicios que el desenvolvimiento de su compleja actividad cause a los gobernados. Con la consagración de una tesis semejante se llegaría al absurdo de eliminar las bases fundamentales de la responsabilidad administrativa, haciendo retroceder de esta suerte las instituciones jurídicas a etapas definitivamente canceladas por las exigencias de la cultura, la evolución de la idea de justicia y los postulados de la equidad. En cambio, si se acepta el principio —que la Sala proclama y sostiene— de que el estado de necesidad no acarrea la liberación cuando el deber de reparar el perjuicio se exige de la administración, fatalmente se llega a la conclusión de que es entonces un fenómeno indiferente, que no cuenta en absoluto para determinar judicial-

mente la responsabilidad civil de las entidades de derecho público.

Aun entre los más destacados exponentes de la ortodoxia civilista se reconoce el hecho de que no toda la escala de la responsabilidad en las entidades administrativas está determinada por el concepto y la noción de culpa; y por eso admiten —haciendo concesiones trascendentales a las escuelas que fundan la obligación de indemnizar en el riesgo creado por la empresa pública— la innegable existencia de reglas especiales de responsabilidad sin falta. Planiol y Ripert mencionan a este propósito las modalidades particulares que afectan la responsabilidad del Estado en los daños de guerra, en las obras de defensa nacional y en los trabajos públicos, en todos los cuales el derecho de la víctima a impetrar una indemnización no se asienta en una culpa de los funcionarios públicos sino en una obligación de garantía, de seguridad o de asistencia consagrada en favor de los miembros de la sociedad pública. Los mismos autores ven en las reparaciones acordadas por los Tribunales en los casos de incendio causados por la acción de las locomotoras a lo largo de la vía una aplicación interesante de los principios que informan la responsabilidad sin falta y una aproximación al criterio que gobierna el instituto del resarcimiento del daño provocado por los trabajos públicos.

Dilucidado como queda este aspecto del problema —la no justificación del hecho por efecto de un estado de necesidad— y siendo, por otra parte, inculpable la persona pública demandada puesto que sus agentes, lejos de obrar imprudente o indiligentemente se limitaron al cumplimiento de los deberes propios de sus funciones, habría que buscar el fundamento de la obligación de resarcir el daño en otros motivos distintos del de un acto culposo de la administración.

En las deliberaciones a que el estudio del asunto dió lugar, uno de los Magistrados —el doctor Víctor Cock— sostuvo la tesis de que podría llegarse a la declaración de responsabilidad del Estado mediante una interpretación extensiva de la demanda según la cual, y con prescindencia del elemento culpabilidad, se afirmara el reconocimiento del perjuicio en el principio de igualdad de las cargas y los sacrificios por parte de todos los ciudadanos para el cumplimiento de los fines sociales del Estado. Sin embargo la Sala, sin desconocer la procedencia y la equidad de esta solución se abstuvo de admitirla por haber encontrado que en el caso presente actúa la excepción perentoria de petición de modo indebido, ya que los hechos originarios de la acción configuran un contencioso de trabajos públicos, en concepto de la mayoría; y porque además, aun sin esto, la acción instaurada se fundó expresamente en la existencia de una culpa aquiliana, lo que impide estudiar el caso desde el punto de vista propuesto por el referido Magistrado ya que ello equivaldría a variar la causa o razón de la demanda.

La decisión de la Corte.

Las prestaciones que en el juicio se exigen de la administración nacional tienen, en realidad, su fuente jurídico-legal en un trabajo público y no en una simple culpa de las autoridades que ejecutaron los actos enderezados a evitar las consecuencias de la inundación.

La noción jurídica de los trabajos públicos, el régimen legal de la indemnización por causa de ellos y la determinación del daño reparable a cargo de las personas de derecho público por la vía especial de lo contencioso administrativo, han sido objeto de estudio por parte de la Sala, la cual en fallo reciente acogió por unanimidad la doctrina que en lo esencial se transcribe a continuación:

"La ley colombiana no ha definido lo que debe entenderse por trabajos públicos —expresión que sólo se incorporó al léxico jurídico nacional con la expedición del vigente Código de lo Contencioso Administrativo. Los antecedentes inmediatos de la institución referente a la reparación por vía administrativa de los daños sufridos por particulares a causa de trabajos públicos del Estado y las entidades políticas inferiores se encuentran en la Ley 38 de 1918, pero este texto no consagra en ninguna parte la expresión de que se trata, ni índica cuáles sean los elementos que estructuran el estatuto. Por su parte el actual Código, que modificó fundamentalmente la anterior legislación sobre la materia y organizó sobre bases más racionales y técnicas el procedimiento para ventilar jurisdiccionalmente las indemnizaciones sobre toda especie de trabajos de la administración tampoco dice en qué consisten éstos; por lo que falta de una norma positiva deberá la Sala investigar el contenido de la noción generalmente adoptada por los expositores del derecho público y por la jurisprudencia nacional para fijar luego el alcance de las reglas que gobiernan el sistema en referencia, según la ley vigente (157 de 194

Bonnard se expresa así: "Puede definirse el trabajo público: un trabajo de construcción, arreglo, reparación o mantenimiento provocado o dirigido por la administración, ejecutado sobre un inmueble afectado a un servicio público, y esto no solamente si el inmueble hace parte del dominio público, sino igualmente si es de propiedad privada". Pero el mismo autor conviene en que esta noción ha sido considerablemente extendida por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, el cual concibe el trabajo público independientemente de la idea de afectación de un bien al servicio público administrativo para referirla al simple interés de la comunidad. La concepción doctrinaria del Consejo quedó resumida en el siguiente pasaje de la sentencia del 10 de enero de 1921, y reiterada luégo en pronunciamientos posteriores: "El trabajo público es todo trabajo ejecutado sobre un inmueble afectado no solamente a un servicio público sino a toda otra empresa que persiga un fin de interés social". Igualmente Hauriou adopta el contenido de la doctrina formulada por la misma alta entidad a propósito de la estructura jurídica de la obra pública: "Todo inmueble construído o reparado en vista de un uso público o de un servicio público tiene el carácter de **obra pública** (C. E. 10 de junio de 1921, **Moutségur**, Cas. 25 abril de 1923)".

Explica Rolland que la definición del trabajo público es de trascendente importancia y de extrema delicadeza, ya que en ella entran en juego las reglas jurídicas que le son aplicables, y que sin embargo esta definición no ha sido dada por ningún texto sino simplemente creada por obra de la jurisprudencia, de lo cual se desprende en el estado actual de las cosas que "es trabajo público todo trabajo de construcción o de conservación de un inumeble ejecutado por cuenta de una persona moral de derecho público en interés público".

Estas nociones doctrinarias han permitido determinar los elementos constitutivos del trabajo público como institución jurídico-administrativa; y al efecto los autores citados, lo mismo que Mestre, Waline y demás que se ocupan del tema, han llegado a coincidir —con más o menos diferencias en la apreciación de los factores adjetivos o circunstanciales— en que para que haya trabajo público deben reunirse las siguientes tres condiciones esenciales:

1ª—El trabajo debe ser hecho por cuenta de una persona administrativa;

2ª—Debe responder a un objeto de interés general, o con mira a un servicio público;

3ª—Debe necesariamente recaer sobre la construcción o reparación de un inmueble.

La ley colombiana vigente incorpora estos tres elementos fundamentales en el régimen de los trabajos públicos administrativos para los efectos de regular las acciones indemnizatorias a que pueden dar lugar por parte de los particulares, cuando una propiedad privada es ocupada por un trabajo de esta índole o con motivo de las operaciones de construcción o reparación se cause un daño en la misma. Así puede verse en el Capítulo XXII del Código que sólo los trabajos que realizan las entidades de derecho público dan origen a la indemnización por la vía contencioso-administrativa que allí se consagra (artículos 261 y 262). De la misma manera, la ocupación que origina la acción indemnizatoria debe recaer sobre inmuebles de propiedad privada (art. 269). Sobre el particular, trae la exposición de motivos del proyecto adoptado por el Congreso en 1941 (Ley 167) el párrafo explicativo que se copia:

"De otro lado, y en oposición a la aplicación que se ha dado a la ley vigente, la acción sólo se endereza contra las **ocupaciones de hecho** de la propiedad inmueble y no de los bienes de otra naturaleza". Y finalmente, en lo que respecta al objeto de la obra —vinculación a un servicio público o de interés social— está implícitamente contenido en el fin a que se destina pues sólo en el caso en que las entidades de derecho público construyen o reparen un inmueble determinado perteneciente a su dominio privado, dejan de aplicarse las regulaciones propias de los trabajos públicos, y la acción respectiva se desplaza a la justicia ordinaria.

Aunque del anterior examen del cuerpo de disposiciones que gobiernan la institución se infieren todos los elementos necesarios que deben concurrir para atribuír a un trabajo dado el carácter de público y aplicarle el régimen especial del C. de lo Contencioso Administrativo no sobra agregar que el mencionado capítulo de esta obra, si bien reemplaza el ordenamiento anterior contenido en la ley 38 de 1918, eliminó los otros factores que según esta última norma concurrían a conformar la noción jurídica del trabajo público en cuanto exigía para la prosperidad de la acción reparatoria que la expropiación o el daño se produjera por órdenes o providencias administrativas y que hubiera un provecho de parte del

Estado o de la entidad pública correspondiente. Lo que permite observar, desde luego, que bajo el régimen anterior —el de la Ley 38— el damnificado debía demostrar plenamente la existencia de una providencia u orden de la autoridad administrativa como fuente del daño, y de otra parte el beneficio o provecho que con el trabajo público hubiera recibido el Estado, el Departamento o Municipio por cuya cuenta aquellos se realizaban. En cambio, desde la expedición del Código actual basta que se compruebe la ocupación o el daño para que quede comprometida la responsabilidad civil de la administración y se obtengan las consiguientes reparaciones pecuniarias sin que sea necesario acreditar la culpa o la falta de la entidad oficial que emprende los trabajos ni que con éstos reciba ella beneficio de algún género. Tampoco la noción delictuosa o culposa juega papel ninguno en el ejercicio de esta acción como no sea para determinar la responsabilidad de los funcionarios o agentes autores materiales del daño en los casos de infracción de carácter penal.

El derecho administrativo estudia los trabajos públicos desde muchos puntos de vista que dicen relación a las formas de ordenarlos, a los actos o contratos en desarrollo de los cuales se realizan y a las cuestiones vinculadas con su ejecución material, único tema que aquí interesa para dilucidar el problema de derecho que insurge de la acción propuesta por la sociedad minera demandante y de la resolución **declinatoria fori** adoptada en primera instancia por el Tribunal de Medellín.

El ordenamiento legal a que atrás se hizo referencia (Capítulo XXII, del C. de lo C. A. y sus concordantes) está destinado exclusivamente a regir dos órdenes de fenómenos susceptibles de producirse en el curso de la ejecución de los trabajos públicos: la ocupación temporal o permanente de un inmueble del dominio privado y los daños que pueden causarse a la propiedad ajena con las operaciones materiales inherentes a aquella clase de trabajos. Uno y otro fenómeno se regulan por el sólo aspecto de las reclamaciones o demandas indemnizadoras contra la administración incoada por las personas particulares a quienes se ocupe o dañe un inmueble que les pertenezca o que posean a otro título jurídico.

Prescindiendo de lo que concierne a las acciones por los hechos de ocupación, y concretándose por ahora la Corte a la materia propia del litigio —indemnización originada en hechos dañosos— habrá de examinar entonces las modalidades que este fenómeno ofrece y de las cuales puede surgir un criterio certero para delimitar las respectivas zonas de competencia señaladas por el legislador entre los tribunales ordinarios y la justicia administrativa.

En primer lugar habrá de afirmarse, frente a la literalidad de los preceptos del C. de lo Contencioso Administrativo y de Procedimiento Civil y a la esencia de los principios en que éstos se inspiran, las siguientes reglas generales que dominan la compleja materia de la competencia:

1º—La jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo está limitada al conocimiento de las controversias resultantes de la ocupación o daño de propiedades inmuebles, originados una u otro, en trabajos públicos que se emprenden o ejecutan por cuenta del Estado o de otras personas administrativas (Artículos 34, ord. 2º, 52, ord. 7º y 261 a 270 del Código de lo Contencioso Administrativo). Las demás cuestiones a que den ocasión los mismos trabajos, siguen siendo ventilables ante los jueces ordinarios, por imperio de los mandatos establecidos en el Código Judicial.

2º—La competencia para el reconocimiento del perjuicio por daño la tienen los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, según los casos, cuando éste recae directamente sobre una propiedad privada pues los de naturaleza distinta —daños a las personas, por ejemplo— corresponden a la jurisdicción común.

En este particular cabe observar que la ley colombiana se apartó fundamentalmente de la práctica francesa en la cual según una conocida jurisprudencia del año de 1873 (Arrêt Blanco) ininterrumpidamente aplicada hasta hoy, la jurisdicción administrativa es competente para resolver las indemnizaciones que se cobran de la administración por los daños sufridos por las personas con motivo de la realización de los servicios públicos de toda especie. En esa ocasión se discutió ante el Tribunal de Conflictos la competencia que tuvieran los jueces civiles o los administrativos para resolver la demanda de indemnización contra el Estado por los daños causados por un vehículo conducido por obreros de una fábrica de tabacos de Burdeos y que lesionó gravemente a la hija del demandante Blanco. El Tribunal de Conflictos falló en favor de la competencia administrativa, sentando al efecto la siguiente doc

trina, rectora hasta la época contemporánea de la jurisprudencia de aquél país en materia de responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas:

"La responsabilidad que puede incumbir al Estado en razón de la culpa de sus agentes no puede ser regida por los principios que establece el Código Civil para las relaciones de particulares con particulares; esa responsabilidad no es ni general ni absoluta; ella exige reglas especiales que varían según las modalidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con el de los particulares".

Otro antecedente en igual sentido es el citado por Waline, en la página 512 de su "Manuel Elementaire de Droit Administratif": Un camión de caminos y puentes entra en colisión con un automóvil particular; el primero de los vehículos transporta en el momento del accidente, materiales destinados a la ejecución de trabajos públicos: las consecuencias dañosas del accidente son reputadas como resultante de la ejecución de un trabajo público. (Cons. d'Et., 2 dec. 1931. **Panel**, pág, 1058)".

Contrariamente a estas doctrinas la ley colombiana ha instituído la competencia general en los Tribunales ordinarios y radicado en los administrativos la concerniente a la indemnización por trabajos públicos, sólo en cuanto con éstos sobrevenga un daño en la propiedad particular. El contencioso administrativo de los trabajos públicos tiene, pues, dentro del régimen colombiano, un carácter excepcional. Ya se dijo —y ahora se repite— que la responsabilidad de la administración en estos casos surge por ministerio de la ley independientemente del delito o la culpa imputable a los agentes o funcionarios públicos que los ejecuten y de ahí que se presente con modalidades particulares o especiales dentro de los principios dominantes en el derecho colombiano sobre responsabilidad extracontractual. En tanto que las demás clases de daños están fundados en la culpa o falta de la administración, la cual deberá demostrarse, o simplemente presumirse en los eventos comprendidos en el artículo 2356 del Código Civil.

3º—Completa la regla general expuesta la circunstancia de que la acción contencioso administrativa que mueve la atención de la Corte sólo opera en relación con los hechos de ocupación de una propiedad o daño de la misma en cuanto ocurran en el transcurso de los trabajos públicos, entendiéndose por éstos el conjunto de operaciones materiales realizadas por los agentes administrativos para la construcción, reparación o conservación de una obra pública o de interés social. De donde se desprende que los daños causados por una obra pública —o sea el resultado del trabajo público concluído— son cuestiones ajenas a la jurisdicción administrativa y, por consiguiente, del resorte de la judicatura común. Un ejemplo aclarará mejor la diferencia: Si en el transcurso de las labores de construcción de un ferrocarril nacional o de las que se ejecutan para conservar o reparar la vía se ocupa de hecho una propiedad ajena, o si la misma en alguna forma se daña, el perjudicado tiene la acción indemnizatoria abierta ante la justicia administrativa, la cual conserva la competencia privativa de la querella, porque se trata de un contencioso de trabajos públicos; en cambio si una locomotora del mismo ferrocarril ya construído produce un incendio en la zona privada que atraviesa o por defecto de construcción en la vía acaece cualquier daño —siendo indiferente que recaiga sobre las personas o las cosas— la controversia para la indemnización de los perjuicios sólo puede suscitarse ante las autoridades judiciales comunes, las cuales retienen privativamente la competencia para dirimir el contencioso de la culpa extracontractual provocada por las obras públicas de toda clase.

También en este punto se distingue nuestra legislación de las aplicaciones de la jurisprudencia francesa, la cual admite la acción contencioso administrativa de los daños causados por los trabajos públicos en forma mucho más lata, pues no sólo provee a la reparación del perjuicio causado en el proceso de ejecución sino que se prolonga hasta los que son la resultante de la obra pública construída. Así la competencia administrativa se ha extendido a los hechos dañosos causados por **vicios en la construcción** de una obra pública: accidente ocurrido por señalamiento defectuoso de un paso a nivel al mismo tiempo que la falta de un agente público; **por el modo de construcción** adoptado, aun sin falta ni vicio: de ubicación de un molino de viento; **por la situación de la obra:** depósito de carbón de una empresa ferrocarrilera que levanta polvo en perjuicio de los vecinos; falta de mantenimiento de una obra y de sus dependencias; **ausencia de construcción de una obra:** los trabajos de protección contra las crecientes efectuados por una ciudad (villa) sobre la ribera iz-

quierda de un río que no se acompañó de las obras correspondientes sobre la ribera opuesta, lo que produjo el efecto de arrojar las aguas sobre esta última orilla; y, finalmente, **por la explotación de la obra,** pues se han considerado dentro de aquel sistema como daños resultantes de trabajos públicos los que son secuela de hechos o aun de faltas o culpas provenientes de la explotación de las obras públicas: colisión de dos navíos durante la ejecución de las maniobras necesarias para utilizar las obras de un puerto.

No hay dificultad en observar que ninguno de los eventos que acaban de relacionarse como generadores de daño quedarían tutelados por el Código de lo Contencioso Administrativo vigente (Ley 167 de 1941) por ser ajenos a la jurisdicción del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, según los ordenamientos del Código de Procedimiento Civil, y los lineamientos generales que conforman el sistema colombiano.

En orden a la reparación, el daño proveniente de los trabajos públicos deberá presentar los siguientes caracteres para ligar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa:

1º—**Debe ser material,** entendiéndose por esto que la propiedad particular sea objeto de un daño de índole estrictamente física causado por los funcionarios o agentes que operan los trabajos públicos o por las causas destinadas a los mismos durante el curso de las operaciones de construcción, reparación o mantenimiento de una obra pública, v. gr., los actos que causen la destrucción de cercas, tala o incendio de árboles, inutilización de frutos, privación o disminución en el beneficio de las aguas, dificultad de acceso de las vías públicas y otros de la misma índole.

2º.—**Debe ser actual y cierto,** es decir existente en el momento en que la acción se ejercita y no simplemente eventual.

3º—**Debe ser directo.** Se dirá que hay daño directo cuando entre el hecho alegado como causa —las operaciones materiales de construcción de la obra pública— y el daño sufrido por la propiedad particular ningún elemento extraño puede interponerse como hecho dañoso. Es preciso, pues, que haya una relación directa de causa a efecto; y, por tanto, no puede explicarse el daño más que por el trabajo ejecutado y no por otra causa distinta o concurrente con él".

Bastan en concepto de la Corte, los razonamientos que sustentan las anteriores tesis, para enmarcar la controversia suscitada entre el Estado y la dueña de "Casablanca" dentro de los lindes propios de un contencioso de reparación por trabajos públicos y fijar la competencia en favor de la organización jurisdiccional administrativa, o más concretamente como del resorte exclusivo del Consejo de Estado por el carácter nacional de la actuación con ocasión de tales trabajos.

La adopción de estas conclusiones es rigurosamente lógica y, por lo demás la única posible conforme al derecho legislado que gobierna la materia. En efecto, por orden de autoridades nacionales —y con la finalidad de evitar una calamidad pública manifestada en el temor o la evidencia de una inundación se realizaron ciertas obras— la construcción de la vía de escape o desagüe en un inmueble de propiedad particular y con tales trabajos se ocasionaron los daños por los cuales se impetra el resarcimiento correspondiente a cargo del Estado. En tal evento es incontrovertible la inutilidad de inquirir la culpa con que los agentes de la administración obraron ni si puede ésta descargarse de responsabilidad civil oponiendo a las pruebas de los hechos conformativos del perjuicio la existencia de una fuerza mayor, del caso fortuito, de una causa extraña o, según la solución dada por el Tribunal al negocio, la concurrencia del estado de necesidad. Ya se ha afirmado antes —y ahora se repite— que es suficiente para que la acción prospere y se indemnice debidamente a la víctima con que ésta demuestre que sufrió un perjuicio patrimonial estimable en una determinada cantidad de dinero, pues el deber de reparar el daño surge específicamente de lo que los tratadistas denominan el riesgo de vecindad.

No se opone a esta tesis que la Corte acepta como la más jurídica y por otra parte, como la mejor tutela los derechos de los asociados la circunstancia de que la obra realizada tenga un carácter de transitoria o emergente o que no represente una construcción o edificación destinada a prestar un servicio permanente, como una vía pública una fábrica de materiales y demás de idéntica semejante naturaleza, porque tampoco serían entonces daños indemnizables por la jurisdicción contencioso administrativa los resultantes de los trabajos que con indiscutibles fines de emergencia y transitoriedad emprenden los ejércitos en campaña o en maniobras, v. gr., la construcción de fosos, abrigos y otros.

Jean Appleton, a la pág, 403 de su Tratado Elemental del Contencioso Administrativo trae el ejemplo siguiente:

"Los daños resultantes de un caso de fuerza mayor, tal como una inundación imprevisible, pueden dar lugar a indemnización cuando la presencia de la obra pública por obstaculizar a la corriente de las aguas, agrava el daño".

La excepción de petición de modo indebido.

En resumen, no desconoce la Corte que pueda existir para la señora demandante el derecho a que el Estado indemnice el valor de los daños que hubieran podido causársele con la realización de los actos relacionados en el libelo; y ni que este derecho pudiera surgir independientemente de todo concepto de culpa o falta de la administración nacional o de sus agentes, conforme se ha dicho, y ya se acepte la tesis de que la obligación reparatoria a cargo del Estado se impone cuando sus agentes obran en ejercicio de una actitud legítima y causan el perjuicio sin imputabilidad culposa alguna, o bien se trate de exigir la indemnización con base en la ejecución de un trabajo público.

La calificación acogida por la mayoría de la Sala respecto a que la demanda que está ventilándose es en el fondo una contención originada por trabajos públicos administrativos, haría viable un pronunciamiento **declinatoria fori** y la correspondiente anulación de lo actuado porque en tal hipótesis la competencia para decidir de la litis es privativa del Consejo de Estado. Sin embargo, como es evidente que tanto el Tribunal Superior cuanto esta Sala de la Corte se ligaron a la competencia formal del negocio a causa de haberse ejercitado, aunque de modo erróneo, una acción reparatoria de perjuicios fundada exclusivamente en una supuesta culpa de las autoridades administrativas, se ha extructurado la excepción perentoria denominada de petición de modo indebido, ya que conforme se ha visto a través de las motivaciones del fallo, otro era el planteamiento eficaz para la obtención de los fines perseguidos por el actor, quedándole como es claro, la facultad de formular ante jurisdicción competente la demanda apropiada para la efectividad de los derechos que pretende.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley encuentra probada la excepción de petición de modo indebido y en consecuencia se abstiene de hacer las declaraciones solicitadas en el libelo.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardozo Gaitán. Víctor Cock.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta., Srio. pdad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR UN ACCIDENTE DE AVIACION

1.—Tiene aceptado la Corte como jurídico el que el seguro de vida en casos como el de autos, si bien no limita la correspondiente acción indemnizatoria de perjuicios por el daño causado, y en caso de que esta acción prospere y el seguro se haya pagado o llegare a pagarse, debe descontarse el valor de éste de la suma a que se concrete la condena civil común.

2.—La mayoría de la Sala ha llegado a la conclusión, en casos como el presente, de no ser jurídicamente aceptable la solución consistente en señalar en un caso de la naturaleza del actual cuotas fijas para prestaciones periódicas, en lugar de una cantidad global pagadera de contado como monto de la indemnización.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre siete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Victor Cock)

Con fecha 9 de noviembre de 1945, profirió el Tribunal Superior de Bogotá, sentencia definitiva en el presente juicio ordinario, instaurado por la señora Leonor Triviño viuda de Nieto contra la Nación.

Textualmente dice la parte resolutiva del fallo mencionado:

"1º.—Declárase que la Nación Colombiana es civilmente responsable de la muerte del Subteniente Guillermo Nieto Muñoz, ocurrida el 27 de agosto de 1941, a virtud del incidente sufrido por el avión Ford 644 de propiedad del Gobierno Nacional, en el punto de "La Pedrera", Intendencia del Meta. (sic).

"2º—Condénase a la Nación a pagar a la señora Leonor v. de Nieto el valor de los perjuicios materiales y morales de orden objetivo que le fueron ocasionados por razón de la muerte del citado Subteniente Guillermo Nieto Muñoz.

"Parágrafo.—El monto líquido de los perjuicios materiales se fijará conforme al procedimiento del artículo 553 del C. J.

"Parágrafo.—Fíjase en la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) el monto de los perjuicios morales subjetivos que la Nación debe pagar a la actora".

Contra el fallo condenatorio interpuso recurso de apelación, en nombre del Estado, el señor Fiscal del Tribunal sentenciador.

El recurso interpuesto ha sido debidamente tramitado ante la Corte y a su decisión se procede en la presente providencia.

Se observa ahora que los hechos fundamentales de la demanda los formuló la parte demandante en los siguientes términos:

"Primero: El día veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, el avión militar marca Ford, número seiscientos cuarenta y cuatro (644) cayó en las selvas del Sur de la República, destruyéndose por completo en el Corregimiento de La Pedrera, Intendencia del Amazonas, cuando viajaba entre el Municipio de Leticia y la Base Aérea de Tres Esquinas.

"Segundo: El avión mencionado era de pertenencia de la Nación y hacía el servicio oficial de transportes en las regiones del Sur de la República y estaba en consecuencia al cuidado de la Nación.

"Tercero: Cuando ocurrió el accidente a que esta demanda se refiere, el avión hacía uno de sus viajes reglamentarios y era manejado por militares al servicio de la Nación.

"Cuarto: Por causas que el Ministerio de Guerra debe haber establecido o al menos investigado el avión vino a tierra y en el siniestro pereció el Subteniente Guillermo Nieto quien había subido al avión obedeciendo órdenes superiores.

"Quinto: El siniestro aéreo mencionado y la consiguiente muerte de don Guillermo Nieto Muñoz se debe en general al mal funcionamiento del servicio oficial nacional de transportes aéreos en el Sur de la Nación.

"Sexto: En la época de este siniestro se registraron otras catástrofes aéreas lo que ocasionó la

consternación del público y determinó varios debates en la Cámara y en el Senado de la República sobre el funcionamiento de los servicios aéreos oficiales:

"Séptimo: La máquina en que viajaba el subteniente Guillermo Nieto Muñoz era Ford distinguido con el número 644, de un tipo viejo, con mucho recorrido de vuelo y deteriorado.

"Octavo: Guillermo Nieto Muñóz, era oficial de las fuerzas aéreas nacionales, estaba en plena juventud y poesía grandes capacidades para su profesión.

"Noveno: Guillermo Nieto Muñoz estaba casado con doña Leonor Triviño, con quien contrajo matrimonio en la Iglesia Parroquial de Facatativá el día siete (7) de junio de mil novecientos cuarenta y uno (1941).

"Décimo: El Subteniente Guillermo Nieto Muñoz, tenía además magníficas condiciones personales y sociales y sostenía moral y económicamente a su esposa, invirtiendo en la vida de su hogar los emolumentos que recibía.

"Undécimo: La señora Leonor Triviño de Nieto pertenece a una distinguida familia de Facatativá pero es una persona pobre que en virtud de la muerte de su esposo ha quedado sin medios propios para atender a su subsistencia y sostener su posición social habiendo sufrido por tanto muy grandes perjuicios con la muerte de su marido".

Contestó la demanda referida el señor Fiscal 1º del Tribunal, en escrito de 11 de mayo de 1944, en el cual declara no constarle, en general, los hechos antes transcritos, con excepción del "quinto", que hubo de negar rotundamente, y del "noveno", qué expresamente declaró aceptarlo.

Finalmente negó el derecho, causa o razón de la demanda, "por considerar que el Estado Colombiano o la Nación no es responsable civilmente del desgraciado accidente referido por el demandante".

Ya hubo de verse en este fallo cuál es la parte resolutiva del dictado, en el juicio, por el Tribunal, parte resolutiva que contiene en esencia lo solicitado por la demandante en su demanda y en calidad de acción pericial, y ya que en el mismo escrito de demanda hubo de formularse una petición subsidiaria, cuyo estudio se presentó como innecesario en presencia de la acogida que tuvo en el Tribunal la principal instaurada.

Se advierte ahora que ante la Corte ha venido representando los intereses del Estado en el proceso, el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Observa éste en su alegato de conclusión, que lleva fecha 12 de julio de 1946, que en el caso específico del avión Ford 644, destruído en el accidente en el cual pereció el Subteniente Guillermo Nieto Muñoz, esposo legítimo de la señora demandante no puede imputarse al Estado culpa alguna que genere su responsabilidad civil.

Presenta en efecto, algunos datos y argumentos enderezados a procurar demostrar que de parte de la aviación militar se tomaron, en general, precauciones relacionadas con la conservación del buen estado de la nave aérea mencionada.

Empero en autos aparece plenamente demostrado que el accidente, en el cual perecieron no sólo el Subteniente Nieto sino otras varias personas, se debió de manera principal al menos, al agotamiento de la gasolina durante el vuelo, evento éste, que, aparte de toda discusión sobre la llamada presunción de culpabilidad, es demostrativo de culpa de parte de los funcionarios del Estado que han debido evitarlo. (Véanse folios 20 y siguientes del cuaderno Nº 4, los informes oficiales a este respecto).

Y de ahí que la Corte, en sentencia de 26 de julio de 1945, dictada en el juicio seguido por la señora Emilia Posada viuda de Vargas contra la Nación por la muerte de su hijo José Miguel Vargas Posada, otra de las víctimas del accidente del avión marca "Ford", y refiriéndose en concreto a los documentos de origen oficial a los cuales se acaba de hacer alusión, hubiera declarado lo siguiente:

"El accidente se produjo pues debido a la falta de gasolina, lo que acusa una imprevisión manifiesta del personal de aviación que tenía a su cargo el manejo del avión y su aprovisionamiento. Este sólo motivo, en concepto de la Sala, y si la culpa del Estado no se presumiese, sería bastante para deducir la culpa en que incurrió la Nación en el siniestro".

Y parece tan fundado aceptar en el caso específico de que aquí se trata la responsabilidad civil del Estado y su consiguiente obligación de indemnizar, que en su extenso alegato el señor Procurador Delegado en lo Civil, de manera principal se esfuerza por lograr la declaratoria de parte de la Corte de que la indemnización pecuniaria pagadera a la demandante debe hacerse en forma de cuotas fijas, sucesivas y periódicas, y nó en forma global y anticipada.

Más adelante habrá de referirse la Corte a este tema que en el presente negocio, así como en otros

similares, ha presentado el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Apareciendo, como aparece en autos, debidamente comprobado que la demandante estaba legítimamente casada con el Subteniente Nieto, se halla investida ella de derecho y de acción para demandar en juicio la correspondiente indemnización, sólo que, por cuanto el proceso no suministra datos concretos acerca del monto de los perjuicios materiales indemnizables, hay lugar a hacer en abstracto una condenación, al pago de ellos, remitiendo a las partes al incidente de regulación que instituye el artículo 553 del Código Judicial.

Compete sí a la Corte fijar en el presente fallo las bases de la liquidación referida, bases que serán las que a continuación se puntualizan.

La estimación respectiva debe hacerse mediante el correspondiente dictamen pericial. Y los peritos tomando como punto de referencia el sueldo que devengaba el Subteniente en el momento de su muerte y que una porción de sus emolumentos estaba llamada a ser invertida en beneficio de su esposa, dictaminarán acerca del monto de dicho beneficio pecuniario, sin perder de vista, como es obvio, que sólo una parte del valor del referido sueldo estaría llamado a beneficiar de manera exclusiva a la esposa sobreviviente. Los peritos tendrán en consideración en relación con su dictamen, las constancias actuales del proceso y las demás comprobaciones que se presenten dentro del incidente de liquidación.

De otro lado, para el cómputo de vida probable del Subteniente, quien aparece era de mayor edad que su esposa (Véanse fls. 4 del Cno. 1º y 11 del Cno. 2º), se tendrán en cuenta las tablas de vida probable elaboradas por la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, que son las que regularmente han sido acogidas por la Corte en sus fallos sobre indemnizaciones del tipo de la actual.

Como consta en la parte resolutiva del fallo del Tribunal, la condenación por concepto de perjuicios morales hubo de hacerse por la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) para la viuda demandante, y teniendo en cuenta la calidad del vínculo que ligaba a la víctima con la actora. De su parte la Corte, consultada la regulación del artículo 95 del Código Penal, ha encontrado aceptable la fijación de la cantidad mencionada.

Pide en su alegato ante la Corte el señor Procurador Delegado en lo Civil que, si se llegare a condenar a la Nación a pagar a la demandante una indemnización de perjuicios, haya también lugar a que se "declare en el fallo que de esa indemnización debe descontarse la suma que se haya pagado o llegare a pagarse a la misma señora Triviño v. de Nieto por concepto del seguro establecido en el artículo 3º de la Ley 196 de 1936".

Por lo demás, la disposición legal a la cual se refiere el señor Procurador Delegado en lo Civil es del siguiente tenor literal:

"Establécese un seguro por cuenta del Estado a favor de las familias del personal técnico de aviación que muera por causas del servicio debidamente comprobadas, seguro cuya cuantía será equivalente al valor del sueldo mensual que devengue el interesado al tiempo de su muerte multiplicado por treinta, siempre que ésta ocurra en el acto del accidente, o en los seis meses subsiguientes, se compruebe que el fallecimiento tuvo por causa directa y necesaria el mismo accidente, y que éste fue fortuito".

Tiene aceptado la Corte como jurídico el que e seguro de vida en casos como el de la naturaleza del actual, si bien no limita la correspondient acción indemnizatoria de perjuicios por el daño causado, y en caso de que esta acción prospere y el seguro se haya pagado o llegare a pagarse debe descontarse el valor de éste de la suma que se concrete la condena civil común.

Y este mismo criterio tuvo oportunidad de aplicarlo, en el fondo, esta Sala de la Corte en su providencia de 20 de agosto último, dictada en el juicio ordinario seguido por Antonio María Rodríguez, y Rosa Rocha de Rodríguez contra la Nación, y con motivo de la muerte de su hijo doctor Rafael Rodríguez, quien fue otra de las víctimas del mismo accidente del avión Ford 644, con el cual toca el presente litigio.

De donde se sigue que hay lugar a acceder a lo pedido por el señor Procurador Delegado en lo Civil respecto al seguro de que se viene hablando.

En el escrito presentado por el señor Procurador Delegado en lo Civil se lee, como párrafo final lo siguiente:

"Me parece suficiente lo expuesto para concluir que, en casos como éste, la indemnización del pe

juicio material debe concretarse en forma periódica, especialmente tratándose de juicios intentados contra la Nación".

La cuestión planteada por el señor Procurador ha sido debatida, con motivo de otros fallos, por la Corte, habiendo llegado la mayoría de la Sala a la conclusión de no ser jurídicamente acaptable la solución consistente en señalar en un caso de la naturaleza del actual cuotas fijas para prestaciones periódicas, en lugar de una cantidad global pagadera al contado como monto de la indemnización.

De otro lado, y mirado el asunto por el aspecto práctico, la circunstancia de que han sido dictados ya otros fallos en relación con el mismo accidente sufrido por el avión Ford Nº 644, del cual aquí se trata, excusa reabrir el estudio del tema mencionado, y teniendo en cuenta además que la parte demandante no ha solicitado el que se adopte la forma de pago en cuotas periódicas y sucesivas.

En mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia dictada el 9 de noviembre de 1945, por el Tribunal Superior de Bogotá en el presente juicio instaurado por la señora Leonor Triviño viuda de Nieto contra la Nación con la adición de que para efectos de la liquidación allí ordenada (art. 553 del C. J.) debe hacerse en armonía con las bases señaladas en la parte motiva de este fallo de la Corte y que del monto de la indemnización respectivo hay lugar a descontar la suma que haya pagado o llegue a pagarse a la señora demandante por concepto del seguro establecido en el artículo 2º de la Ley 196 de 1936.

Sin costas.

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

Germán Alvarado. — **Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock.**—**Ramón Miranda.**—**Eleuterio Serna R.** — **Nicolás Llinás Pimienta,** Srio. pdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA RESOLUCION EJECUTIVA Y DE PAGO DE PERJUICIOS

De contratos como el de transporte de correos hace Josserand esta exégesis: "Una de las partes expone un proyecto de convención; públicamente la ofrece al primero que se presente y quiera entrar en el trato, eso sí con la condición de tomarlo tal como se le plantea o de hacerse a un lado. En esta categoría figura la inmensa mayoría de los contratos de transportes. "De esa manera —dice el autor citado— ha venido a modificarse la antigua técnica de la formación de los contratos", porque una parte hace el reglamento y emite una tarifa prerredactada. La otra, se limita a apoderarse de ella, se apropia de sus disposiciones sin tener la posibilidad de discutirlas. Se contenta con prestarle su adhesión". Aun en el campo del derecho privado no son hoy escasos esos contratos, a pesar de la desigual posición en que aparecen actuando las partes. Planiol y Ripert citan como ejemplos, además de los de transporte terrestre y marítimo, las varias clases de seguros, las empresas de suministro de agua y luz, los arrendamientos de locales para ejercicio de profesiones, etc. La prerredacción del reglamento y la tarifa ha hecho que se discuta la naturaleza de tales contratos; se ha llegado por algunos a afirmar que son unilaterales, pues dicen que el oferente impone su voluntad en absoluto a virtud de ciertas facultades reglamentarias de que está investido. En contraste con esa omisión está la de quienes sostienen que desde el momento en que el contratista conoce la oferta —mediante la publicación y los detalles del pliego de cargos— tiene facultad de deliberar y, si contrata, aporta su libre voluntad. La Corte se ha pronunciado por la bilateralidad. Hablando de la contratación de los servicios públicos por el Gobierno ha dicho: "El contrato no puede surgir sino de la aceptación absolutamente voluntaria del contratista a las condiciones que la administración establece con sujeción a la norma jurídica". La tesis de que se trata de contratos bilaterales no impide que se discrimine lo que es contractual de lo que pertenece al reglamento institucional y que se separe, como aconsejan Planiol y Ripert, las cláusulas esenciales que obligan al adherente —porque éste indiscutiblemente las ha pasado— de las accesorias, que solamente podrán tenerse en cuenta por los Tribunales en cuanto responden a la real intención común de las partes, a la buena fe y a la esencia del contrato.

2.—A falta de la pertinente salvedad, o de una reproducción de lo dicho en el artículo 5º de la Ley 53 de 1909, la palabra GOBIERNO debe tomarse hoy en el sentido que le asigna la Constitución, según la cual el Presidente con el Ministro del respectivo ramo constituyen el Gobierno cuando se trata de negocios particulares (Vid. Arts. 59 de la Constitución de 1886 y 57 de la de 1945).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado)

El doctor Arturo Hernández C., en nombre y representación del señor César D. Erazo, demanda a la Nación, República de Colombia, para que previos los trámites de un juicio ordinario, y con citación y audiencia del señor Procurador General de la Nación, se hagan en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

Primera: Que al ordenar y disponer el Ministerio de Correos y Telégrafos que se transporten por las líneas de la directa del Pacífico, vía Buenaventura, en los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, y enero y febrero de novecientos cuarenta y tres, los correos de Colombia destinados a los Estados Unidos, Centro América, Méjico y Canadá, así como los procedentes de esos mismos países y destinados a Colombia inclusive las piezas postales con destino a C

ena y Barranquilla y los procedentes de Venezuela, todo en el lapso indicado, agravó las obligaciones que don César D. Erazo contrajo como ontratista, conforme al convenio de nueve de junio de mil novecientos cuarenta y dos, celebrado ntre el Ministerio de Correos y Telégrafos y el nencionado Erazo, contrato que se publicó en el úmero 25008 del Diario Oficial correspondiente l 17 de julio de 1942.

Segunda: Que el Gobierno Nacional dejó de mplir el contrato celebrado con don César D. razo sobre conducción de Correos mencionado en aparte anterior, por cuanto agravó las obligaones que don César D. Erazo contrajo, agravaón que consistió en ordenarle al contratista que or las líneas de la directa del Pacífico, vía Buenaventura, se transportaran los correos mencionados también en el aparte anterior, incumpliiento que por parte del Gobierno empezó a tener ecto desde el 1º de julio de 1942 hasta el 28 de brero de 1943.

Tercera: Que el Señor César D. Erazo hizo el ansporte de los correos mencionados en el nueral primero, y de acuerdo con la orden del Misterio de Correos y Telégrafos durante los mes de noviembre y diciembre de mil novecientos arenta y dos y febrero de mil novecientos cuanta y tres, sin que estuviera obligado a hacer transporte según los términos y voces del conto que celebró con el Ministerio de Correos y légrafos el 9 de junio de 1942 y que se publicó el Nº 25008 del Diario Oficial correspondiente 17 de julio de 1942.

Cuarta: Que el Gobierno Nacional dejó de cumr las obligaciones que contrajo en el contrato nueve de junio de mil novecientos cuarenta y citado, por no haber pagado al contratista Era los precios estipulados por mensualidades venas y dentro de los términos y condiciones preos en el contrato.

Quinta: Que por cuanto a que el Gobierno por dio del Ministerio de Correos y Telégrafos quentó el mencionado contrato de 9 de junio de 2, contractualmente carecía de la facultad para arar caducado administrativamente el precio contrato de 9 de junio de 1942.

Sexta: Que son absolutamente nulas, y lo han desde su pronunciación, la Resolución Nº 1329 5 de marzo de 1943, por medio de la cual el sterio de Correos y Telégrafos declaró administrativamente caducado el contrato sobre conión de Correos Nacionales, celebrado con el señor César D. Erazo el 9 de junio de 1942, y la Resolución Nº 2546 de 12 de junio de 1943, por la cual el Ministerio de Correos confirmó en todas sus partes la Resolución Nº 1239 de 25 de marzo de 1943.

Séptima: Que la Nación está obligada a pagarle al demandante dentro del término que la sentencia señale, la cantidad de cuarenta mil pesos moneda corriente, como indemnización de los perjuicios que al señor César D. Erazo se le ocasionaron con el incumplimiento y quebranto del contrato de 9 de junio de 1942, sobre conducción de Correos, ya por haberse declarado la caducidad del contrato por la Resolución Nº 1239 de 25 de marzo de 1943, ya por haberle arrebatado la Nación al contratista la conducción de los correos desde el 1º de abril de 1943, o la cantidad que se compruebe en el término probatorio del juicio por los conceptos antes expresados, o la cantidad que en juicio separado se acredite por las mismas causas y conceptos expresados en esa petición.

Octava: Que la Nación está obligada a pagarle al demandante dentro del término que la sentencia señale, el monto de los perjuicios morales que fije la sentencia, como consecuencia de todos los actos ejecutados por el Gobierno Nacional en contravención y con violación del contrato de 9 de junio de 1942 mencionado en los puntos anteriores.

Veinticuatro hechos invoca la demanda como fundamento para su prosperidad, los cuales hechos son en síntesis, los siguientes:

Primero.—El 19 de junio de 1942 se perfeccionó entre la Nación y don César D. Erazo, representado éste por don Antonio del Castillo, un contrato sobre conducción de Correos Nacionales en las líneas de la directa del Pacífico, contrato que aparece publicado en el Diario Oficial número 25008 de 17 de julio de 1942.

Segundo.—Mediante tal contrato don César D. Erazo se obligó a conducir los Correos Nacionales de correspondencia y encomiendas (mixtos) de las líneas de la directa del Pacífico y sus ramales, que se enumeran en el mismo contrato.

Tercero.—Que la Nación se obligó a pagarle al contratista la cantidad de cuatro mil quinientos cuarenta pesos mensuales por la conducción de los Correos, precio que el Gobierno se obligó a pagar por mensualidades vencidas.

Cuarto.—El Gobierno, o la Nación, dejó de pagarle al contratista las mensualidades en la forma convenida en el contrato, porque la mensua-

lidad correspondiente al mes de octubre de mil novecientos cuarenta y dos la pagó el veintiocho de diciembre del mismo año, y la mensualidad correspondiente al mes de enero de mil novecientos cuarenta y tres, la pagó el seis de marzo del mismo año.

Quinto.—La duración del contrato celebrado entre la Nación y el señor César D. Erazo se fijó por dos años contados desde el 1º de julio de 1942.

Sexto.—Por orden y disposición del Ministerio de Correos y Telégrafos, en los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, y enero y febrero de mil novecientos cuarenta y tres, se transportaron por las líneas de la directa del Pacífico, vía de Buenaventura, los correos de Colombia destinados a los Estados Unidos, Centro América, Méjico y Canadá, así como los correos procedentes de estos mismos países y destinados a Colombia, inclusive las piezas postales con destino a Cartagena y Barranquilla, así como también los correos procedentes de Venezuela, sin que mediara acuerdo previo ni consentimiento del contratista Erazo.

Séptimo.—Al ordenar el Ministerio de Correos y Telégrafos que el transporte se hiciera en la forma indicada en el aparte anterior, le impuso al contratista Erazo obligaciones y condiciones más onerosas de las que se estipularon en el contrato de 9 de junio de 1942.

Octavo.— El Ministerio de Correos y Telégrafos en notas dirigidas a don Benjamín Bueno, apoderado del contratista, reconoció que a éste se le habían ocasionado perjuicios por el transporte extraordinario que no estaba previsto ni contratado en el convenio de 9 de junio de 1942.

Noveno.—El Ministerio, por conducto del Departamento de Correos, en nota de 9 de junio de 1943, dirigida a don Benjamín Bueno, dijo lo siguiente: "El Ministerio realmente le adeuda un transporte extraordinario de noviembre de 1942 a noviembre de este año".

Décimo.—Entre el Ministerio de Correos y Telégrafos y el señor Benjamín Bueno, como apoderado de César D. Erazo, se celebró un contrato con fecha 14 de diciembre de 1942, que se publicó en el Diario Oficial del 3 de abril de 1943, en el número 25219, contrato en el cual se hace el reconocimiento expreso de que el señor César D. Erazo, como contratista para el transporte de correos nacionales de correspondencia y encomiendas (mixtos) de y para el exterior, en la ruta Bogotá, Ibagué, Armenia, Cali, Buenaventura y viceversa, servicio que hubo de prestar César D. Erazo debido a que el Departamento Internacional del Ministerio de Correos y Telégrafos ordenó que los correos de Colombia para Estados Unidos y Centro América, Méjico y el Canadá, se enviaran por la vía de Buenaventura, cuando antes se encaminaban por la vía de Barranquilla, y que también cursaron los correos procedentes de Venezuela, lo mismo que los correos de los países mencionados para Cartagena y Barranquilla, reconociendo el Gobierno, en el mismo contrato que el señor César D. Erazo transportó los correos en referencia durante los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de mil novecientos cuarenta y dos, y haciéndose las demás estipulaciones que en el mismo contrato aparecen.

Once.—El primero de diciembre certificó el Ministerio de Correos y Telégrafos: 1º Que es verdad que durante los meses de noviembre y diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, enero y febrero de mil novecientos cuarenta y tres, se transportaron por las líneas de la directa del Pacífico, vía Buenaventura y por orden del mismo Ministerio, los correos de Colombia destinados a Estados Unidos, Centro América, Méjico y Canadá, así como los correos procedentes de estos mismos países destinados a Colombia, inclusive las piezas postales con destino a Cartagena y Barranquilla; — 2º Que por el mismo lapso siguieron cursando por las líneas de la directa del Pacífico, vía Buenaventura, los correos procedentes de Venezuela; — 3º Que tales correos se transportaban anteriormente por la vía del Atlántico y que hubo necesidad de encaminarlos por la vía del Pacífico por falta de navegación marítima en el Atlántico a causa de la guerra internacional.

Doce—El 25 de marzo de 1943 dictó el Ministerio de Correos y Telégrafos la Resolución número 1239 que declaró caducado administrativamente el contrato de conducción de correos de las líneas de la directa del Pacífico celebrado con el señor César D. Erazo el 9 de junio de 1942, imponiéndole una multa de dos mil cuatrocientos sesenta pesos y disponiendo que los efectos de la caducidad se surtieran desde el 31 de marzo de 1943, que de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1ª de 1923 se procediera a contratar directamente.

Trece.—Por Resolución número 2546 de 12 de junio de 1943 negó el Ministerio la revocación de la Resolución número 1239 citada.

Catorce.—En desarrollo de la Resolución número 1239 de 25 de marzo de 1943, el Ministerio le impidió a César D. Erazo desde el 1º de abril de 1943 que hiciera transportes de correos de acuerdo con el contrato de 9 de junio de 1942.

Quince.—La mencionada Resolución de caducidad número 1239, solamente fue notificada por edicto el 10 de abril de 1943.

Diez y seis.—Al Ministerio de Correos y Telégrafos le pidió reconsideración y revocatoria de la resolución de caducidad el apoderado de Erazo por memorial de 9 de abril de 1943.

Diez y siete.—La Resolución número 2546, por la cual se negó la revocatoria de la 1239, le fue notificada al apoderado reclamante el 2 de agosto de 1943.

Diez y ocho. — Antes de haberse notificado a Erazo o a su apoderado la resolución de caducidad, el Ministerio procedió a contratar con el señor Campo A. Durán los acarreos y líneas transversales que estaban a cargo de Erazo y que éste estaba sirviendo según el contrato de 9 de junio de 1942.

Diez y nueve.—El 21 de noviembre de 1943 se verificó en el Ministerio de Correos y Telégrafos la licitación para adjudicar el contrato de acarreo y transversales, y se adjudicó la subasta al señor Campo A. Durán por la suma de tres mil quinientos pesos mensuales.

Veinte.—Las resoluciones de caducidad números 1239 y 2546 de 25 de marzo y 12 de junio de 1943, respectivamente, se dictaron, escribieron y firmaron contra disposiciones constitucionales y legales.

Veintiuno.—El contrato de 9 de junio de 1942, en concepto del demandante, fue quebrantado por la Nación, la cual dejó de cumplir obligaciones, no las cumplió en la forma y tiempo debidos, o cumplió imperfectamente y con retardo.

Veintidós.—El incumplimiento o cumplimiento en forma indebida por parte de la Nación le ha ocasionado perjuicios materiales y morales al señor Erazo, quien dice dejó de obtener la ganancia o provecho que el contrato le había podido proporcionar y le causó una pérdida apreciable, así por el incumplimiento como por la agravación consecuencial que la Nación le impuso a Erazo en la ejecución de sus obligaciones. Y en la parte moral Erazo sufrió serios perjuicios, así por el incumplimiento como por la expedición de la Resolución 1239 sobre caducidad y por haberse impedido a Erazo la ejecución aun antes de haberse notificado debidamente.

Ventitrés.—La Resolución de caducidad número 1239 y la que negó la revocatoria de la caducidad, no fueron expedidas ni aprobadas por el Presidente de la República, sino por el Ministro de Correos y Telégrafos.

Veinticuatro. — El Gobierno por conducto del Ministerio de Correos y Telégrafos le impuso al contratista César D. Erazo el doble de obligaciones y responsabilidades al ordenarle que por la línea directa del Pacífico, vía Buenaventura, transportara los correos de Colombia destinados a Estados Unidos, Centro América, Méjico y Canadá, así como los correos procedentes de estos mismos países y destinados a Colombia, inclusive las piezas postales con destino a Cartagena y Barranquilla.

En derecho busca la demanda apoyo en las disposiciones de los artículos 1546, 1602, 1604, 1608, 1609, 1613 a 1615, 1618 y concordantes del C. Civil; 40 y 175 del C. Judicial; 255 de la Ley 167 de 1941; 53 de 1909, las disposiciones pertinentes del C. P. y M. y las de orden constitucional y legal que amparan y favorecen el derecho del demandante.

Admitida la demanda, la contestó el señor Procurador Delegado en lo Civil oponiéndose a ella. En cuanto a los hechos aceptó expresamente como ciertos los marcados con los números 1º, 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 23. Negó los marcados con los números 7º, 21 y 22. Y a los demás les hizo algunas observaciones. La contestación terminó con la petición de que se absuelva a la Nación de los cargos de la demanda y de que se condene en costas al demandante.

Siguiéronse ante la Corte los trámites de pruebas y alegatos. El demandante produjo las pruebas que estimó convenientes y del término de alegatos aprovecharon ambas partes.

Después de citadas éstas para sentencia, se ha dado aviso por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de que allí se ha decretado el embargo y retención del valor de los derechos litigiosos que le pueden corresponder al señor César D. Erazo para que se tenga en cuenta tal providencia en este negocio.

Como no se observa vicio de procedimiento de reparación previa, entra la Corte a hacer las siguientes consideraciones:

La competencia.—El artículo 2º de la Ley 67 de 1943 le atribuye a la Sala de Negocios Gene-

rales el conocimiento y decisión de los asuntos de una sola instancia, como son las controversias provenientes de contratos celebrados, o que celebre la Nación, con cualquier persona o entidad. A estas controversias alude el artículo 40 del C. Judicial, agregando que para estos efectos de la competencia es indiferente que la Nación haya cedido en todo o en parte sus derechos.

La demanda acusa al Gobierno Nacional de violador del contrato de 9 de junio de 1942 por tres aspectos: por haberle agravado al contratista sus obligaciones; por la falta de pago de los servicios en la forma y tiempo convenidos, y por haber decretado la caducidad. De esas acusaciones pretende el actor que se deriven: el pronunciamiento de nulidad de la declaratoria de caducidad, el reconocimiento de perjuicios, y la orden de repararlos.

Determinado así el terreno dentro del cual se mueve la acción, y puesto que el libelo se acoge al artículo 40 del C. Judicial, como razón para demandar ante la Corte, queda con ello justificada la admisión de la demanda.

El contrato.—Debidamente autenticado obra al folio 1º del cuaderno principal un ejemplar del número 25008 del Diario Oficial, correspondiente al viernes 17 de julio de 1942. De la página 209 a la 211 puede leerse el contrato sobre conducción de correos nacionales celebrado entre el Ministerio de Correos y el doctor Antonio del Castillo. Por el primero dice obrar el Secretario del Ministerio debidamente autorizado por el Gobierno mediante Resolución dictada el 23 de marzo de 1942. El doctor del Castillo obra como apoderado de don César D. Erazo.

Según la pieza que acaba de nombrarse, el contrato fue adjudicado en licitación pública el 26 de mayo de 1942, y fue aprobado por el Ministerio de Correos el 9 de junio subsiguiente.

Conforme al contrato publicado en el ejemplar del Diario Oficial visible al folio 1º del cuaderno principal, recíprocas obligaciones contrajeron el Gobierno y don César D. Erazo.

Obligaciones del contratista.—El señor Erazo tomó como obligación principal de su cargo la de conducir, en viajes de ida y vuelta, y sin limitación de su peso, los Correos Nacionales de correspondencia y encomiendas de la línea directa del Pacífico y sus ramales, conforme a la especificación hecha en el numeral primero del contrato. Los itinerarios fueron acordados con determinación de los puntos terminales y los intermedios de contacto postal, y de la periodicidad del servicio en cada línea.

En lo general se estipula servicio diario. Respecto de las líneas Bogotá-Buenaventura, y Cali-Popayán, se incluyeron expresamente en el servicio los domingos y días feriados. Para el de la línea Bogotá-Armenia se estipuló servicio diario extra-rápido; trisemanal para la línea Facatativá-El Rosal; y cada vez que lo indique la necesidad el de comunicación interna y externa de Agua de Dios.

La contratación de acarreos para transportar las valijas de las estaciones de la línea férrea o del Malecón a las oficinas postales y viceversa, es una de las obligaciones del contratista como lo es la de transportar los materiales telegráficos destinados al servicio interno de las oficinas del ramo y dentro de los límites y condiciones reglamentarias.

Como obligaciones anexas o de desarrollo del contrato, el contratista adquirió las siguientes:

La de procurar la mayor rapidez en el servicio; la de emplear conductores idóneos dotándolos de medios eficaces para la realización de su cometido; la de suministrarles embalajes que den todo género de garantías; la de recibir de las oficinas de la administración todos los elementos que se le confíen, previa anotación y operaciones de empaque, peso y sellamiento, para entregarlos en las mismas condiciones a las estafetas de destino, sin otra restricción, en la obligación de transportarlos, que la referente a aquellos de prohibida circulación.

La obligación de transportar los correos por los medios más rápidos posibles no autoriza al contratista para reclamar valor adicional, ni aun en el caso de que por cualquier circunstancia se interrumpa el tráfico en las carreteras o vías que recorren los correos especificados en el contrato.

Fue materia de estipulación expresa la de la prolongación del servicio por uno o dos meses después de vencido el término del contrato cuando el servicio no hubiera podido organizarse.

Fuera de estas obligaciones detalladamente estipuladas, en el contrato se consignó la del ordinal 1) que por su generalidad merece destacarse. El contratista, según esa cláusula, queda sometido "a todas las disposiciones que están en vigencia o que en adelante se dicten sobre el servicio de correos, inclusive los itinerarios que el Gobierno señalare, los cuales se considerarán como incorporados en este contrato. Igualmente que

sujeto a las disposiciones que estén en vigencia o que en adelante se dicten sobre contrabando a la renta de correos, y será responsable de los que se cometan por sus agentes o conductores; y si él mismo fuere el autor del contrabando, se considerará por este solo hecho caducado el presente contrato por Resolución del Ministerio del Ramo, en vista de los comprobantes del caso".

Sanciones.—Aceptó el contratista la obligación de pagarle al Gobierno la suma de treinta pesos por cada recomendado que se pierda o se dañe por culpa suya o por culpa de sus agentes o conductores; y la de indemnizar a los interesados el perjuicio que éstos sufran cuando no provenga de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobados.

Pero, fuera de esas reparaciones, el contratista se sometió a la imposición de multas por irregularidades resultantes de pérdida, extravío, demora, inutilización, espoliación o daño en cualquier clase de correspondencia o encomiendas; falta de suministro oportuno de bagajes o vehículos y demoras en las llegadas del correo a cualquiera de las oficinas de las líneas; o por abstención de recibir o transportar un correo o parte de él sin causa justificativa.

En el ordinal 11) se estipula que el contratista le pagará al Gobierno por vía de multa una suma igual al valor de una mensualidad del servicio en caso de que no cumpla el contrato o de que por culpa suya haya de declararse caducado administrativamente antes del término señalado para el vencimiento.

El numeral 8º dice: "Cuando el contratista deje de prestar uno o varios de los servicios contratados o los preste en forma distinta de lo estipulado aunque sea por fuerza mayor o caso fortuito, se le deducirá el valor correspondiente, o cuota proporcional del mismo valor que determine el Gobierno de las cuentas respectivas, siendo entendido que tal descuento puede referirse al mes por el cual se presenta la cuenta o meses anteriores cuando por cualquier motivo hubiere dejado de hacerse la respectiva deducción y sin perjuicio de la multa correspondiente, cuando así lo estimare necesario el Gobierno de acuerdo con lo estipulado en cláusulas anteriores; asimismo podrá el Gobierno retardar el pago de la última mensualidad, mientras se establece que los servicios en este mes se prestaron regularmente".

Obligaciones del Gobierno. — En compensación del servicio contratado, el Gobierno se obligó a pagarle precios determinados en el numeral 1º del contrato, "por mensualidades vencidas y órdenes de pago definitivas, giradas por el Departamento Administrativo del Ministerio del ramo, siendo entendido que los pagos se sujetarán a las apropiaciones presupuestales." Tal es la obligación principal.

Otras obligaciones a cargo del Gobierno se deducen del texto del contrato, como la de transportar en los Ferrocarriles Nacionales existentes el correo, los correístas y las escoltas de custodia, y la de darle aviso por escrito al contratista en caso de necesitar la prórroga del servicio por el mes o los dos meses de que antes se habló.

Reservas del Gobierno.—El numeral 5º es del tenor siguiente:

"El Gobierno podrá en cualquier tiempo asumir la administración directa del total de este servicio, o de una o más de las líneas contratadas, cuando lo estime conveniente para el ramo postal. En el segundo caso se deducirá de la cuenta que mensualmente presenta el contratista, la suma que corresponda al sector cuya administración directa se asume".

El numeral 7º dice a su turno:

"Si en alguna o algunas de las líneas que se contratan el movimiento de correos se hiciere tan pequeño que no justifique su existencia, o el servicio no pudiere prestarse por no haber en los lugares respectivos quién reciba o entregue los correos, el Gobierno suspenderá el servicio en tal o tales líneas y se deducirá el valor correspondiente de las cuentas respectivas".

El numeral 9º reza:

"El Gobierno de común acuerdo con el contratista, puede introducir en alguna o algunas de las líneas aquellas modificaciones que fueren favorables al servicio sin aumento de precio".

El numeral 13º dice:

"También el Gobierno podrá dar por terminado el presente contrato, en todo o en parte, por motivo de emergencia ocasionada por la guerra, mediante resolución en la cual determinará la fecha en que entre a regir la cesación del contrato, sin que el Gobierno reconozca indemnización alguna".

Caducidad administrativa. — Quiso el Gobierno reservarse expresamente la facultad de declarar administrativamente caducado el contrato "cuando el contratista deje de cumplir cualquiera de los compromisos que contrae, salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor debidamente comproba-

dos. Asimismo podrá el Gobierno dar por terminado este contrato cuando lo estime conveniente para el servicio postal, previo aviso al contratista con sesenta días de anticipación" (numeral 12º).

Ya hubo ocasión de anotar que la facultad de hacer esta declaración administrativa de caducidad se previó para el caso de que el contratista sea sindicado de contrabando a la renta de correos o de remiso en el recibo o transporte de un correo o parte de él.

Finalmente, hay lugar a la declaratoria de caducidad por quiebra judicialmente declarada del contratista o por la muerte del mismo.

Características del contrato "sub judice" — a) Al señor Erazo le fue adjudicado el contrato en licitación pública como al mejor postor. Para hacer postura tuvo que conocer el pliego de cargos contentivo de todas y cada una de las condiciones del servicio, y determinante de todas las obligaciones del contratista. No podía prescindirse de la formalidad de la licitación por impedirlo el artículo 1º de la Ley 116 de 1923.

b) El Gobierno contrató a nombre del Estado, como que ésta entidad, de acuerdo con la ley, es la llamada a prestar el servicio de Correos y Telégrafos en el territorio nacional.

c) El objeto del contrato fue la prestación de un servicio público de aquellos que dan lugar a la percepción por el Estado de cantidades de dinero inferiores al costo del servicio.

d) Se estipularon condiciones generales cuidadosamente facturadas en los pliegos de cargos, pudiéndose decir, por tanto, de ese pliego que fue un molde aceptado de antemano, molde que de ordinario se aplica a todos los contratos de conducción de correos, de suerte que es una especie de contrato tipo, hoy adoptado por la administración. (Véase el pliego de cargos para contratar la conducción de correos por las líneas del Meta y el contrato celebrado para la conducción de los correos transversales del Pacífico publicados en los ejemplares autenticados del Diario Oficial agregados a este misto expediente).

e) Las sanciones estipuladas recaen todas sobre el contratista, y limitan hasta lo mínimo la responsabilidad del Gobierno.

De contratos como el que se acaba de analizar hace Joserand esta exégesis: "'Una de las partes expone un proyecto de convención; públicamente la ofrece al primero que se presente y que quiera entrar en el trato, eso sí con la condición de tomarlo tal como se le plantea o de hacerse a un lado. En esta categoría figura la inmensa mayo de los contratos de transportes".

De esa manera —dice el autor citado— que venido a modificarse la antigua técnica de la f mación de los contratos. "Porque —agrega— u parte hace el reglamento y emite una tarifa p rredactada. La otra, se limita a apoderarse de el se apropia de sus disposiciones sin tener la p sibilidad de discutirlas. Se contenta con presta su adhesión".

Aun en el campo del derecho privado no s hoy escasos esos contratos, a pesar de la desig posición en que aparecen actuando las partes. P niol y Ripert citan como ejemplos, además de l de transporte terrestre y marítimo, las varias cl ses de seguros, las empresas de suministro agua y luz, los arrendamientos de locales pa ejercicio de profesiones, etc.

La prerredacción del reglamento y la tarifa hecho que se discuta la naturaleza de tales co tratos; se ha llegado por algunos a afirmar q son unilaterales, pues dicen que el oferente i pone su voluntad en absoluto a virtud de cier facultades reglamentarias de que está investi En contraste con esa opinión está la de quien sostienen que desde el momento en que el cont tista conoce la oferta —mediante la publicaci y los detalles del pliego de cargos— tiene facult de deliberar, y, si contrata, aporta su libre v luntad.

La Corte se ha pronunciado por la bilatera dad. Hablando de la contratación de los servic públicos por el Gobierno ha dicho: "El contra no puede surgir sino de la aceptación absolu mente voluntaria del contratista a las condic nes que la administración establece con sujeci a la norma jurídica" (Sentencia, septiembre 6 1935).

La tesis de que se trata de contratos bilate les no impide que se discrimine lo que es co tractual de lo que pertenece al reglamento ins titucional y que se separen como aconsejan P niol y Ripert, las cláusulas esenciales que oblig al adherente —porque éste indiscutiblemente ha pesado— de las accesorias, que solamente drán tenerse en cuenta por los Tribunales en cu to respondan a la real intención común de partes, a la buena fe y a la esencia del contr

En el caso **sub judice** es parte en el contr el Gobierno, que, necesitando de organizar eficaz servicio de correos, llama a licitació cuantos se crean capacitados para prestarlo.

publicidad de la licitación y del detalle minucioso de obligaciones, pusieron al contratista al tanto de lo que el Gobierno exigía a los postores. De modo que si en las cláusulas de precaución y garantía propuestas por el Gobierno, hubiera hallado el postor algo inconveniente para su propio interés o de difícil o ponderosa ejecución, habría podido abstenerse de formular la postura. Pero, si a pesar de todo, propuso, y para asegurarse la adjudicación prestó la caución de ley, fuerza es concluír que quien en esas condiciones hizo postura, se sometió voluntariamente a los requisitos que la administración puede y debe exigir para su propia seguridad y la del público beneficiario del servicio contratado.

El cargo de agravación. — Con lo dicho hasta aquí ha podido establecerse:

1º—Que el objeto primordial de la negociación ue el de establecer un servicio público bajo el ontrol y patrocinio del Gobierno;

2º—Que cuando el señor Erazo se sometió exresamente a todos los reglamentos del servicio ostal, así vigentes como de futura expedición —dándolos como incorporados en el contrato— ceptó, como norma contractual, no solamente to- el régimen especial de derecho público que uellas disposiciones representan, sino que conino en que lo pactado en el contrato sufriera odificaciones de acuerdo con las necesidades del rvicio, apreciadas éstas por el Ministro del ramo.

3º—Que cuando en el segundo semestre de 1942 en los primeros meses de 1943, el Ministerio de rreos y Telégrafos dispuso que por la línea dicta del Pacífico se transportaran los correos deshados a los Estados Unidos, Méjico y Canadá, quebrantó norma alguna del contrato, sino e hizo uso de una prerrogativa que allí mismo reservó.

4º—Que cuando, por el mismo tiempo, el se r Erazo recibió en Bogotá para transportarlos Buenaventura, o en Buenaventura recibió para nsportarlos a Bogotá, correos mixtos de cospondencia y encomiendas, cumplió con una igación claramente estipulada en el contrato. el Gobierno, al entregarle la correspondencia s encomiendas, usó del derecho que le otorgael contrato pues dicho está que no se estipuló itación alguna en cuanto al peso; y puede agrese que tampoco se estipuló limitación en or- a la destinación que los efectos confiados al ratista pudieran tener una vez entregados por n las oficinas postales del Gobierno.

Las anteriores conclusiones las autorizan las voces del contrato celebrado el 9 de junio de 1942, publicado en el Nº 25008 del Diario Oficial del 17 de julio del mismo año. Allí no se habla de que el contratista estuviera exento de transportar correspondencia y encomiendas que a Norte América fueran destinadas o que a Bogotá hubieran llegado procedentes de otra Nación limítrofe. Y si no se hizo la exención, el Gobierno podía aprovechar la directa de Buenaventura para hacer circular por ella la correspondencia y encomiendas que tuviera necesidad de despachar o recibir por esa vía, sin violar en lo mínimo ninguna de las estipulaciones contractuales.

Pero hay algo más: de la mente de los contratantes no estuvieron ausentes los "motivos de emergencia ocasionados por la guerra", porque de ellos habla el contrato.

En el informe que el Ministro de Comunicaciones pasó a las Cámaras Legislativas en el año de 1943 —traído por el demandante en ejemplar autenticado— explica el Ministro las repercusiones que el conflicto tuvo sobre el servicio postal de Colombia, en los siguientes términos:

"Con motivo de las gravísimas circunstancias porque atraviesa el mundo a causa del actual conflicto, las dificultades motivadas por ellas se han hecho sentir ya de manera definitiva en todos los órdenes y organizaciones que hay en el país, siendo afectados muy directa y particularmente los servicios de comunicaciones tanto postales como telegráficas y radiotelegráficas de la Nación; el Ministerio ha venido realizando grandes esfuerzos ..... para poder sostener como hasta el momento lo ha hecho, un buen sistema de comunicaciones que permita dar al público una prestación satisfactoria de los servicios a que tiene derecho". Y más adelante: "Con motivo del conflicto internacional los correos del exterior llegan retrasados considerablemente, sufriendo algunas pérdidas debido a la gran cantidad de trasbordos y sin cumplir desde luego los itinerarios fijados, dificultando enormemente las conexiones establecidas con el exterior. Correos que van destinados a la Costa Atlántica entran por Buenaventura y hay que proceder a su rápido despacho, utilizando nuestras vías del interior. Ha habido igualmente un gran recargo con respecto al tránsito de valijas para los países vecinos, especialmente con Venezuela, pues gran parte de los correos para este país y de él con el resto de las naciones de América, utilizan nuestro puerto de Buenaven-

tura. Como en los contratos de conducción de correos en el interior no estaba previsto este transporte extra, ha habido necesidad de hacer aumento a los contratistas que sirven las respectivas líneas".

En la misma memoria se halla el informe del Director General de Correos, en el cual apunta el informante:

No hay normalidad para desembarcar los correos en determinados puertos, y así vemos llegar correos del Atlántico para Barranquilla que son desembarcados en Buenaventura, todo esto ocasionado por el conflicto internacional. A lo anterior debe agregarse el hecho de que Colombia por su admirable situación geográfica, con costas en ambos mares, se ha colocado en condición de país que utilizan las Repúblicas de América para el tránsito de sus valijas. Esto ha hecho que la Dirección haya tomado medidas especiales para poder encaminar los correos por las rutas más aconsejables".

Véase cómo una necesidad imperiosa obligó al Gobierno contratante a transportar por la línea directa del Pacífico lo que transportaba anteriormente por la línea del Atlántico.

No puede tacharse de abusiva o arbitraria esa medida. Ni se puede pensar que el Gobierno al dictarla mirara solamente al señor Erazo como al miembro subordinado del Estado que tiene obligación de obedecer y cumplir órdenes regulares de la autoridad. No. La necesidad de un servicio continuo, seguro, y en lo posible rápido, inspiró el pliego de cargos. El adjudicatario tenía que recibir cuantos efectos se le confiaran, sin otro reparo que los de prohibida circulación. Y previniendo diferencias, irregularidades o abusos que pudieran estorbar la realización del servicio prospectado, el Gobierno se reservó el derecho de asumir la administración directa de las líneas en que las fallas resultaran. Cuando las advirtió en el servicio de la línea directa del Pacífico, encomendada al señor Erazo, aplicó los correctivos que el contrato permite.

Pero el Gobierno, a pesar de las voces del contrato, no desoyó los reclamos del señor Erazo. A uno de ellos contestó con la nota de 5 de noviembre de 1942 —traída en copia por el actor— y que dice así:

"Señor doctor Benjamín Bueno. — Presente. — El memorial sin fecha en que solicita pago de indemnización de los perjuicios que dice ha venido sufriendo su apoderado (sic) César D. Erazo a causa del contrato de conducción de correos nacionales en la línea directa del Pacífico, ha sido considerado por este despacho como excesivamente exagerado, en cuanto al monto de los perjuicios sufridos, como también que no todas las razones que se alegan para el aumento del precio de dicho contrato están ajustadas a la realidad de los hechos. — El Ministerio está dispuesto a procurar una solución satisfactoria del problema planteado siempre que el contratista presente equitativas bases de arreglo. — De Ud. Atte. — Por el Ministro, (fdo.) Ovidio Palmera, Srio. Gral. del Mtrio.

Las bases se acordaron por fin: el actor ha suministrado la prueba de que hubo arreglo, y de que situándose el Gobierno en un terreno de equidad, convino en pagar un mejor precio por los servicios prestados en la línea directa del Pacífico. Esta prueba está contenida en el número 2521 del Diario Oficial correspondiente al 3 de abril de 1943, que en ejemplar autenticado adjuntó a la demanda. Puede leerse allí el "contrato de reconocimiento" celebrado entre el Gobierno y el apoderado del señor Erazo.

Empieza el Gobierno por reconocer "que el Departamento internacional del Ministerio ordenó que los correos de Colombia para Estados Unidos, Centro América, Méjico y el Canadá se enviaran por la vía de Buenaventura, cuando antes se encaminaban por la vía de Barranquilla, esto teniendo presente el ningún tráfico marítimo por el Atlántico". Y que "también cursaron para esos países los correos procedentes de Venezuela". Y agrega: "El servicio se prestó tanto de ida como de regreso, fuera de que también cursaron por esa vía los correos de los países mencionados por Cartagena y Barranquilla por la causa anteriormente expresada".

Reconoce luégo el Gobierno que el contratista transportó los correos en referencia durante los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de mil novecientos cuarenta y dos, y en la cláusula 5ª dice:

El Gobierno reconoce al contratista por la prestación, de los servicios en referencia, efectuados durante los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de este año, la suma de tres mil quinientos pesos ($ 3.500) moneda legal. El contratista por su parte acepta dicha suma como precio del servicio que prestó y da por terminada cualquier reclamación que pudiera intentar por razón de los servicios citados.

Resueltos así los reclamos del señor Era

satisfechos con la suma estipulada, puede concluírse que el Gobierno no sacó partido de la emergencia bélica, para agravarle gratuitamente al contratista sus compromisos, sino que por separado se los reconoció y quiso pagárselos como extraordinarios.

Las irregularidades del pago. — A la acusación de que el Gobierno no le pagó al contratista con la regularidad estipulada en el contrato, arguye el señor Procurador:

"No se demostró que el Gobierno hubiera incurrido en mora en su obligación de librar las órdenes de pago correspondientes a mensualidades vencidas, ni aparece en el contrato cláusula alguna en la cual se establezca derecho especial para el contratista si el pago no se efectúa inmediatamente después de cada mensualidad por razones muy explicables, dada la necesaria tramitación que las leyes de control exigen para los gastos públicos. De todos modos, ni siquiera se ha afirmado que para obtener el pago de alguna de las mensualidades se hubiera visto el contratista en la necesidad de formular reclamos o de hacer erogaciones extraordinarias".

Seguramente para comprobar la morosidad del Gobierno en el pago de las mensualidades, trajo el actor el certificado que obra al folio 27 del cuaderno principal. Ese documento es un cuadro o relación de los pagos que se le hicieron al señor Erazo. Al frente de cada mes se inserta el número de la orden de pago, y la fecha en que fue aprobada por la Contraloría. El cotejo de fechas hace pensar que no hubo demoras injustificadas en el pago.

Porque el mecanismo oficial en lo que concierne al desembolso de fondos del erario tiene sus formalidades que son de imprescindible cumplimiento, ya que las ha impuesto la ley. En el caso de autos el contratista estaba sujeto, como acreedor del Estado, no solamente a la aprobación de la cuenta por el Ministro o el Jefe de la oficina correspondiente, sino que para pago mensual necesitaba de la refrendación de la Contraloría. Esas son disposiciones del Código Fiscal.

Aparte de eso, en el contrato —ya está dicho— el Gobierno se reservó la facultad de retardar el pago mientras hacía la investigación de si los servicios se habían prestado con regularidad.

En tales circunstancias no puede tenerse por establecido de manera irrefutable el cargo de mora en los pagos de las mensualidades estipuladas en el contrato de conducción de correos, para deducir de tal cargo incumplimiento del demandado en las obligaciones que le correspondían.

Al folio 25v. del cuaderno principal obra un oficio procedente del Ministerio de Correos y Telégrafos que a la letra dice:

"Bogotá, junio 9 de 1943. — Señor doctor Benjamín Bueno, apoderado del ex-Contratista César D. Erazo. — Presente. — Con relación a su memorial del 1º de los corrientes me permito manifestarle que el Ministerio realmente le adeuda un transporte extraordinario de noviembre de 1942 a febrero de este año. — Hecho el examen correspondiente en los pasaportes aparece que el Ministerio le adeuda por el mes de noviembre la suma de $ 580.12 y por el mes de diciembre la cantidad de $ 534.35. Como se trata de vigencia expirada debe proceder a elaborar el contrato correspondiente por estas dos mensualidades. En contrato aparte se le reconocerá enero y febrero. Se advierte que para esta liquidación se tuvo como base el contrato de reconocimiento que se le hizo por los meses de julio, agosto, septiembre y octubre del año próximo pasado. — Auncuando se trata de un contrato de reconocimiento, de acuerdo con normas de la Contraloría, usted debe dar un fiador para garantizar cualquier obligación que pueda nacer del servicio que usted prestó. — De usted atentamente, — Por el Ministro, (fdo.) Alvaro Pérez Vives, Secretario General".

La advertencia viene de molde porque no es dado confundir las obligaciones que el Gobierno adquirió en virtud del contrato celebrado el 9 de junio de 1942, con las que se pueden deducir del reconocimiento hecho el 14 de diciembre del mismo año.

Se trata, en efecto, de dos hechos jurídicos distintos: el contrato de 9 de junio creó las relaciones jurídicas que detalladamente se examinaron atrás entre el Gobierno y el señor Erazo. Lo que en el 14 de diciembre aconteció fue el reconocimiento de que el señor Erazo le había prestado al Estado servicios que no estaban específicamente contemplados en ninguna parte. Por eso ambos contratantes estipularon una remuneración especial de esos servicios. Los llamaron **extraordinarios**, precisamente porque no fueron materia especificada en el contrato del 9 de junio.

El Ministerio habla en el documento de 14 de diciembre de que no había ordenado pago alguno por la prestación de los servicios extraordinarios. "Se deja caer de su peso que el reconocimiento de **servicios extraordinarios** y el de la remune-

ración a ellos correspondiente, no podía producir efecto sino desde la fecha en que tal reconocimiento se hiciera. El contratista no podía exigir órdenes de pago, ni el Departamento Administrativo del ramo podía librarlas, solamente en perspectiva de que tal reconocimiento llegare a efectuarse.

No es, por lo mismo, demostración de que la entidad demandada se hallara en mora de pagar las mensualidades estipuladas en el contrato esa certificación expedida por el Ministerio de no haber pagado lo correspondiente a servicios extraordinarios, y por razones tan valederas como las expresadas en el mismo oficio, a saber: que había expirado la vigencia presupuestal, y que el reclamante tenía que llenar antes unas formalidades de control.

La resolución de caducidad. — Como "causa, razón y fundamento" de la demanda, expuso su autor en el libelo la celebración del contrato y el incumplimiento que le achaca al Gobierno, y ésta otra: "haberse dictado la resolución de caducidad del contrato de 9 de junio de 1942, pretermitiendo las formalidades legales, y careciendo el Gobierno de facultad legal y contractual para hacer la declaratoria de caducidad; haber ejecutado la resolución de caducidad del contrato mencionado, sin que la resolución de caducidad estuviera ejecutoriada". Y en el alegato de conclusión, insiste en los mismos puntos de vista, y agrega: "era el Gobierno Nacional a quien le correspondía, cuando llegara el caso, ejercitar el derecho de declarar la caducidad del contrato. Pero tal facultad no podía ejercitarla el señor Ministro de Correos y Telégrafos, porque él no constituye, ni representa, de conformidad con nuestra organización constitucional, al Gobierno Nacional. Para el caso el Gobierno nacional debería estar representado por el Excelentísimo señor Presidente de la República y por su Ministro del ramo, es decir, por el señor Ministro de Correos. Como se ha dicho antes, tanto la Resolución Nº 1239, que declaró la caducidad con fecha 25 de marzo de 1943, como la Resolución Nº 2546 de 12 de junio del mismo año, que no revocó, y antes bien confirmó en todas sus partes la caducidad del contrato, fue expedida única y exclusivamente por el señor Ministro de Correos y Telégrafos, pero en ningún caso constituyen una decisión del Gobierno Nacional, porque, se repite, el solo Ministro de Correos y Telégrafos no representa ni encarna al Gobierno Nacional".

La Resolución de caducidad fue traída en copia por el actor como uno de los documentos qu acompañaron a la demanda (folios 17v. a 25 d Cuad. Ppal).

En auto para mejor proveer resolvió la Cor solicitar del Ministerio de Correos y Telégraf copia de la Resolución de caducidad y de la dil gencia de su notificación; del memorial en que solicitó la reposición de tal Resolución y de que dictara el Ministerio a virtud del pedimen de reposición. Pidió, igualmente, al Ministeri certificación sobre la fecha en que hubiera qu dado ejecutoriada la última de las providenci en mención.

Se propuso la Corte disipar algunas dudas qu le asistían acerca de la actuación administrativ en orden a la declaratoria de caducidad.

Atendido el pedimento de la Corte, al exp diente se han agregado las copias solicitadas. diligenciamiento del Ministerio termina con siguiente constancia:

"Las copias que se expiden, de las resolucion números 1239 y 2546, fueron tomadas de los or ginales que reposan en el Archivo de este Mini terio; y las constancias de notificación, de las c pias que sirven de base al juicio que por jurisdi ción coactiva adelantá el Juzgado Nacional de Ej cuciones Fiscales. No obra constancia, ni en l originales en referencia ni en las copias de l Resoluciones base del juicio coactivo, de que l resoluciones citadas atrás hubieran sido declar das expresamente ejecutoriadas, auncuando por transcurso de los términos legales, éstas quedar ejecutoriadas; pero sin que sea posible certific sobre la fecha de tal ejecutoria por no haber sid hallado el expediente correspondiente en est Sección. Por este motivo no es posible extend copia del memorial de reposición de la Resol ción Nº 1239 de 25 de marzo de 1943".

Como puede verificarse, la Resolución de cad cidad trae primeramente el relato de la adjud cación que al señor Erazo se le hizo del contra de conducción de correos por la línea directa Pacífico, y el de las diversas providencias que Ministerio hubo de expedir contra el contratis con base en "documentos que obran en cada u de los expedientes", y por violación de las ob gaciones que contrajo.

Entre los documentos tenidos en cuenta en Resolución, obra el oficio que con fecha 4 de e ro de 1942 le dirigió el Ministerio al abogado contratista, y cuyo tenor es el siguiente:

"Informo a usted que el día 2 de los corrie

suspendieron, el servicio de correos, los acarreadores a su cargo en Armenia, Sevilla, Caicedonia y La Tebaida, por falta de pago. Como esto representa el incumplimiento del contrato por su parte, este Ministerio estudiará una fuerte sanción por estas irregularidades y muchas otras que usted ya conoce, advirtiéndole que como no ha sido posible que usted organice de manera definitiva los servicios a su cargo, el Ministerio se verá en el caso de estudiar la sanción máxima que establece el contrato celebrado entre el señor César D. Erazo y el Ministerio, o sea la caducidad del contrato".

Conviene destacar de la misma pieza los siguientes considerandos:

"Al tenor de lo estatuído en la clásula 3ª y en la 12ª del contrato, ha habido incumplimiento notorio y reiterado por parte del contratista, lo cual faculta legalmente al Ministerio para declarar la caducidad del contrato, de acuerdo con las estipulaciones del mismo, y por consiguiente, imponer al contratista la sanción que consagra el inciso 11) de la cláusula 1ª, fijada por el artículo 4 de la ley 116 de 1923".

Y la parte resolutiva, es del siguiente tenor:

"Como hay mérito suficiente para declarar la caducidad administrativa de este contrato, el Ministerio debe proceder a contratar el servicio tal como lo estipula el artículo 11 de la Ley 116 de 1923, para evitar su paralización. — En virtud de lo expuesto, este Ministerio, **Resuelve:** — 1º—Declarar caducado administrativamente el contrato de conducción de correos de las líneas de la Directa del Pacífico, que el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Correos y Telégrafos, había celebrado con el señor César D. Erazo, el día 9 de junio de 1942. — 2º—Impónese al señor César D. Erazo una multa de dos mil cuatrocientos sesenta pesos (2.460.00) o sea el valor actual de una mensualidad del servicio, de acuerdo con el inciso 11) de la cláusula 1ª del contrato que se caduca por medio de esta Resolución. — 3º—En la Habilitación del Ministerio consignará el señor César D. Erazo, o sus fiadores, Eutiquio Giménez, Guillermo Pereira Harker y el doctor Carlos Delgado Morales, vecinos de Bogotá, el valor de la multa a que se refiere el numeral anterior. Si fuere necesario, pásese copia al Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, para que por la jurisdicción coactiva haga cumplir la consignación, si no se hiciere. — 4º—Los efectos de esta caducidad surten a partir del 31 de marzo en curso, es decir, que en esta fecha queda terminado el contrato aludido".

De acuerdo con el artículo 254 de la Ley 167 de 1941 —que en sustancia reproduce el artículo 41 del C. Fiscal— "en todo contrato celebrado por la Administración Nacional, y que tenga por objeto la construcción de obras, **la prestación de servicios** o la explotación de un bien del Estado, deben prefijarse claramente los motivos que den lugar a la declaración administrativa de caducidad" (El subrayado es de la Sala).

En el contrato **sub-lite** se cumplió la ordenación legal: expresamente se estipularon las causales de caducidad. El Gobierno hizo constar que se reservaba la facultad de declarar administrativamente caducado el contrato por las causas estipuladas.

Desde luego, y en acatamiento a lo convenido y aceptado expresamente por su parte, el contratista no podía desconocerle al Gobierno el derecho a hacer, llegado el caso, la declaratoria de caducidad. Lo que no acepta el contratista es que él hubiera dado motivo a tal declaratoria. Sobre todo halla que tal Resolución la dictó únicamente el Ministro, y de esa circunstancia se vale para decir que tal declaratoria está viciada; que no puede producir efecto por cuanto a que el Ministro no es el Gobierno; que el Gobierno es a quien incumbe proferir la declaratoria de caducidad de acuerdo con el artículo 255 de la Ley 167 de 1941.

La cuestión así planteada permite hacer estas consideraciones:

En el preámbulo del contrato aprobado el 9 de junio de 1942, se lee:

"Los suscritos, a saber: Guillermo Forero Franco, Secretario General del Ministerio de Correos y Telégrafos, debidamente autorizado por Resolución Nº 1510 fechada el 23 de marzo de este año, en nombre y representación del Gobierno Nacional, por una parte, que en adelante se llamará **El Gobierno**...".

Tomando a la letra ese preámbulo, podría pensarse **a priori** en que el llamado **Gobierno** en el contrato, es el Ministro que lo aprobó sin la asistencia o intervención del Presidente; que la facultad de declarar la caducidad, estipulada allí en cumplimiento de la ley, no debía necesitar de tal intervención como no la necesitaba el Ministerio para asumir la administración directa del servicio pactado, cuando los intereses del ramo postal lo indiquen (cláusula 5ª), o para suspender

el servicio en caso de ser imposible establecerlo con la debida regularidad (cláusula 7ª).

A reforzar esa creencia pudieron acudir en su día estas disposiciones:

a) La del artículo 5º de la Ley 53 de 1909 que establecía que "cuando no se haya estipulado causales de caducidad de las clases mencionadas en el artículo anterior, el **Ministerio respectivo** podrá declarar ésta cuando los contratistas faltaren al cumplimiento de ellos, y esta falta les sea imputable". (El subrayado pertenece a la Sala).

b) La del artículo 77 de la Ley 41 de 1921, que al estatuír sobre notificaciones y ejecutorias en los juicios administrativos, recalca sobre la vigencia de la Lep 53 de 1909.

c) Las de la Ley 116 de 1923, que establecen reglamentos sobre la conducción de correos. Esta última ley está invocada varias veces en el contrato aprobado el 9 de junio de 1942.

Las citadas disposiciones pudieron prestarle apoyo al argumento de que a los Ministros del Despacho les fue dado en su tiempo declarar por sí solos la caducidad. Pero hoy no es valedero el argumento porque el Legislador de 1941, expresamente dijo: "La declaración de caducidad deberá proferirse por el Gobierno, por resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que den lugar a ella".

A falta de la pertinente salvedad, o de una reproducción de lo dicho en el artículo 5º de la Ley 53 de 1909, la palabra **Gobierno** debe hoy tomarse en el sentido que le asigna la Constitución, según la cual, el Presidente con el Ministro del respectivo ramo constituyen el Gobierno cuando se trata de negocios particulares (véanse artículos 59 de la Constitución de 1886 y 57 de la de 1945).

Comentando la disposición del artículo 255 de la Ley 167 de 1941 "sobre organización de la jurisdicción Contencioso Administrativa" y poniéndola en relación con el que hoy es numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, dice el profesor Tulio Enrique Tascón:

"La resolución que declara la caducidad de un contrato debe ser firmada por el Presidente de la República y por el Ministro del respectivo ramo, y no por éste únicamente. La razón es que sólo puede declarar la caducidad o resolución de un contrato quien ha tenido la personería necesaria para celebrarlo, y es sabido que es el Presidente de la República quien ejerce la personería jurídica de la Nación para el efecto de contratar en su nombre". (Derecho Contencioso Administrati Colombiano, pág. 297).

En el caso cuestionado sucede que la Resoluci de caducidad fue dictada con fecha 25 de ma de 1943, fecha posterior al 1º de abril de 1942, la cual empezó a regir la Ley 167 de 1941, exp samente mencionada en la cláusula 14 del c trato. La ley 167 es de aplicación preferencial, solamente por haber sido expedida últimamen sino porque constituye el Código de lo Contenc so Administrativo, y a él han de subordinarse cuestiones a esa materia atañederas, mientras o ley no disponga lo contrario.

Una advertencia debe hacerse antes de termir este capítulo:

La cláusula 11) del contrato es del tenor siguie te:

"A pagar al Gobierno por vía de multa, u suma igual al valor de una mensualidad del ser cio en caso de que no cumpla este contrato o que por su culpa haya de declararse caducado a ministrativamente, antes del término señalado pa su vencimiento, de conformidad con lo que al r pecto determina el artículo 14 de la Ley 116 1923".

Analizada a la luz del artículo 256 de la L 167 de 1941, puede decirse que en ella señalar contractualmente las partes, como uno de los ef tos de la declaratoria de caducidad, el de la i posición de la multa en la cuantía que la cláus expresa. Vale decir que la cláusula sobre cad cidad quedó ceñida a las prescripciones del tículo 256 del Código de lo Contencioso Admin trativo.

Ello explica y justifica el que en pos del pr nunciamiento de caducidad aparezca en la mis providencia administrativa la imposición de multa. Porque ésta fue acordada como cláus penal para el caso de que el contratista no cu pla el contrato, "o de que por su culpa haya declararse caducado administrativamente". De m do que la multa es uno de los efectos que contr tualmente se le señalaron a la caducidad; es u prestación a que quedaba obligado el contratis y que no podía omitirse en la resolución admin trativa correspondiente.

Volviendo ahora sobre la petición sexta de demanda, cabe repetir que es incuestionable la Resolución de caducidad no se pronunció quien debería proferirla, y que es procedente declaratoria de nulidad impetrada en la dicha tición sexta de la demanda.

Los perjuicios. — El examen cuidadoso del proceso pone de patente la falta absoluta de comprobación de los perjuicios sufridos por el señor Erazo.

¿Sobre qué bases podría construírse las condenas propuestas en las súplicas séptima y octava, si nada hay en los autos que demuestre la realidad del perjuicio sufrido por el señor Erazo?

La Corte no puede olvidar cuando entra en función de falladora, que "toda decisión judicial en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el Título XVII del Código Judicial, y conocidos universalmente con el nombre de pruebas".

Las aducidas por la parte actora demuestran la celebración del contrato, y establecen las resoluciones que con relación a él tomó el Ministerio de Correos y Telégrafos. De todas esas piezas se hizo el correspondiente análisis en la parte motiva de esta providencia. De ninguna de ellas resulta establecido de manera nítida el perjuicio, ya sea moral, ya sea material, que el señor Erazo quiere que declare la Corte como base de una indemnización a su favor como damnificado.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

"La ley no presume el daño. Su existencia y extensión y cuantía debe ser materia, como acontece en tratándose de derechos civiles, de fehaciente demostración probatoria" (Casación 14 de agosto de 1944).

En resumen:

No está establecido que el Gobierno hubiera dejado de cumplir las obligaciones contraídas mediante el contrato de 9 de junio de 1942.

La declaración administrativa de caducidad no es, de suyo, un hecho abusivo o ejecutado fuera de los términos del contrato.

Le asiste el derecho al señor César D. Erazo para demandar la nulidad de la Resolución de caducidad, por no haberla proferido el Presidente de la República con su Ministro, sino solamente el Ministro del ramo.

Finalmente: faltan en absoluto las pruebas sobre el perjuicio que al señor Erazo le haya causado la Nación demandada.

El señor Procurador ha solicitado la condena en costas del actor, pero la Sala encuentra que hay motivos que lo libran en parte del cargo de temeridad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º—Declárase que por no haber sido pronunciadas por el Presidente de la República y el Ministro de Correos y Telégrafos, son nulas la Resolución Nº 1239 de 25 de marzo de 1943, por medio de la cual el Ministerio de Correos y Telégrafos declaró administrativamente caducado el contrato sobre conducción de correos nacionales, celebrado con el señor César D. Erazo el 9 de junio de 1942, y la Resolución Nº 2546 de 12 de junio de 1943, por la cual el Ministerio de Correos no revocó, sino que por el contrario sostuvo la citada Resolución Nº 1239.

2º—**Absuélvese** a la Nación de los demás cargos de la demanda.

3º—No se hace condenación en costas.

Avísese al señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales lo resuelto en esta providencia, como contestación a su oficio de 30 de septiembre de 1945 (folio 58 cuad. ppal.).

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Antonio Saucedo Carrasquilla. — Ramón Miranda. Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

SE DECLARA IMPROCEDENTE LA REVISION DE UNA SENTENCIA SOBRE JUBILACION

Ya dijo la Corte que no halla razón para que el beneficio que el artículo 75 de la ley 6ª de 1945 concede a los empleados y obreros nacionales pueda extenderse también a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional. También había dicho la Corte que se debe aplicar la ley vigente en el día de la presentación de la demanda por cuanto en ese día llena el interesado las exigencias previstas en la ley como suficientes para que el derecho se incorpore en el patrimonio del peticionario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre treinta de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado).

Con fecha cuatro de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, esta Sala de Negocios Generales de la Corte, resolvió una solicitud del doctor Rafael Caicedo sobre pensión jubilatoria por servicios prestados en el ramo judicial. La solicitud fue resuelta de manera favorable al peticionario, como que le fue decretada una pensión vitalicia de ochenta pesos m/c., pagadera por el Tesoro Nacional a contar del nueve de agosto del citado año de mil novecientos treinta y cinco, y sujeta a las causas de suspensión y pérdida en los casos de la ley.

El fallo le fue notificado así al solicitante como al señor Procurador, y como ninguno reclamara de lo resuelto en él, se le comunicó al Ministerio de Hacienda y a la Contraloría, para su cumplimiento.

Con copia de la aludida sentencia y de las diligencias de notificación, y una certificación del Administrador de Hacienda Nacional de Cali —según la cual desde febrero de 1945 hasta octubre de 1946 se le venía pagando invariablemente al doctor Caicedo una pensión de ciento cincuenta pesos mensuales— comparece éste ahora ante la Corte para expresarle:

"Pido a esa Superioridad que, con citación y audiencia del señor Procurador Delegado en lo Civil, se modifique lo resuelto en la sentencia de fecha 4 de septiembre de 1935, proferida por esa alta Corporación, en el sentido de decretar en mi favor una pensión mensual equivalente a la totalidad del sueldo que devengan actualmente los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, o sea de la suma de $ 400 (art. 73 de la Ley 6ª de 1945) o el 75% de esa suma (art. 1º de la Ley 71 de 1945), en vez de la fijada allí de $ 80 y que subió a $ 150 por ministerio de la 115 de 1937, en armonía con el artículo 5º de la Ley 116 de 1928.

"En subsidio pido se modifique la sentencia en referencia en el sentido de decretar en mi favor una pensión mensual vitalicia equivalente a la totalidad del mayor sueldo que devengué como Juez Superior del Distrito Judicial de Popayán o sea de la suma de $ 230, conforme a las disposiciones legales antes citadas.

"Pido, además, que la pensión que se decrete me sea pagada, mes por mes, con fondos del Tesoro Nacional y que se me reconozca a partir de la fecha de la presentación de la demanda".

Como fundamentos de derecho se acoge a las citadas disposiciones de las leyes 22 de 1942; 6ª de 1945, y 71 del mismo año. Y como hechos invoca el otorgamiento de la pensión y su pago por el Tesoro Nacional; la vigencia de las nombradas leyes —particularmente lo que disponen los artículos 15 y 73 de la ley 6ª de 1945— y la expedición de un fallo del H. Consejo de Estado recaído sobre la demanda de revisión ante él propuesta por el doctor Caicedo.

De la demanda así formulada por el doctor Caicedo, se le dió traslado al señor Procurador Delegado. Este funcionario al descorrerlo, estudia la competencia que para revisar le atribuye la demanda a la Corte, y la halla fundada en ley. Pasa luego a hacer el análisis de la ley aplicable al caso, y halla que lo es la 6ª de 1945 en su artículo 75. Y sobre tales premisas se opone a las pretensiones del doctor Caicedo para que le sea decreta

da pensión por la cantidad que corresponde al sueldo que en la actualidad devenga un Magistrado del Tribunal Superior.

En una parte de su contestación, dice el señor Procurador:

"De acuerdo con la doctrina de esa Corte, antes citada, para casos como el de estudio debe tener aplicación la ley vigente al tiempo de la presentación de la demanda. Como el doctor Caicedo presentó la demanda de revisión de día siete de abril del año en curso, y el artículo 2º de la Ley 95 de 1946 empezó a regir desde el 1º de mayo en curso, la disposición aplicable al caso que se debate es el artículo 1º de la Ley 71 de 1945, disposición vigente al tiempo de la demanda".

Después de transcribir lo que el art. 1º de la Ley 71 de 1945 dispone, concluye el señor Procurador:

"Consta en el expediente que el último cargo desempeñado por el doctor Caicedo fue el de Juez Segundo del Circuito de Popayán con una asignación mensual de ciento cuarenta pesos ($ 140.00). Por tanto, al aplicar la ley vigente al tiempo de la presentación de la demanda (Ley 71 de 1945) resulta que la pensión a que tendría derecho el peticionario sería de ciento cinco pesos ($ 105.00), suma equivalente al setenta y cinco por ciento del último sueldo devengado. Pero como esta última cantidad es inferior al monto de la pensión ya decretada a favor del doctor Caicedo G., es obvio que no procede la revisión solicitada por el demandante para que se le aumente la cuatía de dicha pensión".

La Corte considera:

La revisión que solicita el doctor Caicedo está autorizada, ciertamente, por el artículo 75 de la Ley 6ª de 1945 cuando dice que las situaciones establecidas con sujeción a las normas legales mediante autorización oficial con anterioridad al día de la sanción de la ley, conservarán su validez hasta tanto que sean revisadas y modificadas por las autoridades respectivas, en cada caso, o reglamentadas en forma general por el Gobierno.

Decretada por la Corte la pensión inicial de que goza el doctor Caicedo, natural es que a la Corte corresponda la revisión de su propia providencia. Ya esta Superioridad ha dicho que no halla razón para que el beneficio que el artículo 75 de la Ley 6ª de 1945 concede a los empleados y obreros nacionales, no pueda extenderse también a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional. ¿Cuál es el reglamento legal aplicable a las pensiones de esa Rama?

También sobre el particular tiene asentada la Corte su doctrina, que es la de que se debe aplicar la ley vigente en el día de la presentación de la demanda, por cuanto a que en ese día el interesado llenó las exigencias previstas en la ley como suficientes para que el derecho se incorpore en el patrimonio del peticionario.

En aplicación de esa doctrina hay que examinar cuál de las leyes expedidas en relación con pensiones a funcionarios de la Rama jurisdiccional era la vigente el día 7 de abril del presente año, fecha en la cual presentó el doctor Caicedo su demanda.

El doctor Caicedo invoca el artículo 1º de la Ley 22 de 1942 que señaló como pensión jubilatoria a los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, la "equivalente **a la mitad del mayor sueldo** que hubieran devengado en el desempeño de un puesto en propiedad durante un año por lo menos".

Pero el artículo 12 de la Ley 71 de 1945 derogó el artículo 1º de la Ley 22 invocada, y como la ley derogatoria entró a regir desde el 27 de diciembre de 1945, a la época de la presentación de la demanda no le era posible a la justicia aplicar una ley que el Legislador expresamente declaró insubsistente.

La otra disposición legal que el doctor Caicedo invoca es el artículo 73 de la Ley 6ª de 1945. Tal disposición les otorgaba a los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo el derecho a una pensión equivalente al **mayor sueldo devengado** en el desempeño de un puesto en propiedad. La vigencia de tal disposición fue más efímera que la otra disposición que se examinó en el aparte anterior, porque en el artículo 1º de la Ley 71 del propio año de 1945, el Legislador señaló una cuantía distinta a la pensión que les reconoce a los mismos funcionarios. En vez de concederles en la cuantía correspondiente a la totalidad del sueldo les señala el setenta y cinco por ciento del último sueldo devengado.

El artículo 73 de la Ley 6ª de 1945 que se acaba de comentar, era el que estaba vigente y que regía lo relativo a las pensiones de jubilación de los funcionarios tantas veces nombrados, el día siete de abril del presente año, fecha en que el doctor Caicedo solicitó la revisión.

Al folio 20 y vto. del expediente formado cuando el doctor Caicedo solicitó su pensión de jubilación, obra un certificado del Administrador de Hacienda Nacional sobre los puestos por aquél desempeñados en la Rama Jurisdiccional en su orden cronológico, y de acuerdo con ese comprobante, el último cargo servido por el doctor Caicedo fue el de Juez 2º del Circuito de Popayán con una asignación de ciento cuarenta pesos mensuales.

Aplicando la ley vigente al tiempo de la presentación de la demanda, la revisión ajustada a esa ley le resultaría al doctor Caicedo desfavorable, como lo observa el señor Procurador.

El libelo hace destacar la circunstancia de que el haber sido el doctor Caicedo Magistrado del Tribunal por dos períodos consecutivos, habría de darle derecho a cobrar una pensión adecuada a ese puesto prominente, y contiene otras consideraciones de resaltante equidad, que de no tropezar con los textos terminantes de la ley, habrían de inclinar a la Corte a decretar el aumento de pensión que se propone obtener el doctor Caicedo.

El aumento de los sueldos en las circunstancias angustiosas por que atraviesa la economía nacional, ha sido impuesta al Estado lo mismo que a las empresas particulares. Razones del mismo orden indican la necesidad de aumentar las pensiones en forma racional. Eso no le corresponde hacerlo, sin embargo, a la Rama Jurisdiccional que únicamente puede aplicar las normas que le dé el Legislador.

Cuando en la ley hay pasajes oscuros o contradictorios, puede el intérprete acomodar su criterio a los dictados de la equidad y a los principios generales de la legislación. No así cuando el texto de la ley es claro y terminante, como sucede en el caso **sub judice** y en presencia del texto vigente al instaurar la demanda.

Por virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, acoge la opinión del señor Procurador Delegado en lo Civil, y en consecuencia con ella, declara que NO ES PROCEDENTE LA REVISION en la forma en que la ha solicitado el doctor Rafael Caicedo G.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Ramón Miranda — Antonio Saucedo Carrasquilla — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

1.—El administrador de los Ferrocarriles Nacionales ejerce la representación del Consejo Administrativo en los asuntos que comprometan por una u otra causa el patrimonio que por la ley 7ª de 1943 se le puso al cuidado de esa entidad. Tal ha sido la jurisprudencia de la Sala.

2.—El juez a que se refiere el artículo 730 del Código Judicial es el que ha practicado el examen de las cosas, el que hace el reconocimiento por sí o por comisión para allegar tal prueba y mediante ella aportar al proceso un elemento que dé mayor convicción para el fallo definitivo.

Testigo de excepción es el juez en las inspecciones oculares. Por eso no debe limitarse a escuchar pasivamente lo que las partes digan, sino que debe dejar cuidadosa constancia de las cosas y los hechos examinados por él, consignando las observaciones conducentes. Ese examen, esas observaciones le servirán de fundamento para lo que debe decir en la sentencia. Sin la constancia del examen, sin la consignación de sus observaciones, no se puede decir que el juez haya podido formarse concepto exacto del estadó actual de las cosas sometidas a su examen y reconocimiento.

3.—La ley distingue la posesión material de la inscrita, y a quien promueve una acción reivindicatoria lo que le importa es la restitución de aquello de que se cree dueño y está poseído por otro. (Artículos 946, 161 C. C.). Por la sola demanda de reivindicación no queda el demandado privado del goce de la cosa, sino que sigue disfrutando de ella hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. El pronunciamiento de ésta, su ejecutoria, hace obligatoria la restitución de la cosa con sus frutos naturales y civiles. (Artículo 995, C. C.). Todo lo dicho está indicando: a) Que es la posesión material la que debe comprobarse en los juicios reivindicatorios, y no la simple posesión inscrita; y b) Que no puede tener cumplido éxito la acción cuando se descuida establecer de modo indubitable que el demandado tiene materialmente la cosa y que ejecuta sobre ella actos de los que corresponden al dueño.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

Con poder del Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, el Dr. Pedro Mario Alvarado entabló juicio ordinario de reivindicación, contra Oliverio Afanador en persona de éste, y como representante de la sucesión ilíquida de su madre natural Eduvigis Cobo. La demanda fue presentada el 28 de mayo de 1940; corrigió luego, e hizo las siguientes súplicas en la demanda corregida:

Primera. — "Que la Nación, República de Colombia, es dueña de un lote de tierra que mide aproximadamente 907 metros cuadrados, que hace parte de un predio de mayor extensión denominado El Triángulo, ubicado dentro del área de la población de Girardot, demarcado así: 'por un lado con lote y casa que ocupa Henry Kidd; por detrás, con el ramal del Ferrocarril de Girardot que va al río Magdalena; por otro, con lotes y casas ocupados por Isaac Giraldo, Celio Bazurto y José María Bueno, hoy el Ferrocarril de Girardot; y por el frente, con zona ocupada por el Ferrocarril de Girardot, hoy carrera 12'. Los linderos generales del predio de El Triángulo, son: 'por un lado, con la línea principal del Ferrocarril de Girardot; por otro, con tierras que fueron de los vendedores Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar (el terreno forma un triángulo); y por otro, con área de la población de Girardot y cementerio del Distrito'. Estos últimos lados se determinan hoy así: el primero se halla separado de las tierras de los vendedores por la carrilera del Ferrocarril que conduce a las bodegas de exportación, sobre el río Magdalena; y el otro se halla separado de lo que entonces era cementerio y área de población, por una calle pública,

continuación de la Avenida Central, línea recta hasta encontrar la carrilera que se dirige hacia las bodegas nombradas".

Segunda. — "Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene al demandado Oliverio Afanador, actual poseedor de dicho lote, a restituírlo, dentro del término que señale la sentencia, al representante legal de la Nación, o sea, en este caso, al Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, o a quien tenga esa representación, en el momento de hacerse la entrega.

Tercera.—"Que el demandado debe pagar a la Nación los frutos naturales y civiles que haya producido el lote reivindicado, desde la fecha de la notificación de la demanda, no solamente los percibidos sino los que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad por el dueño.

Cuarta.—"Que el demandado debe pagar las costas procesales de este negocio si se opusiere a lo demandado".

Unas mismas son las súplicas de la primera demanda y las de la corregida. Los hechos de esta última son catorce, a saber:

Primer grupo.—El lote materia de la reivindicación —que la Nación no ha enajenado y que poseyó por medio de sus representantes legales— hace parte integrante del predio general llamado El Triángulo que la Nación adquirió por compra a Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar. Los linderos de tal lote son como los expresa el primer punto petitorio "porque los vendedores Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar vendieron lo que les quedaba de la línea o zona del Ferrocarril que va al río Magdalena hacia el norte a distintas personas y porque el área del antiguo cementerio del distrito de Girardot limita hoy con la calle 10 de Girardot, continuación de la Avenida Central" (hechos 2º, 10º, 11º y 13º).

Segundo grupo.—Oliverio Afanador, sin título que lo acredite como dueño, y a sabiendas de que el lote materia de la reivindicación era de la Nación —puesto que así lo reconoce en la escritura número 670, otorgada en Girardot el 13 de septiembre de 1924— está en posesión del lote que se reivindica, percibiendo los frutos naturales y civiles de él desde el 17 de septiembre de 1924, y el arrendamiento que desde hace más de seis años paga la arrendataria María Teresa Luna. Todo en propio nombre y como representante legal de la sucesión ilíquida de Eduvigis Cobo. (Hechos 7º, 8º, 9º, 12º y 14º).

Tercer grupo.—El 17 de septiembre de 1904 se incendió el protocolo de la Notaría de Tocaima quemándose la escritura número 56 de 30 de mayo de 1886 y la número 225 de 15 de junio de 1899 que allí se encontraban originales. Ni la Nación ni sus representantes legales tienen copia de la escritura número 56, ni ella figura en archivo u oficina pública. Solamente en las de Registro de Girardot y La Mesa existe la inscripción del registro de la citada escritura de la Nación. (Hechos 3º, 4º y 5º).

Cuarto grupo. — El doctor Luis García Cadena ejercía en mayo de mil novecientos cuarenta el cargo de Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, y la representación de la empresa. (Hechos 1º y 6º).

Esta relación de hechos es, sustancialmente, la misma que contiene la primera demanda, pues, como novedad, sólo se halla el hecho 10º.

Uno y otro libelo invocan las disposiciones de los artículos 2º de la Constitución Nacional; 2º de la Ley 29 de 1931, y 3º de la Ley 83 de 1935; 633 y ss., 752, 762, 947, 950, 961, 963 y 964 del C. Civil; 76, 205, 214, 213, 227, 250 y 737 del C. Judicial.

Oliverio Afanador —mayor y vecino de Girardot— constituyó como apoderado al doctor Miguel Anzola Cásseres, quien en la contestación manifiesta que se opone a todas y cada una de las declaraciones impetradas, y propone como excepciones perentorias la de inepta demanda por petición de modo indebido; la de prescripción ordinaria y extraordinaria, y la de cosa juzgada. Respecto de la demanda corregida guardó silencio, a pesar de que se le puso a su disposición.

Con el informe secretarial de estar vencido el término del traslado de la demanda corregida, por lo mismo que el demandado no contestó la corrección, se siguieron los trámites de prueba y alegatos. Del primero usaron ambas partes; del segundo solamente la parte demandante.

La sentencia de primer grado la pronunció el H. Tribunal de Bogotá en Sala Civil plena, negándole al demandante todas las peticiones, y absolviendo al demandado de los cargos formulados contra él. No hizo condenación en costas.

Apeló el apoderado de la entidad demandante y trajo el negocio a la Corte, donde ha llevado también la vocería de la Nación. Pidió que se abriera a pruebas la instancia, e hizo practicar algunas. Ambas partes alegaron ante la Corte.

Con la citación para sentencia se agotaron los

trámites y procede el fallo definitivo, ya que no se encuentra causal de nulidad de previo purgamiento.

La personería.—El doctor Luis A. Cadena ha hablado por la entidad demandante, y el señor Oliverio Afanador por la sucesión ilíquida de Eduvigis Cobo.

El primero es representante de los Ferrocarriles Nacionales, como que desempeña el cargo de Administrador de ellos. A los autos corren agregadas las copias del nombramiento y de la posesión, como corre también el poder especial que el doctor Cadena le otorgó al doctor Pedro Mario Alvarado (folios 46 y 47 del cuaderno número 1).

El Administrador de los Ferrocarriles Nacionales ejerce la representación del Consejo Administrativo en los asuntos que comprometan por una u otra causa el patrimonio que por la Ley 7ª de 1943 se le puso al cuidado de esa entidad. Así lo ha venido sosteniendo esta Sala. (Véase, entre otros, el auto de 11 de febrero de 1944).

Con actas de origen eclesiástico se demuestra que Oliverio Afanador es hijo natural de Eduvigis Cobo, y que ésta ya murió. Los correspondientes comprobantes obran a los folios 11 y 22 del cuaderno número 3.

No hay, pues, reparo qué hacerle a la personería con que se han presentado las partes en el juicio.

Antes de avanzar, conviene advertir:

Las mismas peticiones materia de la litis que ahora ha de resolverse, fueron formuladas en anterior demanda ordinaria, que alcanzó fallo de segunda instancia. La Sala de Negocios Generales lo pronunció el veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y ocho, declarando probada la excepción de petición de modo indebido, y absteniéndose de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda de entonces.

Lo que ocurrió —como lo delata el fallo que en copia puede leerse del folio 8 al 13 del cuaderno número 1—, fue que la acción judicial se endereó solamente contra Oliverio Afanador, y que como éste alegó y probó que no era el único de los poseedores inscritos como propietario del inmueble materia de la reivindicación, sino que también lo era Eduvigis Cobo —porque ésta fue quien se lo compró a Clímaco Afanador— la Corte, hecho el estudio correspondiente, llegó a la conclusión de que no podía hacer el pronunciamiento en contra de Oliverio Afanador sin haber oído en el juicio al otro de los señalados como poseedores.

El adelantamiento de la acción en forma irregular dio por lo tanto lugar a que la Corte declarara entonces la excepción temporal de petición de modo indebido. Le quedaba al actor expedita la vía para establecerla en forma regular, haciendo intervenir en un nuevo debate a los dos poseedores. Por eso en el libelo actual señala como demandado a Oliverio Afanador, no solamente en propio nombre, sino también como representante legal de la sucesión de Eduvigis Cobo, a fuer de hijo natural de ésta.

Las excepciones. — Fueron ellas, como ya se apuntó, las de cosa juzgada, petición de modo indebido y prescripción.

En orden a la primera puede decirse:

Puesto que las peticiones del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales contra Oliverio Afanador no fueron resueltas en el fondo cuando se pronunció el primer fallo, resulta sin apoyo la afirmación de que acerca de ella medie la autoridad de cosa juzgada.

En orden a la segunda cabe repetir:

En el fallo de 1938 se hizo el reconocimiento de la excepción de petición de modo indebido o de ineptitud sustantiva de la demanda, por haberse establecido la demanda contra uno solo de los poseedores inscritos. En el pleito de ahora propone la misma excepción el demandado, y la funda en que Oliverio no es el representante legal de la sucesión ilíquida de Eduvigis Cobo.

Sin embargo, a los folios 11 y 12 del cuaderno número 3, obran estas partidas de origen eclesiástico: la de bautismo de Simón Oliverio, hijo de Eduvigis Cobo, nacido el 8 de febrero de 1893; y la de defunción de Eduvigis Cobo, "soltera y vecina de Girardot", acaecida el 14 de junio de 1928.

Con estas partidas —demostrativas de hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley 92 de 1938— se tiene la prueba de que Oliverio Afanador es hijo natural de Eduvigis Cobo, y de que ésta murió.

Ahora bien: como la sucesión de una persona se abre en el momento de su muerte, y como en el mismo momento se defiere la herencia al heredero o legatario, desde la fecha de la defunción de Eduvigis Cobo se ha de considerar a Oliverio como llamado a recoger la herencia intestada de Eduvigis, en su condición de hijo natural. (Art. 28, Ley 57 de 1887; y 19, Ley 45 de 1936).

Desde esa fecha representa Oliverio a la sucesión de Eduvigis Cobo y tiene legítima personería para hablar por esa sucesión y para responder en los pleitos que contra esa sucesión se entablen.

No procede, por tanto, la segunda de las excepciones.

Queda por examinar la excepción de prescripción que como defensa intentó oportunamente el demandado.

El H. Tribunal nada resolvió acerca de tal excepción atento quizás, a que el demandante manifestó la intención de reformar la demanda, y a que el demandado nada contestó cuando la anunciada reforma apareció.

Mas al respecto tiene que advertirse que la intención del libelo reformatorio, presentado el 17 de agosto del año citado —como se deduce de la lectura del mismo— es simplemente la de reforzar los fundamentos de hecho, y no la de cambiar las súplicas, ni de variar los otros presupuestos. Además, en el alegato de conclusión que el apoderado del actor formuló ante el H. Tribunal, acepta como cuestiones **sub lite** a las excepciones. Y esa actitud la ha sostenido el mismo apoderado en el debate ante la Corte. Puede ello verificarse con la lectura del memorial visible al folio 7 del cuaderno número 4.

Al examinar los elementos que configuran la acción reivindicatoria, tendrá indefectiblemente que tratarse de la posesión de la cosa singular cuya restitución se pide. Será entonces la ocasión de considerar el hecho de la posesión prolongada a través del tiempo, base fundamental de la excepción de prescripción, propuesta por el demandado como excepción perentoria.

Elementos estructurales de la acción. — Entablada la acción que el Título 12, Libro 2º del C. Civil establece y reglamenta, el éxito de ella le ha de resultar al demandante de la concurrencia de estas comprobaciones: del dominio que el actor pretende hacer valer; de la singularidad del bien que quiere reivindicar, y de la posesión del demandado.

Una porción de un precio urbano de una extensión señalada por aproximación, es lo que el actor quiere que se declare que es del dominio de la Nación. Tanto la porción demandada como el predio de que forma parte ella, están descritos por linderos en la demanda. Procede, pues, examinar cuáles son los títulos que amparan el derecho de la Nación, para verificar en seguida si se ha establecido, de modo incuestionable, la identid de la cosa que, poseída por el demandado, hab de restituírse al dueño promotor de la acción, el caso de que ésta prospere.

En beneficio de la claridad, se debe recordar q el fallo materia de la actual apelación le fue a verso a la Nación, porque el H. Tribunal no ha demostrada la posesión material del demandado la titularidad de aquella.

En orden a la posesión, dice el H. Tribunal q el demandado no ha confesado que sea el pos dor material del inmueble objeto de la reivin cación, y que ninguna prueba se ha produc para establecer tal extremo.

En cuanto al otro factor, dice en otra parte: " se ha demostrado la titularidad del demanda —la Nación— sobre el lote reivindicado, pue que no se ha demostrado que éste esté encerra íntegramente dentro de la mencionada alide ción de la escritura 56".

¿Faltó en realidad, la comprobación de los e mentos que echa de menos el fallo apelado? ¿ esta segunda instancia se han traído las prue que en el Tribunal se dejaron de aportar o se h suplido las que fueron allí deficientes? Esto s la materia de los capítulos siguientes:

La titularidad. — El hecho segundo de la manda asegura que la Nación adquirió un pre que denomina "El Triángulo" mediante com constatada en escritura pública Nº 56 de 30 mayo de 1886, pasada por ante el Notario de caima. Dentro del predio en esa escritura des to, ubica el demandante el lote objeto de la r vindicación, y de esa parcela le atribuye la po sión al demandado Oliverio Afanador. El he 3º afirma que la matriz de la escritura Nº 56 quemó, y que solamente existe la inscripción en Registro, de tal escritura.

En su fallo de veintiocho de octubre de mil vecientos treinta y ocho tuvo que referirse e Sala de la Corte a la actitud que había asum el H. Tribunal de Bogotá cuando se le adu como título de dominio adquirido por la Nac sobre el lote pleiteado, un certificado del Re trador del Circuito de Tocaima en que consta protocolización de la escritura traslaticia de propiedad, en vez de la propia escritura.

"El Tribunal estimó —se lee en el fallo de Corte— que tal prueba supletoria no podía ad tirse a causa de no haberse establecido, en for legal, que el protocolo en que se debió incorpo dicha escritura no existe, por haberse destruído

un incendio. La prueba que de ese hecho se adujo en primera instancia fue hallada insuficiente por el juzgador, y en tal virtud se abstuvo de darle entrada a la prueba supletoria que presentó el apoderado del actor.

"Ante la Corte se produjeron varias pruebas con las cuales se establece, de modo satisfactorio, el hecho del incendio que destruyó la Notaría de Tocaima. En efecto, los señores Antonio Delgadillo P., Fernando Gómez Falla, Juan N. Galindo, César Afanador G. y Moisés Torres A. declaran uniformemente que les consta por haberlo visto y presenciado, que en el mes de septiembre de 1904 se incendió la casa donde funcionaba la oficina de la Notaría siendo notario el señor Teodoro Jiménez, habiéndose quemado todo el archivo y protocolo. Y el actual notario de ese Municipio absolvió así un despacho de esta Sala de la Corte: 'El Notario principal de Tocaima en cumplimiento a lo ordenado en el despacho que precede, en el renglón siguiente certifica: Que en el libro Protocolo, año de 1904, en la página primera se dice lo siguiente: 'Notaría del Circuito de Tocaima, septiembre veinte de mil novecientos cuatro. El suscrito Notario Público del Circuito hace constar que por haberse quemado todo el archivo de la Notaría en el incendio producido por la quema del potrero de la Estación, el diez y siete del presente mes, se procede a abrir nuevo protocolo empezando la numeración con el número uno. — El Notario Público, Teodoro Jiménez. — Por consiguiente no existe en esta oficina la matriz de la escritura número cincuenta y seis de treinta de mayo de mil ochocientos ochenta y seis, que se dice fue otorgada en esta Notaría. Dada en Tocaima a cinco de mayo de mil novecientos treinta y ocho. Pedro Carlos Rice Londoño".

El Tribunal en la sentencia que ahora se revisa, apunta: "Aunque es verdad que la Nación adquirió el lote de que habla la referida escritura Nº 56; y aunque se estableció que la matriz de tal instrumento se quemó en el incendio de la Notaría de Tocaima, sin embargo no se logró identificar tal predio".

Para llegar a esa conclusión se detiene el Tribunal en la consideración de que son distintas las alinderaciones contenidas en las varias escrituras aducidas por las partes.

Imponíase, pues, la verificación sobre el terreno de la expresada en la demanda, para deducir su coincidencia con la alinderación que trae el documento que la parte actora ha presentado como título que la respalda.

La alinderación que la demanda le da al predio que denomina El Triángulo, es la siguiente: "Por un lado, con la línea principal del Ferrocarril de Girardot; por otro, con tierras que fueron de los vendedores Mariano Rodríguez y Belizario Cuéllar (el terreno forma un triángulo); y por otro, con área de la población de Girardot, y cementerio del Distrito".

Dentro de ese predio, que es el que se denomina El Triángulo, está contenido, de acuerdo con la demanda, un lote que aproximadamente mide 900 metros cuadrados, y que el mismo libelo demarca así: "Por un lado, con lote y casa que ocupa Henry Kidd; por detrás, con el ramal del Ferrocarril de Girardot que va al río Magdalena; por otro, con lotes y casas ocupadas por Isaac Giraldo, Celio Bazurto y José María Bueno, hoy el Ferrocarril de Girardot; y por el frente, con zona ocupada por el Ferrocarril de Girardot, hoy carrera 12".

La suplida escritura Nº 56 habla de un lote situado en la meseta de Giradot, de forma triangular, y distinguido por estos linderos: "Por un lado, la línea principal del Ferrocarril, por otro lado con tierras de los vendedores y por el otro con área de la población y el cementerio del Distrito".

La escritura Nº 670, traída a los autos en copia debidamente registrada, por la parte demandada como título traslaticio del dominio de una casa edificada en terreno ubicado en la ciudad de Girardot, le da a éste los siguientes linderos: "Por el oriente, que es el frente pasa la carrilera; por el occidente, o sea la espalda con carrilera que va al río Magdalena y solar que fue del señor Uriel Angarita y hoy es del señor Henry Kidd, y por el sur, con solares de las casas de Celio Bazurto e Isaac Giraldo".

Es, pues, evidente la discrepancia de las alinderaciones anotada por el Tribunal en su fallo.

La inspección ocular pedida por el apoderado del actor y decretada por el Tribunal, tuvo por principal objeto establecer que el lote materia de la reivindicación hace parte del lote denominado El Triángulo "de acuerdo con la inscripción de la escritura Nº 56 de 30 de mayo de 1896". Quiere ello decir que el Tribunal inspector y los peritos debían reconocer cuidadosamente el terreno para deducir de ese reconocimiento que el lote materia de la reivindicación está enmarcado dentro del predio que describe la escritura número 56, que forma parte integrante de éste predio.

En el fallo se lee:

"No está fehacientemente comprobado que la alinderación de El Triángulo que trae la demanda, sea exactamente la misma y corresponda sin ninguna discrepancia a la que trae la escritura 56, por medio de la cual adquirió la Nación. Es más: en dicha diligencia no se logró identificar el lote encerrado por las lindes de la escritura Nº 56. En efecto: el demandado exigió que se indicara sobre el terreno y se comprobaran dos lados de ese triángulo, a saber: por un lado "con tierras de los vendedores" (Rodríguez y Cuéllar); "y por el otro con el área de la población y el cementerio del Distrito" de Girardot. Para identificar este costado se pidieron, decretaron y recibieron los testimonios de Melitón Triana y Sara S. de Ricaurte; más estos declarantes nada dijeron sobre aquel costado, ni sobre la ubicación y propiedad de las tierras de Rodríguez y de Cuéllar, entre otras poderosas razones porque no se les interrogó sobre ello".

Hacen tales afirmaciones los mismos Magistrados que suscribieron el acta de inspección. Eso que dicen en la sentencia lo apoyan en las constancias de la diligencia de inspección. Según ésta, los Magistrados trataban de confrontar sobre el terreno la existencia de un predio como de figura triangular. Se les suministraron medios para que se cercioraran de la existencia de dos de los lados, pero el otro lado no lo pudieron identificar porque carecieron de medios de identificación.

Tiénese, pues, que al proceder al reconocimiento del predio general o continente, y al hacer sobre el terreno las investigaciones pertinentes, la Sala no logró esclarecer el hecho capital del litigio, cual es el de la identidad entre el predio que la demanda llama "El Triángulo" y el descrito en el título inscrito en la Oficina de Registro de Tocaima. Los Magistrados no lograron convencerse de tal identidad.

Como realidad física tuvieron a la vista en la diligencia de inspección ocular de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, el lote sobre el cual está edificada la casa adquirida por los demandados mediante la escritura Nº 670, porque lo recorrieron y verificaron la alinderación por los linderos que constan en dicho instrumento. Pudieron, por eso, afirmar que ese lote es "una cosa determinada y singular". En cambio, no podían afirmar, porque racionalmente no pudieron percibirlo, que tal lote constituya, sea parte integrante del predio del Triángulo descrito en la de manda. No tuvieron a la vista la demarcació completa que sirva para especificar tal predio, que impida que se le pueda confundir con cual quiera otro predio.

Erale imposible, por tanto, al Tribunal hacer l declaratoria de dominio impetrada en la primer de las súplicas.

Como prueba trasladada de otro juicio, se adu jo por el demandante el acta de otra inspecció ocular practicada anteriormente por uno de lo Magistrados del mismo Tribunal de Bogotá, e nueve de mayo de mil novecientos treinta y cin co.

Según el acta, visible en copia a folios 7v. 8 del cuaderno número 1, el Magistrado se tras ladó a la ciudad de Girardot. Allí, una vez im puesto de la demanda que por entonces sostenía l Nación —representada por el mismo Pedro Ma rio Alvarado— contra don Oliverio Afanador, después de identificar por linderos así el lote qu se decía ocupado por éste como el predio de E Triángulo descrito en el certificado del Registra dor de Tocaima, el Magistrado dejó constancia de que aquel lote hace parte de ese predio. Los pe ritos que lo asesoraron compartieron tal afir mación.

Discordantes las conclusiones a que llegó en 1935 el señor Magistrado inspector con las qu adoptó la Sala del mismo Tribunal en 1941, im porta investigar cuál es el valor que legalment se le puede atribuír en este juicio a la primera d las diligencias oculares.

Hay que observar primeramente, que el aboga do de la parte demandada ha rechazado com prueba la copia de la inspección ocular que fi gura al folio 14 y vto. del cuaderno principal "en atención —dice— a que esa inspección se realiz sin la intervención de la contraparte en ese en tonces".

En cuanto al acta misma debe tenerse en cuen ta: la inspección ocular hace plena prueba res pecto de los **hechos y circunstancias observado** por el Juez. Es obvio que el Juez a que se refi re el artículo 730 es el que ha practicado el exa men de las cosas, el que hace el reconocimient por sí o por comisión, para allegar tal prueba mediante ella aportar al proceso un elemento qu dé mayor convicción para el fallo definitivo. "L inspección ocular tiene por objeto el examen reconocimiento de cosas o hechos litigiosos o re

lacionados con el debate, **para juzgar con más acierto**" dice el artículo 724 del C. Judicial.

Esto asentado, se impone la conclusión de que el acta que para el presente litigio tiene el valor de plena prueba, es la que relata lo ocurrido ante los Magistrados que integraron la Sala practicante de la inspección del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, como que en ella cuentan las diligencias investigativas que llevaron a efecto los Magistrados para cerciorarse de la verdad de las cosas y de los hechos, y en esas investigaciones apoyar un juicio más certero sobre éstos.

A lo que los Magistrados conocieron por aplicación de sus sentidos, no se le puede oponer lo que otro Magistrado, que no está llamado ahora a fallar, hubiera podido ver.

Podríase argüír que, puesto que los Magistrados del Tribunal cognoscente en lá actualidad no quedaron suficientemente instruídos sobre la existencia del predio general, tiene entrada por ello la otra inspección, para que se la aprecie por su valor probatorio, con los otros elementos aportados por las partes.

Admítase ese postulado, y véase si la duda sobre la identidad del predio llamado El Triángulo en la demanda se disipa.

Primeramente hay que observar que en la inspección trasladada nada hizo el Magistrado para establecer la exactitud de las alinderaciones. Fue en verdad con peritos al lugar de la diligencia, es decir, a Girardot, se impuso de la demanda y del memorial petitorio de la prueba, y con la intervención de la parte actora procedió al reconocimiento. Esto le bastó para afirmar que el lote que se dice poseído por Oliverio Afanador está contenido dentro del predio que la demanda llama El Triángulo, y para hacer otras afirmaciones completamente ayunas de fundamento en los autos.

¿Cómo supo, en efecto, el señor Magistrado, y pudo afirmarlo, cuáles fueron las tierras de los vendedores Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar? ¿Por qué medios tuvo conocimiento de cuáles fueron las tierras de los **vendedores** que fueron objeto de la venta constatada en la suplida escritura número 56? ¿Cómo pudo determinar lo que Rodríguez y Cuéllar quisieron venderle a la Nación, y lo que allí mismo se reservaron y que quedaba como terreno limítrofe del vendido? ¿Cuál fue la línea de demarcación entre lo vendido y lo reservado? Finalmente, ¿cómo adquirió la convicción de que lo ocurrido en ese paraje del Municipio de Girardot en mayo de 1886; se transformó en lo que dice haber encontrado cuarenta y nueve años después?

Ninguna explicación concreta dejó el señor Magistrado acerca de esos hechos que como reconocidos los afirma.

Testigo de excepción es el Juez en las inspecciones oculares. Por eso no debe limitarse a escuchar pasivamente lo que las partes digan, sino que debe dejar cuidadosa constancia de las cosas y los hechos por él examinados, consignando las observaciones conducentes. Ese examen, esas observaciones le servirán de fundamento para lo que debe decir en la sentencia.

Sin la constancia del examen, sin la consignación de sus observaciones, no se puede decir que el Juez haya podido formarse concepto exacto del estado actual de las cosas sometidas a su examen y reconocimiento.

Del acta de 9 de mayo de 1935 están ausentes las constancias de toda investigación tendiente a esclarecer hechos que no siendo de actualidad para el entonces Magistrado inspector debían haberse establecido con pruebas legales como lo permite el artículo 728 del C. Judicial, v. gr.: la determinación del terreno de que quisieron desprenderse **los vendedores** Rodríguez y Cuéllar.

La misma carencia de fundamento se nota en el dictamen que, ya dentro del juicio actual, rindieron los peritos Santiago Páez, Francisco A. Camargo y Ernesto Escallón, en lo que concierne al predio que la demanda denomina El Triángulo.

Uno de ellos, don Santiago Páez, dice:

"Sobre la alinderación precedente del lote en litigio, que está entre las dos líneas férreas, la que va a las bodegas del río Magdalena y la línea principal del Ferrocarril de Girardot, queda para mí oscura la identidad del último costado, o sea la base del triángulo formado por las dos líneas férreas, lo que se agrava con dispari-de (sic) conceptos entre los declarantes Melitón Triana y Sara Salazar de Ricaurte, por una parte y los testigos Berástegui y Melendro, por otra".

Los otros dos peritos, Francisco A. Camargo, nombrado por la parte actora, y Ernesto Escallón, tercero en discordia, nada dicen respecto del punto cuestionado. Ni siquiera nombran la alinderación que da la escritura Nº 56. suplida por el certificado del Registrador de Tocaima. Y ciertamente que a ella han debido referirse. Porque el objeto principal de la diligencia fue la de establecer

"que el lote que se demanda en reivindicación hace parte del lote denominado El Triángulo situado en Girardot, de acuerdo con la inscripción de la escritura Nº 56 de 30 de mayo de 1896, la cual corre en el expediente en forma de certificado expedido por el Registrador de La Mesa, teniendo en cuenta la alinderación de la demanda". Para establecer la relación de continente y contenido, era indispensable que identificaran, por sus linderos, uno y otro predio. Solo así podían dictaminar sobre bases firmes si el lote de los demandados está dentro de la alinderación general que la demanda le da al predio que se dice dominado por la Nación.

Cabe decir, por consiguiente, que la duda expresada por el Tribunal, tampoco está despejada por los peritos, como no la despejaron los testimonios que en la diligencia oyeron los Magistrados inspectores buscando luces respecto de la cuestión capital investigada.

Auncuando aparte de las declaraciones que dentro de la diligencia escucharon los señores Magistrados, a la primera instancia se aportaron los testimonios que corren agregados del folio 26 al 29 del cuaderno Nº 3, es lo cierto que quienes rindieron tales testimonios, se concretaron a declarar sobre la destrucción del archivo notarial de Tocaima en el año de 1904. Quiere ello decir que ninguno de tales testimonios arroja luz sobre el punto de la identidad entre el predio que la demanda llama El Triángulo y el que describe la escritura registrada en Tocaima.

En la segunda instancia se trajeron como pruebas del demandante las que forman el cuaderno Nº 4. Son testimonios recibidos por Juez comisionado a los señores Angel María Avila, Sixto Caballero Benítez y José María Meza.

Cabe apuntar, antes de calificar tales testimonios, que cuando la información testifical se solicitó, ya estaba para terminar el término que la ley da para pedir pruebas. Dió ello ocasión para que el abogado de la parte demandada, apercibido de que el doctor Alvarado había solicitado pruebas en el último día hábil para pedirlas, solicitara a su turno la recepción de unos testimonos y la práctica de una inspección ocular. El pedimento del demandado no fue atendido por su presentación inoportuna. Ejecutoriado quedó el auto negatorio por no haberlo reclamado el interesado.

Procede ahora el examen de los testimonios aportados a la segunda instancia.

Se observa en los de los señores Caballero Meza que al hablar en el punto segundo del lot que la demanda llama El Triángulo, situado e Girardot, afirman que lo conocen, pero sin da la razón de su dicho. Lo describen por lindero más no dicen si esos linderos los recorrieron, lo han visto, o por qué otra fuente adquirieron e conocimiento de que dentro de ellos esté enmar cado el predio de El Triángulo.

Con lo dicho, y por lo que respecta a la deter minación del predio del Triángulo, el testimoni de los mencionados señores Caballero y Meza n presta fé, porque no se sabe cuál es la fuente la razón de la información que han dado acerc de ese hecho particular.

El testigo Angel María Avila dá como razó de su conocimiento el haber residido por much tiempo en Girardot. Ese testimonio único cons tituiría una presunción atendible, de acuerdo co el artículo 696 del C. Judicial. Pero no hay en e proceso otras pruebas que sumadas a esa presun ción dejen en el ánimo del Juzgador la convic ción de que el predio del Triángulo sea evider temente el que se presenta como delimitado po uno de sus costados con propiedad de los señore Rodríguez y Cuéllar.

Del examen de las pruebas aportadas a las do instancias sale verdadero el H. Tribunal en su con clusión de que no está demostrada la titularida de la Nación respecto del predio general del Trián gulo dentro del cual se dice ubicado el lote qu trata de reivindicarse. Y con lo dicho hasta aqu podría darse por terminado el presente fallo, por que falta uno de los elementos esenciales para e progreso de la acción reivindicatoria.

La posesión. — El Tribunal se detuvo, sin em bargo, a estudiar el factor "posesión" atribuído los demandados.

La posesión de Oliverio Afanador parece qu quiere hacerla deducir el demandante del hech de que Oliverio Afanador y la madre de éste ad quirieron una casa de construcción de bahareq y palma en terreno que, según el título de lo demandados, no tiene dueño conocido, y por la ub cación de ese lote en la misma región en que e Ferrocarril tiene instalados sus servicios. En otro términos: que se les considere poseedores por e tar inscritos como tales conforme a la leyenda d título que exhiben.

Cabe observar, desde luego, que la ley distin gue la posesión material de la inscrita, y que quien promueve una acción reivindicatoria lo qu

le importa es la restitución de aquello de que se cree dueño, y que está poseído por otro (ats. 946, 961 ss. C. C.).

Por la sola demanda de reivindicación no queda el demandado privado del goce de la cosa, sino que sigue disfrutando de ella hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. El pronunciamiento de ésta, su ejecutoria, hace obligatoria la restitución de la cosa con sus frutos naturales y civiles. (Art. 959 C. C.).

Todo ello está indicando: a) Que es la posesión material la que debe comprobarse en los juicios reivindicatorios, y no la simple posesión inscrita; y b) Que no puede tener cumplido éxito la acción cuando se descuida establecer de modo indubitable que el demandado tiene materialmente la cosa y que ejecuta sobre ella actos de los que corresponden al dueño.

Véase si las comprobaciones sobre la posesión están completas en el caso **sub judice:**

Los ya conocidos testimonios de los señores Avila, Meza y Caballero hablan de un lote de tierras que fue del padre de Oliverio Afanador. Pero ninguno de ellos lo determinan por linderos al rendir sus declaraciones. Ni dicen si ese lote es el mismo sobre el cual está edificada la casa que según el título adquirieron Oliverio Afanador y Eduvigis Cobo de Clímaco D. Afanador.

El testigo Avila dice que el padre de Oliverio Afanador ocupaba la casa y el lote, y que así ha seguido usufructuándolo una señora que vivía con él. "Fuera de Oliverio Afanador y la madre de él y el padre —añade— he visto a otras personas ocupando la casa y el lote, pero no me consta si sea por arrendamiento, por permiso o por cualquier otra causa". Más adelante: "la madre de Oliverio Afanador se llamaba Eduvigis Cobo pero no sé ni me consta que haya hecho reparaciones por su cuenta Oliverio Afanador, pues solamente me consta que le han arrebatado el frente, pero no sé por por cuenta de quién".

El testigo Caballero, dice: "he visto a distintas personas habitando la casa que hay dentro del lote situado dentro del Triángulo, pero no sé si haya sido por arrendamiento o por qué causa, pues no he presenciado contratos de arrendamiento ni que Afanador hubiera cobrado en mi presencia los arrendamientos".

El testigo Meza, dice: "es cierto que Oliverio Afanador arrendó la casa y el lote a algunas personas, pues entre ellos Vicente Torres y Maximiliano Prieto **me dijeron** que estaban pagando arrendamientos. Por **haberme dicho** la actual ocupante de la finca o sea la **que dice** ser viuda de Afanador, tengo conocimiento de que Oliverio Afanador hizo gastos en reparaciones de la casa, ha hecho siembras, desyerbas y limpias, y **ahora dicen** que la viuda ha hecho arreglos en la finca, según me han dicho. Actualmente yo ocupo la casa en parte, con una parte del lote, como arrendatario de Agustina Ramírez de Afanador, quien dice es la viuda de Oliverio, a ella le pago arrendamientos y ella me expide los recibos que tengo en mi poder".

Esas son todas las pruebas que se han suministrado para demostrar la posesión material atribuída a Oliverio Afanador.

Del conjunto de esas declaraciones, analizadas a la luz de las disposiciones que el Código Judicial establece en el parágrafo 4º del Capítulo VII sobre "testigos", no se puede decir que dejen en el ánimo la convicción de que Oliverio Afanador en su propio nombre y en el de la sucesión de su madre Eduvigis Cobo tenga la posesión material y esté ejecutando actos de dueño y señor en el lote materia de la reivindicación.

Por todas estas consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R.—Antonio Saucedo Carrasquilla.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS

1.—La acción de responsabilidad civil por hechos que causan daño a otro exige tres elementos: a) un hecho culposo; b) un determinado perjuicio, y c) el vínculo de causalidad entre tales extremos. Y de conformidad con normas generales de derecho probatorio, corresponde al actor la demostración de los extremos sobre los cuales se edifica la responsabilidad. Además de la responsabilidad directa, existe otra indirecta en virtud de la cual el agente debe responder del hecho dañoso de las personas que están bajo su dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda le corresponde. Pero esta responsabilidad de carácter excepcional no proviene inmediatamente de un acto del agente, sino de presunción de culpa que la ley establece en su contra por falta de vigilancia o por mala elección. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte la presunción de culpa por los actos que ejecutan los subordinados en perjuicio de terceros se aplica a las entidades de derecho público, como la Nación, los Departamentos y los Municipios, doctrina que tiene su apoyo en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil.

2.—El seguro de vida por daños o perjuicios causados a los trabajadores es diferente de las indemnizaciones que se solicitan con fundamento en la responsabilidad civil que exige la demostración del vínculo de causalidad entre el hecho culposo y el daño.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Sarcedo Carrasquilla).

El 16 de septiembre de 1941, en las horas de la tarde, se encontraba una cuadrilla de trabajadores bajo las órdenes del señor Germán Restrepo, al servicio del Departamento de Antioquia, ocupada en la construcción de la carretera Santa Rita-Puerto Valdivia, en el sitio denominado "Cordillera del Diostedé", cuando de un momento a otro se desprendió un volcán de tierra, que arrolló al señor Pedro Luis Ramírez y lo sepultó vivo, no habiendo podido ser rescatado su cadáver sino hasta los cuatro días.

Fundándose en tales hechos, el doctor Pedro Rafael Gómez, apoderado especial del señor Ricardo Ramírez, hermano carnal del extinto, demandó al Departamento de Antioquia, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"A) Que el Departamento está obligado a pagar a mi poderdante en el término legal los perjuicios tanto materiales como morales sufridos por mi poderdante y que desde ahora estimo en la cantidad de diez mil pesos oro ($ 10.000) o lo que digan los peritos nombrados de acuerdo con la ley.

"B) Que igualmente está obligado a pagar los intereses legales y desde el mismo momento de la muerte o, en subsidio, desde la presentación de la demanda; intereses éstos que corresponden también a mi poderdante.

"C) En subsidio, solicito que si no se acepta la condenación en concreto, se haga en abstracto para liquidarla o concretarla en el juicio respectivo (art. 553 del C. J.).

Los hechos revelantes de la demanda son los siguientes:

"2º—El día 16 de septiembre del año de 1941, hallándose en la construcción del camino vía Nº 87, Santa Rita-Puerto Valdivia y bajo las órdenes del Capitán, señor Germán Restrepo, el señor Ramírez (Pedro Luis) pereció aplastado por un deslizamiento de terreno formado por tierra, piedras y madera.

"4º—Como ya dije, el señor Ramírez, en el momento de la muerte cumplía órdenes terminantes de sus respectivos superiores, o sea, se hallaba haciendo aquello que ellos habían ordenado.

"5º—Los inmediatos superiores del señor Ramírez eran empleados o trabajadores del Departamento, nombrados y pagados por él mismo y dependían directamente del ramo de caminos.

"6º—El señor Ramírez (Ricardo), o sea, mi poderdante, por mi conducto solicitó el respectivo

seguro de vida, el cual le fue cubierto a razón de un peso diario como salario, o sea un total de $ 365.00".

El señor Fiscal del Tribunal a quien se le dió traslado de la demanda, lo descorrió negando algunos de los hechos, o bien, afirmando que no constaban otros, y oponiéndose a que se hicieran las solicitudes por el demandante.

Tramitado el juicio, el Tribunal **a quo** resolvió así:

"Niega las declaratorias pedidas en el libelo de demanda de 21 de enero de 1944".

Contra este fallo interpuso recurso de apelación el apoderado del actor, por lo cual vino el negocio a la Corte Suprema de Justicia, donde ha surtido los trámites pertinentes. Y como se observan causales de nulidad, se procede a resolver:

Examen de los hechos. — Está acreditado en el informativo el accidente ocurrido el 16 de septiembre de 1941, en la construcción del camino de Santa Rita-Puerto Valdivia, sitio de "Cordillera Riostedé", cuando se deslizó una mole compuesta de tierra, piedra y madera, y sepultó al señor Pedro Luis Ramírez, con las diligencias sumarias adelantadas por el señor Inspector de Policía Departamental de Puerto Valdivia, sobre levantamiento del cadáver, declaraciones de los testigos presenciales, y dictamen de los peritos. De conformidad con tales probanzas, se viene en conocimiento que en el día y sitio nombrados se desplazó una mole de tierra de 300 toneladas que sepultó al trabajador Ramírez.

También está acreditada la defunción del señor Pedro Luis Ramírez; el parentesco de consanguinidad del occiso con el demandante (folios 13 y siguientes del cuaderno Nº 1); el carácter de heredero único, reconocido al demandante en la cesión de su hermano (folios 12 y siguientes del cuaderno Nº 1); y la circunstancia de que el citado trabajaba al servicio del Departamento de Antioquia, en el momento de ocurrir el siniestro. Así mismo aparece establecido que el señor Germán Restrepo, el día 16 de septiembre de 1941 era el capitán de la cuadrilla de obreros que trabajaba en la construcción del camino Santa Rita-Puerto Valdivia, cuando ocurrió el siniestro en que perdió la vida el señor Pedro Luis Ramírez, según la certificación expedida por la Dirección General de Caminos Departamentales de Medellín (folio 3v., cuaderno Nº 2).

Durante el término de prueba, el apoderado del actor hizo recibir las declaraciones de los señores Marco Aurelio Torres y Germán Restrepo P. (folios 5 y 8, cuaderno Nº 2), el primero de los cuales asevera que en el momento de ocurrir el siniestro el señor Pedro Luis Ramírez se encontraba cortando una raíz de madera, y agrega dos circunstancias especiales: que el capitán de la cuadrilla, señor Germán Restrepo, era quien "tenía necesidad de ordenar y ordenó al señor Ramírez que cortara aquella raíz"; y que el destino que desempeñaba el señor Pedro Luis Ramírez, en el momento preciso del suceso, era demasiado peligroso. Por su parte, el señor Restrepo no hizo referencia a ninguna circunstancia especial, fuera de relatar el suceso.

Pero se observa que el mismo señor Marco Aurelio Torres, y los señores Guillermo Campillo y Juan B. Carvajal, en declaraciones rendidas ante el Inspector de Puerto Valdivia, dijeron que el día de los sucesos se encontraban dedicados a mover tierra, cuando de un momento a otro se desmoronó parte del talud, sepultando al señor Ramírez. (Folios 2v. a 5 cuaderno Nº 1). Nada dijeron los testigos citados sobre el trabajo especial que estuviera realizando el señor Ramírez, por orden del señor Germán Restrepo, capitán de la cuadrilla, por lo cual debe concluírse que la declaración del señor Marco Aurelio Torres, rendida durante el juicio, no guarda armonía con las afirmaciones de los otros testigos, ni con la rendida por el mismo declarante ante el señor Inspector de Puerto Valdivia. Debe, pues, concluírse que el señor Pedro Luis Ramírez estaba ejecutando el mismo trabajo que el resto de sus compañeros de cuadrilla, cuando ocurrió el accidente.

El H. Tribunal **a quo**, si bien anotó la contradición entre las declaraciones de los señores Marco Aurelio Torres y Germán Restrepo rendidas durante el juicio, no obstante le dió plena aceptación a lo aseverado por el primer testigo y en la parte motiva de su providencia dijo: "El señor Germán Restrepo, en cumplimiento de sus funciones de capitán de una cuadrilla de trabajadores, dió orden al señor Pedro Luis Ramírez de cortar la raíz de un árbol". Mas como anteriormente se vió que el testimonio del señor Marco Aurelio Torres no guardaba armonía con lo afirmado por los otros declarantes, ni con el que anteriormente había rendido ante el Inspector de Policía de Puerto Valdivia, lógico es concluír que el hecho aceptado por el Tribunal de Medellín no tiene respaldo en el expediente.

Análisis jurídico del suceso. — La presente de-

manda se dirige a obtener que se condene al Departamento de Antioquia a indemnizar los perjuicios sufridos por el señor Ricardo Ramírez, con motivo del accidente en que perdió la vida su hermano Pedro Luis Ramírez, el 16 de septiembre de 1941, cuando trabajaba en el camino de Santa Rita-Puerto Valdivia, en el sitio denominado "Cordillera del Diostedé". El apoderado del actor considera que hubo culpa por parte del señor Germán Restrepo en la orden que le dió a los obreros de ejecutar el trabajo que estaban llevando a cabo. Y que como Restrepo en ese momento representaba al Departamento, igualmente quedaba comprometida la responsabilidad de esta última entidad.

El Tribunal **a quo** estimó equivocadas las apreciaciones del demandante, porque aun cuando la jurisprudencia y la doctrina nacionales estaban acordes en aceptar que las entidades de derecho público podían ser civilmente responsables por los daños causados por sus agentes, en el caso **sub judice** no estaba demostrado el vínculo de causalidad entre la orden de trabajo dada por el señor Germán Restrepo a la cuadrilla de obreros y el desprendimiento del volcán de tierra.

Considera la Sala que la acción de la responsabilidad civil por hechos que causan daño a otro exige tres elementos: a) un hecho culposo; b) un determinado perjuicio, y c) el vínculo de causalidad entre tales extremos. Y de conformidad con las normas generales de derecho probatorio, corresponde al actor la demostración de los extremos sobre los cuales se edifica la responsabilidad.

Además de la responsabilidad directa, existe otra indirecta, en virtud de la cual el agente debe responder del hecho dañoso de las personas que están bajo su dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda le corresponde. Pero esta responsabilidad de carácter excepcional no proviene inmediatamente de un acto del agente, sino de presunción de culpa que la ley establece en su contra por falta de vigilancia o por mala elección.

De acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia la presunción de culpa por los actos que ejecutan los subordinados en perjuicio de terceros se aplica a las entidades de derecho público, Nación, Departamentos y Municipios, doctrina que tiene su apoyo en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil.

Aplicando los principios anteriores al caso **sub judice** encuentra la Sala que la actividad del señor Germán Restrepo, capitán de la cuadrilla de trabajadores al servicio del Departamento de Antioquia, obligaba a esta última entidad, por su carácter de subordinado o dependiente. Pero no basta tal subordinación para considerar responsable a la entidad departamental, sino que es necesario examinar si se encuentran establecidos los elementos que estructuran la acción civil sobre la indemnización de perjuicios.

El Tribunal **a quo** partió de la base de que estaba demostrado el hecho de que el señor Germán Restrepo, capitán de la cuadrilla de trabajadores, ordenó al señor Pedro Luis Ramírez cortar de raíz un árbol y que mientras ejecutaba el mandato se desprendió un volcán que lo sepultó vivo, y razonaba así: "¿Podrá afirmarse que la orden en referencia y el cumplimiento consiguiente fueron la causa determinante y eficiente de la catástrofe? No aparece. Pero aunque así fuera no consta de autos la prueba respectiva que ha debido ser aportada por el demandante".

Debe observarse que en el proceso no pudo establecerse el hecho de que el señor Germán Restrepo le hubiera dado la orden en referencia al señor Ramírez; y antes por el contrario aparece demostrado que éste efectuaba el mismo trabajo que los demás cuando sobrevino el derrumbe de tierra. Por tanto, ni siquiera puede estimarse como causa mediata de la tragedia un trabajo especial que el señor Pedro Luis Ramírez estuviera ejecutando por orden del capitán de la cuadrilla de trabajadores.

Acerca de la manera como se produjo el siniestro, es oportuno transcribir las declaraciones de los compañeros de trabajo del señor Pedro Luis Ramírez rendidas en el sumario averiguatorio de la muerte de éste último, y que fueron acompañadas con la demanda.

El señor Marco Aurelio Torres, quien rindió testimonio el 18 de septiembre de 1941, dijo: "En el día de anteayer me ocupaba en trabajar en la construcción de un camino en este punto, punto nombrado Diostedé, en compañía de los señores: Enrique Jaramillo, José Celada, Jesús Mª Muñeto Ramón Torres, Guillermo Campillo, Maximiliano Lopera, Ricardo Ramírez, Juan C. Carvajal y Pedro Ramírez nos ocupábamos en bajar tierra de un talud, ocupación en que nos ocupábamos todo el día hasta la hora más o menos de las tres de la tarde hora ésta en que se desmoronó parte del talud llevándose ésta al señor Pedro Ramírez;

vi a Ramírez hasta que desapareció quedando completamente cubierto con la mole de tierra".

El señor Guillermo Campillo, en declaración rendida en la misma época dijo: "El día anterior, o sea el martes diez y seis último pasado me ocupaba en trabajar en el movimiento de tierra en este punto que se nombra Diostedé; y en dicho trabajo me acompañaban los señores Juan C. Carvajal, Marco Torres, Ramón Torres, José Celada, Ricardo Ramírez, Maximiliano Lopera, Enrique Jaramillo, José Muñetón y Pedro Ramírez, todo el día ocupábamos en el movimiento de tierra en el mencionado punto "Diostedé" y como de las tres de la tarde de dicho día se desliza una cantidad de tierra fatal cubriendo al trabajador Pedro Ramírez, quien desapareció".

Y el señor Juan José Carvajal dice: "El martes último pasado o sea anterior me ocupaba en socolor (sic) en este punto nombrado Diostedé cerca al punto en donde trabajaban en el movimiento de tierra los señores Marco Torres, Ramón Torres, José Celada, Ricardo Ramírez, Guillermo Campillo, Enrique Jaramillo, Maximiliano Lopera, Jesús María Muñetón y Pedro Ramírez... Como a eso de las tres de la tarde más o menos sentí un ruido de un volcán y como yo estoy acostumbrado a oír esta clase de ruidos lo mismo que al frecuente deslizamiento de tierras seguí mi trabajo cuando en estos momentos me llamó el capitán Restrepo que el volcán se había llevado a Pedro Ramírez lo mismo que nos ordenó a todos los trabajadores que nos moviéramos la tierra deslizada a fin de sacarlo pero terminamos el día sin poder dar con el paradero".

Dedúcese de los testimonios transcritos, que el señor Pedro Luis Ramírez estaba ejecutando el mismo trabajo que los demás miembros de la cuadrilla y que el derrumbe del volcán de tierra no se debió a un trabajo especial que estuviera llevando a cabo.

Podría argüirse que existe una presunción de culpa en la actividad del señor Germán Restrepo en la dirección de los trabajos, pero ni aun en esta hipótesis quedaría estructurada la responsabilidad del Departamento de Antioquia, porque de autos no aparece demostrado el vínculo de causalidad entre el movimiento de tierra que se estaba verificando y el derrumbe del volcán que sepultó vivo al señor Pedro Luis Ramírez. Y como tal prueba correspondía suministrarla al actor, se deduce que falta uno de los elementos esenciales que integran la responsabilidad por culpa, motivo por el cual la sentencia del Tribunal **a quo** debe ser confirmada.

Las prestaciones sociales pagadas. — El actor afirma en el hecho 6º de la demanda: "El señor Ramírez (Ricardo), o sea, mi poderdante, por mi conducto solicitó el respectivo seguro de vida, el cual le fue cubierto a razón de un peso diario como salario, o sea, un total de trescientos sesenta y cinco pesos ($ 365.00)".

Debe observarse que el seguro de vida y demás prestaciones sociales a que están obligadas las personas naturales o jurídicas por los daños causados a los trabajadores que dependan de ellos, tiene su fundamento en la ley que obliga a tales indemnizaciones cualesquiera que haya sido la causa del daño. Pero ello es diferente a las indemnizaciones que se soliciten con fundamento en la responsabilidad civil, que exige la demostración del vínculo de causalidad entre el hecho culposo y el daño.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia recurrida, dictada con fecha 23 de abril de 1946, por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario seguido por el señor Ricardo Ramírez L., por medio de apoderado, contra el Departamento de Antioquia.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Ramón Miranda.—Antonio Saucedo Carrasquilla. Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

PRESTACIONES SOCIALES DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL JUDICIAL

Lo que llevó a cabo la ley 95 de 1946 por medio de su artículo 1º no fue solo un cambio en la sustanciación o ritualidad de un juicio, sino en la jurisdicción y competencia para conocer de las reclamaciones de auxilios de cesantía que deban ser pagadas por la Caja de Previsión Social Judicial. Siendo esto así, es indudable que al entrar en vigencia la ley 95 de 1946 perdieron inmediatamente los Tribunales Superiores la competencia que les había sido atribuída por el artículo 11 de la ley 22 de 1942 para conocer de las reclamaciones a cargo de la mencionada Caja, radicándose en cabeza de la Junta Directiva de la misma, conforme a lo preceptuado por la nueva disposición legal, pues las normas sobre jurisdicción y competencia son de inmediata aplicación, según lo tiene ya aceptado la jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre veintiuno de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

En auto de agosto veintidos del corriente año, el Tribunal Superior de Pamplona negó la reposición de su propio auto de catorce del mismo mes, por medio del cual rechazó la demanda del doctor Víctor M. Espinel contra la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, Ministerio Público y Contencioso Administrativo, y concedió para ante la Corte el recurso de apelación, que de manera subsidiaria había sido interpuesto por el mismo demandante.

Al negocio se le dió la tramitación que ordena el art. 502 del C. J., y se procede a resolver por medio de la presente providencia.

Motivó el auto recurrido del Tribunal Superior de Pamplona la demanda que ante el mismo Tribunal presentó el doctor Espinel Blanco para que "con audiencia del señor Agente del Ministerio Público y previa la tramitación señalada en el Título XIVI del Libro II del Código Judicial artículos 1208 a 1214) ordene que por la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, me sea pagado el valor del auxilio de cesantía a que tengo derecho por haber desempeñado el cargo de Magistrado de ese H. Tribunal en el lapso ininterrumpido de seis años completos comprendidos de 1940 a 1946, de conformidad con lo estatuído en el inciso 2 del aparte f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1946".

El Tribunal, para no dar curso a la anterior demanda, se apoyó principalmente en lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 95 de 1946, conforme al cual, en adelante las prestaciones a cargo de la Caja de Previsión Social Judicial "serán reconocidas por la Junta Directiva mediante el procedimiento fijado en el Decreto 1639 de 1946 (mayo 31), por el cual se reglamenta la Ley 71 de 1945", disposición ésta que, según dicho Tribunal, "cambió el procedimiento para obtener el pago de un auxilio de cesantía" y de la cual "resulta que no se reclama la cesantía del Gobierno Nacional, por conducto de los Gobernadores, sino directamente de la Caja y mediante un procedimiento distinto al anterior, que da intervención al Consejo de Estado, con lo que se sustituyó la competencia del Tribunal por la de la entidad última y superior de la jurisdicción administrativa, sustitución muy clara, porque ésta decide con autoridad de cosa juzgada.

Durante el término de fijación en lista, el doctor José Alviar Restrepo, haciendo uso del poder que le confirió el demandante, por medio de memorial dirigido al Presidente de esta Sala de Negocios Generales, el veintiocho de agosto último, fundó el recurso en un extenso alegato, en el cual reprodujo en su mayor parte los argumentos expuestos por su mandante ante el **a quo**, con el fin de obtener la reposición.

La argumentación del recurrente se reduce en último término a que, habiendo tenido origen su derecho al auxilio de cesantía, antes de la vigencia de la Ley 95 de 1946, y, todavía más, habiendo el demandante intentado la reclamación de ese auxilio, también antes de que comenzara a regir

ley citada, y de conformidad con el procedi-
ento señalado por el artículo 11 de la Ley 22 de
42, se obtuvo completa tramitación en la parte
e podría denominarse gubernativa, culminando
manera desfavorable para el actor, con la reso-
ión del Ministerio de Gobierno que negó el
xilio solicitado, no es posible decidir ahora, co-
lo hace el Tribunal, que la reclamación queda
eta a las nuevas normas procedimentales seña-
as en la mencionada Ley 95 de 1946, por cuan-
la demanda formulada ante el Tribunal no es
la segunda etapa del procedimiento señalado
la Ley 22 de 1942, la continuación de la re-
mación hecha ante el Gobierno, "la continua-
n regular, natural y lógica del procedimiento
ninistrativo, y no simplemente un trámite in-
endiente, separado y distinto, sin conexión al-
a con éste".

or su parte el señor Procurador Delegado en
Civil, a quien se corrió en la debida oportuni-
el traslado del caso, pide se confirme la pro-
encia recurrida, por cuanto, en opinión de ese
funcionario, la tesis sostenida por el Tribu-
es incontrovertible, ya que debiendo las pres-
ones a cargo de la Caja de Previsión Social
icial ser reconocidas por la Junta Directiva de
nisma Caja, por disposición de la Ley 95 de
6, a partir de la vigencia de ésta, y habiendo
formulada la demanda del doctor Espinel
ico, después de haber entrado a regir el men-
ado estatuto legal, esa solicitud no debía él
erla formulado ante la justicia ordinaria, aco-
dose a las disposiciones de las leyes 22 de
y 6ª y 11 de 1945, sino a la Junta Directiva
a expresada Caja.

considera:

Sala no necesita de mayores consideraciones
proferir su decisión confirmando lo resuelto
el Tribunal Superior de Pamplona, pues a
icio no cabe en este caso duda de que lo que
llevó a cabo la Ley 95 de 1946 por medio de su artículo 1º no fue solo un cambio en la sustanciación o ritualidad de un juicio, sino en la jurisdicción y competencia para conocer de las reclamaciones de auxilios de cesantía que deban ser pagados por la Caja de Previsión Social Judicial.

Siendo esto así, es indudable que al entrar en vigencia la Ley 95 de 1946 perdieron inmediatamente los Tribunales Superiores la competencia que les había sido atribuída por el art. 11 de la Ley 22 de 1942, para conocer de las reclamaciones a cargo de la mencionada Caja, radicándose en cabeza de la Junta Directiva de la misma, conforme a lo preceptuado por la nueva disposición legal, pues las normas sobre jurisdicción y competencia son de inmediata aplicación, según lo tiene ya aceptado la jurisprudencia.

No es tampoco el caso de la última parte del art. 40 de la Ley 153 de 1887, pues la demanda de que se trata se inició después de la vigencia de la Ley 95 de 1946, como lo anota el **a quo.**

En mérito de lo brevemente expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA el auto del Tribunal Superior de Pamplona, de catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, por medio del cual declaró inadmisible la demanda del doctor Víctor M. Espinel Blanco contra la Caja de Previsión Social Judicial, y reconoce al doctor José Alviar Restrepo personería para actuar en este asunto, como apoderado del doctor Víctor M. Espinel, en los términos expresados en el memorial a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Antonio Saucedo Carrasquilla. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INCIDENTE DE COLISION DE COMPETENCIAS

1.—Las prestaciones sociales a que se refiere el inciso segundo del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 tienen su origen en ordenanzas, decretos y resoluciones departamentales, acuerdos municipales o reglamentos particulares.

2.—Entre un municipio y los empleados públicos no existe contrato de trabajo, ya que las funciones de éstos emanan de la ley y no de un acuerdo de voluntades entre las partes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Saucedo (Carrasquilla).

Procede la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia a resolver el incidente, sobre competencia negativa, que se ha suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y el Tribunal Seccional del Trabajo de Antioquia, en el juicio especial de prestaciones sociales promovido por el señor Joaquín Arango contra el Municipio de Salazar, Departamento de Antioquia.

Antecedentes. — Ante el Juez Civil del Circuito de los Andes, con fecha 10 de septiembre de 1945, el señor Joaquín Arango, ex-agente de la policía Municipal, por medio de apoderado, demandó al Municipio de Salgar para que se condenara a tal entidad al pago de varias sumas de dinero por concepto del descanso dominical, días festivos y horas extras que trabajó como agente de policía y que no se le pagaron. Adujo como fundamento en derecho las leyes 57 de 1926, 35 y 45 de 1939, 165 de 1941, decreto 2.350 de 1944 y ley 6ª de 1945.

Admitida la demanda, se le dió el traslado al señor Personero Municipal de Salgar, quien la contestó negando los hechos y oponiéndose a las declaraciones solicitadas por el actor.

Con fecha dos de julio de 1946, el Juzgado Civil del Circuito de Andes dictó sentencia cond nando al Municipio de Salgar al pago de la sur de $ 16.29 y absolviendo a la misma entidad por l demás prestaciones solicitadas.

Apelada la sentencia por el actor, el Juzgado Primera instancia concedió tal recurso para ar el Tribunal Seccional del Trabajo de Antioqu

El Tribunal Seccional del Trabajo, por auto 16 de septiembre de 1946, resolvió que no era co petente para conocer del juicio, por cuanto que acción no se fundaba en un contrato de trab con ocasión de cualesquiera de los motivos exp sados en el inciso primero del artículo 58 de Ley 6ª de 1945, ni tenía lugar por razón de prestaciones establecidas en el inciso 2º del m mo artículo.

Devuelto el negocio, el Juzgado de origen c cedió esta vez la apelación para ante el Tribu Superior del Distrito Judicial de Medellín.

El Tribunal Superior de Medellín se decl igualmente incompetente para conocer del ne cio, y adujo como argumento que las prestacio que tenían su origen en leyes, como en el c de autos, correspondían a la jurisdicción de Contencioso Administrativo, y ordenó remiti expediente a esta última entidad. Pero el Tri nal Seccional de lo Contencioso Administra se declaró también incompetente, por carecer jurisdicción para revisar providencias de los ces civiles del circuito.

En estas condiciones, a petición del Fiscal mero, el Tribunal Superior del Distrito Judi de Medellín, con fecha 12 de junio de 1947, re vió provocar competencia negativa al Trib Seccional del Trabajo de Antioquia, compete que aceptó esta última entidad.

Llegado el negocio a la Corte Suprema de ticia, se ordenó dar traslado al señor Procur Delegado en lo Civil, quien finalizó su conc en la siguiente forma: "La Procuraduría cor túa que el conocimiento del presente negoci corresponde ni al H. Tribunal Superior de M llín, ni al H. Tribunal Seccional del Trabaj Medellín, y que, por tratarse de una reclam que ha debido hacer el demandante por la

iministrativa, esa H. Corte debe anular todo lo :tuado por incompetencia de jurisdicción de la ısticia ordinaria".

La Sala procede a resolver mediante las si-uientes consideraciones:

El artículo 5º de la Ley 6ª de 1945 estatuye: La jurisdicción especial del trabajo se instituye ara decidir de las controversias que suscite, di-ecta o indirectamente, la ejecución del contrato e trabajo, entre patrones y asalariados, entre alariados solamente, entre las asociaciones pro-sionales de patronos y los asalariados, o entre los alariados y sus asociaciones profesionales, ya con otivo de la interpretación o ejecución de las áusulas del contrato de trabajo o de la conven-ón colectiva, ya con ocasión de la interpreta-ón o aplicación de la legislación del trabajo.

"También conocerá la justicia del trabajo de s controversias que se susciten por razón de las imas, bonificaciones y demás prestaciones que ngan su origen en ordenanzas, decretos y reso-ciones departamentales, acuerdos municipales reglamentos particulares, siempre que se haya otado el procedimiento de reclamación que en les disposiciones se establezca".

Observa la Sala de la Corte, en primer térmi-, —como lo anotaba el señor Procurador Dele-do en lo Civil— que entre un Municipio y los npleados públicos no existe contrato de trabajo, que las funciones de éstos emanan de la ley no de un acuerdo de voluntades entre las par-s. En el caso de autos el señor Joaquín Arango nía el carácter de empleado público y, en con-cuencia, no existían vínculos contractuales en-él y la administración, que le dieran jurisdic-n al Tribunal Seccional del Trabajo de Antio-ia para conocer de las prestaciones sociales de-ndadas.

En segundo término, anota la Sala que las pres-iones sociales a que se refiere el inciso segun-del artículo 58 de la ley 6ª de 1945, tienen su gen en ordenanzas, decretos y resoluciones de-tamentales, acuerdos municipales o reglamen-particulares. Y como en caso de autos, las staciones solicitadas tenían su origen en leyes, ecía de competencia el Tribunal Seccional del bajo de Antioquia para conocer de la acción aurada.

or tanto, el Tribunal Seccional del Trabajo de Antioquia carecía de competencia para conocer del negocio **sub judice.**

Estima la Sala de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, que el conocimiento del presente negocio tampoco correspondía a la justicia ordinaria, por cuanto el señor Joaquín Arango ha debido incoar la reclamación de sus prestaciones sociales ante la primera autoridad del Municipio de Salgar, entidad a la cual había prestado sus servicios como agente de la policía, y en caso de que la resolución hubiere sido adversa a sus pretensiones, habría podido entablar los recursos administrativos establecidos en la ley.

En efecto, de conformidad con los artículos 157 y 163 de la Ley 167 de 1941, sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa, la entidad competente para conocer de la solicitud de prestaciones sociales que demandaba el señor Joaquín Arango, era la primera autoridad administrativa del Municipio de Salgar; y de la resolución respectiva, el actor había podido apelar ante el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo.

Es, pues, fundado el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil al negarle competencia tanto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín como al Tribunal Seccional del Trabajo de Antioquia, para conocer del presente negocio. Pero no es posible acceder a la solicitud de tal funcionario para declarar la nulidad de lo actuado, ya que la Corte tan sólo ha tenido jurisdicción para conocer de un incidente y no del fondo del asunto.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia declara que no existe en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, ni en el Tribunal Seccional del Trabajo de Antioquia, competencia legal para conocer del presente negocio. En consecuencia, resuelve devolverlo a la primera de las entidades nombradas, para los efectos a que haya lugar.

Cópiese y notifíquese.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Ramón Miranda — Antonio Sáucedo Carrasquilla. Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION PETITORIA DE INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y DE PAGO PERJUICIOS. — LEY DEL CONTRATO

1. — El artículo 2º de la ley 67 de 1943, puesto en relación con el 40 del Código Judicial le asignan a la Sala las funciones de juez de única instancia en "todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos".

2.—Así como es posible que por una convención entre las partes interesadas se le pueda quitar todo efecto a las obligaciones por ellas estipuladas en convención anterior, de la misma manera es posible que una obligación puedà ser sustituída en todo o en parte por otra, merced a ese mismo acuerdo o concierto de las voluntades. Lo que no es posible es que una sola de las partes pueda sustituir a su arbitrio la obligación que ha contraído, sin la anuencia o el consentimiento del cocontratante, ni que por esa sola voluntad unilateral el contrato sufra modificaciones esenciales. En los contratos las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades. Por eso todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo por causas legales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

A la Sala de Negocios Generales de la Corte ha ocurrido el señor Enrique Pinzón, mayor y vecino de Bogotá, en demanda ordinaria enderezada contra la Nación Colombiana. Pretende el actor que la Corte, en sentencia definitiva, y con citación y audiencia del señor Procurador —a quien señala como representante de la entidad demandada— haga las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que la Nación Colombiana no cu plió el contrato válidamente celebrado conm el día 21 de junio de 1943, en esta ciudad, medio del cual la Nación (representada por señor Ministro de la Economía Nacional), c trajo la obligación de pagarme durante un añ partir del 1º de julio de 1943 la cantidad $ 180.00 mensuales, la de pagarme los viáticos regreso al país y la de emplear mis servicios el ramo especializado del cultivo del trigo a regreso al país, después de haber hecho los es dios indicados en dicho contrato.

"**Segunda.** — Que por el incumplimiento a indicadas prestaciones, la Nación Colombiana contractualmente responsable de los perjui que he sufrido; y

"**Tercera.**—Que como consecuencia de lo a rior, se condene a la Nación Colombiana a pa me en dinero el valor de los perjuicios mate les y morales, la cuantía de los cuales estimo $ 10.000.00 m. cte., así: $ 8.000.00 los perjui materiales y $ 2.000.00 los perjuicios morales, cantidad que se determine en el curso de juicio o en las diligencias que procedan par cumplimiento de la sentencia".

Quince hechos, que luego se examinarán en talle, aduce el señor Pinzón como fundament para el progreso de su acción. En derecho in como fundamentos las disposiciones del Título Libro 4º del C. Civil, especialmente el artí 1610, que, con los siguientes, reglamenta la ponsabilidad contractual.

La Sala admitió la demanda, y, de acuerdo ella, la hizo saber al señor Procurador Dele en lo Civil. Mediante la intervención de funcionario, el juicio se ha adelantado en ú instancia hasta ponerlo en estado de recibir de fondo. Ya en ese trance la Sala ha revi el proceso, y no ha advertido en él vicio qu quiera un previo saneamiento.

La competencia.—Puesto que la primera tión que se propone a la decisión de la jus es la relativa al cumplimiento de un contrato se dice celebrado por la Nación con un par

lar, la Sala de Negocios Generales de la Corte se ha creído competente para avocar el conocimiento. El artículo 2º de la Ley 67 de 1943, puesto en relación con el artículo 40 del C. Judicial, le asigna a esta Sala las funciones de Juez de única instancia en "todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos".

Acusa el actor a la Nación por incumplimiento de obligaciones contractuales, y de ese cargo quiere que se derive la obligación de indemnizar perjuicios. El señor Procurador no niega la celebración del contrato, pero sí niega el cargo de incumplimiento formulado contra la Nación, y lo devuelve contra el actor. Esos son los lineamientos generales de la litis.

Al admitir el señor Procurador el hecho 3º —en el cual el demandante afirma que para el ajustamiento del contrato medió el concepto favorable del Consejo de Ministros, la aprobación del Presidente de la República y la conveniente reserva de fondos certificados por la Contraloría— acepta y afirma la competencia de la Corte. Porque conviene en que la materia de la litis no es una simple policitación ni un proyecto de contrato lo ventilado entre la Nación y Enrique Pinzón, sino un verdadero contrato, que se perfeccionó mediante los trámites de aprobación del Presidente de la República y la publicación en el Diario Oficial. Así que toda discusión sobre la competencia queda descartada.

Los hechos.—La litis se desarrolla al rededor de esta afirmación: El Ministro de la Economía, autorizado por el Decreto 1157 de 1940, contrató con el señor Enrique Pinzón.

Mediante ese contrato, que corre publicado en el número 25.376 del Diario Oficial, Pinzón se obligó a trasladarse a la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, a ingresar como alumno de la Universidad de La Plata, Facultad de Agronomía, con el fin de perfeccionar estudios sobre el cultivo del trigo, durante un año lectivo (cláusula 1ª); a trasladarse luego a Chile y Brasil, para estudiar prácticamente en esos países el cultivo del trigo (cláusula 2ª); a darle cuenta al Ministerio sobre la matrícula en la Universidad, la asistencia a clases, los exámenes y trabajos prácticos que Pinzón realizara (cláusula 3ª); y a prestar al Gobierno de Colombia, con la retribución ordinaria, servicios en el ramo de la especialidad, por un término no menor de un año (cláusula 4ª). Ese es el extracto del hecho primero de la demanda.

En el segundo se habla de las obligaciones de la Nación, a saber: Pagarle a Pinzón ciento ochenta pesos mensuales "por todo el tiempo de la duración del contrato" y los viáticos de ida y regreso estipulados en setecientos cincuenta pesos por cada uno de esos viajes. En este hecho segundo dice Pinzón que el Gobierno se comprometió a emplearlo al regreso en la Federación Nacional de Trigueros.

En el hecho 4º relata Pinzón su arribo a Buenos Aires a fines de septiembre de 1943, y que el día 30 del mismo mes "se matriculó como alumno oyente en la Facultad de Agronomía de la Universidad de La Plata, en las materias concernientes a la especialización sobre el cultivo del trigo, o sea, en las asignaturas de Genética, Fitotecnia y Agricultura (1ª parte), Cereales, remitiendo al Ministerio de la Economía Nacional de Colombia el certificado correspondiente a dicha matrícula".

Que el 15 de octubre de 1943 obtuvo permiso para efectuar prácticas de investigación de carácter técnico en los laboratorios de la Comisión General de Granos y Elevadores en Buenos Aires, dice el hecho quinto.

El siguiente destaca el hecho de que por la clausura anticipada de los cursos normales de la Facultad de Agronomía de La Plata tuvo que asistir y practicar en los laboratorios de la Comisión de Granos y Elevadores, organismo técnico relacionado con el cultivo y producción del trigo.

El hecho séptimo afirma que Pinzón dio cumplimiento estricto y cabal a las obligaciones de su cargo y sindica al Gobierno de incumplimiento en las atañederas a la Nación.

Viene luego un hecho contentivo del cargo de morosidad respecto de las obligaciones de la Nación en orden a la situación de fondos en la Embajada de Buenos Aires, morosidad que se convirtió en cesación de pagos según afirma el hecho noveno.

En el décimo afirma el señor Pinzón que le hizo varios requerimientos al Gobierno para que cumpliera con sus obligaciones.

Los hechos 11, 12, 13 y 14 describen el estado de penuria que según Pinzón lo imposibilitó para continuar estudios, obligándolo a tomar dineros

a interés, causándole todo ello quebrantos morales y afectivos.

El hecho quince afirma que Pinzón renunció el cargo que desempeñaba en la Federación Nacional de Trigueros con la remuneración de doscientos pesos mensuales correspondientes, y que, a su regreso, ha sufrido el desempleo.

En su contestación el señor Procurador les hace reparos de fondo a los hechos y desconoce los fundamentos de derecho. Pero hace la siguiente exposición:

"Por documento privado suscrito en Bogotá el 21 de junio de 1943, y adicionado con fecha 25 del mismo mes, se celebró un contrato por el Ministro de la Economía Nacional, doctor Santiago Rivas, a nombre de la Nación, con el señor Enrique Pinzón para que éste se trasladara a la República Argentina, ingresara como alumno en la Universidad de La Plata para perfeccionar estudios sobre cultivos de trigo durante un año lectivo y para que cumplido ello se trasladara a Brasil y a Chile para estudiar prácticamente el cultivo de ese producto. Se estipuló que la duración del contrato sería de doce meses a partir del 1º de julio de 1943, y el Gobierno se obligó a reconocer al contratista la suma de $ 180.00 por cada mensualidad vencida, suma que sería oportunamente situada en la Embajada de Colombia en Buenos Aires, por conducto del Consulado en New York. Además el Gobierno se obligó a reconocer al contratista la suma de $ 740.00 como viáticos de ida y una cantidad igual como viáticos de regreso a la expiración del término de estudios".

Las razones y consideraciones expuestas por la Procuraduría en la contestación, las da por reproducidas en el alegato de conclusión. El de la parte actora es una reafirmación de los puntos de vista que en la demanda expresó. Puede decirse, pues, que la actitud que inicialmente asumieron las partes se ha mantenido hasta este momento, si bien es cierto que el señor Procurador piensa, y así lo dice en el último memorial, que en caso de no pronunciarse la solución de la entidad demandada, el monto de perjuicios que el demandante propone, merece una modificación.

Análisis del contrato. — La celebración del contrato entre el Ministerio de la Economía y el señor Pinzón sobre bases libremente acordadas, no es cuestión que aquí se discuta.

En el documento que encabeza el proceso aparece que el Ministerio de la Economía le propició un viaje al exterior al señor Pinzón, a pretexto de que observara los procedimientos para cultivar trigo en los países meridionales.

Para mejor salvar las apariencias tuvo el cuidado de estipular la caducidad prevista en el artículo 254 de la Ley 167 de 1941; la subordinación de los pagos a las apropiaciones presupuestales, y la intervención de la Contraloría en orden a la reserva de fondos.

El contrato pasó, además, por la solemnidad de la publicación de que habla la cláusula novena, obtuvo el dictamen favorable del Consejo de Ministros y la aprobación del Presidente de la República.

Que la Nación colombiana no cumplió con las obligaciones a su cargo y que es contractualmente responsable de perjuicios que el actor asegura que ha sufrido, es punto cardinal de la resolución judicial propuesta en la demanda.

Las obligaciones de las partes. — El Gobierno aparece comprometido: a) A suministrarle a Pinzón una renta o pensión para que pueda dedicarse a ampliar en el exterior sus conocimientos sobre una rama especial de agronomía, es decir, a sostenerle una beca. Pero como a su regreso al país Pinzón debía servir en el ramo de su especialidad, la beca deja de ser una prebenda, y engendra una obligación en el agraciado. b) En la cláusula 1ª que es una "adición" al contrato de 21 de junio "sobre estudios de Enrique Pinzón en la Facultad de Agronomía de La Plata", se lee: "el Gobierno reconocerá al contratista la suma de setecientos cincuenta pesos ($ 750.00) moneda corriente, como viáticos de regreso a Colombia a la expiración del término de los estudios".

Las obligaciones que el señor Pinzón debía cumplir están mencionadas en las cláusulas Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Séptima y Octava del mencionado documento, y se vieron resumidas en el hecho primero de la demanda.

La relación de hechos contenida en el libelo es de suyo una afirmación de que el demandante cumplió con todas y cada una de las obligaciones que sobre él pesaban, y una acusación contra el Estado por incumplimiento de las que a tal entidad le correspondían.

A su turno la exposición detenida que el señor Procurador hace en la contestación tiende a desconocer las causas que a Pinzón le asistan para entablar la demanda: "El Ministerio, en todo tiempo puso de manifiesto su acatamiento a las estipulaciones contractuales como lo comprueba el hecho de los pagos de viáticos y pensiones al señor

zón". Tal es el resumen de lo que ha sostenido en el pleito el representante de la Nación y que lo llevó a pedir que se absuelva a la Nación y que se condene al actor en costas.

Se impone ahora examinar con el detenimiento debido, si el actor tiene establecido en el proceso el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, ya que acusa al Gobierno de incumplido, y puesto que es de táctica legal en contratos en qué se estipulan recíprocas obligaciones, el no calificar de incumplido al contratante demandado, mientras el demandante no tenga establecido de su parte que ha cumplido o está dispuesto a cumplir con las obligaciones que el contrato hace pesar sobre él (art. 1609 del C. C.).

Ya se dijo que el ingreso a la Facultad de Agronomía de La Plata y el posterior traslado al Brasil y a Chile por vía de observación y de práctica, eran las obligaciones principales del señor Pinzón. La de enviarle al Ministerio comprobantes sobre matrícula, asistencia, exámenes presentados y trabajos realizados eran obligaciones complementarias de aquellas.

El traslado a la Argentina. — Doce meses, según la cláusula quinta, fueron señalados como duración del contrato. Como fecha inicial de éste, fue allí fijada la del 1º de julio de 1943. A ella debía estar Pinzón para emprender el viaje a la Argentina, y a ella se atuvo, en realidad, al formular el reclamo de sus pensiones mensuales. El Gobierno, de su lado, hizo giros para que al señor Pinzón se le cubrieran las pensiones correspondientes a los meses de **julio y agosto de 1943.** (Los comprobantes adjuntos a la contestación de la demanda, corren a los folios 19 y 20 del cuaderno 1º 1).

En la carta que con fecha 5 de enero le dirige el señor Pinzón al Ministro de la Economía —traída en copia por el señor Procurador y que se ha agregado con conocimientos de aquél dice el señor Pinzón:

"En relación a la demora imprevista en mi viaje (dos y medio meses) que por las dificultades de los transportes tuve, y que de acuerdo con una información de mi padre a su Señoría estaba exigido, debo informarle que ésta fue ocasionada especialmente por la falta de cupo en el ferrocarril trasandino, obligándome a una demora de un mes y cinco días en la ciudad de Santiago de Chile. Con el objeto de aclarar suficientemente el caso, hoy mismo solicité por carta aérea a la Embajada de Colombia en Santiago un informe para el Ministro de la Economía, ya que a mi llegada me presenté para informarles el caso imprevisto.

A los autos no se ha traído comprobante ninguno justificativo de la demora del señor Pinzón en el arribo a la Argentina. En cambio, y aparte de la carta que acaba de citarse, hay otro documento demostrativo de que Pinzón visitaba otros lugares y se ocupaba en otras actividades distintas de las estipuladas en el contrato.

Ese documento procede del Embajador de Colombia en Lima, tiene fecha 17 de agosto de 1943, y dice así:

"Señor Ministro de la Economía Nacional.—Bogotá.—Atentamente me permito informar a usted que hace algunos días se presentó a esta Embajada el señor Enrique Pinzón, manifestando que había llegado de tránsito para Chile, la Argentina y el Brasil, a donde viajaba en comisión de ese Ministerio, a realizar estudios técnicos en su calidad de Ingeniero Agrónomo. Nos solicitó algún servicio que no pudimos prestarle, pues se trataba de obtener el cambio de algunos cheques adquiridos en Colombia con pretermisión de las normas de la Junta de Control de Cambios. Poco después volvió a presentarse acompañado de dos artistas cantores profesionales, diciéndose empresario de ellos y pidiendo recomendaciones para Chile, en donde pensaba dar una temporada y hacer una presentación por su cuenta, del Folklore Colombiano. He querido dar a usted ésta información para los fines a que hubiere lugar. Soy de usted muy atento y seguro servidor, (fdo) **Gonzalo Restrepo,** Embajador de Colombia".

De modo que el señor Pinzón no anduvo en cumplimiento del contrato en el Perú y en Chile en el tiempo que medió entre el 1º de julio y el 30 de septiembre de 1943, fecha ésta en que dice que acudió a la Facultad de Agronomía a matricularse.

El traslado a la Argentina no lo hizo el señor Pinzón con ajustamiento a las normas contractuales. De modo que desde un principio se mostró renuente u omiso en el cumplimiento de sus obligaciones.

Los estudios en la Facultad de Agronomía de La Plata. — De conformidad con la cláusula primera del contrato, Pinzón estaba obligado a "trasladarse a la República Argentina y a ingresar como alumno en la Facultad de Agronomía de La Plata, **con el fin de perfeccionar estudios sobre cultivos del trigo durante un año lectivo".** (El subrayado es de la Corte).

Al viaje del señor Pinzón le señaló el contrato, por tanto, un objetivo preciso. Pero también le señaló los medios para realizar ese objetivo. No enviaba el Gobierno al señor Pinzón a que visitara la Universidad de La Plata, sino a que hiciera en ese establecimiento estudios de Agronomía.

Materia discutida ha sido aquí ésta: si con la inscripción como oyente satisfizo el señor Pinzón la obligación de matricularse en la Facultad de Agronomía de La Plata, y adquirió el carácter de alumno, prevista en la primera de las cláusulas del contrato.

A petición del señor Procurador se trajeron las siguientes informaciones procedentes del Decanato de la Facultad de Agronomía:

"Solo existe la categoría de alumno regular. El 'oyente' no es considerado como alumno.

"El oyente que, no tiene el carácter de alumno, está sujeto a las disposiciones del Estatuto de la Universidad, que transcribe: 'artículo 58: Toda persona que lo solicite será inscrita como oyente de cualquier curso de cualquier instituto, facultad o escuela de enseñanza superior, sin más requisito que el de justificar el pago de los derechos respectivos. Todo oyente podrá presentarse a examen mediante comprobación de haber asistido a los dos tercios de las clases dadas en el período de la inscripción. Los oyentes que hubieren asistido a clases o aprobado trabajos prácticos o exámenes no tendrán opción a grado universitario, ni podrán invocar esos antecedentes para obtener un derecho distinto a su calidad de oyente. Los institutos, facultades y escuelas de enseñanza superior expedirán el certificado de examen y de calificaciones al oyente que lo solicite".

También por petición del señor Procurador se solicitaron al Ministerio de la Economía y se agregaron como pruebas, unas cartas cruzadas entre el señor Pinzón y el señor Ministro de la Economía, relacionadas precisamente con la inscripción del señor Pinzón, y en las cuales se advierte la discrepancia de las dos partes contratantes sobre la apreciación de ese hecho.

Patentízase así la necesidad de fijar el alcance de las cláusulas primera y tercera.

El documnto que encabeza la actuación no es lo suficientemente claro y tanto se presta a la interpretación del demandante como a la que le da la contraparte.

Para interpretarlo como quiere el actor hay estas razones:

a) El contrato habla tan solo de un año, a tiempo que el estudio completo de la Agronomía se hace en cuatro años en la Facultad de La Plata, de acuerdo con el certificado del Decano visible al folio 53 del cuaderno Nº 2. En Colombia se hace en un tiempo mayor.

b) El primer curso o año inicial de la Facultad de Agronomía de La Plata, según certificado del nombrado Decano —que como prueba se ha agregado por petición del señor Procurador— lo constituyen materias que, si fundamentales para la formación del Agrónomo, de ninguna puede decirse que trate específicamente, es decir, particular o determinadamente de investigaciones sobre el cultivo del trigo. (Tampoco en la Facultad de Agronomía de Colombia figuran esas especializaciones en el pénsum de primer año, como puede verificarse con la lectura del plan de estudio de esa Facultad, incluído en el Boletín informativo de la Universidad Nacional, expedido para 1944).

c) En 1943 funcionaba ya en Colombia la Facultad de Agronomía como dependencia de la Universidad Nacional. Se lanzó entonces el prospecto para 1944, como ya se anotó. Si no se hubiera propuesto el Gobierno de Colombia buscar especialización técnica de Pinzón en cultivos de trigo no sería explicable que la beca se la hubiera creado en el extranjero en vez de atribuírsela en la patria Universidad.

d) La interpretación de la estipulación en el sentido de que Pinzón debería matricularse en el primer año de la Facultad, pero en clases que versaran únicamente sobre el cultivo del trigo, daría margen para que se tachara tal cláusula como de imposible ejecución. Porque la admisión de una persona en una Facultad Universitaria en calidad de alumno regular, no depende del aspirante o de quien le costee la educación. Cada establecimiento tiene su reglamento que, como tal, Ley, que obliga a quienes pretenden ser sus afiliados o que aspiren a disfrutar del beneficio de la educación y de la acogida escolar.

Esto que puede asegurarse de los planteles privados, intervenidos o no por el Gobierno, puede con mayor razón asegurarse de aquellos establecimientos que tienen carácter oficial. En éstos la observancia de los reglamentos expedidos o refrendados por el Estado, es condición esencial para la admisión a examen y para la obtención de certificados y diplomas de idoneidad.

e) Si en contratos como el que se estudia,

intención se determina por el interés general o servicio público, cabría decir que la adquisición por Pinzón de conocimientos especiales en el ramo de trigo para transmitirlos luégo en Colombia, consulta mejor el interés general, y es más eficaz para el servicio público que el ingreso del mismo como alumno regular y solamente por un año, en clases o asignaturas de iniciación y nociones generales, que, por lo demás, ya estaban establecidas en Colombia.

Tenidas en cuenta las consideraciones anteriores, hay lugar a pensar que en la mente de los contratantes no primó la idea de que Pinzón se matricularà como alumno regular o a cursar materias del primer año lectivo. Y saldría verdadero el apoderado del actor cuando dice: "en el ánimo de las dos partes contratantes estaba la intención de que el contratista iba a perfeccionar su práctica agrícola sobre cultivos del trigo y no a iniciar estudios universitarios sobre Agronomía. Y entonces, ¿por qué exigir la matrícula regular en el primer año de Agronomía?"

Y desde esos puntos de vista la inscripción como oyente (asistente se llama en Colombia a quien escucha enseñanzas que se dan en las Universidades sin estar matriculado como alumno de carrera), no vinculaba a Pinzón como alumno regular de la Facultad de Agronomía de La Plata, pero sí le facilitaba el modo de informarse escolarmente en las **materias propias del contrato** que suscribió con el Ministerio, es decir, en las atinederas al cultivo del trigo, exigencia ésta que se subraya por haberla consignado expresamente el Ministro del ramo en una de las cartas que le envió al contratista.

Puede argüirse en contra de tales razones que no solamente cuando los contratantes acordaron con fecha 21 de junio de 1943 las bases generales del contrato, sino cuando lo adicionaron con fecha 5 de junio del mismo año, hicieron constar en el documento la obligación de que Enrique Pinzón cursara estudios en la Facultad de Agronomía de La Plata; y que a esa intención aparece aferrado el nuevo Ministro. como lo deja entender la correspondencia que con el contratista sostuvo y que puede consultarse del folio 39 al 43 del cuaderno Nº 2, y en la que se puso a la vista del señor Magistrado sustanciador cuando verificó la inspección en las dependencias del Ministerio de Economía.

Es de observar, sin embargo, que al contestarle el Ministro a Pinzón la carta del 5 de enero de 1944, hace hincapié en la cláusula primera del contrato que habla del traslado de Pinzón a la Argentina a **perfeccionar estudios sobre el cultivo del trigo.** Y que al contestarle la de 9 de febrero en la que dice Pinzón que ':puedo ingresar como alumno regular a un año lectivo; pero debo aclarar a S. S. que con ésto no cumpliría el fin que busco, 'especialización en el cultivo del trigo', toda vez que debo tomar solamente las asignaturas que al año corresponden", el Ministro recalca sobre la necesidad de que Pinzón se matricule "en **las materias propias del contrato que suscribió con el Ministerio"**, es decir, en las relacionadas con el cultivo del trigo.

Para la Sala falladora resulta, por tanto, de mayor fuerza las razones aducidas en pro de la especialización. Por eso admite que el señor Pinzón no cumplió el contrato inscribiéndose como oyente.

Véase ahora si está probado que el señor Pinzón realizara los estudios de especialización.

Al folio 8 del cuaderno principal corre en copia un certificado que a la letra dice:

"Embajada de Colombia — Buenos Aires. — El Decano de la Facultad de Agronomía de la Universidad Nacional de La Plata, que suscribe, Certifica: Que Enrique Pinzón, que exhibe pasaporte oficial Nº 10843, está inscrito como Oyente en las asignaturas "Genética y Fitotecnia" y "Agricultura (primera parte) cereales", que se dictan en esta Facultad, desde el día 30 de septiembre de 1943. A pedido del interesado y para presentarlo en el Ministerio de la Economía de la República de Colombia, se le expide el presente, duplicado del Nº 321/XII, expedido el 20, X, 1943, a cinco días del mes de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro. Fdo. Ingº Juan C. Lindquist. — Decano. — Firma ilegible. Secretario. Hay un sello: Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Agronomía. Es fiel copia. — Embajada de Colombia. — Eduardo Carrizosa, Encargado de Negocios".

El señor Magistrado sustanciador, en una diligencia de inspección ocular practicada dentro del término de prueba del proceso, tuvo a la vista el documento que se acaba de transcribir, por haberlo hallado en el primer expediente perteneciente al Archivo del Departamento de Negocios Generales del Ministerio de la Economía Nacional. Ese expediente contiene varios contratos sobre becas para estudios en el exterior, entre los cuales, anota el señor Magistrado Inspector, está

el celebrado por el demandante Pinzón con la Nación.

El señor Procurador, aportó al proceso el certificado que puede verse al folio 52 del cuaderno Nº 2, expedido por el Decano de la Facultad de Agronomía de La Plata relativo a los siguientes hechos:

Que el señor Pinzón se inscribió como oyente el 30 de septiembre de 1943; que en la Facultad de Agronomía de La Plata no hay constancia de que el señor Pinzón asistiera a clases; que no presentó exámenes; que en marzo de 1944 se le permitió que se le inscribiera como oyente en las asignaturas de Genética, Fitotecnia y Agricultura (primera parte) cereales; que no concurrió a notificarse de la Resolución en que se le hizo tal concesión, y que el 13 de abril de 1944 fue citado a ese efecto por Expreso del Correo de la Nación, habiéndose devuelto la citación "por ser desconocido en el domicilio que constituyera".

De modo que a la alegación del señor Pinzón de que estuvo en la imposibilidad de asistir a las aulas en el año de mil novecientos cuarenta y tres, y a su pretensión de demostrarlo con el certificado del Encargado de negocios de Colombia en Buenos Aires sobre la ocurrencia de un conato de huelga estudiantil que motivó la clausura de la Facultad de Agronomía de La Plata en diciembre de 1943 (fol. 4 Cuad. Nº 1), cabe responder que el Ministerio le brindó al contratista nueva oportunidad para ingresar a la Facultad de Agronomía, precísamente en la fecha de reanudación de los estudios. La sugerencia del Gobierno no valió para que Pinzón asistiera a la Universidad siquiera como oyente.

No está demostrado, por tanto, que Pinzón hubiera cumplido con la obligación de asistencia a la Universidad a hacer allí estudios en las especialidades de cultivo de trigo.

La práctica en materias propias del contrato. Al folio 7 del cuaderno principal, obra en copia el siguiente documento:

"Embajada de Colombia. Buenos Aires. E. Carrizosa, Encargado de Negocios de Colombia, — Certifica: — Que la Comisión de Granos y Elevadores, donde verifica sus prácticas de carácter técnico el señor Enrique Pinzón, es la entidad oficial encargada de todo lo relacionado al cultivo y comercio del trigo en este país. — Además, el señor Pinzón, con señalada consagración ha dedicado todo su tiempo a las labores de acuerdo con la Comisión del Ministerio de la Economía Nacional, presentándose con regularidad a esta Embajada para informarnos de sus actividades. Buenos Aires, enero de 1944". La firma del certificado está autenticada por el Ministerio como perteneciente al Encargado de Negocios de Colombia en Buenos Aires.

A los folios 9 y 10 del mismo cuaderno aparecen en copia, y como expedidos por el Secretario General de la Comisión Nacional de Granos y Elevadores, sendos certificados sobre el hecho de que en los laboratorios de calidad industrial y comercial de tal Comisión, estuvo efectuando prácticas e investigaciones de carácter técnico el señor Pinzón. Estas certificaciones también pasaron por la vista del señor Magistrado y están reproducidas en el acta respectiva.

La Sala hace presente: el certificado del Encargado de Negocios en lo que se relaciona con el hecho de la presentación de Pinzón a la Embajada a informar sobre sus actividades, es un documento auténtico por cuanto a que el hecho certificado pasó por ante el funcionario certificante cuando él ejercía en Buenos Aires la representación de Colombia. No sucede lo propio respecto al hecho de que Pinzón verificara en los laboratorios de la Comisión de Granos y Elevadores sus prácticas de carácter técnico, porque ese no es un hecho que hubiera pasado ante el Encargado de la Embajada. El testimonio sobre esos hechos sería un testimonio común que el señor Carrizosa tendría que rendir de acuerdo con los reglamentos que el Código Judicial establece para la prueba testimonial. Y no hay constancia en el proceso de que tal hecho haya acaecido.

Por tanto, la certificación en lo que concierne a este último hecho no puede merecer la estimación legal establecida en el artículo 632 del C. Judicial. Lo mismo puede decirse de la afirmación que hace el encargado de la Embajada de que la Comisión General de Granos y Elevadores es la entidad oficial encargada de todo lo relacionado con el cultivo y el comercio del trigo en la República Argentina.

Mas admitiendo, como emanados de una dependencia oficial, los certificados que obran a folios 9 y 10, y aceptando que con ellos comprobara Pinzón su ánimo de investigar sobre cereales en los laboratorios, habría que preguntar: ¿está obligado el Ministerio a aceptar que Pinzón cumplió allí con la obligación que contrajo de estudiar prácticamente los sistemas de cultivo del trigo en países distintos como Brasil y Chile? ¿

tarán suplidos con la certificación del Secretario del laboratorio de Buenos Aires los comprobantes sobre exámenes o trabajos prácticos que Pinzón estaba obligado a realizar?

Al señor Procurador le asiste razón cuando alega al respecto:

"Y no se diga que el requisito de enviar los comprobantes de asistencia a clases, exámenes o trabajos prácticos consagrado en la cláusula tercera del contrato quedó cumplido por parte del señor Pinzón, con los certificados que obran en autos según los cuales estuvo efectuando 'prácticas e investigaciones de carácter técnico en los Laboratorios de Calidad Industrial y Comercial' desde el 15 de octubre de 1943, pues es lo cierto que, de acuerdo con el contrato, el señor Pinzón debía perfeccionar en Buenos Aires sus estudios (con los exámentes y prácticas que estos estudios demandaran) mientras que solo en el Brasil y Chile debía estudiar 'prácticamente los sistemas de cultivos del trigo en esos países' (cláusula segunda del convenio). Lo esencial en Buenos Aires era, por consiguiente, el estudio universitario".

Así como es posible que por una convención entre las partes interesadas se le pueda quitar todo efecto a las obligaciones por ellas estipuladas en convención anterior, de la misma manera es posible que una obligación pueda ser sustituída en todo o en parte por otra, merced a ese mismo acuerdo o concierto de las voluntades. Lo que no es posible es que una sola de las partes pueda a su arbitrio sustituír la obligación que ha contraído, sin la anuencia o el consentimiento del contratante, ni que por esa sola voluntad unilateral el contrato sufra modificaciones esenciales. En los contratos las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades. Por eso todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Los perjuicios. — Surge aquí, en contra de la Nación, un reparo: el Ministerio convino, como se apuntó antes, en que Pinzón pudiera satisfacer su obligación de asistencia a la Facultad de Agronomía desde el 1º de marzo de 1944. Autorizado para hacerlo desde tal fecha, el contratista habría podido iniciar faenas escolares en fecha bastante posterior a la estipulada en el contrato.

Esa circunstancia tiene, indudablemente, repercusiones favorables para el señor Pinzón. Porque, merced a ella, consolidó su derecho a que el Gobierno le pagara sus mensualidades siquiera hasta la nueva fecha señalada para la iniciación de faenas escolares. La prórroga obligaba al Gobierno a proporcionarle a Pinzón los recursos necesarios para tal finalidad, o sea la de pagarle la suma mensual de ciento ochenta pesos de acuerdo con lo estipulado en el contrato.

Al folio 3 del cuaderno principal corre el certificado expedido por la Contraloría General de la República en el cual se hace la relación de giros y se dice que al Cónsul General de Colombia en Nueva York apenas se le autorizó para pagar a Enrique Pinzón la cantidad de setecientos cincuenta pesos valor de los viáticos de ida, y la cantidad de trescientos sesenta pesos "valor de la asignación en los meses de julio y agosto de 1943".

Es, pues, incuestionable, que el Gobierno está obligado a pagarle a Pinzón las mensualidades comprendidas entre el 1º de septiembre de 1943 y el último de febrero de 1944, o sean seis meses, a razón de ciento ochenta pesos por cada mes.

En el reconocimiento de este hecho ¿podrá apoyarse la demanda de perjuicios, en la forma y cuantía en que la ha planteado el señor Pinzón? ¿Están plenamente demostrados los perjuicios?

Para resolver la primera de estas cuestiones hay que ver que parte considerable de este fallo está dedicado a la interpretación de la cláusula primera del contrato, porque ella es, de suyo, ambigua y ocasionada a encontrados entendimientos. Por lo mismo, la actitud del Ministro que objetó y discutió los pagos, tiene su justificación en la misma redacción del contrato.

Y es que por más que se quiera, no puede pasarse inadvertida la discrepancia de criterios entre el Ministro que firmó el contrato y el que posteriormente tuvo que intervenir en la ejecución del mismo, en el portafolio de la Economía. En aquél, se transparenta el ánimo de favorecer el empeño que el señor Pinzón tenía de viajar al exterior. La misión que éste debía desempeñar no fue claramente prevista, ni suficientemente consultada por el Ministro señor Santiago Rivas Camacho. El nuevo Ministro, señor Moisés Prieto tropezó con tales dificultades y se mostró preocupado por hacer cumplir los compromisos que el señor Pinzón contrajo para con la Nación según el documento, y porque no se invirtieran los fondos del Erario en pagos, que en su concepto, no se ajustaban literalmente a lo allí estipulado.

Tan ausente estuvo del ánimo del señor Ministro Prieto el causarle perjuicio al contratista se-

ñor Pinzón, que oficiosamente le remitió el ejemplar del contrato, ejemplar que Pinzón necesitaba indefectiblemente para el efecto de sus cuentas de cobro a la Nación. Y visto está ya que convino en que pudiera iniciar las faenas escolares en fecha bastante posterior a la señalada en el contrato.

La salida del señor Pinzón de modo intempestivo antes de que el contrato fuera perfeccionado —como advierte el oficio de 17 de febrero de 1945 (fol. 42 Cuad. Nº 2)—; el arribo tardío a La Plata y las andanzas por otros países en actividades extrañas al contrato, determinaban una conducta cautelosa del Ministerio, y la salva de la tacha de intencionadamente dañina.

Ni debe pasarse por alto que el pago por mensualidades que la Nación tomó a su cargo, necesariamente tenía que quedar condicionado a operaciones en el contrato previstas; presentación de la cuenta de cobro; su reconocimiento por el Ministerio de la Economía; el libramiento de los giros al Cónsul General de la República en Nueva York, y la remisión de las sumas al Embajador de Colombia en Buenos Aires.

Y no podía ser de otra manera, porque la cláusula Sexta del documento contentivo del contrato es terminante:

"Por todo el tiempo de duración de este contrato —dice— el Gobierno reconocerá al contratista la cantidad de ciento ochenta pesos moneda colombiana ($ 180.00) o su equivalente en moneda de los Estados Unidos de América, por cada mensualidad vencida y siendo de cargo del Gobierno el impuesto que por razón del Decreto número 2078 de 1940 ocasionen estos giros al exterior. Estas sumas se situarán oportunamente en la Embajada en Buenos Aires, por conducto del Consulado General en Nueva York y se pagarán previa presentación de la respectiva cuenta de cobro".

Ni es posible olvidar que el reconocimiento de viáticos o auxilio para gastos de transporte, tenía que subordinarse a la aprobación del contrato por el Presidente de la República. Si la aprobación del gobierno no es mera fórmula, sino **conditio sine qua non** para la validez de esta clase de contratos, hay que declarar que para que Pinzón pudiera emprender viaje por cuenta del Gobierno, se necesitaba que el contrato estuviera aprobado. Y como aquella formalidad no se consumó sino el 19 de agosto, en esa fecha se inicia la época en que Pinzón podía hacer cobros por concepto de viáticos. A la Pagaduría de la República no le era dable entregar suma de los fondos de su manejo para un gasto que hasta entonces no tenía la calidad de contabilizable.

En cuanto al regreso no podía estar al arbitrio del contratista. Y si éste no lo efectuó en la oportunidad señalada en el contrato, o en otra acordada con su contratante, no puede apoyar en ese hecho reclamo alguno contra la Nación.

Por lo demás no hay demostración plena de que el señor Pinzón hubiera sufrido los perjuicios morales y materiales que pretende que le sean reparados por la Nación.

Como pruebas adujo un testimonio, documentos escritos, y un dictamen pericial.

El testimonio único lo rinde el padre político y a la vez acreedor del actor. Auncuando no ha sido tachado, esas circunstancias hacen vacilar el ánimo respecto de la imparcialidad. Y si a ello se agrega que el suministro que el señor Antonio Aguirre dice haberle hecho al señor Pinzón se verificó cuando éste se hallaba aún en gira extraña al contrato, hay que convenir en que ese testimonio no puede producir el pleno convencimiento de que el señor Pinzón se hubiera visto por causa del Gobierno en situación aflictiva que impusiera una reparación de orden moral ni que su patrimonio hubiera sufrido perjuicios cuando tuvo que ocurrir a la caja de su padre político para proveerse de recursos.

Las copias de las comunicaciones del señor Pinzón, enderezadas a reclamar los pagos (folios 1 y 19 del cuaderno Nº 2), quedaron examinadas ya. Como el señor Pinzón estaba convicto de incumplimiento de sus obligaciones, de elemental prudencia era que el Gobierno tomara precauciones para no invertir dineros del arreglo en algo que no tuviera la debida justificación.

Puede aceptarse que el señor Pinzón fue empleado de la Federación Nacional de Triguero. Pero también hay que aceptar que de su libre espontánea voluntad cambió esa posición por la que ha quedado descrita al través de los autos. Antes de que el contrato se perfeccionara, emprendió marcha, y no precisamente a dedicarse a estudios como repetidamente se ha dicho. Ni es menos cierto que sin haber cumplido con su obligación de obtener la información sobre el cultivo de trigo en el contrato acordado, emprendió regreso.

La mejor preparación que con los estudios e investigaciones hubiera conseguido el señor Pinzón lo habría capacitado para que el Gobierno lo

putura como técnico o maestro, y lo empleara como tal. Le faltó el **perfeccionamiento** que el mismo señor Pinzón dice que debía conseguir, y ello exonera a la Nación de todo compromiso, y del cargo de haberle irrogado perjuicios. Los términos de la clásula 4ª no dejan la menor duda al respecto.

Queda por ver el concepto pericial rendido a base de tales elementos.

Los señores Hernando Ramírez, Alberto Carrasco y Buenaventura Guzmán rinden tal experticio, cada cual por separado. No hay uniformidad entre ellos, sino cuanto a que opinan que hay lugar a indemnización por perjuicios morales y por perjuicios materiales.

Se impone ahora preguntar: ¿Qué fundamento tienen los peritos para decir que por culpa del Estado el señor Pinzón no hubiera hecho estudios técnicos completos? ¿No fué, acaso el señor Pinzón quien dejó de cumplir con la obligación de asistir a las aulas y con la de informarse en Brasil y Chile sobre el tecnicismo y productividad de los cultivos de trigo?

¿Qué fundamento tiene para estimar perjuicios por retardo en el pago de viáticos, cuando está demostrado que en la ida, lo mismo que en el regreso, el señor Pinzón obró por su cuenta y sin darle al Gobierno noticias de sus viajes?

¿Ni qué fundamentos tienen para computarles sueldos pagaderos al regreso, si a ello no se comprometió el Gobierno, sino que apenas admitió la posibilidad de emplearlo en pos del estudio y de la práctica acordados en las dos primeras cláusulas del contrato?

Véase que le asiste razón al señor Procurador cuando dice: "los dictámenes mencionados no reúnen las condiciones del artículo 721 del C. J., ya que por una parte no son uniformes y, por otra, no están suficientemente explicados y fundamentados".

Queda solamente en pié la obligación que sobre el Estado pesa de pagarle al contratista las mensualidades comprendidas entre el primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, y el último de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro. Como pensiones periódicas están ellas sujetas a los reglamentos contenidos en el artículo 1617 del C. Civil. Habrá lugar al pago de intereses si declarada la obligación correspondiente, el Estado se mantiene en mora.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º—No procede la declaración solicitada en la súplica Primera de la demanda, porque el señor Pinzón no ha demostrado que por su parte hubiera cumplido con todas las obligaciones que contrajo a virtud del contrato por él celebrado con el Ministerio de la Economía Nacional el veintiuno de junio de mil novecientos cuarenta y tres.

2º—La Nación está obligada a pagarle al señor Enrique Pinzón, tres días después de la ejecutoria de esta providencia, la suma de mil ochenta pesos ($ 1.080.00) moneda colombiana, o sea el valor de las mensualidades anotadas en la parte motiva de este fallo.

3º—Absuélvese a la entidad demandada de los demás cargos de la demanda.

Avísese al señor Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá lo resuelto en este fallo, para los efectos del embargo comunicado a esta Superioridad en el oficio visible al folio 60 del cuaderno número 1.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Ramón Miranda. — Antonio Saucedo Carrasquilla. Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE PERJUICIOS POR UN ACCIDENTE DE AVIACION

De conformidad con los principios de derecho que gobiernan la responsabilidad civil por hechos propios o de sus dependientes que causen daño a otro, además de la culpa y del perjuicio, se requiere la existencia del vínculo de causalidad entre tales extremos, es decir, que el daño sea una consecuencia de la culpa. Se requiere, pues, un hecho básico culposo, de donde dimane como el efecto de la causa el resultado que ha producido el daño. Según las normas de derecho probatorio corresponde al demandante la demostración tanto de la culpa a favor de la víctima, lo cual equivale a invertir la carga de la prueba y a asignarle al demandado la obligación de demostrar una fuerza mayor, un caso fortuito o la intervención de un elemento extraño, para que pueda admitirse su no responsabilidad. Tal acontece con la presunción de culpa consagrada en el artículo 2356 del Código Civil y que se aplica a los daños ocasionados por actividades de naturaleza peligrosa. En tales casos se invierte la carga de la prueba; al demandante sólo le basta probar que el daño se causó por una de tales actividades para que el demandado quede bajo el dominio de la presunción de culpa y solamente puede exonerarse de la obligación de indemnizar demostrando una fuerza mayor, un caso fortuito o la intervención de un elemento extraño. Tal presunción de culpa se hace extensiva a las entidades de derecho público, Nación, Departamento y Municipio por los actos de sus agentes en perjuicio de terceros, con fundamento en lo establecido en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil. Mas de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte la presunción de culpa consagrada en el artículo 2356 del C. C. obra en favor de la víctima pasiva de un siniestro ocasionado por actividades de naturaleza peligrosa, pero no tiene lugar cuando quien demanda es precisamente la persona que ejercitó directamente la actividad peligrosa y representaba a la entidad demandada, y causó el daño.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Saucedo Carrasquilla).

A título de apelación concedida al demandante, ha venido a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia la sentencia de fecha diez y ocho de julio de mil novecientos cuarenta y seis dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario adelantado por el señor Justino Díaz García, por medio de apoderado, contra la Nación.

La parte resolutiva de la nombrada sentencia dice:

"No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones pedidas en la demanda; por tanto, se absuelve a la Nación de los cargos en ella formulados".

El doctor Carlos Julio Latorre, como apoderado del señor Justino Díaz García, formuló las peticiones de la demanda, así:

Primera.—Que la Nación es civilmente responsable de las quemaduras, fracturas, lesiones y demás lesiones (sic) orgánicas y psíquicas sufridas por el Subteniente de la Fuerza Aérea Colombiana (F. A. C.) señor Justino Díaz García a causa del accidente de aviación ocurrido al mismo, el día veintiocho (28) de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), a las once y cuarenta y cinco minutos (11 y 45) de la noche, aproximadamente, al tratar de enfocar la pista para aterrizar en el Campo Aéreo de Cartago (Valle), cuando piloteaba, en su calidad de Instructor de la Base Escuela de Aviación Militar ((Ernesto Samper", situada en Cali, y en crucero nocturno de Instrucción, el avión de Instrucción Básica B. T. 1 Nº 134, y estaba, por consiguiente, en desempeño de sus funciones al servicio de la Nación.

"**Segunda.**—Que, como consecuencia de la anterior declaración, la Nación debe pagar al señor Justino Díaz García, ex-Subteniente de la Fuerza Aérea Colombiana (F. A. C.) dentro del término de seis (6) días a partir de la ejecutoria de la re

pectiva sentencia, la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente colombiana, o la suma que pericialmente se determine en este juicio o en la ejecución de la sentencia, a título de indemnización por los perjuicios materiales o económicos ocasionados al demandante con las heridas, fracturas, luxaciones, quemaduras y demás lesiones que sufrió a causa de dicho accidente en desempeño de sus funciones.

Tercera.—Que, igualmente, la Nación debe pagar al mismo demandante señor Justino Díaz García, dentro del término de seis (6) días a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, la suma que parcialmente (sic) se determine en este juicio o en la ejecución de la sentencia, a título de indemnización por los perjuicios morales sufridos por el demandante a consecuencia del accidente mencionado".

En la sentencia recurrida se hace la siguiente síntesis de los hechos en que se funda la acción:

"El avión B. T. 15 número 134 conducido por el demandante en su calidad de instructor de la Base Escuela de Aviación Militar 'Ernesto Samper', recibió en la noche del veinticuatro (sic) de agosto de 1944 la orden de hacer un crucero nocturno de instrucción entre la ciudad de Cali y la de Cartago (Valle) llevando en el segundo crucero al cadete Antonio Restrepo. Debido a una fuerte tempestad a la altura de Buga, tres aparatos de las escuadrillas que estaban efectuando dichos cruceros, entre ellos el del actor Díaz García, se vieron forzados a regresar a Cartago por no poder continuar su viaje hasta la Base Ernesto Samper de Cali. Al tratar de enfocar la pista para aterrizar después de haber dado numerosas vueltas sobre los alrededores y teniendo en cuenta que el medidor de la gasolina marcaba apenas lo suficiente para quince minutos de vuelo, inició su planeo para entrar a aterrizar donde por medio de una simple lámpara pequeña de gasolina se le indicaba la pista, chocando en dirección a ella contra una pequeña colina, poco más menos a unos mil metros de la cabecera de la pista, y un poco cargado a la derecha, produciéndose el incendio inmediato de la gasolina que había en el tanque izquierdo y perdiendo el tren de aterrizaje. La máquina, a consecuencia del choque, recobró altura y en seguida se precipitó a tierra sin control de ninguna especie por la pérdida de la velocidad a consecuencia del choque. Recorrió aproximadamente trescientos metros sobre el potrero aledaño y quedó envuelta en llamas, sin tren de aterrizaje y con deterioros en los planos y fuselaje debido a los golpes en el recorrido de los trescientos metros. Como causas del accidente señala el actor:

"1º—No haberse empleado por parte de la Nación las precauciones mínimas necesarias para prevenir accidentes como éste, ordenando el último crucero en condiciones completamente impropias para vuelos nocturnos, esto es, sin un ciento por ciento de seguridad.

"2º—A falta de iluminación mínima necesaria para efectuar un aterrizaje de emergencia, a esas horas de la noche, en momentos en que caía una fuerte tempestad sobre el campo Aéreo de Cartago.

"3º—El campo aéreo de Cartago (Valle) donde tuvieron que aterrizar de emergencia el Mayor Fabricio Cabrera, el Teniente Francisco Bernal y el demandante Justino Díaz García, solamente estaba iluminado por una pequeña lámpara de gasolina absolutamente impropia para indicar la pista del campo, con el agravante que la noche era excepcionalmente oscura a causa del fuerte aguacero que caía en los momentos del accidente".

Admitida la demanda, se le corrió traslado al señor Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien lo contestó afirmando no constarle los hechos fundamentales y negando la responsabilidad de la Nación.

El juicio ordinario se tramitó en forma legal, en su primera instancia, y el H. Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 18 de julio de 1946, resolvió que no era del caso hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda, absolviendo a la Nación de todos los cargos y sin hacer especial condenación en costas.

En la segunda instancia del juicio se ha hecho presente el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien en su alegato de 13 de diciembre próximo pasado solicita que se confirme la sentencia apelada. Y especialmente anota: "Ante todo, la Procuraduría observa que la parte demandante no presentó prueba alguna ni hizo alegación de ninguna clase en la segunda instancia del juicio; de tal manera que la situación probatoria es actualmente la misma contemplada por el H. Tribunal y las razones en que éste apoyó su fallo no han sido refutadas ni desvirtuadas por la parte actora. Bastaría ello para solicitar que esa H. Corte, con base en las mismas razones expuestas por el fallador de primera instancia, confirmara la providencia recurrida.

Examen de los hechos.—Está acreditado en el

informativo el hecho sustancial del accidente ocurrido en Cartago el 28 de agosto de 1944, en que sufrió luxaciones y quemaduras el Subteniente Justino Díaz García. Así lo certifica el encargado del aeródromo de Cartago, quien afirma que en la noche del 28 de agosto de 1944 a las 10 y 35 minutos ocurrió un siniestro al nombrado Subteniente Justino Díaz García, perteneciente a la fuerza aérea colombiana, al tratar de aterrizar y cuando se desencadenaba una fuerte tempestad (fol. 19v. cuaderno Nº 2). Y aun cuando la Dirección General de Sanidad Militar de Cali, al expedir copia de la historia clínica del Subteniente Justino Díaz, dijo que el accidente había tenido lugar el lunes 4 de septiembre de 1944 (fol. 2 cuaderno Nº 1), no obstante durante el término de prueba, con fecha 22 de octubre de 1945, el Comando de la Base Aérea de Cali 'Ernesto Samper', expidió la siguiente certificación: "Se certifica que el Subteniente Justino Díaz García se encontraba al cuidado de la Sanidad Militar el día cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro a consecuencia del accidente sufrido el 28 de agosto anterior en el campo aéreo de Cartago, y de consiguiente, el citado día 4 de septiembre de 1944, se encontraba suspendido temporalmente de vuelos". (Folio 27 cuaderno Nº 2).

Igualmente está demostrado que en la noche de 28 de agosto de 1944 aterrizó en el aeródromo de Cartago el Mayor Fabricio Cabrera antes de que lo hiciera el Subteniente Justino Díaz García, con el certificado expedido por el encargado de dicho campo de aviación, que textualmente dice: "En la noche del 28 de agosto de 1944 siendo las 10 y quince minutos, más o menos, aterrizó en este campo un avión BT-175 piloteado por el señor Mayor Fabricio Cabrera de la Fuerza Aérea. Dicho aterrizaje lo efectuó valiéndose de los faros de su avión y sin que estuviera iluminado el campo. Inmediatamente el piloto Mayor Cabrera solicitó medios de iluminar el campo en virtud de la posibilidad de que otras máquinas de la Base Aérea de Cali vinieran a aterrizar en este campo por motivo de un fuerte chubasco o aguacero que repentinamente se les presentó en la ruta de regreso a Cali. Atendiendo a la solicitud del Mayor Cabrera procedimos a prestarle una lámpara grande de Petromax, la cual fue colocada en la cabecera de la pista con el fin de que sirviera de orientación a los pilotos que desearan hacer uso del campo, para aterrizar. Acto seguido, el mismo Mayor Cabrera encendió un faro de su avión para identificarlo, lo mismo que a otro avión que se encontraba a su lado" (Fol. 29 cuaderno 2).

Así mismo se encuentra comprobado que en accidente de Cartago el Subteniente Díaz suf quemaduras en las manos, luxación de los hue del pie derecho, pequeñas heridas y traumatis general (folios 2 y siguientes, cuaderno Nº 1, y cuaderno Nº 2). Y de conformidad con el dic men de los peritos médicos, doctores Pablo A L nás y Manuel Antonio Rueda, en la diligencia inspección ocular extrajuicio practicada el 23 mayo de 1945, Díaz está sufriendo una perturb ción funcional parcial permanente, o de duraci indefinida, en la articulación del cuello del pie d recho; como consecuencia de la pequeña herida la cara, le quedó una desfiguración facial perm nente, que podría corregirse quirúrgicamente; en el brazo derecho le quedaron manchas proc cidas por quemaduras, que afectan permanen mente el aspecto natural del tegumento (folios y 7, cuaderno Nº 2).

También existe en el informativo copia autén ca de la orden de vuelo del día lunes 28 de ago de 1944, de 6 y 30 a 11 p. m., expedida por la Ba Escuela de Aviación Militar 'Ernesto Samper' Cali, la cual contenía las instrucciones siguient

"Se tendrán en cuenta las observaciones ya nocidas para vuelo nocturno.

"Los vuelos de crucero se iniciarán a las 6 30 p. m.

"Los aterrizajes se harán con las luces de a rizaje de los aviones.

"Los aviones en crucero saldrán con diez mir tos de intervalo.

"La entrada al tránsito de los aviones en cr cero, será la normal y lo más seguramente posib

"Altura: de ida 5.000 pies sobre Cali; de reg so 7.000 pies sobre Cartago.

"Al llegar a Cartago, localizarán el campo y marán la altura de regreso sobre éste en espi por la derecha (folio, 26, cuaderno Nº 2).

Y además, obra en el expediente copia aut tica, expedida por la Sección de Aerología de Base Escuela de Aviación 'Ernesto Samper', los datos del tiempo reinante el día 28 de ago de 1944, y que fueron suministrados a la Secci de Operaciones, Dirección General de Aviación Bases Aéreas, en la forma siguiente:

Boletín aerológico en la mañana del día 28 agosto de 1944: Stratos, Stratocúmulos, altostra ybruma, 10/10, techo 1.200 metros, visibilidad kilómetros, cordillera Oeste despejada. Este

bierta, viento calma, tiempo posible bueno. Campo apropiado.

"Boletín aerológico expedido en la tarde del día 28 de agosto de 1944": Cúmulos, Stratocúmulos y altostratos, 9/10, techo 1.00 metros, visibilidad ilimitada, cordilleras semicubiertas, viento sur, velocidad 1.8 metros. Tiempo probable bueno" (folios 4 y 5, cuaderno Nº 2).

Análisis jurídico del proceso.—El apoderado del actor ha situado el proceso en el campo de la responsabilidad civil, que pretende imputar a la Nación, a fin de que sea condenada a indemnizar los perjuicios que sufrió su mandante con motivo del accidente ocurrido al avión B. T. 15 Nº 134. En su alegato presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá considera que milita en contra de la Nación una presunción de culpa; y en su demanda, que la Nación incurrió en descuido y negligencia al haber ordenado el último crucero en condiciones impropias para vuelos nocturnos, sin consultar previamente las condiciones meteorológicas y demás factores que pudieran alterar la normalidad del vuelo y sin aprovisionar el aparato de suficiente gasolina para, en momento dado, no verse forzado el aviador a descender en condiciones que le aseguraban, casi, una muerte violenta; por la falta de iluminación mínima necesaria para efectuar un aterrizaje de emergencia en momentos en que caía una fuerte tempestad sobre el campo de Aviación de Cargo; y por no haber previsto un posible aterrizaje en el campo nombrado, para dotarlo de las condiciones necesarias de visibilidad.

De conformidad con los principios de derecho que gobiernan la responsabilidad civil, por hechos propios o de sus dependientes que causen daño a otro, además de la culpa y del perjuicio, se requiere la existencia del vínculo de causalidad entre tales extremos, es decir que el daño sea una consecuencia de la culpa. Se requiere, pues, un hecho básico culposo, de donde dimane como efecto de la causa el resultado que ha producido el daño.

Según las normas de derecho probatorio, corresponde al demandante la demostración tanto de la culpa y del perjuicio como del vínculo de causalidad. Pero la jurisprudencia ha establecido determinadas presunciones de culpa a favor de la víctima, lo cual equivale a invertir la carga de la prueba y asignarle al demandado la obligación de demostrar una fuerza mayor, un caso fortuito o la intervención de un elemento extraño, para que pueda admitirse su no responsabilidad.

Tal acontece con la presunción de culpa consagrada en el artículo 2.356 del Código Civil, y que se aplica a los daños ocasionados por actividades de naturaleza peligrosa. En tales casos se invierte la carga de la prueba; al demandante sólo le basta probar que el daño se causó por una de tales actividades para que el demandado quede bajo el dominio de la presunción de culpa y solamente puede exonerarse de la obligación de indemnizar demostrando un fuerza mayor, un caso fortuito o la intervención de un elemento extraño.

Y tal presunción de culpa se hace extensiva también a las entidades de derecho público, Nación, Departamento y Municipio por los actos de sus agentes en perjuicio de terceros, con fundamento en lo establecido en los artículos 2.341 y 2.347 del Código Civil.

Pero de acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia, citada y transcrita por el fallador de primera instancia, la presunción de culpa consagrada en el artículo 2.356 del Código Civil obra en favor de la víctima pasiva de un siniestro ocasionado por actividades de naturaleza peligrosa, pero no tiene lugar cuando quien demanda es precisamente la persona que ejercitó directamente la actividad peligrosa, y representaba a la entidad demandada, y causó el daño.

"Por eso —ha dicho la Corte Suprema de Justicia— la genuina doctrina de la Corte, expresada por sus dos Salas de Casación y de Negocios Generales, es la de que la presunción de culpa, que se encuentra consagrada en el artículo 2.256 del Código Civil, opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjudicado, vierte sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a librarse de toda responsabilidad.

"Pero la presunción de culpabilidad es inadmisible en contra del dueño del vehículo y a favor del empleado o dependiente que dirigiendo el vehículo que aquél le ha encomendado se produce el daño. Entonces desaparece la consideración en que la presunción se apoya, consistente en la imposibilidad completa de conocer la víctima el

origen o causa del daño, quien por lo mismo tampoco pudo tener el poder de preverlo, debido a la posición que ocupaba cuando le sorprendió el hecho lesivo, de elemento completamente ajeno y extraño a la ejecución de este hecho".

Y agrega la Corte Suprema: "En consecuencia, el empleado o dependiente que en ejecución de las funciones de conductor, chofer, maquinista, piloto, mecánico, obrero, etc. se causa daños en los momentos en que actúa, originados en un acidente, en juicio de indemnización civil contra el empleador debe probar la culpa de éste, como requisito esencial para fundar el derecho de reparación.

"No presumiéndose, la prueba de la culpa del dueño o empleador es necesaria. Originándose las lesiones en hecho cuyo autor inmediato y visible es el empleado, éste tiene que acreditar satisfactoriamente que ese hecho es el resultado de actos u omisions del empleador, de gravedad equivalente a la culpa. Es decir, que en tales casos no sufre derogación la regla general de derecho probatorio de **Actori incumbit probatio".**

Y en la misma sentencia, al expresar el criterio diferencial entre la actividad del autor del siniestro y la de los terceros damnificados, decía la Corte Suprema: "No es lo mismo haber sido el autor inmediato y material del hecho dañoso, que víctima fatal y ajena a la producción del siniestro. De ahí que lo que en un caso se aprecie como imprudente y peligroso, en el otro caso puede ser una medida normal. Envuelve peligro en relación con una aglomeración de personas el vuelo acrobático de aviones a baja altura sobre ellas, porque las expone a sufrir las consecuencias del accidente que en tales circunstancias se produce fácilmente por defectos de la máquina o porque el piloto en un momento dado no acierta a maniobrar con la precisión necesaria. En cambio, está dentro de lo normal que un aviador militar ejecute vuelos acrobáticos aun a baja altura, y el peligro que él corre por esa causa es inherente a la profesión que ha elegido, en la cual se le capacita para ejecutar esta clase de pruebas, que se convierten así en actos ordinarios y comunes de la vida del aviador" (GACETA JUDICIAL Nº 2.017 página 740).

De conformidad, pues, con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de autos no puede aplicarse, en contra de la Nación, la presunción de culpa que consagra el artículo 2.356 del Código Civil, ya que el demandante Justino Díaz García era quien conducía el avión en el momento del accidente. Por tanto, le correspondía presentar la prueba de culpa de la entidad demandada y del vínculo de causalidad entre tal hecho culposo y el daño que afirma le fue producido.

Causas del accidente. — Como causas del accidente ocurrido al avión B. T. Nº 134, ha señalado el actor, en primer término, no haberse empleado por parte de la Nación las precauciones mínimas necesarias para prevenir accidentes, ordenando el último crucero en condiciones atmoféricas completamente impropias para vuelos nocturnos, esto es sin un ciento por ciento de seguridad, y sin aprovisionar el aparato de suficiente gasolina para que el aviador no se viera forzado a aterrizar con peligro de su vida.

Observa la Sala de la Corte que las alegaciones del actor se dirigen a establecer que la orden de vuelo fue dada en forma imprudente e irregla mentaria, pero no agregó al proceso la prueba respectiva.

Por el contrario, aparece de autos que la orde de vuelo expedida por la Dirección de la Bas Escuela de Aviación Militar 'Ernesto Samper', d Cali, para el 28 de agosto de 1944, comprendí vuelos en crucero de Cali a Cartago, de 6 y 3 a 11 p. m. Igualmente obra en el expediente c pia auténtica de los boletines expedidos por la of cina de Aerología de la Base Escuela mencionad para el mismo día 28 de agosto de 1944, en l cuales pronosticó, por la mañana, un tiempo pos blemente bueno; y por la tarde, un tiempo pr bablemente bueno. Demuestra lo anterior que Subteniente Justino Díaz García ejecutó el vue en que se produjo el accidente, no por disposici excepcional y arbitraria que se le hubiera da sino en virtud de una orden de carácter gener que debía ser cumplida por todo el personal q recibía instrucciones de pilotaje. Y si con an lación se consultaron las condiciones meteoro gicas, debe concluírse que la orden se ajustaba reglamento de la Base Escuela de Aviación M tar 'Ernesto Samper' y que no fue expedida forma imprudente o negligente.

Es verdad que no se allegó a los autos el reg mento, que rige los vuelos en la Base Escuela Aviación Militar "Ernesto Samper" con el cua pudiera conjurar la orden del día 28 de agosto 1944; pero sí se atiende a la circunstancia de correspondía al actor presentar esa prueba; s anota que la copia de la orden de vuelo fue agre da al expediente a solicitud del demandante, q oportunamente la conoció y no le hizo obpeción

guna, lógico es deducir que se ajustaba a los normas estatutarias.

Y la orden de vuelo comprendía el alistamiento personal del piloto, su traje especial, paracaídas, etc., y la preparación del aparato, con suficiente provisión de gasolina, aceite, etc., de tal manera que la alegación fundada en que el Subteniente Díaz García fue obligado a hacer un aterrizaje forzado, por falta de gasolina, no significa que haya habido negligencia por parte de la Nación en tomar las precauciones mínimas necesarias para los vuelos, pues que correspondía al piloto tomar tales medidas. Además, el demandante no presentó la prueba de los hechos en que fundaba su alegación.

Otra de las causas señaladas, en segundo término, para el accidente ocurrido al avión piloteado por el Subteniente Justino Díaz García fue la de haber faltado la iluminación mínima necesaria para efectuar un aterrizaje de emergencia a esas horas de la noche, en momentos en que caía una fuerte tempestad en el campo aéreo de Cartago (Valle).

Debe anotar la Sala de la Corte que obra en el expediente copia auténtica de la orden de vuelo del día lunes 28 de agosto de 1944, de 6 y 30 a 11 p. m., expedida por la Base Escuela de Aviación Militar "Ernesto Samper" de Cali, la cual contenía las siguientes prescripciones especiales:

"Al llegar a Cartago, (los aviones) localizarán el campo y tomarán la altura de regreso sobre éste en espiral por la derecha".

"Los aterrizajes se harán con las luces de aterrizaje de los aviones".

Según la orden nombrada, el vuelo nocturno en crucero se extendía de Cali a Cartago, y en esta última ciudad los aviones debían localizar el campo de aterrizaje y regresar en espiral por la derecha a la Base "Ernesto Samper". No aparece, pues, que se hubiera ordenado un aterrizaje en Cartago, para que hubiera habido necesidad de disponer la iluminación especial del campo de aviación. Y como los aterrizajes debían hacerse con las solas luces de los aviones", quedaba excluído el deber de iluminar la pista de aterrizaje. No obstante lo anterior, existe en autos un certificado expedido por el encargado del aeodrómo de Cartago, en que manifiesta que algún tiempo antes del accidente ocurrido al Subteniente Justino Díaz García, aterrizó el Mayor Fabricio Carrera valiéndose de las solas luces de su avión y que dispuso se encendiera una lámpara para señalar el principio de la pista y al propio tiempo encendió las luces de su aparato. Esto demuestra que los encargados del campo de aviación de Cartago tomaron las medidas que la prudencia indicaba para que los posibles aterrizajes se efectuaran sin novedad.

Como tercera causa del accidente, señaló el actor no haberse previsto por parte de la Nación un posible aterrizaje en el campo de Cartago, para haberlo dotado de las condiciones necesarias de visibilidad.

La Sala de la Corte anota que no habiendo influído en las consideraciones de la orden de vuelo el aterrizaje en el campo de Cartago, quedaba también excluída la posibilidad de un aterrizaje en dicho sitio. Desde este punto de vista el aterrizaje de emergencia en el campo de aviación de esta última ciudad, quedaba asimilado al que hubiera habido necesidad de efectuar en un potrero del Valle del Cauca. Y así como no sería lógico que todo el recorrido de Cali a Cartago se convirtiera en un campo de aterrizaje, con todas las dotaciones e iluminación de la pista, para evitar posibles accidentes, así tampoco puede pretenderse que el campo de Cartago reuniera las máximas condiciones de iluminación de la pista. Por tanto, el aterrizaje que hubo de hacer el Subteniente Justino Díaz García en el campo de Cartago queda equiparado al que hubiera tenido necesidad de verificar en un sitio distinto al del campo del "Guavito", en la Base Escuela de Aviación Militar "Ernesto Samper", de Cali.

Ciertamente la orden de aterrizar con las solas luces del avión puede considerarse como peligrosa, pero aplicada al aprendizaje en una Escuela de Aviación Militar está dentro de las medidas normales, ya que la formación de los futuros pilotos del aire exige que se les adiestre para dominar las más adversas circunstancias que más tarde puedan encontrar. Y así, tales órdenes son actos comunes y corrientes en el funcionamiento de la aviación militar.

No apareciendo, pues, plenamente demostrada la culpa de la Nación en el accidente sufrido por el Subteniente Justino Díaz García y el vínculo de causalidad entre tal hecho culposo y el daño que afirma le fue producido, debe concluírse que es jurídica la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal **a quo.**

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, confirma la sentencia recurrida, dictada con fecha 18 de julio de 1946, por el Tribunal Superior de Bogotá, en el presente juicio ordinario, seguido por el señor Justino Díaz García contra la Nación.

No hay lugar a condenación en costas en la segunda instancia del juicio.

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

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Ramón Miranda. — Antonio Saucedo Carrasquilla. Eleuterio Serna R.— Nicolás Llinás Pimienta, Srio

SE CONFIRMA EL AUTO RECURRIDO

Considera la Corte que no se desprende de los textos positivos que rigen la materia, especialmente del artículo 205 del Código Judicial, la obligación de los actores de dar la prueba de su domicilio, pues esta norma, en la cual se indican los elementos constitutivos de la petición con que un juicio se inicia, apenas establece que el escrito correspondiente deberá contener la vecindad o residencia de las partes si es conocida o la afirmación de que se ignora, con protesta de no faltar a la verdad. Y por su parte el artículo 593 de la misma obra preceptúa que son los hechos conducentes de la demanda y de la defensa los que deben aparecer demostrados en forma plena; de donde surge que si es impugnada la vecindad del actor corresponde a la parte demandada presentar la prueba del caso conforme lo sostiene la providencia del sustanciador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diciembre diez de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su arácter de representante del Estado, —el cual ene la calidad de parte demandada en el presen- juicio— pidió que se declarara la nulidad de actuación a partir del auto admisorio de la de- anda.

Abierta la articulación, el pedimento del señor gente del Ministerio Público fue negado por auto oferido por el sustanciador en esta segunda ins- ncia, H. Magistrado doctor Víctor Cock, el 30 junio del corriente año. Contra la decisión ad- rsa de la Sala singular recurrió en súplica la ocuraduría, y habiéndose cumplido los trámites l artículo 478 del Código Judicial va a resol- rse en derecho para lo cual se hacen las consi- raciones que siguen:

En su calidad dicha el Procurador Delegado en Civil propuso la articulación de nulidad de lo uado por causa de incompetencia de jurisdicción en el Tribunal de Bogotá para conocer de la primera instancia del negocio, por estimar aquél alto funcionario que los demandantes Miguel J. Ceballos y Doraliza Durán no son vecinos de Bogotá y, por consiguiente la acción contra el Estado ha debido proponerse ante el Tribunal correspondiente al distrito Judicial de su vecindad.

Se acepta en la providencia recurrida que, conforme a la doctrina del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, la competencia de los Tribunales Superiores para conocer de las acciones personales contra el Estado se rige por el domicilio del demandante; pero que objetada la competencia por transgresión o desconocimiento de tal proceso e invocado el remedio de la nulidad procesal, corresponde al promotor del incidente "presentar la prueba correspondiente, a efecto de que pueda aceptarse por el Juez la existencia de un domicilio para el demandante distinto del que éste hubo de afirmar en la misma demanda".

Para la resolución del caso de autos, reconoce el sustanciador que existen fundamentos bastantes para creer que los demandantes han tenido un domicilio en la población de Salazar (Departamento Norte de Santander), pero ello no impide que los mismos pudieran tener uno distinto en Bogotá, pues conforme al artículo 83 del Código Civil "cuando ocurran en varias secciones territoriales circunstancias constitutivas de domicilio Civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene...". Y concluye así el auto recurrido:

"Y por cuanto se debate aquí una acción personal sobre indemnización de perjuicios con motivo de un accidente ocurrido en la ciudad de Barranquilla, mal puede sostenerse que se trate de cosa o de caso que diga relación exclusivamente al domicilio que los demandantes puedan tener en Salazar de las Palmas.

Resulta, por tanto, de lo que se deja expuesto que, para que pudiera configurarse el motivo de nulidad de incompetencia de jurisdicción alegado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, necesario sería que él hubiera comprobado satisfactoriamente, lo que no ha ocurrido, que el domicilio en Bogotá de la parte demandante es un domicilio ficticio, que en manera alguna corresponde a

la realidad, y que el único domicilio real de quienes forman dicha parte demandante se halla en verdad en Salazar; y, en todo evento, fuera del territorio que cae bajo la jurisdicción del Distrito Judicial de Bogotá.

Se sigue de lo anterior que hay lugar en el presente auto a reclamar no probado el motivo de nulidad alegado por el señor Procurador Delegado en lo Civil".

Las anteriores conclusiones las impugna el Ministerio Público, con los argumentos que se resumen de la manera siguiente:

1º—Al proponer el incidente de nulidad la Procuraduría presentó un conjunto de indicios, que a juicio de aquel Despacho hacen pensar que los demandantes no tienen su domicilio en Bogotá".

2º—El mismo Despacho considera que no estaba obligado a demostrar que los actores no son vecinos de Bogotá, ya que es la parte demandante a quien corresponde suministrar la prueba positiva da su domicilio. Agrega: "La parte demandada, al decir que los demandantes no son vecinos de Bogotá, ha hecho una negación indefinida, que no es susceptible de prueba, ya que según el artículo 595 del Código Judicial "las negaciones no se demuestran por medios de pruebas, salvo que se apoyen en la afirmación de hechos positivos cuya existencia puede comprobarse". Este Despacho no puede conocer el domicilio de todas aquellas personas que demandan al Estado. Por lo demás, la carga de la prueba incumbe al que afirma un hecho, no al que lo niega. Y es la parte demandante la que ha afirmado al iniciar el juicio su domicilio en Bogotá".

Para dirimir los puntos de la controversia, se examinan en primer lugar los elementos de convicción que en concepto del señor Procurador constituyen prueba suficiente de que el domicilio de los actores es la población de Salazar, en el Departamento de Santander. Consisten éstos —conforme puede leerse en el escrito por medio del cual se interpuso el recurso de súplica de que ahora se ocupa la Sala— en una serie de hechos indiciarios, los cuales enumera así: haber contraído matrimonio los actores en Salazar; haberse cumplido el nacimiento, el bautizo y la educación de su hijo Miguel en el mismo lugar; aparecer que las declaraciones de impuestos sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades fueron extendidas allí; haberse otorgado en el referido Municipio el poder conque el juicid se inició, documento del cual resulta la manifestación expresa de los demandantes de ser vecinos de Salazar y, asímismo, la de tener cédula de ciudadanía y tarjeta de identidad expedida allí, y expedidas igualmente en el indicado Distrito.

Contrariamente a la muy respetable opinión del señor Procurador considera la Corte que el conjunto de los indicios expuestos no alcanza a constituír prueba suficiente de que el domicilio de los promotores del juicio fuera, a la época en que la acción se instauró, la tantas veces mencionada población de Salazar, como sí lo son de que las personas de que se trata tuvieron en alguna época esa vecindad, cosa enteramente distinta como es obvio. En efecto, los hechos indicadores aducidos —matrimonio, bautizo del hijo, y expedición de los documentos de identificación— se refieren a hechos muy anteriores a la fecha de la demanda, la cual según lo establecen las constancias procesales fue presentada el 22 de marzo de 1945, de suerte que por medio de ellos no surge la inferencia indiciaria respecto al domicilio declarado en el libelo, que es el que se trata de determinar en la articulación de nulidad. Por este motivo, y aunque reúnan los caracteres de pluralidad y conexión, en cambio no son lo suficientemente graves y precisos como para concurrir a demostrar "sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido" (Art. 665 del C. J.).

Tampoco resulta esta certeza del contenido de la escritura pública número 229, extendida en el Municipio de Salazar, en la cual, Miguel Ceballos y Doraliza Durán otorgaron poder especial para que a su nombre los doctores Pablo José Corredor y Luis Alberto Villamizar Ramírez promovieran pleito contra la Nación para el resarcimiento de los perjuicios a que creen tener derecho aquéllos en su carácter de padres de Miguel J. Ceballos quien murió en la ciudad de Barranquilla cuando prestaba servicios como soldado del ejército nacional.

En el indicado documento expresaron los otorgantes que eran vecinos de Salazar, y sobre este nuevo elemento de juicio, se pronuncia así la Procuraduría: "Además la confesión expresa de los demandantes, al otorgar el poder, acerca de su domicilio en Salazar, constituye plena prueba respecto, de acuerdo con el artículo 1769 del Civil".

No es de la misma opinión la Corte, pues siendo esta declaración anterior en siete meses a presentación de la demanda, la cual se introdu

al Tribunal Superior de Bogotá el 22 de marzo de 1945, ningún obstáculo hay para rechazar la posibilidad de que en esta fecha los actores estuvieron domiciliados en esta última ciudad.

Por lo demás, tampoco es exacto que la valoración legal de esta prueba esté regida por el artículo 1769 del Código Civil, ya que esta norma se refiere a la confesión judicial y no a la que hacen las personas fuera de juicio, aunque estén contenidas en documentos auténticos como son las escrituras públicas.

De acuerdo con lo dicho hasta aquí no encuentra demostrada la Sala que los demandantes en el pleito carecieron de domicilio en Bogotá, y por tal aspecto habrá de mantenerse la providencia en recurso.

Por otro extremo, suscita la Procuraduría la cuestión atañedera a la obligación que compete a los actores de dar la prueba de su domicilio. Sobre el particular considera la Corte que no se desprende de los textos positivos que rigen la materia, especialmente del artículo 205 del Código Judicial, la aludida obligación, pues esta norma, en la cual se indican los elementos constitutivos de la petición con que un juicio se inicia, apenas establece que el escrito correspondiente deberá contener la vecindad o residencia de las partes si es conocida o la afirmación de que se ignora, con protesta de no faltar a la verdad. Y por su parte el artículo 593 de la misma obra preceptúa que son los hechos conducentes de la demanda y de la defensa los que deben aparecer demostrados en forma plena; de donde surge que si es impugnada la vecindad del actor corresponde a la parte demandada presentar la prueba del caso conforme lo sostiene la providencia del sustanciador.

Para llegar a esta conclusión no es obstáculo la circunstancia de que en el presente caso la Procuraduría hubiera hecho uso de una negación como es la de sostener que los demandantes no son vecinos de Bogotá, pues no tiene carácter indefinido esta negativa, desde luego que implica la afirmación de un hecho positivo consistente en que el domicilio que se controvierte es un lugar distinto del de Bogotá, cuya existencia puede comprobarse.

También por este aspecto carece de fundamento el recurso de súplica intentado, y por tanto, no hay lugar a modificar lo resuelto por el sustanciador.

De acuerdo con lo expuesto la Sala de Negocios Generales confirma en todas sus partes la providencia de fecha 30 de junio de 1947.

Notifíquese.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Ramón Miranda.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio en Ppdad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

AVISO DE EXPLORACION DE PETROLEOS

A partir de la sentencia de fecha 5 de agosto de 1942 la cuestión referente a justa prescripción ha quedado aclarada, por lo menos en cuanto a los principios que regulaban este fenómeno jurídico, siguiendo lo que se establecía en los siguientes estatutos legales: en la Ordenanza de Felipe III de 1563, en las dos Ordenanzas de El Pardo de 1578 y 1580 y las Reales Cédulas de San Lorenzo de 1754 y de San Ildefonso de 1780, y la Ley de 11 de octubre de 1821.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Víctor Cock)

Con fecha 5 de octubre de 1944, el Ministerio de Minas y Petróleos hubo de disponer el envío a esta Sala de la Corte, para los fines del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, del presente proceso sobre aviso de exploración petrolífera.

Llegado el asunto al conocimiento de la Corte, se adelantó ante ella la tramitación correspondiente.

Se dispuso oír en primer término a las partes interesadas; o sea a la Compañía avisante, la cual se ha presentado en el asunto no sólo como contratista con particulares para la exploración, sino también en representación, mediante poderes al efecto conferidos de los distintos dueños de los terrenos que se estiman ser petrolíferos; y también se solicitó el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, en su calidad de representante del Estado.

Vino luégo la apertura del asunto a pruebas. Durante el término respectivo la parte avisante hizo llegar al proceso algunos nuevos documentos, es decir, documentos que no estuvieron a la vista del Ministerio cuando hubo de dictar la providencia antes mencionada por la cual se dispuso el envío del asunto al conocimiento de la Corte. Asímismo durante el término probatorio en mención se llevó a la práctica por el Magistrado sustanciador una inspección ocular a los terrenos respectivos y a la Notaría del Guamo, diligencia practicada en asocio de peritos, y a la cual habrá de aludirse más adelante en el curso del presente fallo.

Además las partes alegaron de conclusión. De manera que se halla el negocio suficientemente preparado para recibir fallo definitivo en juicio breve y sumario.

Se vió antes cómo el Ministerio del Ramo ordenó el envío del asunto al estudio de la Corte para los fines del artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

Dispone, en efecto, este precepto que vino a subrogar al antiguo artículo 28 de la Ley 37 de 1931 (del petróleo), y en uno de sus varios incisos, que "cuando el Ministerio del Ramo, en vista de los documentos que se hayan acompañado al aviso o por las demás informaciones que obtenga, estime que es de la Nación el petróleo de que se trata, enviará toda la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para que dicha entidad, en juicio breve y sumario en una sola instancia y dando prelación al despacho de estos asuntos, decida si es o nó fundada la pretensión del interesado particular...".

Ahora bien: procede anotar en primer término cuáles fueron las razones que tuvo en cuenta el Ministerio para resolver el envío a la Corte del asunto para su decisión, y siendo así que en armonía con el inciso 1º del expresado artículo 7º de la Ley 160 de 1936, cuando dicho Despacho, oído el concepto del Procurador General de la Nación y de la Junta Asesora de Petróleos, y en vista de los títulos, documentos y pruebas acompañadas y de las demás informaciones que obtenga estime que no hay observación que hacer sobre los títulos, está facultado sin necesidad de recurrir al fallo de la Corte para declarar que se ha dado cumplimiento a la formalidad del aviso a la luz de las pruebas acompañadas que obran en el proceso y de las cuales tratan los párrafos a), b) y c), contenidos en el propio art. 7º de que se viene hablando.

De manera que volviendo a la Resolución de 5 de octubre de 1944, pronunciada en este asunto por el Ministerio, aparece de la parte motiva de ella que el Ministro, en atención a los dictados del referido art. 7º de la Ley 160 de 1936, reconoce expresamente que para que pueda declararse administrativamente por aquel Despacho que son fundadas las pretensiones de dominio privado formuladas por quien presente el aviso sobre exploración del petróleo con taladros, se requiere

concurrencia de tres pruebas sustanciales o fundamentales, es a saber: a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial, emanados de autoridad competente que acrediten su existencia; b) Los títulos de propiedad actual de la persona, o personas, que dan el aviso acompañados del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados correspondiente, títulos y certificados que deben referirse al período de la prescripción extraordinaria; c) Por último, la determinación precisa del terreno de que se trata.

Y luégo agrega el Ministerio en la providencia de que se viene hablando:

"La primera prueba es indispensable para demostrar la propiedad particular del petróleo. Necesaria es la segunda para comprobar la personería sustantiva en la gestión del aviso, necesaria también la tercera para precisar de manera inconfundible el terreno que será objeto de la exploración y radicar en un determinado punto geográfico los presuntos derechos particulares en un determinado subsuelo petrolífero.

En el presente caso no concurren, en forma satisfactoria y como luégo se indicará, la primera y tercera de las pruebas mencionadas. En cuanto al dominio actual sobre el terreno, se ha demostrado satisfactoriamente, pero tratándose de reconocer aquí la propiedad particular del petróleo, a tal fin no puede conducir el haber llenado uno de los requisitos señalados por la ley".

Entra luego el Ministerio en un estudio relacionado con los títulos antiguos aducidos por las personas interesadas en el aviso de exploración con taladro del petróleo que puede existir en los lotes de terreno respectivos. Y al efecto se expresa así:

"**Los títulos presentados y la determinación del terreno.**

Las dos mercedes reales que como títulos originarios del Estado se acompañan al presente aviso, ya fueron estudiadas y su valor jurídico analizado cuando con fundamento en los mismos la Compañía de Petróleos Shell presentó a este Despacho el aviso de exploración y explotación en un lote de terreno conocido con el nombre de **San Rafael,** que también formó parte de la hacienda "Santana", continuo a los que son objeto de las presentes diligencias. Los Servicios Técnico y Legal del Ministerio formularon entonces graves reparos sobre la suficiencia de los títulos, llegando a la conclusión de que no eran bastantes para proferir una resolución administrativa favorable al interesado, por cuanto esos documentos no determinaban el terreno objeto de las mercedes coloniales.

Rechazado el aviso por el Ministerio, en fuerza de las razones apuntadas, surtióse ante la H. Corte Suprema de Justicia el juicio breve y sumario previsto por la ley, el cual finalizó con la sentencia de 15 de abril de 1943, que declaró fundadas las pretensiones del avisante, decisión que, como se ha dicho, constituye uno de los fundamentos del presente aviso.

En esa providencia y bajo el título "**Los linderos y el valor jurídico de las mercedes concedidas a Alonso Ruiz de Saajosa y Francisco Galeano Cid**", dijo aquella Corporación:

"De la simple lectura de los títulos transcritos se desprende que en lo referente a linderos son de una extraordinaria vaguedad. No hay manera de determinar, por medio de los datos de las mercedes concedidas a don Alonso Ruiz de Saajosa y a don Francisco Galeano Cid, a qué lotes de tierras se referían ellas. Los señores peritos doctores Jorge A. Perry y Benjamín Villegas son del mismo parecer, y se expresan así, después de transcribir la parte pertinente de los títulos de que se trata: Como se vé, estos títulos o documentos se refieren a porciones de terreno cuyas formas y ubicación precisas no pueden determinarse con los datos que en los documentos figuran y que auncuando se relacionan a nombres geográficos que hoy se encuentran dentro de lo que después se llamó hacienda o tierras de Llano Grande, **no hay base que permita localizarlas o concretarlas a determinados sitios, parajes o puntos de las grandes extensiones que cubren o encierran esos nombres geográficos.** Es pues, en concepto de los peritos y de la Sala, indeterminable la ubicación de las tierras dadas en merced en los años de 1584 y 1611 a los señores Ruiz de Saajosa y Galeano Cid.

"A la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo, la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación o adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasan al dominio de los particulares, es esencial.

"Sobre este particular ha dicho la Corte en sentencia proferida por la Sala de Negocios Generales el 5 de agosto de 1942:

"Si no es posible establecer, ni las medidas lo-

calizadas o relacionadas cuerdamente en el terreno, ni los linderos, y si por otra parte no existen datos que acrediten actos posesorios y de ejeción (sic) próximos al nacimiento del título, que sirvan para explicar cómo él se tradujo materialmente, habrá que concluír que los títulos no demuestran a qué área determinada se refieren, y que por consiguiente fueron ineficaces en su origen para sacar del patrimonio real una porción de tierra y trasladarla al patrimonio particular"

"En el fallo mencionado, la Corte reconoció, como reconoce ahora, un indiscutible valor jurídico a las mercedes que con arreglo a la legislación vigente entonces concedió la corona española a los particulares y admite que esos títulos encarnan la suficiente idoneidad para acreditar con ellos —en principio— dominio privado de las tierras a que se refieren.

"Pero, a pesar de ese valor, **no son suficientemente eficaces para comprobar el dominio territorial en extensión determinada,** por la vaguedad de los datos que ellos suministran para la determinación del objeto materia de las mercedes mencionadas....." (Subraya el Ministerio).

Luego, al referirse el fallo mencionado a la composición de tierras hecha en 1634 en relación con las de que aquí se trata, dice:

"A la luz de los datos que **la informan no pue**de acreditarse dominio territorial en lugar y extensión determinados, por la deficiencia en la alinderación de las tierras compuestas". Y en lo tocante a la composición hecha en 1634, celebrada por el cabildo de Ibagué, dijo: "La misma observación que se hace sobre los efectos de la celebrada en Tocaima es aplicable a ésta".

"De lo anteriormente transcrito se llega a la conclusión de que las argumentaciones formuladas por este Despacho cuando se presentó el aviso de "San Rafael", quedaron reforzadas por los autorizados conceptos de la H. Corte al calificar dichos títulos como ineficaces, por sí solos, para acreditar dominio privado en el subsuelo de aquellas tierras. En la actualidad esas conclusiones subsisten y son procedentes para el caso que se estudia, puesto que los títulos presentados son los mismos y puesto que en el nuevo aviso se trata de una extensión territorial mucho mayor. Ciertamente en la mencionada sentencia la Corte declaró fundadas las pretensiones de dominio particular en las tierras delimitadas en dicho aviso, pero sólo en relación con ellas. A este respecto manifiesta el señor Procurador al contestar el traslado sobre el presente negocio:

"Como se ve, ya la Honorable Corte en fallo pronunciado con intervención de la Compañía Shell y tras un detenido estudio de la cuestión, se pronunció en contra de los títulos presentados, como válidos para demostrar plenamente que los terrenos a que ellos se refieren hubieran salido del dominio de la Corona Española, y el derecho que reconoció en aquella ocasión tenía por fundamento la justa prescripción por actos de explotación anteriores al año de 1821, pero tal reconocimiento, como lo dice clara y expresamente el fallo citado, sólo cobija una parte de las tierras de "Llano Grande", parte denominada "San Rafael".

Por lo demás, el Servicio Técnico del Ministerio al informar sobre el presente aviso, reitera y amplía las observaciones por él formuladas cuando estudió el aviso de San Rafael: repite en su nuevo informe que no están fijados de manera clara y precisa los linderos y ubicación de lo mercedado a Alonso Ruiz de Saajosa y Francisco Galeano Cid, lo cual equivale a que no se ha hecho la "determinación precisa del terreno" objeto del aviso.

De todo lo anterior resulta que los títulos antiguos aducidos por el avisante no tienen la necesaria virtualidad jurídica para que este Despacho haga el reconocimiento que se le ha solicitado. Y tampoco puede hacerse dicho reconocimiento de conformidad con la sentencia de la H. Corte a que se ha hecho mérito, porque el Ministerio está sujeto a una rigurosa tarifa probatoria y aquella declaración judicial calificó únicamente hechos jurídicos operados en los terrenos que fueron objeto del aludido juicio breve y sumario".

Y de lo que acaba de transcribirse, y previa advertencia de que obra en armonía con el parecer del señor Procurador General de la Nación y con el concepto emitido por la H. Junta Asesora de Petróleos en su sesión del 5 de octubre del mismo año de 1944, concluye el Ministerio en el sentido de que hay lugar a remitir el negocio, según ya hubo de expresarse aquí, al conocimiento de esta Sala de la Corte Suprema de Justicia.

Como bien se comprende por la transcripción antes hecha de las motivaciones contenidas en la Resolución del Ministerio de Minas y Petróleos la única tacha que ese Despacho presenta contra las dos mercedes coloniales, alegadas como título

más remotos del dominio privado respecto a las tierras con las cuales este juicio toca, consiste en no ser "bastantes para proferir una Resolución administrativa favorable al interesado, por cuanto esos documentos no determinaban el objeto de las mercedes coloniales".

Se trata de dos muy antiguas mercedes, cuyas características fundamentales el propio Ministerio describe así:

"1º La merced que los cabildos de Ibagué y Tocaima hicieron al señor don Alonso Ruiz de Saajosa el 1º de diciembre de 1584, merced confirmada por Real Cédula de 7 de julio de 1586, de las tierras situadas entre el río Coello, la quebrada de las Guaduas y el río Magdalena, o sea, los linderos de la finca que más tarde se llamó "Llano Grande".

"2º La merced que el Presidente de la Real Audiencia de Santafé don Juan de Borja, hizo a don Francisco Galeano Cid, el 8 de abril de 1611, de una estancia de las sobras de las estancias que en las mismas tierras tenía don Alonso Ruiz de Saajosa".

Se comprende así que el Ministerio por obra de la indeterminación mencionada, y sin tachar por ningún otro concepto las mercedes mismas en cuanto hayan podido constituír de acuerdo con la legislación colonial, auténticos títulos de transmisión de la propiedad de tierras realengas, se ha visto en el caso de negar valor probatorio para el caso actual a los documentos referidos.

En otras palabras, en sentir del Ministerio, la indeterminación anotada que aparece por lo demás manifiesta si se consultan las voces mismas de dichas mercedes, es indeterminación que de tal manera afecta el título que, bien puede concluírse que, por este aspecto, las mercedes mismas constituyen una titulación a la cual no se le puede reconocer valor suficiente, y para el actual caso concreto, de título emanado del Estado sobre determinado territorio nacional. Es decir que no se comprobaron ante el Ministerio las exigencias de las letras a) y c), antes citadas, del artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

Cabe observar que, según lo anota el propio Ministerio de Minas y Petróleos en la Resolución que se comenta, los interesados en el aviso de exploración presentaron también, además de los instrumentos tocantes a las mercedes referidas, otros títulos antiguos, mas no directamente procedentes ellos del Estado sino títulos antiguos que por lo general simplemente dan fe de los subsiguientes actos jurídicos efectuados entre particulares sobre las tierras a las cuales vinculan los avisantes las mercedes mencionadas.

Igualmente fue presentado con el escrito de aviso sobre perforaciones de que se viene hablando un traslado o copia de la sentencia dictada por esta Sala de la Corte Suprema de Justicia el 15 de abril de 1943, sentencia en la cual hubo de reconocerse la propiedad particular del suelo y del subsuelo de la finca "San Rafael", que "con los 54 lotes objeto del presente aviso formó parte de la hacienda de "Santana" o "Llano Grande", según dice textualmente el Ministerio.

Como se vio en la transcripción atrás hecha de varios pasajes de la parte motiva de la providencia ministerial, se refiere ésta en particular manera a la incidencia que en el presente asunto pueda tener el fallo de la Corte acerca de la hacienda de "San Rafael", para llegar luego a la conclusión de que la sentencia de la Corte no puede tener virtualidad suficiente para hacer las declaraciones sobre el dominio privado de las cuales el presente juicio trata, porque la declaración judicial que allí aparece "calificó únicamente hechos jurídicos operados en los terrenos que fueron objeto del aludido juicio breve y sumario (sobre la hacienda de San Rafael)".

Hecha la relación precedente de los pasos fundamentales de la Resolución Ministerial, procede ahora una mención detallada de las nuevas contribuciones que tanto en materia probatoria como en el análisis jurídico, trajo el juicio seguido ante la Corte.

A estos propósitos cabe observar, en primer lugar, que el representante de los interesados en el aviso de exploración hizo venir durante el término probatorio del juicio nuevos documentos, es a saber:

A) Copia de la sentencia de fecha 21 de octubre de 1861, dictada por el Juez 3º del Distrito Federal de Bogotá, y de la sentencia de fecha 12 de julio de 1862, dictada por la Corte Suprema de Justicia, en pleito sobre mayor valor de la hacienda "Hato de Santana", ubicada en El Espinal, y que fue seguido por Manuel Antonio Camacho y otro contra Joaquín Chacón.

Hubo de ser expedida la copia respectiva, en virtud de despacho al efecto librado por el Magistrado sustanciador, y la expidió el funcionario encargado del archivo departamental del Tolima.

B) Copia del memorial dirigido por el Capitán Martín Ruiz Carvajal y Saajosa referente a so-

bras denunciadas en el terreno de "Llano Grande" y a cuyo reconocimiento el memorialista allí se oponía. No lleva fecha dicho memorial. Se halla seguido, empero, de la siguiente constancia:

"Vistos: al Fiscal nombrado —Proveyólo el señor doctor don Dionisio Pérez Manrique, caballero del orden de Santiago, Presidente, Gobernador y Capitán General de este Reino, en Santafé, a cinco de noviembre de mil seiscientos cincuenta y ocho años.—Salazar (rubricado)".

Fue expedida la copia que se hizo venir al proceso por el Archivo Histórico Nacional.

C) Un plano de localización de los lotes objeto del aviso de exploración.

Empero la prueba de mayor importancia dentro de este juicio la constituye la inspección ocular pedida ante la Corte por el representante de los avisantes de exploración con taladro, en el caso actual la parte demandante, inspección ocular practicada en asocio de peritos ingenieros.

Tanto la inspección como el dictamen pericial constituyen elementos de convicción de suma importancia, en cuanto, como luego habrá de verse, están llamados a contribuír de manera considerable, en la solución que cumple y corresponde legalmente a este juicio breve y sumario sobre propiedad privada del petróleo.

Pasando ahora a relacionar lo concerniente a las alegaciones de las partes dentro del juicio, como valiosa aportación a su dilucidación, se tiene que en primer término hubo de presentar alegaciones el representante de la parte actora.

Versan ellas sobre el valor jurídico de las antiguas mercedes, aquí citadas antes; corroborado por el de los demás documentos de época correspondiente a siglos anteriores al actual y en calidad de complemento probatorio de aquellas mercedes. Y el representante de la parte actora pone de presente tales documentos a efecto de fundamentar su solicitud sobre reconocimiento del dominio privado del petróleo en calidad de dominio directamente adquirido merced a los títulos y documentos a los cuales se viene haciendo alusión.

Empero agrega el representante referido al final de su alegato lo que, en seguida, habrá de transcribirse:

"Además obran en el expediente copias de sentencias y entregas judiciales sobre las tierras nombradas que establecen la posesión que sobre ellas existía en la época en que fueron proferidas.

La explotación actual de esas tierras consiste, según lo expresan los peritos "en la ganadería y cultivos de frutos propios del clima cálido, tales como arroz, plátano, yuca, tabaco, algodón y ajonjolí. El tabaco es uno de los cultivos predominantes en la región y abastece en gran parte la fábrica que allí tiene establecida la Compañía Colombiana de Tabaco. Actualmente la subdivisión de la propiedad es tan acentuada que son pocas las fincas mayores de 500 hectáreas y por el contrario son muy numerosas las que no pasan de las 100 hectáreas".

En la diligencia de inspección ocular consta también la actual explotación económica de los referidos lotes.

Todos los actos de explotación económica mencionados en la sentencia de 15 de abril de 1943, como los antes relacionados demuestran plenamente que se ha consumado una prescripción adquisitiva de dominio, desde tiempo inmemorial y de una manera quieta y pacífica y sin interrupción alguna.

Debo recalcar de manera especial en que esta explotación conforme a la sentencia transcrita representa, en todo tiempo, inclusive ahora, un índice muy alto de explotación de la tierra con ganados, y que además está demostrada la explotación agrícola.

El señor Procurador Delegado en lo Civil manifestó en el juicio sumario sobre San Rafael: 'Sin embargo de lo anterior, son varios los documentos del proceso que dan testimonio de la explotación económica particular de Llano Grande en la época de la Colonia. Si tal hecho encaja dentro de la reciente doctrina de esa H. Sala sobre los efectos de aquella explotación en orden a la propiedad privada de las tierras frente al Estado Español, de seguro que habrá de prosperar la pretensión de la Compañía avisante".

Igualmente está demostrado de manera palmaria que los diversos lotes materia del presente aviso hacen parte de la hacienda de Santana, y que ésta, hizo parte del globo Llanogrande. Así resulta de las constancias dejadas por el señor Magistrado ponente en la diligencia de inspección ocular, y del dictamen uniforme de los peritos que intervinieron en dicha inspección, y que antes se transcribió.

Por tanto lo que se dijo en la precitada sentencia de 15 de abril de 1943 es estrictamente aplicable a los lotes materia del aviso, pues se encuentran exactamente en las mismas condiciones

Corresponde a la H. Corte hacer la respectiva declaración de propiedad privada del subsuelo de los lotes avisados, ya sea en virtud de los títulos presentados, de sus confirmaciones y composiciones, o en subsidio, de la justa prescripción por actos de explotación económica por tiempo inmemorial y de una manera quieta y pacífica y declarar igualmente que la Compañía que represento puede explorar y explotar petróleo en los lotes de terreno materia del presente aviso".

De su lado el señor Procurador General de la Nación (por impedimento del señor Procurador Delegado en lo Civil), en su alegato final de 13 de marzo de 1946, presenta razones tendientes a combatir las pretensiones de la parte actora en cuanto sostiene ella ser jurídicamente factible reconocer el dominio petrolífero privado con fundamento sólo en las antiguas mercedes y a la operancia directa de ellas y de los demás documentos, con las mercedes posiblemente relacionados, que obran en el proceso, y sin necesidad en principio al menos de recurrir a otras fuentes jurídicas para la constitución de ese derecho.

Mas he aquí que en lo concerniente a la justa prescripción por posesión inmemorial cuya declaratoria en subsidio solicita el señor representante de la parte actora en el juicio, el señor Procurador General por su parte se pronuncia así:

"**La justa prescripción por posesión inmemorial.**

"En el alegato de conclusión el señor apoderado de la Compañía se expresa así:

"Súbsidiariamente invoco la justa prescripción, como medio de adquirir el dominio, en virtud de la posesión continua, real e ininterrumpida por tiempo inmemorial que tuvieron los propietarios de Llano Grande, desde 1584 hasta la fecha".

Corresponde, pues, examinar ahora la solicitud subsidiaria, visto que la titulación originaria presentada no es suficiente para demostrar dominio privado sobre el subsuelo en extensión precisa y determinada.

A partir de la sentencia de fecha 5 de agosto de 1942 la cuestión referente a la justa prescripción ha quedado aclarada, por lo menos en cuanto a los principios que regulaban este fenómeno jurídico, siguiendo lo que se establecía en los siguientes estatutos legales: en la Ordenanza de Felipe II de 1563, en las dos Ordenanzas de El Pardo de 1578 y 1580 y las Reales Cédulas de San Lorenzo de 1754 y de San Ildefonso de 1780, y la ley de 11 de octubre de 1821.

Al estudiar dichos estatutos legales y recordar la jurisprudencia sentada por la Corte y la doctrina expuesta por los que han estudiado estas cuestiones, inclusive este Despacho, pueden señalarse sintéticamente los siguientes principios que son los que regulan la cuestión".

Y termina así el señor Procurador General su exposición: "**Conclusión:** Como consecuencia de todo lo que hasta aquí va dicho, este Despacho conceptúa que los títulos originarios presentados no dan base, por sí solos, para hacer la declaración principal solicitada por la Compañía, pero que por el aspecto de la justa prescripción sí puede concluírse que las tierras materia del presente aviso salieron del patrimonio del Estado con anterioridad a la vigencia de la Ley de 11 de octubre de 1821".

Una vez concluída la relación precedente acerca de las constancias fundamentales de los autos, procede la Corte a hacer las consideraciones de fondo para decidir.

I

Valor jurídico de las antiguas mercedes de tierras.

Parece incontrovertible en este proceso que los títulos de transmisión del dominio emanados del Estado que aquí figuran y consistentes en la merced otorgada por el Cabildo de Tocaima a don Alonso Ruiz de Saajosa en 1584 y la otorgada por don Juan de Borja, Presidente de la Real Audiencia de Santafé, al señor Francisco Galeano Cid en el año de 1611, carecen una y otra de datos suficientes para la adecuada determinación y localización sobre el terreno de las porciones de éste, allí enajenado; y puesto que, los datos geográficos en ellas contenidos, que tocan con grandes extensiones territoriales, son vagos, imprecisos o incompletos; y, por tanto insuficientes para poder lograr esa necesaria determinación, llamada en sí misma a figurar como elemento imprescindible a efecto de poder llegar luego a definir si los varios lotes territoriales objeto del aviso de exploración con taladro en busca de petróleo de propiedad particular y de los cuales este juicio trata, están comprendidos dentro de los límites de aquel latifundio enajenado por el Estado durante el régimen colonial.

Por otra parte, los peritos ingenieros que tomaron parte en la inspección ocular practicada por la Corte en los días 1º, 2 y 4 de junio de 1945, en los terrenos materia del aviso de exploración, situados en el Municipio de El Espinal,

del Departamento del Tolima, dictaminaron en los siguientes términos que vienen a corroborar lo que se acaba de expresar sobre indeterminación de los terrenos de las antiguas mercedes:

"Entre los documentos que figuran en el expediente, relativos a las tierras de Llano Grande, el de fecha más antigua es el en que consta la merced otorgada por el Cabildo de Tocaima a Don Alonso Ruiz de Saajosa en 1584. En este título aparece que al mencionado señor Ruiz de Saajosa se le otorgaron en merced unas tierras en el río Cuello y quebrada de Las Guaduas pero sólo se encuentra la siguiente referencia con que se describen las tierras que le fueron concedidas dentro del globo denominado posteriormente "Llano Grande": ..."con un pedazo de tierra que está en la quebrada de Las Guaduas que dicen, corriendo al río abajo de Cuello de la otra banda de unos llanos". Aparece luego cronológicamente la merced otorgada en 1611 por Don Juan de Borja, presidente de la Real Audiencia de Santa Fe, al señor Francisco Galeano Cid y en este documento se definen las tierras que le fueron concedidas de la siguiente manera: "y las dos estancias de ganado mayor, la una en el Luisa, de esta banda corriendo el río abajo desde el paso que tiene el padre Andrés Ruiz, por donde pasa su ganado, y la otra en las sobras de las estancias que allí tiene el Capitán Alonso Ruiz que están entre el río de Cuello y la quebrada de Las Guaduas, junto a la Serrezuela, corriendo hacia abajo a lindar con el Río Grande de La Magdalena, o en la parte más cómoda que estuviese vacía en los dichos linderos".

En los títulos que acaban de mencionarse se relacionan las tierras dadas en merced a sitios y accidentes geográficos hoy conocidos y determinables, tales como el Río Magdalena, el río Cuello, el río Luisa, la quebrada de Guaduas y la Serrezuela, situados en el perímetro o dentro de lo que después se llamó Llano Grande, pero no se encuentran en tales documentos otros datos que permitan determinar la ubicación y forma precisa de cada una de esas mercedes y solo puede deducirse que se hallaban dentro del extenso globo comprendido dentro de los ríos Magdalena, Cuello y Luisa".

Se comprende así que procede el análisis, a base de las constancias del proceso, de si aún prescindiendo de la existencia de las mercedes mencionadas conferidas a particulares sobre tierras realengas en épocas remotas, la documentación que obra en el proceso da pie, sin embargo, para reconocer el dominio privado en los términos en que lo admite el propio señor Procurador General de la Nación.

II

Identificación del Globo territorial conocido con el nombre de "Llano Grande"

Como bien se comprende, para llegar al reconocimiento de la propiedad privada de que trata este juicio, preciso es ante todo investigar si otros documentos que se hallan en el proceso, distintos de los de concesión directa por las mercedes mencionadas, conducen a la determinación debida de un fundo territorial sobre el cual se hayan ejercido actos de posesión que generan el reconocimiento de la llamada justa prescripción.

Conviene oír, a propósito de tal identificación, a los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular, doctores Perdomo y Perry, quienes en su dictamen continúan exponiendo, en seguida del párrafo antes transcrito en el presente fallo, así:

"Se encuentra también entre los documentos del expediente un memorial presentado por don Bernardo Herrera en 1613 en el que pide que se le haga merced de cuatro estancias de ganado mayor en la sabana de Cuello, dentro del globo que poseía con sus estancias don Alonso Ruiz y que define así, (aquí los linderos). A esta petición se opuso don Alonso Ruiz de Saajosa haciendo relación de las estancias que poseía dentro de ese globo ya por merced directa, ya por compra a otras personas y que sumaban 31 estancias, haciendo notar que no había lugar para adjudicaciones a otros. Ya en este documento aparece demarcada una considerable extensión, la mayor del globo llamado Llano Grande aunque no con linderos completamente cerrados, pues no se mencionan el lindero por el costado occidental, entre la quebrada de las Guaduas y el río Cuello. Los documentos que siguen en orden cronológico, tales como el de la Capellanía fundada por don Alonso Ruiz de Saajosa en 1621, los relativos a las composiciones de tierras de Tocaima e Ibagué en 1634 y el testamento de don Alonso Ruiz de Saajosa en 1640, no contienen nuevos datos o referencias en lo que se refiere a linderos que permitan precisar mejor la extensión del globo Llano Grande, el que solo se encuentra por primera vez completamente definido en el poder otorgado, por el Capitán Martín Ruiz de Carvajal el

de febrero de 1655, para vender esas tierras. En este documento se dice: "Yo El cappnn. Martín ruis de Carba jal depositario General de la ciudad deybagué otorgo que doi todo mi poder cumplido enbastante forma yel que dederecho conccesario para baler abernardo Joseph de las Peñas vecino de Santa Fé con tador de las rentas desimales deste rreyno para que por mi yen mi nombre y rrepresentando mimisma persona pueda bender y benda endha ciudad de Santa fé aquien le paresiere las tierras de llano grande de Cuello que fueron del Cppn. Alonso ruis desa ajosa mi padre según y como el lastubo y poseyo por títulos demerced en sucabesa y otros que hubo ycompró como consta decartas debenta y posesiones judiciales dhas tierras son y se comprehenden dentro del rio deluisa eldela magdalena y Cuello por laparte dearriba lasierra una cordillera aspera que nace delas barandas delrio de Cuello yrre mata en las deluisa la cual bendera". Los linderos en este documento encierran un área completamente definida que es la comprendida entre los ríos Magdalena, Coello y Luisa y la serranía comprendida entre estos dos últimos ríos que limita por el occidente la llanura Espinal Guamo-Chicoral y que es la misma que figura en el plano con el nombre de Cerro de San Francisco o Carrasposo. Efectivamente las características que presenta esta serranía concuerdan bien con la expresión con que se la describe en los linderos del poder. En un documento del archivo histórico nacional, traído al expediente por orden de la H. Corte, que tiene fecha 5 de noviembre de 1658 y que contiene un memorial de don Martín Ruiz Carvajal y Saajosa se definen las tierras de Llano Grande, dentro de los cuales se habían adjudicado a sus antepasados "algunas estancias o caballerías de ganado mayores", de la manera siguiente: "...en sobras de dicho llano que se comprende entre el rio Luisa y el de Cuello y la Magdalena y una siera que está de la parte de arriba". Existen en el expediente otros documentos de fechas posteriores tales como los remates de la hacienda o de partes de ésta, diligencias de posesión, ventas de la mitad, fijación de la línea divisoria entre las dos mitades y fundación de una Capellanía sobre una porción. En esos documentos se mencionan varios puntos y accidentes situados dentro del perímetro de Llano Grande que determinaban las líneas divisorias las partes en que se fue dividiendo. Algunos esos accidentes topográficos como el paso del ganado sobre el río Luisa, las quebradas de Juan Hernández, de Guaduas, del Eneal, de Guayabal, de Montalvo, de Santana, de Agua Blanca, La Morena, de Camalá, Boca de Cuello y quebrada de Vile constituyen elementos topográficos bien definidos, identificados y determinados sobre el terreno que han conservado sus nombres primitivos; pero hay otros como el Rodeo del Hobo, Monte Redondo, la Mata Redonda, Rincón de Paujil, Piedra de Santuario, etc. de los cuales, no se conserva una tradición que permita identificarlos.

En cuanto a los ríos Cuello y Magdalena, Luisa y la Serranía de San Francisco o Carrasposo, que se citan especialmente en el punto que estudiamos son accidentes fisiográficos bien destacados y notorios que por lo mismo son fácilmente identificables y determinables. Dichos accidentes están conectados entre sí en forma que determinan un contorno cerrado y definen precisamente una extensión territorial.

El plano de localización que se acompañó al memorial de 12 de marzo de 1945 está dibujado en escala de 1/100.000 y en él aparecen representados: el curso de la parte del río Magdalena comprendida entre la desembocadura del Río Luisa y la desembocadura del río Cuello, los recursos de estos dos últimos ríos entre sus respectivas bocas en el Magdalena y los sitios en donde pasan frente a las extremidades Sur y Norte respectivamente, de la cordillera de San Francisco o Carrasposo, y el trazo de esta cordillera entre los mencionados ríos. Los referidos accidentes forman así un contorno cerrado que demarca el territorio que según hemos visto se denominó Llano Grande y que se señala en el plano con línea roja. El reconocimiento practicado sobre el terreno para confrontar el plano y el mismo conocimiento personal que los suscritos tenemos de la región nos permiten afirmar que la representación que en ese plano aparece de los nombrados accidentes corresponde a la realidad sobre el terreno. Dentro del mismo plano se encuentran dibujados la mayor parte de los sitios y corrientes de agua que se mencionan en los diversos títulos referentes a las tierras de Llano Grande y que por las identificaciones que se hicieron durante la inspección ocular también pudimos apreciar que están representados en el plano de acuerdo con la realidad.

Conclusión: Por lo expuesto, podemos responder al primer punto del cuestionario así: El río Cuello, el río Magdalena, el río Luisa, la serranía de San Francisco o Carrasposo, y la mayor parte de los otros nombres y sitios geográficos que se men-

cionan en los títulos que configuran en el expediente relativos a las tierras llamadas de Llano Grande, son determinables sobre el terreno y corresponden a la representación que de ellos se hace en el plano presentado con el memorial de fecha 12 de marzo de 1945".

En corroboración de lo conceptuado por los peritos según la transcripción que precede, interesa anotar que en el acta de la inspección ocular correspondiente al día 2 de junio de 1945 (fol. 27v. Cno. 20) se hizo constar que, con intervención de testigos, se procedió a la identificación de la "Serranía de San Francisco" o "Carrasposo", que constituye el lindero occidental de la antigua hacienda de **Llano Grande** y que va del río Cuello al río Luisa".

Y en el acta de la inspeción ocular habida en el día 4 del mismo mes de junio de 1945, se lee lo siguiente:

De la población del Guamo se volvió por la carretera hasta el punto llamado "Cortadero" y de éste se siguió por la carretera que va a Ibagué, hasta llegar al puente que queda a la salida de la población de Chicoral, sobre el río Coello. Desde este puente, el personal de la diligencia, mirando hacia el Noroeste pudo identificar unos cerros que mueren en la margen derecha del mismo río Coello, y que son los mismos que figuran en los planos que obran en el expediente con el nombre de "San Francisco" o Carrasposo". El personal de la diligencia deja constancia de que las diversas fincas identificadas en el curso de la inspección y que son materia del aviso a que se contrae este juicio, están dentro de un globo encerrado por el río Magdalena, las quebradas de Camalá y Montalvo, y una línea aproximadamente recta que une los nacimientos de estas dos quebradas, globo que se conce con el nombre de "Santana" y que este mismo globo está a su turno comprendido dentro de un fundo mayor encerrado por los ríos Coello, Magdalena, y Luisa y el cerro de "Carrasposo" o "San Francisco" fundo que se conoce con el nombre de "Llano Grande".

III

La antigua hacienda de "Santana"

De la transcripción que se acaba de hacer, tomada de la diligencia de inspección ocular, aparece que el globo de tierra conocido con el nombre de Santana quedó también identificado y que tal globo está comprendido dentro de un fundo mayor encerrado por los ríos Coello, Magdalena y Luisa y el cerro de "Carrasposo" o "San Francisco", o sea dentro del fundo de "Llano Grande".

Se advierte ahora que resulta por aquí de singular interés la identificación operada del globo de "Santana" dentro de la gran hacienda de "Llano Grande", por cuanto como habrá de anotarse más adelante en el presente fallo, los distintos lotes de terreno, en número de cincuenta y cuatro (54), objeto del aviso de exploración de petróleo están íntegramente incluídos dentro del mencionado globo territorial denominado "Santana" o "Hato de Santana".

Y a este propósito hubieron de expresar los peritos antes mencionados:

"La finca llamada "Hato de Santa Ana" o "Santana" aparece delimitada por primera vez en los documentos del expediente en la escritura de fecha 11 de noviembre de 1762 en que consta la venta hecha por don Antonio Alvarez a don Bernardo de los Reyes de "el Atto llamado de Santa Ana" que había comprado a doña Ana de Soto López y que formaba parte de la mitad de Llano Grande la cual quedaba al oriente de la línea divisoria, Guamo-Boca de Cuello. En esta escritura figuran los siguientes linderos: "y la tierra critura figuran los siguientes linderos, (aquí los linderos).

La mayor parte del contorno que definen estos linderos está constituída por límites naturales o arcifinios bien definidos y conectados entre sí, que han conservado sus mismos nombres hasta el presente y que por tanto son identificables y fácilmente determinables. De las dos líneas no constituídas por accidentes naturales, la que va de la boca del río Cuello a Cucharo está bien determinada y solo hay una indeterminación en la corta línea que une la quebrada de Cucharo con la cabecera de la quebrada Montalvo, indeterminación que posteriormente se eliminó, identificando el Cucharo como nacimiento de la quebrada Montalvo. Con una modificación en el lindero occidental, o sea la recta entre la boca del río Cuello y la cabecera de la quebrada Montalvo, los linderos de Santana, descritos anteriormente, figuran en lo demás iguales en las diligencias de posesión dada el 16 de enero de 1851 a don Joaquín Chacón curador del señor Moya. Por motivo de la oposición hecha por el dueño de las tierras de Amabato, colindantes con las de Santana, la referida línea recta se cambió por una línea quebrada com

uesta por el curso de la quebrada Camalá que lesemboca en el Magdalena y la recta que une l nacimiento de dicha quebrada con El Cucharo, acimiento de la quebrada Montalvo. Estos linderos, así modificados aparecen igualmente en las diligencias de remate de las tierras de Santana ue se verificó en el Guamo a favor de los señoes Camilo Sarmiento y Guillermo París el 18 de ctubre de 1851; y en las escrituras Nº 485 de 29 e abril de 1856, y Nº 1298 de 19de diciembre de 857, ambas de la Notaría Primera de Bogotá, que xpresan los linderos de Santana en la siguiente rma, (aquí los linderos).

Finalmente en las escrituras Nº 272 de 28 de viembre de 1882 —Notaría del Guamo— que ntiene la hijuela de la señora Hersilia Guzmán e Espinosa y las números 1053 y 1387, de 30 de ciembre de 1872 y 31 de diciembre de 1806 respectivamente —ambas de la Notaría 1ª de Bogo— y en que consta la venta de Santana a la Soedad Agrícola de Flandes, se encuentran los sieientes linderos, (aquí los linderos); estos linros que aunque expresados en forma ligeraente diferente son en realidad los mismos que transcribieron inmediatamente antes, están nstituídos por el curso de la quebrada Montal, el curso del río Magdalena desde la desemcadura de ésta hasta la de la quebrada Camalá el curso de esta última quebrada, que son todas eas naturales o ardifinias y por lo mismo fácilnte determinables. Por el occidente se cierran linderos en parte por una antigua cerca de pie- que todavía existe y que fue reconocida en la spección ocular, y en la parte restante por una ta que une la extremidad sur de esa cerca con cabecera de la quebrada Montalvo, líneas, estas últimas, que son, desde luego, también perfecnente determinables. Los referidos linderos es demarcados con línea verde en el plano pretado con el memorial de aviso y con línea azul el plano presentado con el memorial de fecha de marzo de 1945. En estos planos el nacimiende la quebrada Montalvo aparece señalado al nte del camino que de Coello conduce al Esal y durante la diligencia el señor José Paba lalba señaló como nacimiento de la quebrada mojon de piedra colocado al occidente del cao, aproximadamente a unos 30 metros de discia de éste. No obstante, parece que el naciento corresponde más propiamente al sitio que alán los planos que es donde se observa la inición de un cauce bien definido y que está de acuerdo con lo que indica el plano levantado por los ingenieros Rafael Alvarez Salas y Gabriel Solano, plano de que hablaremos más adelante. De todos modos, cualesquiera que sea el punto de nacimiento de la quebrada Montalvo, los lotes reconocidos en la inspección ocular quedan comprendidos dentro del perímetro de la hacienda Santana.

Durante la inspección ocular se apreció que el trayecto del río Magdalena comprendido entre las bocas de las quebradas Montalvo y Camalá es una parte del comprendido entre la desembocadura del río Luisa y la del río Cuello y que las quebradas Montalvo y Camalá nacen y desarrollan todo su curso dentro del territorio que demarcan los ríos Magdalena, Luisa y Cuello y la Cordillera de San Francisco o Carrasposo que según dijimos atrás son los linderos del globo denominado Llano Grande. De esto se desprende claramente que la hacienda de Santana delimitada por cualquiera de las alinderaciones que hemos estudiado, está íntegramente comprendida dentro del globo de Llano Grande.

Conclusión: De lo expuesto respecto de este punto deducimos la siguiente conclusión: los linderos que figuran en los títulos y documentos del expediente, relacionados con la finca denominada "Hato de Santa Ana" o "Santana" son perfectamente determinables sobre el terreno y la mencionada finca se hallaba íntegramente comprendida y hacía parte del globo de mayor extensión denominado Llano Grande".

Y ya que se trata en concreto de la hacienda "Santana" y también de los lotes del aviso íntegramente en ella incluídos, es de especial interés copiar en seguida otros pasajes pertinentes de la exposición pericial:

"La hacienda de Santana según el plano levantado para su partición por los Ingenieros señores Rafael Alvarez Salas y Gabriel Solano tenía una área de 11.332 hectáreas con 7.200 m². Las fincas a que se refiere el aviso son 54 lotes pequeños cuyas áreas suman en total 4.034 Hect. 5659 m² y están localizadas a uno y otro lado del curso de la quebrada Santana, de la línea férrea y de la carretera Espinal-Flandes, líneas todas que recorren la parte central del globo de Santana. Quiere esto decir que toda el área de las fincas materia del aviso no alcanza a la mitad del área total del globo de Santana.

En los planos que figuran en el expediente se encuentran demarcados los lotes correspondien-

tes a las referidas fincas de manera que es fácil apreciar su ubicación, forma y linderos particulares. Durante la inspección ocular el personal de la diligencia recorrió en diversos sentidos el terreno correspondiente al globo de Santana según se puede ver en la relación que consta en las actas respectivas. En esos recorridos se reconocieron objetivamente todos, uno por uno, los lotes materia del aviso, y pudimos verificar que su localización corresponde a la que se señala en los planos del expediente y que todas esas fincas están situadas, sin lugar a duda, dentro del perímetro que delimita la antigua hacienda de Santana. Como ya se vió atrás este globo se halla a su vez comprendido dentro de los linderos de Llano Grande.

Conclusión: Las fincas materia del aviso de que trata este juicio se hallan comprendidas todas dentro de los linderos de la antigua hacienda de Santana a que se refieren los puntos b) y c) del cuestionario y como esta hacienda a su vez hizo parte del globo de Llano Grande, las fincas del aviso están comprendidas dentro de los linderos de tal globo de terreno".

Y más adelante agregan los mismos peritos:

"**Conclusión:** El examen de los diversos linderos y datos que figuran en los documentos que contiene el expediente nos permite conceptuar, por la confrontación con la realidad geográfica, con la tradición local de los nombres y con la continuidad de las transferencias, que los diversos actos, contratos y providencias contenidos en esos documentos se refieren a los terrenos en donde se hallan ubicadas las fincas materia, del aviso, que son parte de la hacienda de Santana, y ésta a su vez fue parte del globo de Llano Grande. Por consiguiente hay evidentemente una relación entre esos documentos y las fincas materia del aviso".

Cumple ahora observar que en el curso de las diligencias de inspección ocular, o sea en las visitas al terreno efectuadas en los días 1º y 2 de junio de 1945, hubo lugar a reconocer y a identificar por el personal de la inspección los diferentes lotes objeto del aviso de exploración con taladro y con las denominaciones en cifras que en seguida se indican, que son las que corresponden al plano presentado como prueba por la parte actora ante la Corte y al cual se refieren los peritos en los párrafos transcritos, y de los cuales lotes se hablará en detalle al finalizar el presente fallo:

El reconocimiento se hizo en el siguiente orden:

Lotes Nos. 1º, 2. 35, 36, 7, 47, 62, 63, 61, 61H, 71, 204, 194, 192, 200, 121, 122 (Véase acta de inspección ocular del 1º de junio).

Lotes Nos. 127, 133, 139, 186, 185, 139-1, 139A, 182, 183, 139H, 139B, 139C, 139D, 139D', 139E, 169, 206, 205, 202, 191, 224, 223, 260, 258, 139, 147, 83, 84, 73, 77, 178, 179, 208, 209, 215, 217, 218, (véase acta de la inspección ocular correspondiente al 2 de junio).

IV

Sentencia de la Corte dictada con relación a la hacienda de "San Rafael"

Se sigue de lo puntualizado bajo los ordinales I, II y III, que preceden, que los lotes de terreno objeto del aviso de exploración con taladro forman parte de la antigua hacienda de "Llano Grande" y en particular de la porción de ella denominada "Hato de Santana".

Ahora bien: entre los documentos presentados por la parte actora para fundar su derecho se halla copia de la sentencia que esta Sala de la Corte hubo de proferir en relación con la propiedad petrolífera privada sobre la hacienda de "San Rafael", situada también en el Municipio de El Espinal, del Departamento del Tolima.

Dicha hacienda formó igualmente parte integrante del antiguo "Hato de Santana", de donde se sigue que la situación jurídica de ella por que respecta al subsuelo petrolífero no se distingue en realidad de la que corresponde a los 54 lotes con los cuales el presente juicio toca.

Se comprende así que es de sumo interés importancia conocer los fundamentos del fallo dictado en el negocio judicial de "San Rafael".

Lleva la sentencia mencionada fecha 15 de abril de 1943. Aparecen estudiadas en ella las mismas mercedes concedidas a Alfonso Ruiz de Saajosa a Francisco Galeano Cid y se llega con respecto a tales actos a igual conclusión a la que trae el presente fallo; es a saber: que del contenido de esos documentos, y dada la vaguedad de los linderos en ellos consignados, no aparece determinada, ni hay posibilidad de determinar debidamente la exacta localización de los lotes de terreno así enajenados.

Igual deficiencia en materia de alinderación no obstante su valor jurídico intrínseco, hubo de reconocer el fallo de que se viene hablando a documento que figura también en el proceso

dicial, o sea aquel en que aparecen consignadas las composiciones de tierras de Tocaima e Ibagué correspondientes al año de 1634.

Por lo demás y por tratarse de una situación jurídica que coincide por todos sus aspectos con la contemplada en el juicio actual, habrán de transcribirse a continuación, y de manera literal, los siguientes pasajes del fallo dictado en el asunto de "San Rafael", siendo de advertirse desde luego que justamente los documentos que aparecen analizados allí obran también como parte integrante del proceso en este asunto que se halla hoy bajo el estudio para su decisión.

"Actos entre particulares anteriores a 1821.—La Compañía avisante presentó, en la documentación allegada al Ministerio y en las pruebas practicadas ante la Corte, numerosos documentos que demuestran la verificación de actos entre particulares antes de que rigiera la Ley 11 de octubre de 1821. De éstos, algunos ya fueron someramente analizados por la Sala y ahora se mencionan: El pleito entre don Juan Manuel de Moya y Guzmán y don Antonio Alvarez, por el deslinde de las tierras de El Retiro' y "Llano Grande", situadas entre los ríos de Luisa y Cuello"; "Diligencias relacionadas con el testamento de doña María de Melgar y Coronel"; "Fundación de un patronato sobre la hacienda de 'Llano Grande' y 'Hato de Santana' etc... Estos actos han sido aducidos para acreditar dominio particular frente al Estado, considerando que ellos pertenecen a la clase de actos o contratos entre particulares anteriores al 11 de octubre de 1821, que de conformidad con la ley de ese año, y según algunos de sus intérpretes, servían para acreditar que las tierras a que se refieren salieron validamente del Estado durante el tiempo de la Colonia. Ya la Corte ha concluído en varios fallos (C. J. Nº 1987, tomo LIII), que documentos de tal naturaleza son insuficientes, por sí mismos, para demostrar la propiedad particular respecto al Estado. Ahora, la Sala se limita a ratificar esa doctrina, sin detenerse a analizarla, en atención a que no se han presentado argumentaciones diferentes a las ya vistas en otros fallos, que la lleven a modificar su juicio. Por tanto, se niega a los documentos mencionados y a los demás similares un valor probatorio capaz de demostrar dominio privado sobre las tierras que con ellos se relaciona. — **La explotación económica como título de justa prescripción.** — En fallo proferido por esta Sala el 5 de agosto de 1942 estudió la Corte el fenómeno jurídico que se operó durante el Virreinato de la Nueva Granada llamado de justa prescripción. A ella pertenecen estos pasajes: ..."Los que poseyeron en el período indiano a títulos de justa prescripción debieron justificar su posesión ante las autoridades; así lo estableció claramente la Cédula de San Lorenzo; y los que no lo hicieron no consolidaron ese estado jurídico de prescribiente, convirtiéndolo en dominio..... "Limitada la prescripción de que se viene hablando a la tierra que se explotaba económicamente, se explica la tolerancia de las autoridades de la Colonia, que permitieron que se mantuvieran esas situaciones, conservando, eso sí, permanentemente el principio jurídico y la regla legal de que era necesario componer tales estados anómalos, justificando la antigua posesión. Se explica, porque las tierras de daban o adjudicaban para su explotación. Puede suponerse que ocurrió algo semejante —no igual— a lo que pasa hoy a los cultivadores de baldíos, que tienen que sacar el título, aunque con esta diferencia: algunas leyes de la república declaran que la propiedad de las tierras baldías se adquiere por el cultivo; las leyes coloniales nunca lo reconocieron así: había que justificar la antigua posesión a título de justa prescripción, sacar el título, u obtener una adjudicación respecto a la posesión reciente. — "¿Qué ha de hacer hoy el intérprete de esas leyes, el juez que califica aquellos remotos estados jurídicos, que pudieron dar nacimiento a la prescripción **sui generis** en el derecho indiano?

"Acerca de éstos caben algunas consideraciones para comparar el régimen de las tierras realengas, anterior a 1821, con el que estableció sobre baldíos dicha ley:

"124. La misma antigua posesión reconocida en 1754,—que allí se definió antigua posesión como título de justa prescripción" (capítulo IV Cédula de San Lorenzo), y que traducía la posesión antigua en la prescripción, pasó en 1821 a la ley, artículo 5º: 'los que poseyesen tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de justa prescripción', etc.

"Y en cuanto a la posesión reciente, a la cual se refieren el artículo 4º, dijo la ley de 1821: "Los que se hallen actualmente en posesión de las tierras baldías con casas y labranzas en ellas, sin título alguno de propiedad, serán preferidos entre las ventas, 'etc..... "La analogía es perfecta entre los casos contemplados en 1754 y los previstos en 1821..... "La ley de 1821 se presenta benévola con la antigua posesión; desde que la admite es

porque respeta la antigua posesión o prescripción del tiempo colonial —no podía referirse a otra— respecto a la cual no se conoce en qué forma debía justificarse ni ante qué autoridades. Más tarde el fenómeno se repite: se establece en la ley de 1621 la obligación de sacar los títulos correspondientes a esa posesión inmemorial, señalándose el plazo de un año para hacerlo; no se conocen, ni el modo como debe demostrarse esa situación; ni se determina la autoridad que ha de conferir tales títulos. La paridad entre los casos contemplados por el legislador indiano en 1754 y por el de la República en 1821 no sólo admite sino que parece imponer, respecto a la interpretación de la última ley, el mismo criterio benévolo que ella empleó para calificar los estados jurídicos a que se hace referencia y que habían nacido y tomado forma bajo la legislación española anterior a la ley colombiana. El fenómeno contemplado en 1821, de la posesión inmemorial anterior, o justa prescripción, visto por el juez de 1942, respecto al período anterior a la ley primera nacional sobre tierras baldías, tiene que ser mirado con idéntico criterio de amplitud, para juzgar acerca de la omisión en que posteriormente se incurrió o pudo incurrirse, de obtener el título correspondiente; así como durante la colonia se incurrió en tal omisión, en muchos casos, la que fue estimulada por el legislador de 1821 como suficiente para desconocerle valor jurídico a aquellos estados constituídos por hechos de particulares anteriores a ese acto, en la República igual omisión no debe acarrear efectos diferentes.

"Hay que volver a decir que de conformidad con la legislación indiana, los estados jurídicos constituídos por la simple ocupación de hecho de las tierras realengas, o por la posesión de ellas a título de justa prescripción, no produjeron por sí solos el dominio particular. Por consiguiente, al iniciarse la vida libre de lo que fue antiguamente colonia española, bien pudieron los legisladores ajustarse al estricto derecho que venía imperando, y desconocer todo valor a esos estados jurídicos imperfectos que no se habían convertido en dominio. Pero seguramente el espíritu de tolerancia que imperó en el régimen colonial hubo de influír en el ánimo de los legisladores patrios, quienes reconociendo la existencia de tales situaciones, estimaron acertadamente (sic) ser de justicia y conveniencia prorrogar los términos para el arreglo de tales estados, restableciendo en forma distinta, la institución que regía en la Colonia, sobre el deber de sacar el título los poseedores.

"Las otras leyes, ya enunciadas, que consagraron idéntico principio de tolerancia respecto a cumplimiento de la obligación de obtener el título los poseedores con posesión inmemorial o d justa prescripción, son la de 30 de marzo de 184 la 70 de 1666 y el Código Fiscal de 1873. Brevemente se detiene la Sala a hacer un examen d algunas de esas disposiciones relacionadas con punto en cuestión..... "Considera, por tanto, Sala que la omisión en el deber de sacar oportunamente los títulos los poseedores de tiempo i memorial o de justa prescripción, a que se refie la ley de 1821, no constituye fundamento jurídic para deducir que por ese solo hecho, de la om sión mencionada, los poseedores que en ella i currieron hubiesen caído en la sanción previs en el artículo 5º de dicha ley y que por tanto s tierras hubiesen vuelto automáticamente, por transcurso del plazo señalado sin el cumplimien de la obligación, al dominio de la República. E tima la Corte que así como en 1843, por dispos ción expresa de la ley, los antiguos poseedor podían ocurrir por el título de propiedad, y co después, en virtud de las leyes de 1866 y 18 pudieron hacerlo también los poseedores con p sesión anterior de veinticinco años, puede hoy órgano judicial hacer el reconocimiento de la p piedad por justa prescripción o posesión inmem rial contemplada en el artículo 5º de la ley 1821, previas las comprobaciones necesarias de l berse poseído o explotado económicamente las t rras antes de la vigencia de aquel estatuto leg

"Claramente se ha visto que la posesión inmem rial o justa prescripción debió ser efectiva y re concepto que se reproduce acertadamente en el explotación económica. Habrá pues que acredi tal explotación económica para ponerse en ca cidad de alcanzar hoy la declaración judicial propiedad sobre tierras realengas poseídas a tit de justa prescripción o por posesión inmemo durante la colonia (G. J. número 1987 pág. 9

La explotación económica en la hacienda de "Rafael". El señor apoderado solicita subsidia riamente de la Corte que haga una declaración prescripción respecto de los terrenos materia aviso, con fundamento en su explotación ec mica anterior a 1821, petición que considera seguida la Sala.

En concepto de los señores peritos, doctores B jamín Villegas y Jorge A. Perry, del examen los autos resulta evidente que la finca de San

fael descrita en el aviso se halla comprendida dentro de un globo de terreno encerrado por los ríos Coello, Magdalena y Luisa y la serranía de San Francisco o Carrasposo, tierras que se conocen y se han conocido de tiempo inmemorial con el nombre de Llano Grande.

Pasa la Sala a ver si en la documentación presentada existen datos reveladores de explotación económica en las tierras a que se refiere el aviso de exploración anteriores a 1821.

En la petición que en el año de 1613 dirigió Bernardo de Herrera al Presidente don Juan de Borja para que se le concedan tierras dentro de los linderos de Llano Grande, el peticionario reconoce que "dentro de los dichos linderos tiene el dicho capitán Alonso Ruíz algunas estancias con las cuales ocupa toda la dicha tierra, **trayendo en ella cuatro mil cabezas de ganado poco más o menos...**"

Por su parte don Alonso Ruíz, alcalde ordinario de la ciudad de Ibagué, al ser notificado de las pretensiones de don Bernardo de Herrera "dijo que la relación de Bernardo de Herrera es siniestra en todo, y contradice al hacerse la dicha merced de las dichas cuatro estancias, porque él ha que posee las dichas estancias más ha de treinta años quieta y **pacíficamente, y tiene en ellas más de catorcemil cabezas de ganado, más otras tres mil que mete ahora del hato del menor, y tiene en ellas mil yeguas y están ya los pastos muy esterilizados, y no puede caber más ganado en caso de que hubiera tierras que no las hay**..... Folios 141v. y ss. cuaderno del Ministerio).

Don Alonso Ruíz de Saajosa fundó el 19 de gosto de 1621 una capellanía "en términos —dijo— de la ciudad de Tocaima riberas del Rio de la Magdalena i rio de Coello que compro de Catalina de Prado vecina de la dicha ciudad **i tres mil cabezas de ganado vacuno y doscientas yeguas de caballos que tengo en las dichas tierras todo lo cual está libre de censo**.....

En un poder conferido por el Capitán Martín Ruiz de Carbajal en el año de 1655 (17 de febrero) a favor de Bernardo José de las Peñas para vender las tierras de Llano Grande se lee: "Yo el cappn. Martín Ruis de Carbajal... otorgo que doi todo mi poder cumplido... para valer aber nardo Josepf de las Peñas vecino de la ciudad de Santa Fé... para que por mi yen mi nombre y rrepresentando mimis ma persona pueda vender y ven... **las tierras de llano grande de Cuello que eron del cappn. Alonso Ruis de Saajosa mi pae... y dichas tierras son y me comprenden entre el rio luisa (sic) el de la Magdalena y Cuello por la parte de arriba la sierra una cordillera aspera que nace de las barandas del rio Cuello y rremata (sic) en las de Luisa** la cual bendera en cantidad de dose (sic) mil deaocho (sic) Rs. castellanos... mas quedando reserbado dedha benta (sic) las tierras que llaman del rincón de bile... ausimismo ade quedar rre serbado dedho **las tierras del trapiche que llaman de la isla..... para que juntamente pueda bender y benda los ganados que tiene en dhas tierras queseran esta entidad de siete uocho mil cabezas de yeguas chicas y grandes Burros hchores mulatos y ganados bacunospor presio cada cabezade dies yocho Rs...**"

"Es indudable que las tierras de llano grande a que se refiere este poder son las mismas que adquirió o por lo menos parte de ellas —el capitán Alonso Ruis de Saajosa por las mercedes que arriba se analizaron, y son también las mismas a que se refirió don Bernardo de Herrera al solicitar de don Juan de Borja merced de cuatro estancias "por la una vanda del rio Cuello hasta juntarse con el rio grande de la Magdalena, y de allí por frente el dicho rio cogiendo agua hacia su nacimiento..." Aparece en el expediente la copia de unas declaraciones rendidas en el año 1642 por los señores Juan Lozano Gallardo, Pedro Valderrama y Jacinto Leuro ante el entonces alcalde de Ibagué Capitán Francisco Leuro Bocanegra. El primero de los nombrados afirma que **"caben en dicho Llano Grande, según es voz y fama de que ha tenido en años pasados ochenta mil cabezas de ganado vacuno"**. El testigo Pedro Valderrama dice "Que en el Llano Grande, que este testigo ha visto, y paseado diversas veces antes, **el que hoy está poseyendo Martín Ruiz de Carbajal**, según su distancia y contorno le parecen a este testigo, cabrán en todo él más cantidad de cuarenta mil cabezas de ganado, y muchas **veces ha oido decir, éste testigo, y en particular al capitán Martín Ruiz de Carbajal, que ha pastado en el dicho llano, cuando estaba pujante cantidad** de cien mil reses". Y Jacinto Leuro expresa "que save que el Capitán Martín Ruiz de Carbajal... tiene y posee por tierras y estancias suyas, e mas de las que tienen vendidas a los padres de la Compañía de Jesús, **todas las tierras que llaman de Llano Grande donde ha habido antes de ahora una cantidad de cuarenta o cincuenta mil cabezas de ganado"**.

En el año 1732 doña Ana de Soto López, quien había rematado las tierras de Llano Grande en el año de 1731, tierras que habían sido propiedad

de doña María de Melgar y Coronel, madre de la rematadora, vendió al capitán Antonio Forero "la mitad de las tierras de Llano Grande, las cuales lindan cogiendo el rio Luisa, mirando al pueblo de Cuello de el lado de el hato de el Retiro, a mano izquierda, como quien viene de dicho Luisa;... "Entre los efectos vendidos con la tierra, se encuentran **"siete mil y treinta cabezas de ganado chico y grande; doscientas y treinta y dos cabezas de ganado manso; cincuenta y ocho bueyes de barbacoas; doscientos y noventa cabezas de cimarrón. Seiscientas setenta y cuatro yeguas con sus padrones. Ciento y ochenta caballos mansos de vaquería. Dos burras y un padrón; ocho burros hechores y pollinos; tres plataneras;**.....

Todos estos documentos, en los que se hace referencia a la posesión de las tierras de Llano Grande y Santana —tierras que, como ya se dijo, en concepto de los señores peritos, comprenden dentro de sus linderos la hacienda de **"San Rafael"** materia del aviso— con ganados, labranzas, etc., son demostrativos de que en ellas se cumplieron actos de explotación económica de la clase de que la legislación indiana requería para que pudiera acreditarse la justa prescripción al tenor de lo establecido especialmente en la Cédula de San Lorenzo que definió lo que por tal debía entenderse.

De los documentos que obran en el expediente aparece que la hacienda de Santana a la cual se refiere el plano hecho por los ingenieros Rafael Alvarez Salas y Gabriel Solano en 1888 con 11.332 hectáreas, es aproximadamente una quinta parte de Llano Grande, por donde se infiere que la extensión de éste era, también aproximadamente, de 60.000 hectáreas. Los ganados que poblaron esas tierras fueron, en promedio, según los testimonios vistos, 30.000 cabezas, lo que permite estimar que fue grande la explotación, correspondiéndole un ejemplar de ganado a cada dos hectáreas de tierra. En todo tiempo, inclusive ahora, esas cifras muestran un índice muy alto de explotación de la tierra con ganados. — Tales actos de explotación económica, considerados independientemente de los títulos que sobre las mismas tierras, o en parte de ellas se habían otorgado a don Alonso Ruiz de Saajosa y a don Francisco Galeano Cid, constituyen en concepto de la Sala, la justificación que los interesados pudieron hacer de su posesión durante el régimen colonial, e igualmente al tenor de lo previsto en la ley 11 de octubre de 1821, (artículo 5º) para obtener, de conformidad con esta norma, el título de propiedad. Corresponde por tanto hacer la declaración a la Corte, de que se ha consumado jurídicamente la prescripción adquisitiva de esas tierras frente al Estado, por actos de explotación realizados con anterioridad al año de 1821.

El señor Procurador Delegado dice que son varios los documentos del proceso que dan testimonio de la **explotación económica** particular de Llano Grande en la época de la Colonia"; y admite que con base en ese hecho prospere, dentro de reciente doctrina de la Corte, la pretensión de la Compañía avisante.

Como consecuencia de lo expuesto, es el caso de declarar que en las tierras a que se refiere el presente aviso de exploración, por haber salido del patrimonio del Estado antes del 11 de octubre de 1821, en virtud de justa prescripción, puede la Compañía avisante explorar y explotar petróleo, pues ha satisfecho el presupuesto de la ley 160 de 1936.

FALLO

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECIDE que es fundada la pretensión de la **Compañía de Petróleo Shell de Colombia,** de explorar y explotar petróleo en las tierras materia del presente aviso y cuya alinderación se expresa al principio de esta sentencia.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos. (Fdo.) Aníbal Cardoso Gaitán. (Fdo.) José M. Blanco Núñez. (Fdo.) Arturo Tapias Pilonieta. (Fdo.) Manuel Pineda Garrido, Srio. en propiedad.

Interesa observar que, aparte de los documentos que analiza y comenta la Corte en la parte motiva transcrita del fallo referente a la hacienda de "San Rafael", reposan también en el proceso actual otros documentos que llevan, de igual manera, a la conclusión de la existencia de la explotación económica del territorio correspondiente a Llano Grande.

Y así que sea digno de especial mención en el presente fallo el documento referente al remate hecho en 1742 por doña Ana de Soto López, en cual remate se mencionan sementeras como platanales, cacaguales, y herramientas, casas de hab

tación, capilla, ornamentos, ganados y caballos. En la entrega que se hizo de la mitad de Llanogrande consta ... que la finca rematada tenía 11.567 cabezas de ganado vacuno, 1092 de yeguno, 5 hechores, 90 bueyes, 349 caballos y varios esclavos (fol. 35v. Tomo 3º Títulos de **Santana y Llanogrande**).

Y es que, según bien claro aparece, este documento tiene fecha posterior al poder conferido por Martín Ruiz Carvajal en Tocaima a 17 de febrero de 1655, poder que precisamente, por la claridad y precisión de los linderos que allí se describen, fue el que sirvió en el presente juicio, según la diligencia de inspección ocular (fol. 26 cuaderno 20) y el dictamen pericial, para la identificación lograda de Llanogrande, como sirvió también para tales fines, dentro de los trámites del otro juicio citado, referente a la hacienda de "San Rafael".

Y de ahí que, dentro del mismo orden de ideas y por tratarse de un documento que vino al proproceso actual con posterioridad al envío a la Corte de este asunto por el Ministerio de Minas y Petróleos y por ser también un documento de fecha posterior al poder del cual antes se habló, conviene mencionarlo a efecto de dar aun mayor respaldo jurídico al dominio privado cuya existencia aquí se reconoce judicialmente.

Se trata, en efecto, del memorial, ante la Corte traído, en copia durante el término probatorio, memorial presentado por Martín Carvajal y Saajosa en 1688, donde aquél alega que, en los días de la guerra con los Pijaos ya su padre tenía poblado con ganados a Llanogrande, ganados que en aquella guerra se utilizaron, y en donde se hacen otras manifestaciones de interés acerca de la utilización económica de esa extensión territorial.

También en el documento de que se viene hablando se delimita el fundo de Llanogrande y con alguna relativa posición, esto es, en los siguientes términos: que se comprende entre el río Luisa y de Cuello y la Magdalena y una sierra que está a la parte de arriba". (Véase fols. 9 y siguientes, cuaderno Nº 20).

Hecha ya la transcripción de parte pertinente de la sentencia dictada en el asunto de la hacienda de "San Rafael", interesa repetir la observación consignada en el presente fallo, de que tal hacienda de "San Rafael" constituye una de las vastas parcelas en las cuales fue dividido el "Hato de Santana", entre los socios de la antigua sociedad agrícola de Flandes, lo cual ocurrió en el año de 1889, así como constituyen también porciones de la misma extensión territorial dividida, todos y cada uno de los 54 lotes de terreno sobre los cuales recae aquí el aviso de exploración con taladro.

Examinados por la Corte los títulos de propiedad que tocan con cada uno de los lotes de que se acaba de hablar, y que obraron en este voluminoso expediente, se hallan, en efecto, todos ellos encabezados por la correspondiente hijuela o cartilla de adjudicación correspondiente a la partición material operada, entre los socios referidos, de la hacienda o "Hato de Santana".

Según aparece, por otra parte, de la copia auténtica que en este proceso figura tomada del acta de la diligencia de inspección ocular, de la del peritazgo rendido en el juicio referente a la hacienda de "San Rafael", así como de los planos en este juicio presentados, dicha hacienda de "San Rafael" constituyó parte integrante del territorio de la antigua hacienda de "Santana". Formó además "San Rafael" según lo aseverado por el actor en este juicio (fol. 5 Cuad. 18), parte constitutiva del lote Nº 18, correspondiente a la división de "Santana" hecha en el año de 1889. Y justamente constituyen también parte de ese lote Nº 18, las parcelas marcadas en el presente fallo con el Nº 35, de **Ana Rita Perdomo** y con el Nº 36, de **Diomedes Morales**; parcelas cuyos linderos se indican más adelante en esta misma providencia, ya que estas dos últimas se hallan entre aquellas sobre las cuales recae el aviso actual de exploración petrolífera.

Y no sobra advertir, de otro lado, y a manera de corroboración de lo que se viene anotando acerca de la ubicación de la hacienda de "San Rafael", que dos lotes más de los 54 que abarca el presente juicio breve y sumario colindan, según comprobaciones del proceso, con la expresada hacienda de "San Rafael". Tales son los lotes Nos. 61, y 61A. Denominado el primero "La Soledad" y que figura como propiedad de los herederos de Antonio Barrero S.; conocido el segundo con el nombre de "El Arteaga", de propiedad de Juan de J. Ramírez T.

Se sigue de lo que se deja expuesto que para llegar a la conclusión, con la cual se halla de acuerdo el señor Procurador General de la Nación, de que es fundada la pretensión de la Compañía Shell de Colombia y asimismo las de las personas

que figuran en este juicio como propietarias de los 54 lotes o fundos objeto del aviso de perforación en busca de petróleo de propiedad privada, han de aducirse dos razones fundamentales:

A) Que la Corte estima comprobado en este proceso que, con respecto a la extensión territorial que abarcan los 54 lotes aludidos, por haber salido del dominio del Estado antes del 11 de octubre de 1821, en virtud de justa prescripción, procede la solicitud sobre aviso de perforación con taladro en busca del petróleo de propiedad particular que se halle dentro de los confines de los lotes de terreno aludidos;

B) Que aunque a la conclusión anterior puede llegarse por el examen de las constancias propias del proceso, y con independencia del contenido mismo del fallo dictado por la Corte respecto a la hacienda de "San Rafael", esa sentencia, considerada ella como documento público que tiene de por sí fuerza probante, viene por ello a constituír una aportación adicional a efecto de consolidar aun más la convicción de la Corte sobre la situación jurídica que hay lugar a reconocer a las propiedades de que habla la letra A) precedente.

Se observa ahora que, aunque procede admitir en el presente fallo de la Corte que el fenómeno de la justa prescripción se operó, en debida forma, con respecto al área cubierta por los lotes del aviso de perforación, se requiere de otro lado para que proceda la correspondiente declaración judicial, el definir igualmente si las personas que se presentan como propietarios de los 54 lotes de terreno, propietarios que se han aunado para dar el aviso de perforación bajo los auspicios de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, pueden ser efectivamente tenidos para los fines procesales, como dueños, desde luego sumariamente considerados en juicio sumario o en relación con los cuales alegan derecho a dar el aviso del cual aquí se trata.

Según se vió antes por las transcripciones de algunas de las motivaciones de la Resolución del Ministerio, dicho Despacho, haciendo alusión al requisito C) de carácter probatorio, que trae el tantas veces citado artículo 7º de la Ley 160 de 1936, y que toca con los títulos de propiedad actual del avisante, hubo de admitir dominio de parte de los dueños de los 54 lotes sobre los cuales recae objetivamente el interés del juicio, "en cuanto al dominio actual sobre el terreno, dice en efecto, el Ministerio se ha demostrado satisfactoriamente, pero tratándose de reconocer aquí la propiedad particular del petróleo, a tal fin no puede conducir el haber llenado uno de los requisitos señalados por la ley".

Ante esta declaración es de presumirse que efectivamente el Ministerio entró en el examen de cada una de las 54 titulaciones que obran en el proceso; y que, dentro de ese estudio, nada halló que objetar a tales titulaciones.

Obvio es, por lo demás, que la aludida declaración del Ministerio y la presunción que de ella se deriva, si bien constituyen un muy apreciable elemento de convicción acerca de la regularidad de esos títulos, elemento de convicción que en este fallo ha de acogerse, no exime sin embargo ella a la Corte del deber, como juez, de entrar a su turno en el estudio aunque sumario de tales titulaciones respecto al presente asunto judicial, y ya que la regularidad en general y vigencia de esas titulaciones están vinculadas a la personería sustantiva, al interés jurídico de la parte actora para pedir en este género de juicios. Naturalmente sin perder, por otra parte, de vista, por lo que toca a la trascendencia misma del fallo, la finalidad de éste dentro del campo propio del dominio petrolífero privado y la calidad de juicio breve y sumario cual corresponde al actual susceptible desde luego el fallo de la revisión nuevo estudio en el juicio ordinario de que trata el propio artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

De otro lado, también la personería adjetiva de la persona o personas que en juicio han venido representando como apoderados a la parte actora compuesta de 54 personas algunas de ellas constituídas por varios comuneros, personas que figuran como dueños de los lotes sobre los cuales versa el interés del aviso de exploración con taladro y a quienes es necesario sumar, para los efectos de que se viene hablando, la representación de interés propio, como eventual exploradora de los yacimientos, de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia".

Se advierte, de paso, que la casi totalidad de los avisantes de que trata este juicio, hubo de dar poder para los efectos del aviso a la Compañía que se acaba de mencionar, poder que aparece consignado en alguna de las cláusulas finales de los contratos de exploración por la Compañía celebrados y como parte integrante de tales contratos (Véase cláusulas 24 o 25 de las respectivas escrituras Tomo 1º y 2º. **Contratos, Poderes-Ratificaciones**).

Figuran también en el proceso algunos poder

consistentes en memoriales dirigidos a la Corte, o en su tiempo al Ministerio de Minas y Petróleos, y suscritos generalmente por personas que llegaron a ser propietarios de los lotes respectivos merced a adquisiciones hechas con posterioridad a los contratos citados sobre exploración, celebrados con la **Compañía de Petróleo Shell de Colombia.**

A su turno el Gerente de la Compañía exploradora, en escrito de fecha 16 de diciembre de 1943, dirigido al Ministro de Minas y Petróleos, sustituyó tales poderes en abogados inscritos ante el Ministerio y ante la Corte. Y allí mismo confirió poder, en razón del interés propio de la Compañía como exploradora, a los abogados aludidos, que son los que han venido figurando tanto en la parte inicial administrativa, como en la judicial del proceso.

Algunos relativamente pocos, de los contratos celebrados con los terratenientes por agente oficioso en nombre éste de la **Compañía de Petróleo Shell de Colombia** no aparecen haber sido ratificados por la Compañía mencionada mediante el otorgamiento de escritura pública de ratificación, como sí ocurre en la generalidad de los casos (Véanse contratos referentes a lotes Nos. 71, y 204. 215, 216, 217, 218, 184, 77, 84, 139I, 139H, 127, 133, 182, 183).

Empero no halla la Corte que tal deficiencia constituya óbice suficiente para desconocer, en atención a las actuales constancias de los autos, el interés jurídico de la compañía mencionada en relación con los lotes respectivos, ya por lo que mira a su interés directo como empresa exploradora, así como por lo que concierne a la representación de los respectivos propietarios territoriales merced al poder conferido en el contrato aparente luégo, como se acaba de indicar, de ratificación por escritura pública, puesto que tal ratificación para los efectos procesales bien puede darse por consumada de parte de la Compañía misma por el hecho de presentarse en este juicio a hacer valer lo que respecto de las materias indicadas consta en las escrituras otorgadas por el correspondiente agente oficioso en nombre de aquélla.

Y en especial manera, en lo que hace a los poderes conferidos a la Compañía para las gestiones administrativas y judiciales por los respectivos propietarios territoriales, la sustitución aquí consumada de esos poderes por la Compañía constituyen demostración suficiente de la aceptación de éstos, lo cual se considera bastante y suficiente para los efectos procesales en el presente asunto.

Se sigue de lo que se deja expuesto que procede hacer en seguida mención, en particular, de cada uno de los 54 lotes de terreno con los cuales toca el presente juicio sobre aviso de exploración petrolífera.

Lote Nº 1º de Hortensia Jiménez de Soto.

Respecto a este lote aparecen en el proceso los títulos individuales de propiedad y el correspondiente certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de El Espinal (art. 7º, Ley 160 de 1936).

Figura como cabeza de la titulación la adjudicación hecha en la partición de la antigua hacienda de "Santana", y según hijuela tomada de la escritura en la cual consta tal partición, Nº 247 de 22 de mayo de 1889 de la Notaría del Guamo. Según esa hijuela, el lote Nº 15 de "Santana" fue adjudicado al accionista Mariano Molano.

Y, según la titulación de allí emanada, el lote Nº 1º de la señora Hortensia Jiménez de Soto constituye una parcela del lote de "Santana" que se acaba de mencionar.

Fue identificado el lote Nº 1º en consideración en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte, y de la cual se ha hecho referencia en pasajes anteriores del presente fallo.

Los linderos del lote Nº 1º, situado en el Municipio del Espinal, Departamento del Tolima, son los siguientes: (aquí los linderos).

Lote Nº 2 de María Molano de Isaacs

(Municipio de "El Espinal", Departamento del Tolima).

Este lote Nº 2, en calidad de parte integrante del antiguo lote Nº 15 de "Santana" adjudicado al señor Mariano Molano, tiene a partir del año de 1889 la misma procedencia que el lote Nº 1º que acaba de ser descrito. En el proceso figuran los instrumentos respectivos de transmisión de dominio y fue identificado como parte integrante de la antigua hacienda de "Santana" en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte. Los linderos de este lote son los siguientes, conforme a la escritura de aclaración Nº 3369 de 23 de agosto de 1943 de la Notaría 4ª de Bogotá.

(Aquí los linderos).

Según aparece de escritura pública Nº 798, de 24 de diciembre de 1942 de la Notaría de Girardot, parte del lote que acaba de ser alinderado fue vendido por la señora Molano de Isaacs al señor Guillermo Molano Barrios. La parte enajenada figura con los siguientes linderos, (aquí los linderos).

Interesa también observar que en autos figura el poder conferido por el señor Molano Barrios, para su representación en el presente asunto, precisamente a los mismos abogados que han tenido en él la representación de la señora Molano de Isaacs y de las demás personas interesadas en el aviso de exploración petrolífera que en este proceso se contempla. (Véase fl. 1º, T. 1º **Contratos, poderes y ratificaciones).**

Lote Nº 7 de Judith Espinosa v. de Noguera, María Espinosa de Jordán y Blanca Espinosa de Varón. "El Iguá".

Asciende esta titulación en lo moderno a la adjudicación hecha en 1889 (escritura Nº 247 de 22 de mayo de 1889 de la Notaría del Guamo), en cuanto forma parte integrante del lote Nº 16 de "Santana", adjudicado entonces al accionista Manuel Casabianca.

Figuran en el proceso los instrumentos respectivos sobre transmisión de dominio de este lote Nº 7, denominado **"Iguá"** y que fue identificado como parte integrante de la antigua hacienda de "Santana" en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte.

Está situado en el Municipio del Espinal, Departamento del Tolima, y sus linderos son los siguientes, (aquí los linderos).

Lote Nº 35 de Ana Rita Perdomo de Rodríguez.

Igualmente se remonta en lo moderno esta titulación a la adjudicación hecha en 1889 (escritura Nº 247 de 22 de mayo de 1889 de la Notaría del Guamo), por cuanto forma parte integrante del lote Nº 18 de "Santana", adjudicado entonces al accionista Rafael Espinosa Prieto.

Se hallan además en el proceso los documentos públicos sobre transmisión de este lote Nº 35 y en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte fue identificado como parte que hubo de constituír de la antigua hacienda de "Santana".

Este lote Nº 35 se halla situado en el Municipio de "El Espinal" del Departamento de Tolima y sus linderos son, (aquí los linderos).

Lote Nº 36 de Diomedes Morales

De igual manera que el lote Nº 35, cuyos linderos acaban de ser descritos, el lote Nº 36 forma parte del Nº 18 de "Santana" adjudicado este último en 1889 al accionista Rafael Espinosa Prieto, (escritura Nº 247 de 22 de mayo de 1889 de la Notaría del Guamo).

Fue identificado el lote Nº 36 en consideración durante la inspección ocular practicada por la Corte, en calidad de terreno comprendido dentro de la antigua hacienda de "Santana".

Se halla situado en el Municipio de "El Espinal" del Departamento del Tolima; y, según los títulos que obran en el proceso, sus linderos son los siguientes, (aquí los linderos).

Lote Nº 47 de Ana Julia Castañeda de Morales y Diomedes Morales.

Según la titulación que reposa en el expediente formó parte este lote Nº 47 del Nº 16 de la antigua hacienda de "Santana", adjudicado en 1889 al accionista Manuel Casabianca (escritura Nº 247 de 22 de mayo de 1889 de la Notaría del Guamo).

Consta en el acta respectiva de la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte que este lote Nº 47 hubo de ser identificado como parte que fue de la antigua hacienda de "Santana".

Está ubicado en el Municipio de "El Espinal" del Departamento del Tolima; y, según los títulos acompañados, tiene por linderos, (aquí los linderos).

Lote Nº 51 de los herederos de Antonio Barrero S. Lucía Victoria v. de Barrero, Ana Celmira, María Antonia, Rosaura, Ana Lucía, Manuela, Félix Antonio, Rafael y Roberto Barrera V.

Conocido este lote con el nombre de "La Sociedad", constituye, según la titulación que reposa en el expediente, parte integrante del Lote Nº 1 de la adjudicación de la antigua hacienda de "Santana", hecha en el año de 1889 (escritura Nº 247 de 22 de mayo de 1889 de la Notaría del Guamo). Como ya se sabe dicho lote Nº 16 fue adjudicado en 1889 al accionista Manuel Casabianca.

En cuanto al **Nº 61**, se observa que la Corte hubo de identificarlo en la diligencia de inspección ocular en calidad de porción territorial integrante de la referida hacienda de "Santana".

Dicho lote Nº 61, aparece, según la titulación acompañada, ubicado en el Municipio de El Espinal del Departamento del Tolima. Sus linderos son los siguientes, (aquí los linderos).

Como bien se ve por la alinderación precede

te, colinda este lote con la hacienda de "San Rafael" sobre cuya propiedad petrolífera versó la sentencia de la Corte, atrás mencionada.

Lote Nº 61-A de Juan de J. Ramírez T.

Este terreno llamado "El Arteaga", es otro de los lotes colindantes con la hacienda de **San Rafael,** acerca de la cual hubo de recaer, como ya se dijo, el fallo de la Corte de fecha 15 de abril de 1943. Se trata de una propiedad cuyos títulos emanan directamente de la partición hecha en el año de 1889 (escritura Nº 247 de 22 de mayo de 1889 de la Notaría del Guamo), y por cuanto el lote en cosideración, o sea el Nº 61-A, "El Arteaga", se deriva del lote Nº 17 de la antigua hacienda de "Santana", adjudicado al accionista Cipriano Vega.

Fue debidamente reconocido el terreno de "El Arteaga" en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte y en armonía con la titulación traída al proceso. Se halla situado en el Municipio de El Espinal, Departamento del Tolima, y sus linderos son, (aquí los linderos).

Lote Nº 62 de Rafael Amaya Rosas

Es conocido este lote con el nombre de "**Bruselas**". Según la titulación respectiva es uno de los que se derivan del lote Nº 16 de la antigua hacienda de "Santana"; y que, en la adjudicación de 1889 (escritura Nº 247 de 1889, Notaría del Guamo) correspondió al accionista Manuel Casabianca.

Consta en el acta de la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte, que tuvo lugar allí, la debida identificación del lote en mención Nº 62, "Bruselas", como parte integrante de la antigua hacienda de "Santana".

Se advierte, de otro lado, que los títulos propios de este lote Nº 62, que está ubicado en el Municipio de El Espinal, Departamento del Tolima, actualizan los linderos así, (aquí los linderos).

Lote Nº 63 de Agustín Pava R.

Este inmueble llamado "**Paradero**" se deriva, así como otros enunciados antes, del lote Nº 16 de la antigua hacieda de "Santana", adjudicado al accionista Manuel Casabianca en 1889 (escritura Nº 247 de 22 de mayo de 1889 de la Notaría del Guamo).

Se hizo el debido reconocimiento del lote Nº 63 referido en la diligencia de inspección ocular que estuvo a cargo de la Corte.

Por lo demás los linderos que corresponden a este lote, que está ubicado en el Municipio de El Espinal del Departamento del Tolima, son los siguientes, (aquí los linderos).

Lote Nº 73 de Isidoro Rodríguez

Consta de dos porciones de terreno, señalados con los números 13 y 8 de la partición conocida con el nombre de "Camalá" y "Santana", llevada a término en el año de 1917, y toman su origen ambas porciones del lote Nº 11, correspondiente este último a la división de la hacienda de "Santana", del año de 1889. Dicho lote Nº 11 fue adjudicado en la división mencionada al señor Lucas Serrano.

El lote Nº 13 en consideración de **Isidoro Rodríguez,** situado en el Municipio de El Espinal del Departamento del Tolima, tiene los siguientes linderos, (aquí los linderos).

De este lote Nº 73 se hizo el debido reconocimiento en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte.

Lote Nº 83 de Milciales Alcalá

Se halla situado este inmueble en el Municipio de El Espinal del Departamento del Tolima y constituye parte integrante del lote Nº 11, correspondiente a la división de la antigua hacienda de "Santana" en la cual le fue adjudicado al señor Lucas Serrano. Los linderos del mencionado lote Nº. 83, de Milciades Alcalá, son los siguientes, (aquí los linderos).

El reconocimiento e identificación de este lote tuvo lugar en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte sobre el terreno.

Lote Nº 121 de Alfonso Ortiz Aguilar

Aparece de las constancias del proceso que este lote, situado en el Municipio de El Espinal" del Departamento del Tolima, fue reconocido e identificado por la Corte en la diligencia de inspección ocular practicada sobre el terreno. Además, que es parte integrante del lote Nº 3, correspondiente a la división de la antigua hacienda de "Santana" efectuada en el año de 1889. Dicho lote Nº 3 fue adjudicado allí a la mortuoria del señor Julián Campos.

Los linderos del citado lote Nº 121, de Alfonso Ortiz Aguilar, son los siguientes, (aquí los linderos).

Lote Nº 122 de Carlos Borrero Alvarez

Este inmueble que se halla ubicado en el Municipio de El Espinal del Departamento del Tolima, fue debidamente reconocido e identificado en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte, y está formado por tres distintos lotes, que se determinan así: (aquí los linderos).

Lote Nº 139 de los herederos y cesionarios de Luis Serrano.

Aparece de autos que, por escritura pública Nº 60 de 24 de febrero de 1940 de la Notaría del Espinal, ratificada por la escritura Nº 1627 de 11 de junio de 1940 de la Notaría 4ª de Bogotá, la **Compañía de Petróleo Shell de Colombia** celebró contrato de exploración con respecto a este lote de terreno (véanse fls. 88/97, Tomo I - **Contratos Poderes, Ratificaciones).**

Empero, con posterioridad a tal contrato se perfeccionaron varias ventas y permutas entre los propietarios de las parcelas que constituyó el lote en mención Nº 139, el cual primitivamente perteneció a Luis Serrano.

Los actuales dueños de los lotes que formaron el Nº 139 resultan ser los indicados como propietarios de los lotes Nos. 139A, 139B, 139C, 139D, 139D' y 139E, que aparecerán relacionados en seguida.

Lote Nº 139A de Andrés Avelino Serrano.

Se halla situado en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima y fue debidamente reconocido e identificado en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte. Sus linderos son los siguientes, (aquí los linderos).

Lote Nº 139B de Agustín Alcalá y Trinidad Díaz de Campos.

Situado en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, y debidamente identificado en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte. Aparece alinderado así, (aquí los linderos).

Lote Nº 139C de Gregorio Serrano R., Cristina Cortés, Lucas Serrano Prada, Moisés Quintero y Urbano Vera.

Se halla situado este lote en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima y figura entre los identificados en la diligencia de inspección ocular practicada en este asunto. Sus linderos son los siguientes, (aquí los linderos).

En relación con el lote general Nº 139, quedó antes indicado que fue dividido en varias parcelas, una de las cuales es el lote Nº 169C, en consideración.

Aparece que la transmisión de la porpiedad de este lote a los herederos y cesionarios de Luis Serrano hubo de operarse en primer lugar a favor de Gregorio Serrano R., y luego en virtud de sucesivas ventas que éste hizo de varias porciones de dicho terreno, así: a) por escritura Nº 91 otorgada el 7 de mayo de 1940 en la Notaría del circuito de Girardot, registrada el 17 de mayo siguiente en el libro Nº 1º T. 2º partida Nº 54, págs. 178-180 Gregorio Serrano R., le vendió a Cristina Cortés de Cortés, dos hectáreas de terreno del que le fue adjudicado allí; b) por escritura Nº 133 otorgada el 14 de marzo de 1941 en la notaría de Girardot, registrada el 25 de los mismos, en el libro Nº 1º T. 1º, partida Nº 106, págs. 126-127, el mismo Gregorio Serrano R., le vendió a la misma Cristina Cortés de Cortés, otras hectáreas de dicho predio; c) por escritura Nº 645 otorgada el 22 de noviembre de 1941 en la Notaría de Girardot, registrada el 11 de diciembre siguiente, en el libro Nº 1º T. 1º, partida Nº 391, págs. 482 - 483, Gregorio Serrano R. le vendió a Lucas Serrano Prada tres hectáreas del predio que se le adjudicó; d por instrumento Nº 39 otorgado el 11 de febrero de 1942 en la notaría del Espinal, registrado el de marzo siguiente en el libro 1º T. 1º partida Nº 69, págs. 10 a 12, Gregorio Serrano R. le vendió a Moisés Quintero F. dos y media hectáreas del predio adjudicado a él; y e) por instrumento Nº 19 otorgado el 28 de enero del año de 19 en la Notaría del Espinal, registrado el 26 de febrero siguiente en el libro Nº 1º T. 1º partida Nº 84, pág. 92, Gregorio Serrano le vendió a Urbano Vera otras dos y media hectáreas de su terreno adjudicado. (Véase certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Espinal, fls. 5 y 60v. del Tomo 17, **Memorial de aviso, documentos anexos y certificados".**

Se tiene ahora que, por cuanto el contrato ce

brado con la **Compañía de Petróleo Shell de Colombia** sobre exploración en el lote general Nº 139, entre los propietarios actuales del lote Nº 139C sólo fue suscrito por Gregorio Serrano R., los demás propietarios es a saber, Lucas Serrano Prada, Cristina Cortés y Moisés Quintero confirieron poder por memorial según aparece a los folios 23, 4 y 5 del Tomo 1º de **Contratos, Poderes, Ratificaciones.**

No puede afirmarse lo propio respecto al señor Urbano Vera, cuyo poder no figura en autos. Y ya se indicó que tampoco aparece entre los firmantes de la escritura de contrato de exploración.

En tales circunstancias es improcedente hacer declaración alguna en este fallo respecto a las dos (2) hectáreas y quinientos (500) metros cuadrados, que figuran como de propiedad de Urbano Vera dentro del lote marcado con el número 139C. La extensión territorial en lo que toca con cada uno de los demás propietarios del lote Nº 139C en mención es la siguiente: Gregorio Serrano R. 25 hectáreas con 5.895 metros cuadrados; Cristina Cortés de Cortés 5 hectáreas, Lucas Serrano Prada 3 hectáreas; Moisés Quintero 2 hectáreas, 5.000 metros cuadrados.

En relación con el lote Nº 139D, que habrá de mencionarse más adelante, confirieron poder por memorial sus propietarios Guillermo Saiz (llamado también Díaz), y Gregoria Ramírez de García (fl. 2 y siguientes, T. 1º, **Contratos, Poderes y Ratificaciones).**

Así mismo en relación con el lote Nº 139B, fue conferido poder, en memorial, copropietario por la señora Trinidad Díaz de Campos. (Véase (fl. 2, Tomo 1º, **Contratos, Poderes, Ratificaciones).**

Lote Nº 139D de Guillermo Saiz y Gregoria Ramírez de García.

Se halla ubicado este lote de tèrreno en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima y sus linderos son los siguientes, (aquí los linderos).

Se advierte aquí que en la diligencia de inspección ocular, y según consta en el acta respectiva, hubo lugar a la rectificación consistente en reconocer que el verdadero nombre del propietario del lote en consideración es **Guillermo Saiz** y nó **Guillermo Díaz,** como por equivocación figura en la solicitud o aviso de exploración (fl. 18 - Cuaderno Nº 18); y lógicamente, también en la Resolución del Ministerio (fl. 65 cuaderno Nº 18). Puede consultarse además la escritura Nº 139 de 23 de julio de 1942, de la Notaría del Espinal, en la cual figura en realidad como comprador del lote el señor Guillermo Saiz (Véase fls. 92 y 93 del Tomo Nº 6º sobre títulos relacionados con el lote Nº 4 de "Santana").

Lote Nº 139D' de Petronila Correales.

Se halla situado este inmueble en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima y figura entre los identificados en la diligencia de inspección ocular practicada en este asunto. Los linderos del lote son los siguientes, (aquí los linderos).

Consta de autos que este lote fue adquirido por Petronila Correales por compra a Trinidad Díaz de Campos según escritura pública Nº 148, otorgada en la Notaría del Espinal, con fecha 23 de Mayo de 1940. (Véase fl. 61 del T. 17. **Memorial de aviso, documentos anexos y certificados).**

Por otra parte figura en los autos el poder conferido por Petronila Correales para el adelantamiento del presente juicio (Véase fls. 2 y siguientes T. Nº 1º **(Contratos, Poderes, Ratificaciones).**

Lote Nº 139E de Milciades Alcalá

Está situado este lote en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, y figura él entre los identificados en la diligencia de inspección ocular practicada en este juicio. Los linderos del lote en referencia son los siguientes, (aquí los linderos).

Lote Nº 147 de Milciades Alcalá

Se halla situado este lote en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima y en el auto de la inspeción ocular se hizo el debido reconocimiento de dicho fundo. Sus linderos son los siguientes, (aquí los linderos).

Lote Nº 160 de Isidoro Rodríguez

Está constituído este inmueble por dos lotes de terreno, ambos situados en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, o sea por el lote Nº 19 correspondiente a la partición de una comunidad (que tuvo lugar en el año de 1910), lote cuyos linderos son los siguientes, (aquí los linderos).

Y por otro lote delimitado así (aquí los linderos).

Lotes Nos. 178, 179, 208 y 209 de Eufrosina Vega de Rodríguez (178), Rosalbina Vega de Ramírez, Paulo Rodríguez, y Domingo Barrero (179), Hermógenes Feria, Clemencia Cortés y Secundino Gómez (209)

La Compañía de Petróleo Shell de Colombia hubo de contratar la exploración de estos lotes por escritura pública Nº 67 de 16 de Marzo de 1939, de la Notaría del Espinal (Véase fls. 14/20, T. 20. **Contratos, Poderes, Ratificaciones).**

Con posterioridad a este contrato se hizo entre las primitivas propietarias Eufrosina Vega de Rodríguez y Rosalbina Vega de Ramírez una partición material del terreno en cuatro lotes, cuya situación es la siguiente:

Lote Nº 178 de Eufrosina Vega de Rodríguez

Se halla situado en el Municipio del Espinal, Departamento del Tolima. De su identificación hubo de tomarse nota en el acta respectiva de la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio. Sus linderos son, (aquí los linderos).

Lote Nº 179 de Rosalbina Vega de Ramírez, Paulo Rodríguez y Domingo Barrero.

Se halla situado este lote en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, fue reconocido en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte, y su alinderación es como sigue, (aquí los linderos).

Lote Nº 208 de Eufrosina Vega de Rodríguez

Este inmueble se halla ubicado en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, consta su identificación en el acta de la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio, y sus linderos son (aquí los linderos).

Lote Nº 209 de Eufrosina Vega de Rodríguez, Hermógenes Feria, Secundino Gómez y Clemencia Cortés de Ramírez.

Se halla situado este lote Nº 209 en el Municipio del Espinal, del Departamento del Tolima. Fue objeto del debido reconocimiento en la diligencia de inspección ocular practicada en este juicio y sus linderos son, (aquí los linderos).

Lotes Nos. 178, 179, 208 y 209. Se observa en relación con los globos de terreno señalados con los números precedentes, que el contrato de exploración que con ellos toca, celebrado con la **Compañía de Petróleo Shell de Colombia,** lo fue, según la ya citada escritura Nº 67 de 16 de marzo de 1939 de la Notaría del Espinal, sólo por las propietarias en esa época del lote o lotes que cubrían en general los que encabezan este aparte del fallo, o sea por las señoras Eufrosina Vega de Rodríguez y Rosalbina Vega de Ramírez. (Véanse folios 14 y siguientes, T. 2º **Contratos, Poderes, Ratificaciones).**

Ya se vió cómo quedaron distribuídos, en cuanto a dominio, los referidos globos de terreno y de ahí que los demás propietarios de ellos, que en esta sentencia figuran, o sean Paulo Rodríguez, Secundino Gómez, Domingo Barrero, Hermógenes Feria, Clemencia Cortés de Ramírez hayan constituído directamente apoderado ante el Ministerio para su representación en el presente asunto, y según aparece a los fls. 6 y 7 del T. 1º **Contratos, Poderes, Ratificaciones.**

Lote Nº 185 de Jesús A. Vélez.

Esta propiedad llamada "La Luisa", situada en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, cuya identificación tuvo lugar en la diligencia de inspección ocular practicada en este juicio, está constituída por dos lotes de terreno, es a saber: el primer lote tiene los siguientes linderos, (aquí los linderos).

Lote Nº 186 de Andrés Avelino Serrano.

Este inmueble denominado "Santa Isabel", ubicado en el Municipio del Espinal, Departamento del Tolima, inmueble cuya identificación aparece consignada en el acta de inspección ocular practicada por la Corte, tiene la siguiente alinderación (aquí los linderos).

Lote Nº 191 de Alonso Santofimio.

Este lote, llamado "El Tesoro", se halla situado en el Municipio del Espinal del Departamento de Tolima y fue debidamente reconocido en la dili

gencia de inspección ocular practicada por la Corte. Es el lote Nº 4 de la partición de "Santana de Campos", hecha en el año de 1929 (Véanse fls. 11/26. Tomo Nº 4, correspondiente al lote Nº 3 de la antigua hacienda de "Santana"), y sus linderos son, (aquí los linderos).

Cabe advertir que este terreno fue objeto del contrato de exploración celebrado con la **Compañía de Petróleo Shell de Colombia** por escritura pública Nº 95 de 7 de abril de 1940 de la Notaría del Espinal, pero que tal contrato se hizo con los propietarios en esa sazón del lote respectivo o sea con Pedro Vicente Fierro y su esposa Epifanía Montealegre de Fierro (Véanse fls. 27 y siguientes del Tomo 2º **Contratos, Poderes, Ratificaciones**).

Ahora bien: conforme a las escrituras Nos. 10 de 10 de enero de 1942 y 17 de enero del mismo año de 1942, ambas de la Notaría del Espinal, Fierro vendió a Alonso Santofimio el lote de terreno en consideración. De ahí que al fl. 8 del T. 1º **Contratos, Poderes, Ratificaciones** se encuentre poder especial para este asunto conferido por el propietario actual señor Santofimio.

Lote Nº 192 de Primitivo Vargas.

Este inmueble, situado en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, inmueble que fue debidamente reconocido en la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio, está formado por los antiguos lotes Nos. 9 y 10 de la partición de Santana de Campos, hecha en el año de 1929 (Véanse fls. 11/26 del T. Nº 4), y sus linderos generales son, (aquí los linderos).

Lote Nº 194 de Emilio Ortiz Aguilar.

Se halla este lote en el Municipio del Espinal, el Departamento del Tolima; es parte este inmueble del lote Nº 6 de la partición de "Santana de Campos", que tuvo lugar en 1929. Se logró además su identificación en la diligencia de inspección ocular, y aparece formado hoy por dos lotes con estos linderos, (aquí los linderos).

Lote Nº 200 de María Santos Campos Villalba de Alcalá.

Está ubicado este inmueble en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima y es parte integrante del lote Nº 1 de la partición de "Santana de Campos" practicada en el año de 1929. Fue debidamente reconocido en la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio, y sus linderos son, (aquí los linderos).

Lote Nº 202 de Trinidad Díaz S. de Campos.

Se halla situado este terreno en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima; y es lote Nº 7 de la partición de "Santana de Campos", que tuvo lugar en el año de 1929.

Su identificación consta en el acta de la diligencia de inspeción ocular, en el presente juicio practicada por la Corte, y se halla alinderado así, (aquí los linderos).

Lote Nº 205 de Alfonso Ortiz Aguilar.

Se halla situado este inmueble en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, y es el lote Nº 2 de la partición de "Santana de Campos", llevada a cabo en el año de 1929.

Fue debidamente reconocido en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte y sus lideros son, (aquí los linderos).

Lote Nº 206 de los Herederos de la señora Belén Alonso de Gómez.

Este inmueble llamado "San Jerónimo", se halla situado en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, fue debidamente reconocido en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte y sus linderos son, (aquí los linderos).

Se advierte que la señora Belén Alonso de Gómez contrató la exploración de este terreno por escritura pública Nº 120 de 9 de julio de 1940 de la Notaría de Bogotá, y en la cláusula 24ª de la misma declara conferir poder a la **Compañía de Petróleo Shell de Colombia** para adelantar el presente juicio.

Parece que la señora Alonso de Gómez falleció luego y de ahí que se hayan presentado a conferir poder, a los abogados que han venido representando a las personas interesadas en la exploración de que habla este proceso, aquellas que actualmente alegan carácter de herederos de dicha señora, es a saber: José Joaquín Gómez Alonso (Véase fl. 36 del Cuad. Nº 18), Lucila Gómez de Borda (fl. 37 Cno. Nº 18), Belén Gómez de Escobar, María Gómez de Restrepo y Cecilia Gómez Alonso (fl. 6 del Cno. Nº 19).

Lote Nº 215 de Victorino Barrero, hoy de Segunda Garzón Barrero y Clemencia Cortés de Ramírez.

Este lote formó parte del lote Nº 17 de la partición del año de 1912 de Santana, Camalá o "La Aguada", se halla situado en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, fue reconocido en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte, y tiene los siguientes linderos, (aquí los linderos).

Interesa advertir que el señor Victorino Barrero contrató la exploración de este terreno por la escritura pública Nº 188 de 11 de julio de 1940, de cuya cláusula 24ª aparece que el señor Barrero confirió poder a la **Compañía de Petróleo Shell de Colombia** para adelantar el presente asunto (Véanse fls. 60/68 T. Nº 2. **Contratos, Poderes, Ratificaciones).**

Parece que el señor Barrero murió luégo, y de ahí que, en memorial suscrito por la señora Clemencia Cortés de Ramírez y Segunda Garzón Barrero confieren éstos poder a los abogados que han venido representando a las personas interesadas en la exploración del petróleo a efecto de obtener "el reconocimiento de la propiedad particular del suelo y del subsuelo de un lote de terreno ubicado en este Municipio de El Espinal, que adquirimos, la primera por herencia de Victoriano Barrero y la segunda por compra a un heredero de Victorino Barrero". (Véase fl. 9, Tomo Nº 1º **Contratos, Poderes, Ratificaciones).**

Lote Nº 216 de Jesús Urueña

Se halla situado en el Municipio del Espinal, del Departamento del Tolima, aparece debidamente identificado en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte, y sus linderos son, (aquí los linderos).

Este lote formó parte del Nº 7 de la partición de "Santana, Camalá o La Aguada, practicada en el año de 1912.

Lote Nº 217 de Marcos Cortes.

Este inmueble, que se halla situado en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, hizo parte del lote Nº 7 de la partición de "Santana, Camalá o La Aguada", que tuvo lugar en el año de 1912; y fue debidamente reconocido en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte. Sus linderos son, (aquí los linderos).

Lote Nº 218 de Matías Cortés.

Se halla situado en el Municipio del Espinal d Departamento del Tolima. Se hizo el recono miento de él en la diligencia de inspección oc lar practicada en este juicio por la Corte. Es formado por cuatro lotes; hizo parte el prime de ellos del Nº 7 de la partición de "Santana' C malá o La Aguada", operada en el año de 19 Dicho primer lote linda así, (aquí los lindero

Lote Nº 223 de Mateo Montealegre.

Se halla situado este terreno en el Municip del Espinal del Departamento del Tolima. F debidamente identificado en la diligencia de in pección ocular y sus linderos son, (aquí los li deros).

Lote Nº 224 de Isidoro Rodríguez

Se halla situado en el Municipio del Espinal d Departamento del Tolima y fue reconocido en diligencia de inspección ocular practicada por Corte. Está compuesto de dos lotes contiguos ali derados así, (aquí los linderos).

Lote Nº 258 de Jerónimo Montealegre

Está ubicado este inmueble en el Municipio d Espinal del Departamento del Tolima. Apare identificado en la diligencia de inspección ocul practicada por la Corte y sus linderos son, (aq los linderos).

Lote Nº 260 de Jerónimo Montealegre

Situado en el Municipio del Espinal del Depart mento del Tolima fue identificado en la diligenc de inspección ocular practicada por la Corte. S linderos son, (aquí los linderos).

Lote Nº 164 de Rafael Palma

Este lote llamado "El Oasis" se halla ubicado el Municipio del Espinal del Departamento d Tolima. Su reconocimiento fue hecho con el ac de la diligencia de inspección ocular practica por la Corte y su alinderación es la siguien (aquí los linderos).

Lote Nº 71 de Vicenta Urueña v. de Páramo Jacoba Urueña v. de Sánchez.

Llamado "La Guayacana". Se halla situado es inmueble en el Municipio del Espinal del Depa

amento del Tolima y fue identificado en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte y su alinderación es como sigue, (aquí los linderos).

Lote Nº 204 de Vicenta Urueña v. de Páramo.

Se halla situado este terreno en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima y fue reconocido en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte. Está formado de dos lotes alinderados así, (aquí los linderos).

El otro globo también hizo parte de "Crucetal" y tiene estos linderos, (aquí los linderos).

Lote Nº 139-I de Eugenio Rodríguez Puentes.

Situado en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, aparece entre los reconocidos en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte, y sus linderos son, (aquí los linderos).

Lote Nº 127 de Anastasio Serrano

Se halla situado este inmueble en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima. Fue reconocido en la diligencia de inspección ocular, practicada por la Corte y sus linderos son, (aquí los linderos).

Este Lote es el Nº 40 de la antigua partición de Camalá y Santana", practicada en el año de 1917.

Lote Nº 84 de José de La Cruz Prada.

Este inmueble, formado por los lotes Nos. 11 12 de antigua partición de "Camalá y Santana", echa en el año de 1917, fue reconocido en la diligencia de inspección ocular practicada por la orte y se halla alinderado así, (aquí los linderos).

Lote Nº 133 de Agapita Gómez de Prada.

Este inmueble situado en el Municipio del Espinal, Departamento del Tolima, y cuyo reconocimiento se hizo en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte, está formado por los lotes Nos. 41 y 48 de la antigua partición de "Camalá y Santana" del año de 1917.

(Aquí los linderos).

Lote Nº 77 de Agapita Gómez de Prada.

Se halla situado este inmueble en el Municipio el Espinal del Departamento del Tolima. Es el lote Nº 9 de la antigua partición de "Camalá y Santana", efectuada en el año de 1917.

Se hizo la identificación de él en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte, y sus linderos son los siguientes, (aquí los linderos).

Lote Nº 182 de Pablo Ramírez

Situado en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima. Figura entre los identificados en la diligencia de inspección ocular en este juicio practicado, y sus linderos son, (aquí los linderos).

Lote Nº 183 de Gregoria Ramírez de García

Se halla situado en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima; fue reconocido en la diligencia de inspección ocular practicada en este juicio, y tiene los siguientes linderos, (aquí los linderos).

Lote Nº 139-H de Emilio García Saiz

Este inmueble se halla situado en el Municipio del Espinal del Departamento del Tolima, figura entre los reconocidos en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte y sus linderos son ,(aquí los linderos).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECIDE que es fundada la pretensión de la **Compañía de Petróleo Shell de Colombia,** así como la de los distintos propietarios territoriales cuyos nombres figuran en la parte motiva de este fallo con indicación así mismo del número del lote de su pertenencia y de la situación y linderos de éste.

Hay lugar a excluír del expresado reconocimiento y por el motivo indicado en la parte motiva el lote de dos (2) y media (½) hectáreas, perteneciente a Urbano Vera, que figura como porción integrante del lote Nº 139-C; y que, de acuerdo con certificado, de fecha 25 de mayo de 1943 (fl. 60v. Tomo 17), expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Espinal, fue vendido por Gregorio Serrano R. al mencionado Urbano Vera, según escritura pública Nº 19, de 28 de enero de 1943, de la Notaría del Espinal.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en Ppdad.

FIJACION DEL MONTO DE UNOS PERJUICIOS MATERIALES POR EL ACCIDENTE AEREO DE SANTA ANA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis,

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Tribunal Superior de Bogotá puso término al incidente regulatorio de jerjuicios promovido por Hermes Muñoz Pérez como consecuencia del fallo que condenó en abstracto a la Nación a indemnizarlo civilmente por lesiones que sufrió el actor en el siniestro aéreo de Santa Ana el 24 de julio de 1938 y por el daño que de ellas se produjo. La parte dispositiva de esa decisión dispone: "1º Regúlase en la cantidad de veintinueve mil quinientos cincuenta pesos con cincuenta centavos moneda corriente ($ 29.550.50) los perjuicios materiales que la Nación debe pagar al señor Hermes Muñoz Pérez según la sentencia de fecha quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, proferida por la Corte en el presente juicio; 2º De esta suma hágase el descuento, si a ello hubiere lugar, de que trata el último párrafo de la parte motiva de este fallo".

Contra el auto referido del Tribunal se concedió ante la Corte Suprema el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal. La otra parte apeló. Surtido el trámite propio del recurso ha llegado la oportunidad de decidirlo.

Dió origen al incidente la liquidación que de conformidad con lo previsto en el artículo 553 del C. J. presentó al Tribunal el doctor Alcibíades Narváez C., apoderado del señor Muñoz Pérez. En ella se expuso lo que sigue: "De consiguiente, tomo como base las ordenaciones de la Corte, o sean las siguientes: a) Lo que el demandante dejó de ganar durante el tiempo que estuvo hospitalizado y lo que hubiera invertido en hospitalización y demás gastos de curación, inclusive la adquisición de una pierna artificial. Sobre este punto no hay estimación alguna que hacer ya que los gastos consiguientes a hospitalización y curación fueron hechos por el Ministerio de Guerra en el Hospital Militar de Bogotá, por ser en esa época el señor Hermes Muñoz Pérez, empleado de dicho Ministerio. Hago la salvedad de que la pierna artificial aun no la ha adquirido y la necesita, como es obvio para poder caminar sin muletas. Estimo que el valor de una pierna artificial adecuada técnicamente, la cual debe pedirse al exterior de acuerdo con las necesidades de mi cliente, es de mil quinientos pesos ($ 1.500.00). b) El demérito real de su capacidad para el trabajo, a consecuencia de las lesiones que sufrió. Subordino esa estimación al dictamen pericial, técnicamente fundamentado por los profesores Edmundo Rico y Francisco Gómez Pinzón durante el término de prueba de la segunda instancia, sin que hubiere sido objetado por ninguna de las partes. Es de tenerse en cuenta la circunstancia de que el perito doctor Rico fue designado por la Nación. El dictamen comprende no solamente la ausencia de la pierna izquierda que fue precisa amputar por debajo de la articulación de la rodilla, a causa de la fractura ocurrida en el accidente, sino las perturbaciones de la articulación y la sensibilidad periféricas, trastornos secretorios y sudorales en las regiones correspondientes a las cicatrices de las quemaduras que son múltiples, como lo establecen los peritos. Pero es preciso advertir que hay perturbaciones mucho más graves, como aquellas a que se refiere el numeral h) del dictamen, o sea a las psíquicas, muy acentuadas y que consisten en un estado psicasténico con sensación de inferioridad, incapacidad para el esfuerzo mental, ansiedad y tendencias emocionales melancólicas, así como en una reducción de la capacidad intelectual, caracterizada por el debilitamiento y fatigabilidad de la atención, la dificultad en la captación y evocación de las imágenes y reviviscencias y en el retardo en el curso de las ideas y en todos los procesos psíquicos. En estas condiciones mi cliente ha quedado practicamente incapacitado para el progreso intelectual y por ende, inhabilitado de por vida para alcanzar medios que le permitan mejorar sus condicion

económicas... Por eso considero que la capacidad real de mi cliente se ha reducido en un setenta y cinco por ciento (75%), de manera efectiva, como lo dicen y demuestran los doctores Rico y Gómez Pinzón en su experticio. Tal porcentaje equivale a treinta y seis mil pesos ($36.000)". Termina liquidando un total de perjuicios de treinta y siete mil quinientos pesos ($ 37.500.00), sumando las cantidades de $ 1.500.00 y $ 36.000.00 relacionadas.

Por haber estimado el Fiscal excesivo el monto de la liquidación, el incidente se abrió a prueba, y dentro del término respectivo se produjo como tal un dictamen uniforme rendido por los doctores Julio Aparicio y Abraham Afanador Salgar, que termina con estas conclusiones:

"La vida probable de un individuo como Muñoz, que a la época del accidente tenía 19 años de edad, está calculada en 40 años más, según las tablas de duración de la vida adoptadas por las Compañías de Seguros de Vidas en Colombia. Conforme a este dato y sobre las bases anteriores, hacemos la siguiente liquidación: 1º Sueldo máximo que podía haber ganado el señor Muñoz, doscientos pesos, menos veinticinco por ciento de capacidad productiva que le queda, dá: ciento cincuenta pesos como saldo mensualmente. Como según el apoderado del demandante (folios 1v. y 2 c. Nº 5), y el dicho del mismo Muñoz en los reconocimientos médicos, éste está ganando sueldo de cien pesos mensuales, tenemos que concluír que la diferencia entre el actual sueldo y el hipotético reducido a ciento cincuenta pesos, según la capacidad que le queda, es el perjuicio que sufre o sufrirá el demandante por causa de las lesiones que padece. Lo que expresado en guarismo significa una merma de cincuenta pesos mensuales en cuarenta años de vida probable, o sea: veinticuatro mil pesos (24.000.00), moneda corriente, que es el resultado de multiplicar a cincuenta por 480 (meses de los cuarenta años). Esta cantidad correspondería pagarla por mensualidades de cincuenta pesos ($50.00) cada una, pero como el sistema adoptado para estos casos es el de pagar por anticipado, deberá aplicarse la conocida tabla del ingeniero Garuffa por la debida anticipación a fin de que el adelanto en el pago se le deduzcan los descuentos correspondientes. Nosotros nos abstenemos de hacer esta liquidación por no poder calcular cuánto haya de demorar la finalización de este asunto, sin lo cual sería errónea la aplicación de la tabla dicha. Resumiendo tenemos: 1º Valor de la consecución de una pierna artificial y de la amputación, inclusive intervenciones médicas, tratamientos, etc., mil quinientos pesos moneda corriente ($ 1.500.00). 2º Valor de indemnización por incapacidad sufrida: veinticuatro mil pesos moneda corriente ($ 24.000). Esta última cantidad queda sujeta a la deducción correspondiente, por pago anticipado de ella, según la tabla de Garuffa, que está adoptada por la H. Corte Suprema.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia con que termina el juicio ordinario promovido por Hermes Muñoz sentó las siguientes bases para la liquidación ulterior de los perjuicios: 1ª Lo que el demandante dejó de ganar durante el tiempo que estuvo hospitalizado y lo que hubiere invertido en hospitalización y demás gastos de curación inclusive en la adquisición de una pierna artificial; 2ª El demérito real de su capacidad para el trabajo a consecuencia de las lesiones que recibió en el accidente que sufrió; y 3ª El sueldo máximo que hubiera podido ganar dado su estado de salud, su edad, los conocimientos y aptitudes que tuviera en relación con la vida probable que le quedara a partir del accidente que padeció".

Posteriormente a la presentación del dictamen pericial en este accidente, el abogado del actor manifestó en memorial que aparece a folios 14 y 14v. del cuaderno número 5, que aceptaba la estimación de los peritos, la que implicaba una indemnización de $ 12.000.00 en el cómputo hecho por él en la liquidación en concepto de daño material, que se rebajaba de $ 36.000.00 a $ 24.000:00, a lo que debía agregarse la suma de $ 1.500.00, admitida también por los peritos como valor de la pierna artificial y su adaptación al lesionado. Y dijo así mismo: "Yo en nombre de mi mandante pido con todo respeto al H. Tribunal, que con base en la estimación de los peritos haga las declaraciones de rigor a cargo de la Nación y a favor de mi cliente".

Observa la Sala que existe, por tanto, si se compara la sentencia apelada con la estimación pericial que acepta el actor, y que así admitida traduce y fija la cuantía demandada, un exceso en el monto que reconoce el Tribunal, que es de $ 29.550.50 y el que se reclama por el demandante y que éste concreta en la suma de $ 25.500.00.

El Tribunal en el proveído que se revisa hace consideraciones muy interesantes para expresar su conformidad, en parte, con la estimación pericial, la que encuentra acertada y estima de obligatoria aplicación, por la autoridad de los facultativos que la pronuncian, por su uniformidad y por hallarse además claramente fundada y explicada.

El señor Procurador Delegado en lo Civil no se halla de acuerdo en estas apreciaciones del Tribunal. Ataca el dictamen de los peritos expresando que como el señor Muñoz Pérez continuó desempeñando un puesto público después del accidente de Santa Ana y devengando una asignación mensual de cien pesos, no puede admitirse que la merma de su capacidad productiva sea, como lo afirman los peritos, de un 75%, si al propio tiempo se admite, como ellos lo deducen, que el sueldo máximo que podría haber alcanzado, si el accidente no lo afecta, habría sido de $ 200.00, y el promedio de 150.00 mensuales; porque el sueldo actual de cien pesos índica cuando menos, que la capacidad productiva de Muñoz Pérez es de un 50% de la máxima que le calculan; y que por lo tanto es manifiestamente infundado el considerar que la merma de la capacidad es de un 75%. "Para que el dictamen estuviera verdaderamente fundado, —dice el señor Procurador— los peritos han debido hacer un estudio comparativo entre el posible sueldo devengado en el futuro por el demandante si no hubiera ocurrido el siniestro, y el sueldo devengado en la actualidad, estudiando a fondo su capacidad actual para el trabajo, cosa que no aparece en el experticio. Sólo ese estudio comparativo de posibilidades económicas complementado con los demás datos indicados por los peritos, podría dar alguna base cierta para estimar la disminución en la capacidad económica del señor Muñoz. La afirmación, pura y simple, de que esa disminución es de un 75% no puede ser acogida por el juzgador".

La Corte considera que la estimación pericial sobre la merma de capacidad de trabajo del señor Muñoz, calculada en un 75%, no se presenta como una afirmación pura y simple, desprovista de fundamento; sino al contrario, como una deducción sacada por los peritos en virtud de consideraciones que la sustentan razonablemente.

Antes de referirse la Sala a la parte del auto del Tribunal en que se analiza esta cuestión, quiere hacer notar en la presente providencia —lo que no está destacado en el auto del Tribunal— cómo esta entidad dispuso que los peritos ampliasen su concepto sobre varios interrogantes que les formuló, relacionados directamente con el esclarecimiento de puntos vinculados al que suscita la crítica y disentimiento del señor Procurador, y cómo esa ampliación se produjo en forma que contribuye a ilustrar la materia sujeta al juicio pericial. Se hace aquí la reproducción de algunos de esos puntos tratados por los señores peritos en la ampliación de su dictamen, porque ello contribuye a explicar el concepto que a su turno se ha formado la Corte acerca del dictamen pericial y de la cuestión que él contempla.

Dijeron los peritos doctores Julio Aparicio y Abrahám Afanador Salgar en la ampliación de su experticio:

"En el juicio sobre indemnización de perjuicios seguido por el señor Hermes Muñoz Pérez contra la Nación, el Tribunal ha ordenado por auto de 4 de los corrientes que los peritos ampliemos el dictamen pericial a lo que procedemos siguiendo el cuestionario propuesto por la Sala: a) Si el demandante ha sufrido disminución en su capacidad real para el trabajo para seguir desempeñando un **puesto** en la clase y condiciones del que actualmente ocupa. Respondemos: En nuestro dictamen anterior dijimos: "Es indudable que su capacidad para el trabajo por las graves lesiones tanto físicas (falta de una pierna, quemaduras, salud frecuentemente afectada) como psíquicas (perturbaciones del carácter, fugas mentales, sensación de inferioridad, tendencias melancólicas, incapacidad para el esfuerzo mental) ha sufrido una reducción funcional que puede considerarse muy bien en tres cuartas partes en ella, o si tomando como ciento la capacidad completa estimamos en un setenta y cinco por ciento esa reducción". Como se ve este concepto se refiere a la capacidad **en general para el trabajo**, y era la respuesta de la parte segunda de las bases de la Corte Suprema que usó de igual generalidad. Ahora el Tribunal subraya la apreciación de esa capacidad no ya en general para el trabajo —sino "para seguir desempeñando un **puesto** en la clase y condiciones del que actualmente ocupa". Es indudable también que la capacidad real para desempeñar un puesto en la clase y condiciones que actualmente ocupa ha disminuído sensiblemente y así lo ha estimado el Ministerio, pues en el expediente aparece que del puesto de contabilista ayudante lo trasladó a otro puesto en estadística, puesto este que, auncuando igual sueldo, no lleva tantas responsabilidades y no es

ge tanta capacidad como el relativo a la contabi-lidad. Es obvio que un hombre valdado de una pierna, con perturbaciones del carácter que sufre de fugas mentales, etc. es un relativo incapaz para cualquier empleo aun cuando sea de la clase y condiciones del que actualmente ocupa Hermes Muñoz. b) Si consideran los señores peritos que sí ha sufrido disminución de su capacidad, dirán por qué razón no la computan en su concepto anterior para la fijación del perjuicio que se les mandó avaluar; y si consideran que Muñoz tiene capacidad igual a la que tenía antes para desempeñar su actual empleo u otro similar, dirán en qué se fundan para considerar que en otro cargo de mayor sueldo su capacidad sí debe considerase mermada precisamente en un setenta y cinco por ciento. Respondemos: A pesar de haber considerado que Muñoz sí ha sufrido merma de su capacidad para desempeñar un empleo como el que actualmente ocupa, no computamos esa merma en el dictamen anterior, porque tenemos el hecho cierto de que Muñoz está recibiendo un sueldo igual al que antes devengaba, aun cuando bien puede ser que él haya continuado en su empleo por cierta benevolencia de sus superiores ayudando a su relativa incapacidad por espíritu de compañerismo, que le sobrelleva para desempeñar su cargo en cuanto él pueda. Creemos poco equitativo sobrecargar a la Nación computando también esa merma cuando parece, por otro lado, que la Nación tolera esa incapacidad sin mermarle estipendio de su paga. En cuanto a la parte segunda de este punto, manifestamos que la capacidad de Muñoz sí debe considerarse mermada en otro cargo de mayor sueldo hasta en un setenta y cinco por ciento, porque hemos de partir de la base de que los sueldos deben ser proporcionados al trabajo y funciones que haya de desempeñar un empleado, de manera que a medida que las condiciones de trabajo y las funciones exijan mayor capacidad mental y física Muñoz estará en condiciones de menor capacidad para desempeñarlas. c) Siendo como es, el sueldo mayor o menor que se pague a un individuo no mide, no puede medir su capacidad para el trabajo, ¿qué relación tiene el sueldo que actualmente se paga al demandante y que puede perder de un momento a otro, con esa misma capacidad? Respondemos: Auncuando es cierto que el sueldo que se pague a una persona no mide ni puede medir su capacidad para el trabajo, siempre hay que tenerlo en cuenta para tomarlo como una de las bases de la **capacidad productiva** de un individuo. Así, es común conocer individuos de gran capacidad mental y física para el trabajo, que sin embargo son muy escasos en su capacidad de producir. Cuando se trata de medir un perjuicio la sola capacidad de trabajar, tomada como potencia, no puede ser el único factor de apreciación; hay que relacionar esa capacidad potencial con la capacidad en acto, en realización, en producción. Hay otros casos en que pasa lo contrario: una incapacidad relativa no merma momentáneamente la capacidad productiva del individuo., bien sea por consideraciones especiales o por desproporción entre el trabajo y la remuneración, etc. En este caso especial consideramos a Hermes Muñoz: su relativa incapacidad para el trabajo o empleo que desempeña no le ha mermado su **capacidad productiva** en cuanto al cargo que desempeña. En cuanto a la capacidad en general para el trabajo, ya hemos dicho en qué proporciones la consideramos mermada. d) Si al demandante al volver a su empleo se le hubiera mejorado su asignación a doscientos pesos o ascendido a otro puesto retribuído con esa misma asignación, ¿cómo habría podido deducirse el valor de los perjuicios, siendo que el mayor sueldo calculado para su vida probable era precisamente este de doscientos pesos? Respondemos: En el primer dictamen pericial se nos preguntaba la capacidad en general para el trabajo, no la capacidad productiva, cosas que son diferentes pero que deben relacionarse una con otra. Ahora el Tribunal nos plantea la hipótesis de que el demandante hubiera mejorado su asignación hasta alcanzar el sueldo de doscientos pesos mensuales y nos pregunta cómo habría podido deducirse el valor de los perjuicios. Nosotros consideramos que ese sueldo aumentado a doscientos pesos, dada la incapacidad de Muñoz, debería ser un sueldo inestable, desproporcionado a sus conocimientos y capacidad y por tanto sujeto a perderlo de un momento a otro. Entonces, el perjuicio debería haberse considerado en relación con la real capacidad tanto para el trabajo como para producir, y el sueldo hubiera jugado un papel secundario. No pasa lo mismo con el sueldo de cien pesos respecto del cual ya se dijo, que aun cuando pueda tener cierta desproporción con la capacidad de Muñoz y estar más o menos afectado de benevolencia, si no está distanciado de las condiciones físicas y mentales de dicho individuo después del accidente que sufrió. e) Dadas las condiciones físicas, intelectuales y morales en que actuaba el deman-

dante antes del accidente, ¿cuándo, en qué épocas, en qué períodos de fechas esas capacidades iban a ponerlo en condiciones efectivas para mejorar de empleo y de sueldo y en qué escala de progreso, hasta llegar al límite de doscientos pesos de que habla el dictamen ya rendido? Respondemos: El dictamen que nosotros rendimos tomó "promedios" para llegar a determinar que Muñoz debía ser catalogado en un plano medio, pues su educación e instrucción son deficientes, su profesión de empleado público aficionado a la contabilidad por sin título de tal, edad joven, y las demás cualidades que tienen la mayor parte de los individuos dedicados al ejercicio de un mediano empleo público. Más adelante dijimos: "No ofrece duda que el señor Muñoz, ya iniciado en sus labores de contabilidad y estadística hubiera podido continuar ascendiendo en los empleos siguientes a su categoría de contabilista segundo de la Dirección de Aviación, empleo que desempeñaba con cien pesos mensuales de sueldo cuando ocurrió el accidente de Santa Ana, o sea en julio de 1938". Después agregamos: "En estas circunstancias tomar bien un promedio como sueldo máximo que pudiera haber devengado parécenos lo más cercano a la equidad. Este sueldo promedio lo estimamos en doscientos pesos mensuales, ya que es cierto que contabilistas expertos reciben sueldos superiores a trescientos pesos mensuales, pero son pocos y se exigen múltiples conocimientos, y hay muchos otros que devengan sueldos alrededor de doscientos pesos o menos, y esto siendo muy competentes y conocedores de su profesión.

En cambio hemos dicho que el señor Muñoz no tenía título de contabilista y que sus conocimientos eran bastante limitados en la época anterior al accidente". Dando que nosotros tomamos "promedios", tanto en la consideración personal de Muñoz como empleado como en cuanto al sueldo, sería casuístico y anticientífico a más de casi imposible determinar cuánto, en qué época, en qué período y en qué escala de progreso él iría mejorando sus capacidades intelectuales y sus sueldos. Por esta imposibilidad se ha adoptado como norma los "promedios", cosa que creemos será suficiente para que el Tribunal nos releve de tener que dar datos tan pormenorizados que podrían partir desde la unidad como medida de cantidad y de tiempo hasta llegar a un límite que pudiera pecar de arbitrario. f) Si para finales de su vida probable o de algún lapso de ella la capacidad de trabajo de Muñoz no estaba llamada a declinar; o si, al contrario consideran los peritos que para los días de la muerte del demandante la capacidad de ese empleado, ya viejo, podía ser la misma del joven o del adulto, es decir, ejemplo: Muñoz al llegar a cuarenta, cuarenta y cinco, cincuenta o cincuenta y nueve años, límite de su vida probable, decía seguir teniendo la capacidad con que actuaba antes de los cuarenta años. Respondemos Esta pregunta del Tribunal se contesta por sí sola y si nuestro primer dictamen no insistió en hacer una exposición detallada al respecto fue por nuestro respetuoso acatamiento a esa corporación, conocedores como somos, de la alta ilustración de los señores Magistrados y por tanto, parecernos inútil. Es indudable de que la capacidad de todo ser está llamada a declinar a medida que se acerca el término probable de su vida y que la capacidad del adulto o del joven no puede ser igual a la del hombre en la plenitud de la vida ni a la del anciano decrépito y cercano a la muerte. Una curva ascendente determina el gráfico de la vida, cuyo punto más alto se señala en nuestros climas tropicales para la edad de cuarenta años, curva que comienza a declinar a medida que el hombre envejece. Es claro que esa curva se ha tomado como **promedio** y fundada en múltiples observaciones que conducen a adoptarla como norma general. Sobre esa norma nuestro dictamen adoptó **promedio de la capacidad** de Muñoz, sin que pueda desconocerse que la capacidad de él tenga necesariamente que ser diferente en los varios períodos que, como ejemplo, apunta el Tribunal. g) En caso de que la Nación ponga de un momento otro en cesantía al demandante, ¿qué puesto en el ramo de contabilidad o en cualquiera otro podrá obtener el demandante, y cuál sería su asignación siendo que su capacidad para el trabajo como lo han afirmado los peritos ha quedado mermada en setenta y cinco por ciento? Respondemos: No desconocemos que esta pregunta nos conduce al campo de la hipótesis, tan vasto y tan susceptible de error. Con todo, creemos que, dada **incapacidad** que sufre Muñoz y mientras ella subsista, él no podrá aspirar sino a un empleo muy modesto y poco retribuído. Sobre cuál haya de ser esa asignación requeriría conocer los índices futuros del costo de la vida, del valor del salario, del esfuerzo mental y físico en que para entonces se encuentre dicho individuo. Hoy, por hoy con los datos que tenemos, Muñoz si fuera puesto en cesantía por parte de la Nación, es muy posible que apenas consiguiera un empleo cuya asig

ción no sería superior a la actual; y no es improbable que no pudiera conseguir ninguno, ya que por la legislación social, hoy no se reciben en empleos particulares personas que no disfruten de cabal salud, tanto física como mental. h) Si adquirida por el demandante la pierna artificial y acomodada a su organismo con la técnica de nuestros actuales médicos, ¿la capacidad de éste para el trabajo es susceptible de mejorar en algún grado; o si sigue siendo la misma que actualmente tiene, es decir, disminuída en un setenta y cinco por ciento? Respondemos: El defecto físico de por vida, consistente en la pérdida de parte de la pierna, es relativamente susceptible de mejorar con la técnica acomodación de la pierna artificial, pero no en tal amplitud que la capacidad para el trabajo sea tan notoria como para disminuir el porcientaje antiguamente asignado, porque en primer término, ni siquiera se conseguirá una locomoción fácil o expedita de la pierna artificial; y en segundo lugar, porque las afecciones psíquicas de que padece nada o muy poco podrán mejorar de la pierna".

Ha hecho la Corte la transcripción completa de las apreciaciones consignadas por los peritos al momento de ampliar su dictamen, porque las estima de mucha importancia para ilustración de la materia que fue objeto del experticio y para juzgar de su fundamentación y sobre las consecuencias del mismo dictamen como prueba en el juicio. El Tribunal de Bogotá les propuso a los peritos un cuestionario que en opinión de la Corte contempla todos los aspectos de interés en la cuestión controvertida, y ese cuestionario y las respuestas de los peritos agotan, por así decirlo, la materia. Los interrogantes que abrió el Tribunal a la consideración de los peritos eran muy obvios y desde luego de mucha oportunidad para ilustrar un asunto de suyo difícil y que no podía menos de suscitar dudas en el criterio del juzgador. Estas, hasta donde ello es posible, han sido disipadas con las respuestas de los peritos, que muy inteligentemente abarcan y desarrollan los varios puntos que les fueron sometidos. En el parecer de esta Sala de la Corte, el pensamiento de los expertos se halla claramente explicado y razonablemente fundamentado en sus exposiciones. La diferencia que los peritos encuentran entre la capacidad en general de una persona para el trabajo y su capacidad productiva en concreto, es base principal de su concepto, y tal diferenciación, y los razonamientos que los expertos hacen, parece debidamente fundada en sus dictámenes. Ello explica la aparente contradicción que existe en el caso de autos entre la capacidad disminuída y reducida a que ha quedado sujeto el señor Muñoz Pérez después del accidente, que los peritos limitan a la cuarta parte de la normal, y la productividad actual del mismo por razón del sueldo que devenga en un empleo público. Los señores peritos entienden que no obstante haberse producido esa baja de la capacidad en general para el trabajo de Muñoz Pérez a la cuarta parte, el lucro o provecho de su esfuerzo o labor es ahora sensiblemente igual si se mide por el sueldo, al que obtenía antes del accidente, por efecto de un trato benévolo que le da la administración; y agregan los peritos que a su juicio si a Muñoz Pérez se le coloca en cesantía por el Estado, hay a causa de su incapacidad, la posibilidad apenas de que obtenga al servicio de empresas particulares un sueldo igual o menor al que tiene y también la de que no obtenga ninguno, pues su incapacidad le cierra la entrada al servicio de otros cargos en empresas de esta clase, las que de ordinario aceptan solamente personal que disfrute de cabal salud física y mental. Estos razonamientos de los peritos los encuentra la Corte fundados, y por consiguiente admisibles como base de sus conclusiones en el punto que contemplan. Por eso en este aspecto, que es fundamental en la revisión de que se ocupa la Corte, ella llega al convencimiento de que el dictamen de los expertos lo ilustra debidamente, y que por consiguiente debe admitirse, dándole el valor probatorio que le corresponde.

Oportuno es aquí tener en cuenta el comentario que el Tribunal le hace en el auto que se examina al dictamen de los peritos. Dice esa entidad: "Ahora bien: sobre la apreciación en doscientos pesos del sueldo futuro y probable concluyen los peritos que teniendo en cuenta la merma de su capacidad y lo que el demandante devenga actualmente, éste dejará de ganar, en cómputo general, por causa misma del accidente la suma de veinticuatro mil pesos. Es decir, consideran los peritos que Muñoz, enfermo y con las deformidades anotadas, seguirá ganando hasta el final de su vida los mismos cien pesos que hoy devenga y que precisamente a partir del día del accidente iría a principiar a ganar el sueldo de doscientos pesos calculado por todo el tiempo de su vida probable. Estos últimos dos puntos de vista no puede aceptarlos la Sala falladora del Tribunal, en-

tre otras razones, porque no es fundadamente presumible que el demandante por todo el tiempo de su vida probable iba a estar precisamente en capacidad de ganar los doscientos pesos calculados, ni es menos probable el hecho de que el mismo señor durante los cuarenta años iba a estar colocado por el Gobierno en el puesto que hoy tiene y con el sueldo que disfruta. Retire el Gobierno Nacional al empleado de su puesto y se verá entonces cómo es más práctico pensar que a Muñoz le será difícil dado su grave estado de salud conseguir empleo de esta misma asignación u otro cualquiera; de otro lado, no encuentra la Sala cuál pudo haber sido la base o motivo de que el demandante iba a ganar a partir del día del accidente los doscientos pesos que tuvieron como base definitiva para sus cálculos, ni menos el motivo en que los mismos peritos pudieron informarse para creer que el Gobierno Nacional iba a mantener a Muñoz en su empleo durante los cuarenta años de vida probable, siendo como son los empleados nacionales de libre nombramiento y remoción del Gobierno, como que en Colombia no existe el empleo dado a perpetuidad".

Los reparos que el Tribunal le hace al dictamen de los peritos parece que no pueden sostenerse después de haber leído las respuestas que ellos le dieron en su ampliación al mismo Tribunal al absolver el inteligente cuestionario que les fue sometido, y en el cual se contemplan precisamente, y con gran propiedad, las varias cuestiones a que los reparos se refieren. Los peritos no pierden de vista, al contrario consideran la posibilidad de que Muñoz Pérez, pueda ser colocado en cesantía del cargo que desempeña en cualquier momento, y que ello le apareje seria dificultad para conseguir empleo en otra parte; y precisamente teniendo en cuenta esa posible y difícil situación del actor, los peritos concluyen estimando, en la forma en que lo hacen, cuál puede ser el perjuicio que Muñoz reciba al producirse ese evento. Los peritos no estiman que Muñoz seguirá ganando hasta el final de su vida los cien pesos que hoy devenga. Al contrario, para sus conclusiones, parten de la base de la inestabilidad e inseguridad en el mantenimiento del cargo que ocupa. Por lo que mira a la parte de la estimación pericial en que se calcula el sueldo posible que habría devengado el señor Muñoz Pérez, los peritos son muy claros al responder un punto del cuestionario del Tribunal en que se les pidió que dijeran desde cuándo y en qué épocas y fechas estaría Muñoz en capacidad de producir el sueldo calculado, al expresar que el sueldo "promedio" lo estiman teniendo en cuenta, además de otras razones, el que "sería muy casuístico y anticientífico a más de casi imposible determinar cuándo, en qué época, en qué período y en qué escala de progreso él iría mejorando sus capacidades intelectuales y su sueldo". Y agregan: Por esta imposibilidad se ha adoptado como norma los **promedios**, cosa que creemos será suficiente para que el Tribunal nos releve de dar datos pormenorizados que podrían partir desde la unidad como medida de cantidad y de tiempo hasta llegar a un límite que pudiera pecar de arbitrario". Considera la Corte que esta explicación de los señores peritos es admisible y debe aceptarse para no insistir en que se haga un cálculo en forma distinta a como ellos lo hacen, o sea aplicando el usual procedimiento de sacar las deducciones con base en promedios. Promedio para estimar la capacidad de Muñoz y promedio para estimar su posible sueldo.

Antes se vió cómo los peritos dicen: "Tenemos que concluír que la diferencia entre el actual sueldo y el hipotético reducido a ciento cincuenta pesos según la capacidad que le queda, es el perjuicio que sufre y sufrirá el demandante por causa de las lesiones que padece. Lo que expresado en guarismo significa una merma de cincuenta pesos mensuales en cuarenta años de vida probable, sea veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00) moneda corriente, que es el resultado de multiplicar cincuenta (50) por cuatrocientos ochenta (480) meses durante los cuarenta años".

Después de las consideraciones que se dejan hechas no puede menos la Sala de aceptar esta conclusión y estimación de los peritos, la que a su juicio y por las razones expuestas, la halla debidamente fundamentada.

Ha de tomarse pues como base para la liquidación del perjuicio material que se reclama esa estimación de los peritos quienes advierten, como se ha visto, que el monto de los veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00) debe sufrir la merma consiguiente a la aplicación de la tabla de Garuffa, por la entrega anticipada de la suma que en definitiva se fije. (Véase GACETA JUDICIAL página 419 y 420 Tomo LV). Para determinarla procede hacer otras consideraciones que vendrán en seguida.

En cuanto a la fijación de mil quinientos pesos por concepto del gasto necesario para obte

la pierna artificial y de los que sean precisos para su adaptación al cuerpo de la víctima señor Muñoz Pérez, no cree la Sala necesario agregar ninguna otra razón a las que expresan los peritos.

La indemnización comprende dos períodos, uno ya vencido, desde cuando tuvo lugar el siniestro el 24 de julio de 1938, hasta hoy, o más propiamente hasta el cálculo aproximado del tiempo en que comience la ejecución de este fallo; período que desde luego no está sujeto a reducción alguna. El monto correspondiente resulta de sumar lo que corresponde a ese lapso a razón de cincuenta pesos ($ 50.00) por mes. Como son (8) años, o sea noventa y seis (96) mensualidades, más las cuatro hasta la ejecución del fallo, el **quantum** por este concepto resulta de multiplicar a cien por cincuenta (100 X 50), o sea la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00). Para calcular el monto de la indemnización en el segundo período, consultando la Tabla de Garuffa, según la cual para el pago de un peso ($ 1.00) en un lapso de treinta y dos años, (los 32 futuros por aproximación) debe consignarse la suma de 14-057, se tiene que como en el presente caso la cantidad que ha de obtenerse periódicamente es la de seiscientos pesos ($ 600) mensuales, se multiplica a 14-057 por 600, y así se obtiene la suma de ocho mil cuatrocientos treinta y cuatro pesos veinte centavos ($ 8.434.20), monto de la indemnización por daño material futuro. La indemnización total asciende pues a la cantidad de catorce mil novecientos treinta y cuatro pesos ($ 14.934.20), que resulta de sumar a $ 5.000.00, y $ 8.434.20.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, REVOCA el auto que fue objeto de la apelación y en su lugar decide:

Primero. Fíjase en la cantidad de catorce mil novecientos veinticuatro pesos con veinte centavos m/c. ($ 14.024.20) los perjuicios materiales que la Nación debe pagar al señor Hermes Muñoz Pérez según la sentencia de fecha 15 de diciembre de 1944, dictada por esta Sala de la Corte.

Segundo. De esta suma deberán descontarse las que el demandante haya recibido de la Nación por conceptos de auxilios de conformidad con la ley 100 de 1938.

Notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Ramón Miranda.—Germán Alvarado C.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Víctor Cock.—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio en Ppdad.

OPOSICIONES A UNA PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Ministerio de Minas y Petróleos decidió pasar a la Corte Suprema de Justicia el expediente de la propuesta de contrato sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional hecha por el señor Tomás F. Roche, registrada allí bajo el número 148, que después se traspasó en virtud de cesión a la Sociedad denominada Junta Petroleum Company, referente a un globo de terreno de cuarenta y nueve mil novecientas noventa y nueve hectáreas y seis mil setecientos sesenta y siete metros cuadrados (49.999.hts. 6767 mts.²) ubicado en los municipios de Sahagún, Ciénaga de Oro, Chinú y San Andrés del Departamento de Bolívar. El envío a la Corte se hizo para que ésta resuelva si son fundadas o nó las oposiciones de compra hechas á la celebración del contrato, la una del municipio de Sahagún y la otra del señor Eufrasio Bula Díaz.

Durante el trámite que el negocio recibió en la Corte no se trajeron nuevos documentos ni se practicaron diligencias dirigidas a la comprobación de los derechos alegados por las partes. El apoderado del proponente del contrato presentó un escrito para sustentar el derecho de la Nación contra el de los opositores, a celebrarlo desechando las oposiciones, y también el señor Procurador Delegado en lo Civil alegó en el particular para pedir que se declaren infundadas las dichas oposiciones. Ni el Municipio de Sahagún ni el señor Bula Díaz alegaron ante la Corte. Por todo esto el examen que la Sala hace de las comprobaciones y alegaciones de las partes se refiere a la propuesta de contrato, a las oposiciones y a los escritos que para sustentarlas en el Ministerio presentaron los interesados y a los memoriales ya señalados propuestos al estudio de la Corte.

Ubicación y linderos de la propuesta.

Aquélla y estos resultan de los siguientes datos consignados en el memorial en que la propuesta se hizo: "Se toma como punto de referencia el estable e inequívoco consistente en una pequeña altura topográfica de terreno firme, donde se halla el caserío de Morrocoy, en el Municipio de Sahagún, sitio en el cual se colocó un mojón de concreto en el sitio astronómico que sirve para la determinación del perímetro, el cual se halla señalado con las letras P. A. y cuyas coordenadas geográficas: son: latitud: ocho grados, cuarenta y cinco minutos, cuatro segundos sesenta y dos centécimas de segundo norte (8º 45' 04" 62 N) Longitud: setenta y cinco grados, veintiseis minutos, seis segundos y cuarenta y tres centésimas de segundo (75º 26' 15", 43 W) al Oeste del meridiano de Greenwich, o un grado, veintiún minutos quince segundos y trece centésimas de segundo al Oeste (1º 21' 15". 13 W) del meridiano de Bogotá. De dicho punto astronómico, señalado con las letras P. A., y en donde se colocó un mojón de concreto, se sigue con un rumbo de cinco grados quince minutos al Nordeste (N 5º 15' E) y una distancia igual a tres mil quinientos ochenta metros (3.580 mts.) hasta el punto A que es el primer vértice o punto del perímetro; del punto A con un rumbo de sesenta y nueve grados y treinta minutos al Noroeste (N 79º 30' W) y una distancia de 14.159 mts.) metros hasta el punto B; del punto B se sigue con un rumbo de diez grados treinta minutos al Nordeste (N 10º 30' E) y una distancia de treinta y cinco mil trescientas trece (35.313 mts.) metros hasta el punto C; del punto C se sigue con rumbo de setenta y nueve grados treinta minutos al sureste (S 79º 30' E) y una distancia de catorce mil ciento cincuenta y nueve (14.159) metros hasta el punto D; del punto D se sigue con un rumbo de diez grados treinta minutos al Surest (S 10º 30' E) y una distancia de treinta y cinco mil trescientos trece (35.313 mts.) metros hast encontrar nuevamente el punto A. Los rumbo mencionados se refieren al meridiano verdader astronómico.

Oposición del Municipio de Sahagún.

En el memorial de oposición dirigido al Ministerio de Industrias por el apoderado del Municipio de Sahagún se plantea la oposición diciéndose que el Municipio es dueño del suelo y del subsuelo de dos porciones de terreno comprendidas dentro de los límites que encierran el globo objeto de la propuesta de contrato; que una porción está formada de nueve caballerías de tierra y la otra de dos mil setecientas cincuenta y cuatro hectáreas ocho mil doscientos cuarenta y ocho metros cuadrados. Que la primera se halla alinderada así: "De las sabanas de Sanquirre a la de Lleguas y de allí a Gramajo por el camino de Sahagún a Chinú, y de este último punto, es decir, de Gramajo pasando por el Columuto a Sanquirre a serrar (sic) el cuadro y alindar con las otras seis caballerías de tierras que tiene el vecindario de Sahagún, que principian allí y siguiendo por el camino del Pital hasta el arroyo de Aguadita, y por todo el costado de este arroyo hasta el que nombran del Roble, y por éste para arriba a los charcos de Catalina y por otro lado a lindar con las tierras de Mateo López". Que la segunda porción limita así: "Desde el punto conocido con el nombre de Charcos de Catalina, lindando con tierras del común del Distrito de Sahagún a la cabecera del arroyo del Roble; de este punto hasta el lugar en que el camino que sigue de Sahagún a Ciénaga de Oro corte el mismo arroyo del Roble; de aquí por el mismo camino de Ciénaga de Oro hasta el arroyo de Venado; de este lugar hasta el caserío que nombra de Laguneta; y de aquí a Morrocoy chico, y de este lindero, encontrando con tierras de propiedad particular con las cuales colindan, hasta los charcos de Catalina, punto que sirvió de primer lindero".

Explicando el opositor el origen de la propiedad particular de las tierras a que se refiere la oposición expresa que ellas fueron adquiridas por el Municipio de Sahagún de la siguiente manera: "De las **nueve caballerías** (9). De conformidad con la partida número 4 del registro de la propiedad territorial del Municipio de Sahagún efectuado el 30 de marzo de 1868 en cumplimiento de la ley de 10 de octubre de 1867 'estableciendo fondos para el sostenimiento de la instrucción pública, expedida por la Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Bolívar, el Procurador Municipal del Distrito presentó para su registro los títulos de nueve (9) caballerías así: los títulos de tres caballerías en una escritura pública autorizada por el señor Carlos Meléndez, Alcalde ordinario de Zipataca el dos de abri lde mil setecientos cincuenta y tres, por la cual Bernarda Padilla vendió al Municipio de Sahagún tres (3) caballerías de tierras con los linderos que constan en la citada partida número cuatro (4) y seis (6) caballerías de tierras que le donaron los hijos de Juan Manuel Riguelde. Por acta de fecha seis (6) de marzo de 1867 la Junta Suprema del Crédito Nacional resolvió que las nueve (9) caballerías de tierras aludidas debían ser borradas del registro de bienes desamortizados por ser de la propiedad exclusiva del Municipio de Sahagún. Con posterioridad a este hecho se expidió por el Congreso Nacional la ley de 5 de abril de 1867 sobre devolución de bienes a los Distritos y aldeas y el Poder Ejecutivo dictó el Decreto de fecha 10 de mayo del mismo año en que ordena hacer la devolución de los bienes de los distritos, decreto que se dictó en ejecución de dicha ley, y el Municipio de Sahagún fue reintegrado en sus nueve caballerías. Por último un apoderado de Sahagún en 1871 pidió en virtud de los títulos que expidió que se deslindasen las nueve caballerías de tierras por los linderos que rezaba el respectivo título de propiedad y ese deslinde se hizo con audiencia del nuevo representante de la Nación el 14 de junio de 1871 habiendo recaído sentencia aprobatoria de ese acto. Todos esos actos se protocolizaron en la Notaría del Circuito de Cartagena por medio de la escritura pública 178 de fecha 23 de diciembre de 1882, debidamente registrada". **De las dos mil setecientas cincuenta y cuatro hectáreas y ocho mil setecientos veintiocho metros.** Por Resolución número seis de noviembre de 1872 dictada por el Poder Ejecutivo del Estado Soberano de Bolívar se adjudicó provisionalmente a los señores José de los Santos, Juan Martín e Inocencio de Hoyos, Gregorio Zapa, Facundo y Antonio Oviedo, Julián Narváez, José Barreto, Juan Pablo Bula, Ricardo Díaz y otros, dos mil setecientos setenta y ocho metros cuadrados (8.278 mts.^{2}) de tierras baldías ubicadas en el Municipio de Sahagún con los linderos antes especificados. Por Resolución de fecha 26 de febrero de 1873 el Poder Ejecutivo de la Unión, por medio del Secretario de Hacienda y Fomento, hizo a los señores expresados en el párrafo anterior la adjudicación definitiva de aquel número de hectáreas y cuyo título de propiedad se les expidió en la escritura pública Nº veintiseis (26) otorgada ante el notario de la provincia de Chinú, se-

ñor Eustaquio Pineda con fecha 21 de mayo de 1873 por el señor Gobernador de aquella provincia como Agente del Poder Ejecutivo del Estado, Delegado del Gobierno de la Unión, habiendo entrado dichos señores en posesión de las referidas hectáreas de tierras el 10 de mayo de 1873. El registró del título se efectuó el 21 de mayo del mismo año, según boleta número 51 (sic) el derecho de registro y protocolización de varias diligencias del expediente de adjudicación de una porción de tierras baldías. Más tarde, por escritura pública otorgada ante el Notario de la Provincia de Chinú, los señores adjudicatarios vendieron al vecindario del Municipio de Sahagún las 2754 hectáreas y 8278 metros cuadrados por la suma de cinco mil seiscientos treinta y cinco pesos con cuarenta centavos ($ 5.635.40). Esta escritura se registró el mismo día de su otorgamiento, según boleta de registro número 5 de fecha catorce de enero de 1874. Estas hectáreas de tierra que compró el Municipio de Sahagún también están registradas en el libro de Registro de la propiedad territorial, y en varios actos públicos, cuyas copias acompaño, se citan estas tierras como de propiedad del mencionado Municipio.

El opositor acompañó varios documenos: copia de la escritura Nº 178 de 23 de octubre de 1882; copias de unas partidas de registro e inscripción de títulos de propiedad territorial, entre ellas la partida número 4 de 30 de marzo de 1868; copia de la escritura número 112 de 16 de febrero de 1944, Notaría Segunda de Cartagena, por la cual se protocolizó la escritura número 3 de 14 de enero de 1874.

Sin pronunciarse la Sala sobre el valor jurídico de los títulos aducidos por el Municipio de Sahagún para fundamentar su oposición, en lo que se refiere a su eficacia como medios aptos legalmente para trasladar la propiedad de la Nación a la del Municipio, sobre lo cual no es necesario que se haga una calificación, ha de considerar los reparos de orden técnico que con respecto a dichos títulos se han presentado para afirmar que con base en ellos no es posible actualmente hacer una determinación de las tierras sobre que versan, de donde pudiera concluírse que las que forman el globo de las que encierra la propuesta de contrato abarcan o comprenden las de los títulos aducidos por el Municipio de Sahagún, o al menos parte de ellas. Las oficinas del Ministerio de Minas y Petróleos encargadas del estudio correspondiente para determinar si por los datos allegados resulta una superposición de áreas de las tierras de la propuesta y de las de la oposición, después de analizar los varios documentos que forman los títulos del Municipio de Sahagún, concluyen declarando no ser posible con ellos deducir nada concreto acerca de la localización de los lotes objeto de la oposición, y en particular si ellos se hallan comprendidos por el área a que se extiende la propuesta de contrato. Posiblemente si se hubiese practicado una inspección sobre los terrenos, ilustrada con el concurso de peritos, la localización que parece difícil en opinión de los ingenieros oficiales hubiera podido hacerse con claridad suficiente para llegar a conclusiones más firmes y definitivas en el particular. Refiriéndose al lote que se apoya en las nuevas caballerías de tierras dicen los ingenieros, después de transcribir los linderos dados en el memorial de oposición: "Estos linderos (si así pueden llamarse) están imprecisos y confusos, lo primero, porque al decir 'de las Sabanas de Sanquirre a la de Lleguas', sin concretar de qué parte de las unas sábanas a qué parte de la otra, con eso no puede precisarse el terreno, ni con lo que sigue de los linderos; lo único que puede sacarse en claro es que un trayecto del camino de Sahagún a Chinú hace parte de los linderos y que el terreno tiene la forma de cuadro. Son confusos los linderos porque hasta donde dicen a Sanquirre a cerrar el cuadro, parece que ahí debieran terminar cerrando una figura cuadrada, pero siguen más linderos diciendo 'y alindar con las otras seis caballerías de tierras que...', sin saberse si está refiriéndose ya a otro terreno de seis caballerías o si ese es parte del que en el memorial se denomina **primera porción**. En todo caso, ninguno de los nombres o sitios mencionados en los linderos, salvo el camino de Sahagún a Chinú, se encuentra en el plano de la propuesta ni el mapa de Bolívar elaborado por la Oficina de Longitudes. En resumen, no es posible con los linderos descritos localizar las nueve caballerías de tierra. En cuanto al otro lote el de 2754 hectáreas y 8278 metros cuadrados dicen los ingenieros oficiales aludiendo a los documentos aducidos por el opositor: "Ya vimos que la mensura de los linderos respectivos fue hecha a rumbo y distancia, por los agrimensores J. Antonio Bula y Manuel de la Espriella, nombrados para tal efecto por el Gobernador de Chinú; pero como de los puntos arcifinios que figuran como vértices de tales linderos sólo aparece en los planos de que se dispone (el de la propuesta número 148 y el ma

pa del Departamento de Bolívar levantado por la Oficina de Longitudes) el punto donde 'el camino que sigue de Sahagún a Ciénaga de Oro' encuentra 'el arroyo de Venado', (cuarto vértice), y como seguramente los linderos fueron referidos al norte magnético —que debió ser bastante distinto del actual— hay que concluír que con tal alinderación no es posible localizar precisamente, en los mapas citados, el lote que se reclama como de propiedad privada y que por tanto hay necesidad de localizar tales linderos y enlazarlos con los del lote de la propuesta para conocer la precisa ubicación de aquél y deducir en qué extensión ha sido superpuesto por los terrenos que solicitó en concesión el señor Thomas F. Roche". Dicen más adelante: "Un poco menos de las dos terceras partes del lote adjudicado quedan superpuestas por el de la propuesta número 148. Es entendido que esta localización es apenas aproximada por estar referida a un rumbo magnético determinado 70 años después de la fecha en que se midió el lote y a 22 kilómetros de distancia del vértice 4; porque no se sabe con fijeza si el camino que ahora va de Sahagún a Ciénaga de Oro es el mismo a que se refirieron los agrimensores hace 70 años, y porque aun siendo el mismo el levantamiento que de él se hizo en 1943 es apenas aproximado, y, por tanto, también es aproximado el punto que señala el cruce con el arroyo de Venado, punto este que nos sirvió de origen para la localización del lote a que se refiere la adjudicación". Observa la Sala que aunque los ingenieros reconocen que existe una superposición de los terrenos de la propuesta sobre los de la adjudicación a que este último título se refiere, sin embargo hay vaguedad en la determinación de un camino y de otro punto arcifinio, y ya los propios ingenieros habían dicho que con la alinderación que figura en el título no es posible localizar "en los mapas citados" el lote que se reclama como de propiedad privada y que por tanto hay necesidad de relocalizar tales linderos y enlazarlos con los del lote de la propuesta.

Respecto a ambos lotes, el de las nueve caballerías y el referente a las 2754 hectáreas y 8278 mts.^{2}, expresan los ingenieros como se ha visto, que encuentran deficientes los datos que ellos traen sobre alinderación de las tierras. Esta deficiencia, anotada desde cuando el negocio recibió su trámite en el Ministerio de Minas y Petróleos, continúa vigente en el juicio, pues no se han llevado a él elementos de prueba que sirvan para clarificar lo que se encontró oscuro por los técnicos La Sala repite que en presencia de esta situación, y por no haberse aclarado los puntos dichos tocantes con los linderos de las tierras, practicándose, como es frecuente en estos casos, una inspección en la que con el auxilio de peritos se llegue a conclusiones concretas sobre ubicación y linderos, ha de concluír que por carencia de base sólida para su pronunciamiento en el sentido que lo pretende el Municipio de Sahagún, opositor, es infundada la oposición.

Oposición del señor Bula Díaz

En el memorial en que se plantea esta oposición se lee:

Dentro del globo de terreno descrito anteriormente a que se refiere la propuesta de contrato se encuentra una porción de tierra de propiedad de mi poderdante, señor Eufrasio Bula Díaz, denominado 'Paloquemado', ubicada en el Municipio de Sahagún, y alinderado como sigue: 'Desde el paso del Corral pasando por los lugares nombrados sitio viejo de Marín, sitio viejo de Simón Tenorio, camino de Arroyo Hondo, Jaguito, Cruzada de la Rosalía para los Fuentes, hasta el camino viejo de Paloquemado, con terrenos de los Almanza: de allí pasando por la envocada del monte de San Juan para la de los Caminos, por el rincón del difunto San Juan y por la aguada del mismo rincón hasta la embocada del Lamedero, con los terrenos comunales de este Distrito, y de allí orillando a la Ceja del rincón del medio, linda con terrenos de Manuel Díaz". La porción de terreno que acabo de delimitar salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 y la propiedad del terreno en cabeza de mi poderdante se prueba con la titulación que menciono en seguida y que acompaño a este escrito: I. Por escritura de fecha siete (7) de abril del año de 1873 el señor Romualdo Guzmán vendió a Custodio Herrera un pedazo de tierra en las de Paloquemado, otorgada en la Villa de Chinú ante el Juez Segundo de Primera Instancia del Séptimo Cantón, señor Santiago Pérez, escritura que fue registrada como consta en ese instrumento". (Después se relacionan otros documentos que tienen su origen en el anterior).

También aquí ha de decir la Corte que sin necesidad de entrar en el comentario sobre el valor jurídico del título aducido por este opositor, la sola lectura de los linderos del lote de terreno en él relacionado está indicando su ineficiencia

para demostrar la ubicación de las tierras y su extensión. Sobre estos puntos dicen los Ingenieros del Ministerio de Minas y Petróleos: "Tanto los linderos como la ubicación de Paloquemado son muy imprecisos, ya que aquellos no fueron fijados por rumbos y distancias sino por sitios y parajes como el Pozo del Corral, Sitio Viejo de Marín, Sitio Viejo de Simón Tenorio, Camino de Arroyo Hondo, Jaguito etc. que no figuran en el plano de la propuesta ni en el mapa del Departamento de Bolívar levantado por la Oficina de Longitudes... Como no se cuenta con datos que permitan localizar, ya sea en el plano presentado por el proponente, o en el de localización de propuestas que se lleva en esta Sección, el lote de Paloquemado, todo concepto sobre superposición de los terrenos de la propuesta en dicho lote es prematuro e infundado".

Estas conclusiones de los ingenieros no han sido desvirtuadas en el juicio, y a ellas ha de estar la Corte, por tanto, para su decisión. Los terrenos de que trata la oposición del señor Bula Díaz no han sido localizados en forma que permita deducir que ellos o parte de los mismos están cobijados por la propuesta de contrato del señor Thoma F. Roche traspasada a la Junta Petroleum Com pany. Por lo cual la oposición ha de declarars infundada.

En atención a lo expuesto, la Corte Suprem de Justicia, Sala de Negocios Generales, adminis trando justicia en nombre de la República de Co lombia y por autoridad de la ley, DECLARA qu son infundadas las oposiciones que el Municipi de Sahagún y el señor Eufrasio Bula Díaz hicie ron a la propuesta de contrato del señor Thoma F. Roche, traspasada a la Junta Petroleum Com pany, para exploración y explotación de petróle en el globo de terreno a que se refiere la misma propuesta y que se indica en la parte motiva d la presente decisión.

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

Ramón Miranda.—Germán Alvarado C.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Víctor Cock.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio en Ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNAS RESOLUCIONES MINISTERIALES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Dr. Antonio Brugés Carmona, en su calidad de apoderado del "Expreso Colombiano Ribón Limitada", presentó demanda ordinaria contra la Nación para que se declare lo siguiente:

"**Primero:** Que carecen de fundamento legal, y en consecuencia son nulas, las resoluciones Nos. 1864 (junio 5 de 1945) y 2085 (de junio 20 del mismo año); 1780 (mayo 30 del mismo año); y 2151 (junio 26 del mismo año); 1798 (junio 4) y 2152 (junio 26 del mismo año); 1797 (junio 4) y 2153 (junio 26 del mismo año); 1779 (mayo 30) y 2154 (junio 26 del mismo año); 1778 (mayo 30); y 2155 (junio 26 del mismo año); 1796 (junio 4) y 2156 (junio 26 del mismo año); 1865 (junio 5) y 2157 (junio 26 del mismo año); 2614 (junio 30) y 2896 (agosto 24 del mismo año), por medio de las cuales el Ministerio de Correos y Telégrafos impuso sendas multas al Expreso Colombiano Ribón Ltda., por supuestas irregularidades cometidas por la mencionada sociedad en desarrollo del contrato sobre servicio de correos particulares celebrado con el mismo Ministerio. **Segundo:** Que la Nación está obligada a devolver al Expreso Colombiano Ribón Ltda., dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, o dentro del plazo que esa Corte señale, las sumas que la mencionada sociedad pagó en obedecimiento de las resoluciones acusadas. **Tercero:** Que la Nación debe pagar al Expreso Colombiano Ribón Lmtda. y como consecuencia de la declaración de nulidad de las resoluciones ejecutivas acusadas en este libelo, las sumas que determine una tasación pericial, por los perjuicios que sufrió por las multas impuestas".

Como hechos fundamentales de la acción impetrada el demandante señala los que seguidamente se transcriben: "a) Entre el Expreso Colombiano Ribón Lmtda. y el Ministerio de Correos y Telégrafos se celebró el 23 de diciembre de 1943 un contrato por medio del cual el Gobierno concedió permiso a la sociedad mencionada para el establecimiento regular de un servicio de correos rápidos de correspondencia en el interior de la República. b) Por este contrato, entre otras cosas, se estableció en la cláusula 14 que toda irregularidad en el servicio o en el manejo de la correspondencia y toda falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Expreso Colombiano Ribón Lmtda., sería sancionada administrativamente por el Gobierno con multas de $ 5 a $ 50. c) El término de duración del contrato, según la cláusula, fue de dos años, a partir del 1º de marzo de 1943, es decir hasta el 30 de abril de 1945. d) Por Resolución Nº 722 del 2 de mayo de 1945 el Ministerio de Correos y Telégrafos concedió a la sociedad Expreso Colombiano Ribón Lmtada., permiso para continuar prestando el servicio particular de correos, en las mismas condiciones señaladas en el contrato primitivo. e) El Ministerio de Correos y Telégrafos dictó las Resoluciones acusadas en este libelo, sobre las cuales quedó agotado el procedimiento gubernativo".

Las Resoluciones

Las Resoluciones dichas fueron dictadas por el Ministerio de Correos y Telégrafos con fundamento en que el Expreso Colombiano Ribón Lmtda., se sirvió de los correos nacionales para introducir en sus buzones correspondencia que había sido enviada a sus destinatarios por conducto de la mencionada empresa particular de correos. Eso expresan las Resoluciones números 1778, 1779, 1780, 1796, 1797, 1798, 1864, 1865 y 2614 de 1945, en las cuales se hace constar, respectivamente, que en los buzones del correo nacional en Medellín se introdujo por la Oficina del Expreso Ribón, una carta procedente de Bogotá y dirigida al señor Régulo Perdomo Vanegas; otra procedente de Corinto (Cauca) y dirigida al señor Angel María Velásquez; otra procedente de Neiva y dirigida al señor Leonidas Vargas G.; otras procedentes de diversos lugares y dirigidas a los señores Ivan

Restrepo M., Fr. Pablo Planillo, Gerardo A González., Fca. Calcetería Pepalfa, Helí Amaya B., M. K. Kausch y Sra. Cecilia Uribe de Restrepo; otra procedente de Buga, dirigida al señor Miguel Cardona; otra procedente de Puerto Tejada dirigida al señor Valentín Ramos; otras de diversos lugares dirigidas a los señores Federico Khan, Fausto Vélez, Paulina Gil de Ossa y Cía. de Empaques S. A.; otras procedentes también de diversos lugares dirigidas a los señores Reinaldo Suárez, Francisco L. Velásquez, Madre Clara Amelia, Fernando Mejía Z., Jaime Medina P., Eduardo Salazar M., Pedro Tavera, Reinaldo Suárez, Pbro. Antonio Henao P., Solón Calero, Carmen v. de Echeverri, Humberto Jiménez Gómez, y una de Buga dirigida a Nicolás Gaviria. Las Resoluciones referidas habían fijado en cada caso $ 500 de multa, pero en virtud del recurso de reposición interpuesto contra ellas, fueron modificadas, rebajándose la multa de $ 500 a la suma de $ 150.00, habiendo fijado únicamente la número 2614 de 1945 una multa en $ 250, que quedó en firme.

En ocho de las Resoluciones se dice que el "Expreso Colombiano Ribón Lmtda.", violó lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 1574 de 1933, y en una de ellas, que la empresa infringió el artículo 403 del Decreto 1418 de 1945.

Alegaciones de las partes:

El demandante al pedir que se declaren nulas las resoluciones mencionadas anteriormente manifiesta que ellas se basan en supuestas irregularidades que el Expreso Colombiano Ribón Lmtda. cometió, por haber infringido el Decreto 1574 de 1933, en sus artículos 4º y 5º; pero que tal Decreto no era aplicable a los casos contemplados. Hace alusión al contrato celebrado entre el Expreso Ribón y el Ministerio de Correos en diciembre de 1943, y manifiesta que de acuerdo con la cláusula 14 de este contrató toda irregularidad que el Expreso Ribón cometa en la prestación del servicio de correos es sancionada con multas de $ 5 a $ 50, en el contrato. Que por tal motivo, si se imponen sanciones mayores de este límite, se viola el contrato por el Ministerio de Correos. Respecto de la Resolución número 2614 de julio de 1945, observa que las relaciones de la empresa con el Ministerio de Correos y Telégrafos se regían por las condiciones del mismo contrato suscrito en diciembre de 1943, máxime si en la misma resolución 2614 se reconoce que, "hasta que se dictaron las Resoluciones Nos. 1875 (6 de junio de 1945) y 2084 (2(de junio de 1945) que suspendieron definitivamen te el permiso de que venía disfrutando Expres(Colombiano Ribón Lmtda. las relaciones de est empresa con el Ministerio de Correos y Telégra fos se regían por las mismas condiciones del pri mitivo contrato". Termina diciendo que las men tadas Resoluciones deben anularse por ser ilegale y violatorias de un contrato vigente, además d(adolecer de inequidad e injusticia.

A la demanda el actor acompañó copia de la Resoluciones acusadas; del contrato celebrado en tre el Ministerio de Correos y Telégrafos y el Ex preso Ribón Lmtda., de fecha 13 de diciembre d(1943; de la Resolución número 722 de 1945 —2 d(marzo— por la cual se prorrogó el contrato ante rior, y copia de la Resolución número 2084 de 2(de junio por la cual se fijó fecha para la termi nación de este contrato. Acompañó además u certificado de la Cámara de Comercio sobre l Constitución de la sociedad "Expreso Colombian Ribón Lmtda".

Por su parte el señor Procurador Delegado e lo Civil, hace las observaciones que a continuació se resumen: Que es verdad que entre el Gobiern Nacional y la empresa demandada se celebró e contrato de que se habla, suscrito el 23 de di ciembre de 1942. Que es cierto que según la cláu sula 14 del contrato se estableció que toda irre gularidad en el servicio o en el manejo de la co rrespondencia por parte del contratista sería san cionada administrativamente por el Gobierno Na cional con multas de $ 5 a $ 50, cada una. Qu es igualmente cierto que la duración del contrat fue de dos años, reservándose el Gobierno Na cional el derecho de ponerle fin en cualquie tiempo antes del término señalado para su viger cia. Se opone el representante de la Nación a la pretensiones de la demanda diciendo que es im procedente el argumento del actor cuando dic que los artículos 4º y 5º del decreto 1574 de 193 no han sido violados por el demandante, ya qu en el contrato se dice que se tendrán en cuen "entre otras disposiciones, las contenidas en Decreto Nº 1574 de 1933", de conformidad con cual el contratista se somete a tales disposici nes y a las demás que en lo futuro se dicten p el Gobierno. Que en tal forma el Ministerio ob legítimamente al fundarse en el citado decre para imponer al Expreso Ribón las multas de q tratan las Resoluciones acusadas. Que es cierto q la cláusula catorce del convenio dispuso que "s

erjuicio de la caducidad o resolución del con-ato, toda irregularidad en el servicio o en el ma-ejo de la correspondencia, y toda falta de cum-limiento en las obligaciones que contrae el Con-atista, será sancionada administrativamente por Gobierno con multas de cinco pesos a cincuen- pesos cada una"; pero que se debe observar ue estas multas se imponían al contratista cuan- éste incumpliera alguna de las obligaciones xpresamente consignadas en el convenio suscrito n fecha 23 de diciembre de 1942; las demás da-an lugar a que fueran impuestas sanciones de rácter general establecidas en los decretos cita-s en el contrato.

Trajo a los autos el demandado copia de los icios números 352, 388, 392, 88, 02851, 500, 581, oficio de fecha 26 de mayo de 1945; una rela-ón de las cartas depositadas por el Expreso Co-mbiano Ribón en los correos nacionales, hecha r la Secretaría del Ministerio de Correos, y unas biertas decomisadas por el Gobierno y que fue-n introducidas por agentes de la entidad deman-nte en los buzones nacionales.

Consideraciones de la Corte.

Los hechos que constituyen el cargo calificado mo infracción de las obligaciones de la empre- demandante, en las Resoluciones cuya nulidad pretende, de haber colocado correspondencia l Expreso Colombiano Ribón en los correos na-nales y de haberse servido de éstos para la en-ga de aquélla a los destinatarios respectivos, aceptan como verdaderos por el actor, pues el rente de la sociedad se expresa así en uno de comunicados al Ministerio del ramo: "Segu-nente uno de nuestros carteros introdujo esas tas en el buzón del correo nacional aprovechan- que el señor Bedoya, nuestro Administrador dicha oficina se encontraba gravemente enfer- en el Hospital de San Rafael. Estamos envian-las cartas para que sean entregadas inmediata-nte a sus destinatarios y ordenando que se in-tigue el caso para que no vuelva a repetirse". emás en el expediente pueden verse muchas esas cartas irregularmente colocadas en los co-os nacionales (folios 28, 33, 34, 35, 40 y 45).

---

a controversia en el juicio se ha suscitado en o a la legalidad de las sanciones impuestas al ratista en las resoluciones del Ministerio de reos y Telégrafos, por estimar el demandante que dados los términos de su contrato el monto de las multas no podía exceder del que se contempla en el convenio, de $ 5 a $ 50 en cada vez, y entender el representante de la Nación en el juicio que la cuantía de las multas es legal porque se acomoda a lo establecido en el Decreto 1574 de 1933, al cual se sometió la Empresa al suscribir el contrato y que gradúa las sanciones de $ 50 a $ 500. En el particular se hacen algunos razonamientos por los apoderados de las partes, de los cuales la Corte ha tomado debida cuenta para su pronunciamiento.

Los dos términos que se contraponen aparentemente para pretender deducir consecuencias distintas son el contrato y los Decretos 1574 de 1933 y 1418 de 1945. El contrato establece: "6) El servicio de correos a que se refiere el presente contrato se prestará de acuerdo con los reglamentos especiales del Gobierno sobre correos particulares, y en cuanto no esté previsto en éstos, de acuerdo con los reglamentos generales del correo nacional. El contratista se somete a lo establecido en los Decretos 192 de 1926, 1574 de 16 de septiembre de 1933 y 1571 de 2 de agosto de 1934, y las demás disposiciones que en lo futuro se dicten por el Gobierno. 14. Sin perjuicio de la caducidad o resolución del contrato, toda irregularidad en el servicio o en el manejo de la correspondencia y toda falta de cumplimiento de las obligaciones que contrae el contratista, será sancionada administrativamente por el Gobierno con multas de cinco a cincuenta pesos ($ 5 a $ 50 cada una)". Claramente se pacta en el convenio que **toda irregularidad en el servicio o en el manejo de la correspondencia** se sancionará con multa de $ 5 a $ 50. Al propio tiempo se declara que el contratista se somete a lo establecido en el decreto 1574 de 1933, que en su artículo 5º dispone que "cualquiera contravención por parte de las empresas particulares de correos **a las disposiciones** del presente decreto, será administrativamente sancionada por el Ministerio de Correos y Telégrafos por medio de resoluciones" y que la empresa responsable "sufrirá por la primera vez multa de $ 50 a $ 500, y si reincidiere, se le suspenderá el permiso...".

El Decreto 1574 de 1933 al cual se sometió el contratista contiene una prohibición a las empresas particulares de correos de "emitir y usar estampillas o viñetas de ninguna clase para el franqueo de las correspondencias que movilicen" (Artículo 1º); ordena que "únicamente adherirán y

anularán sobre las cubiertas de los envíos las estampillas postales de emisión oficial"; (artículo 2º); prohibe igualmente a las empresas en mención "aplicar sobre las cubiertas de las correspondencias que movilicen leyendas de propaganda de ninguna clase" (artículo 3º); declara que el servicio postal nacional "no asume responsabilidad ni admite reclamaciones por el manejo que se imponga a las correspondencias confiadas a los correos particulares (artículo 4º), y finalmente autoriza las multas de $ 50 a $ 500 por "cualquiera contravención... **de las disposiciones del presente decreto**". Obsérvese cómo en las disposiciones del Decreto 1574, que son las ya relacionadas y a que se refiere el artículo 5º que faculta para la imposición de las multas de $ 50 a $ 500, no hay ninguna que prevea el manejo irregular de la correspondencia confiada a los correos particulares y el uso para tal objeto de los correos nacionales. Es cierto que la parte motiva del decreto, en sus considerandos expresa que las empresas particulares de correos "deben atender íntegramente y bajo su exclusiva responsabilidad al manejo de las correspondencia que el público les confía, hasta su entrega; pero esa motivación parece relacionarse lógicamente con la disposición del decreto que dice que el servicio postal no asume responsabilidad por el manejo de correspondencias de correos particulares y que prevé la sanción con una multa de $ 10 al empleado postal correspondiente que no cumpla esa disposición, o sea al empleado oficial ya que a ese servicio se refiere tal artículo del decreto. La motivación del tercero de los considerandos del decreto es la que justifica estas multas de $ 10 a los empleados oficiales, al expresar que las empresas particulares deben atender íntegramente al manejo de la correspondencia que el público les confía, hasta su entrega, y que por tanto el servicio postal nacional no debe admitir esa correspondencia, y que el empleado oficial que lo haga incurre en la sanción de los $ 10 que señala el artículo 4º del decreto. Consecuencia de esta fácil interpretación de **las disposiciones** del decreto 1574 es la de que dicho decreto no sanciona a las empresas particulares de correos con multas de $ 50 a $ 500 sino, como el artículo 5º lo dice, en los casos en que infrinjan sus disposiciones, que son tan sólo para esas empresas las de los artículos 1º, 2º, 3º del decreto, es decir la emisión y uso de estampillas o viñetas para la correspondencia que movilizan, o por no adherir y anular sobre las cubiertas las estampillas postales oficiales, o por aplicar sobre las cubiertas de la co rrespondencia leyendas de propaganda.

Se comprende, por el análisis que se ha hech del decreto 1574 de 1933, que al decirse en el con trato entre el Expreso Colombiano Ribón y el Go bierno Nacional que el contratista se sujetaba lo establecido en el decreto 1574, debía dar cum plimiento a las disposiciones de éste que le era pertinentes, o sea a las ya examinadas de los ar tículos 1º 2º y 3º, y que cuando incurriese en vio lación de alguna de ellas podía aplicarse la san ción prevista en el artículo 5º de multas entr $ 50 y $ 500.

De otro lado, la generalidad misma de la cláusul 14 del convenio, según la cual "toda irregularida en el servicio o en el manejo de la correspondenc cia... será sancionada... con multas de $ 5 $ 50, puede justificar una interpretación jurídi que dé prelación al contrato sobre el decreto, y que los contratos, se celebran para dar firmeza seguridad a las estipulaciones que en ellos se co signa, y porque en el presente caso se previó d modo expreso que toda irregularidad en el man jo de la correspondencia acarrearía una multa $ 5 a $ 50.

Carece pues de base legal la determinación d Ministerio de Correos y Telégrafos, repetida sus Resoluciones, consistente en la imposición multas a la empresa demandante con apoyo en decreto 1574 de 1933 y en la cuantía inicial quinientos pesos para cada caso, reducida post riormente a la de $ 150. Esta falta de fundamen legal es motivo suficiente para que la Corte d clare la nulidad de ocho de las resoluciones ac sadas, en cuanto excedieron la cuantía de $ 50 p vista y autorizada en el contrato para cada fracción.

La última de las resoluciones a que la demanda refiere o sea la número 2614 de 30 de julio de 1 se dictó con fundamento en el Decreto 1418 de ju de ese año. Estaba ya vigente una nueva nor el artículo 405 del citado decreto que establ "Cualquiera contravención por parte de las e presas particulares de correos a las disposicio del presente capítulo, será administrativam sancionada por el Ministerio de Correos y T grafos, con multas de $ 50 a $ 500, y en caso reincidencia habrá lugar a la suspensión del miso para prestar servicio de correos hasta seis meses". En ese mismo decreto se halla disposición del artículo 396, referente a las

ulaciones para los permisos a las empresas par-
culares de correos, y una de ellas es la si-
uiente: b) Que el contratista se obliga a pagar
ultas de $ 50 a $ 500 por **toda irregularidad en
servicio o en el manejo de la correspondencia".**
sta clara disposición reproduce con exactitud los
rminos de la expresión del contrato (cláusula
4) entre la empresa demandante y el Gobierno,
onde se dice que "Toda irregularidad en el ser-
icio o en el manejo de la correspondencia...
erá sancionada'.. con multas de $ 5 a $ 50. Los
ontratistas, el Estado y el Expreso Colombiano
ibón Lmtda., pactaron en el contrato que toda
regularidad en el servicio o en el manejo de
correspondencia podía ser sancionada con mul-
as de $ 5 a $ 50. No se ve cómo pueda una dis-
osición general y posterior cambiar lo que de
odo tan claro convinieron las partes, estableciendo precisamente, contra los términos acordados, una elevación de la cuantía de las multas, de $ 50 $ 500. Es tanto como cambiar por otra la estipulación de que se trata. La seriedad que las siaciones contractuales aseguran y defienden se one a la aplicación de preceptos que como el del ecreto 1418 desconocen en forma completa lo esulado. Es verdad que el contratista dijo (cláula 6ª) someterse "a las demás disposiciones que lo futuro se dicten por el Gobierno". Mas esta tipulación hay que entenderla para todo lo que ncierne a los reglamentos del Gobierno tocans de una manera general con la prestación de los rvicios de los correos particulares, pero siempre spetando lo convenido en cuanto a sanciones r irregularidades en el manejo de la correspon-ncia. Entender de otro modo el reglamento, uivaldría prácticamente en el caso contempla- a negar la existencia del contrato, que especíamente previó lo referente a la sanción a que empresario particular quedaba sometido en el so de infringir sus obligaciones por irregulari-des en el manejo de la correspondencia. En el o de la Resolución 2614 de 1945 ha de concluírse pues de idéntica forma a como se hizo en relación con las otras Resoluciones.

La petición segunda de la demanda sobre devolución por el Estado al Expreso Colombiano Ribón Lmtda. de "las sumas que la mencionada sociedad pagó en obedecimiento a las resoluciones acusadas", no puede prosperar porque no se ha acreditado dicho pago en el presente juicio, para ordenar la devolución del exceso.

La petición tercera, o sea la de que se ordene pagar al demandante perjuicios como consecuencia de la declaración de nulidad de las resoluciones tampoco prospera jurídicamente porque la Corte considera que por haberse cometido por la Empresa demandante las irregularidades contempladas en las resoluciones del Ministerio de Correos y Telégrafos, la legitimidad de esos actos administrativos queda en pié.

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: No pueden hacerse efectivas las resoluciones proferidas por el Ministerio de Correos y Telégrafos referentes al Expreso Colombiano Ribón Lmtda., relacionadas en el punto primero de la demanda, en lo que exceda cada una de ellas de la cantidad de cincuenta pesos ($ 50.00) moneda legal.

Segundo. Absuélvese a la Nación de los cargos que la demanda contiene en los puntos segundo y tercero de su parte petitoria.

Publíquese, notifíquese, cópiese, y archívese el expediente.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Víctor Cock,—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en Ppdad.

OBJECION DE UNOS DICTAMENES PERICIALES POR ERROR GRAVE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En el juicio ordinario del Municipio de Plato contra la Nación y la Compañía de Petróleos la Perla de Colombia que se adelanta en el Tribunal de Santa Marta, el apoderado del Municipio objetó por error grave y dolo los dos dictámenes rendidos por los peritos doctor Hernando Vergara Galvis, nombrado por la Compañía demandada y la Nación y doctor Hernando Jiménez, perito tercero.

Abierta la articulación propia del incidente se resolvió en forma desfavorable a las pretensiones del articulante, declarando el Tribunal que no acepta la objeción por error grave y dolo ya relacionada. La providencia en que tal cosa se dispuso fue objeto de apelación por parte del señor abogado del Municipio de Plato y concedida ella para ante la Corte. Aquí se ha cumplido el trámite correspondiente al recurso y ha llegado el momento de decidirlo.

El abogado del Municipio de Plato solicitó la práctica de una prueba pericial para que se estableciera "si las tierras de la legua del resguardo o fundación de San Angel, según los linderos o mensura de dicha legua de tierras, la mensura de las sabanas de San Angel para don Nicolás Martínez en que se midió un lado, el N. O. con ángulo de 45 grados, desde el cerrojo de la Iglesia hasta un peralejo, etc. la mensura de la línea N. E. cuando se hizo la mensura en el pleito de don Juan de la Rosa Galván, el plano que se encuentra en el Tomo II, págs. dos a trescientos trentidós, de "Tierras del Magdalena", el título y demás documentos al respecto, todo lo cual se ha pedido como prueba en este juicio y también lo tendrán a la vista los peritos, están comprendidas dentro de los linderos, en todo, o en parte, o demarcaciones del globo de terreno de que tratan dicho plano protocolizado y escritura pública 3769 de cuatro de diciembre de 1940".

Al producirse el dictamen pedido y orden como prueba, los peritos Hernando Vergara vis y Hernando Jiménez estuvieron de acuer manifestaron que con los datos de que pudi hacer uso no encuentran base cierta que per localizar la legua cuadrada del resguardo d fundación o pueblo de San Antoñito de Arig ni de San Angel. El otro perito doctor Arturo ba rindió dictamen separado en desacuerdo cor compañeros.

En la presente articulación el abogado del nicipio de Plato solicitó que por medio de pe ingenieros se absolviera un cuestionario qu efecto presentó y que comprende, entre otros tos, el de conceptuar los interrogados cómo interpretarse la legua de resguardo cedida p Corona de España al pueblo de San Antoñit Ariguaní en el año de 1783 y qué forma ge trica debió corresponderle, teniendo como ce el cerrojo de la iglesia del mencionado pueb la rectificación, por los nuevos peritos, de una cha hecha por los doctores Vergara Galvis ménez para determinar si ella se hizo con orientación acortada en relación con los datos suministra el título.

En sus conclusiones el perito Vergara Galvi jo en el juicio: "Para poder localizar el lad la legua cuadrada del resguardo de la expre fundación con los datos que se tienen se nece ría localizar previamente: o el origen de la dida, esto es, la iglesia de San Antoñito de guaní, el sitio donde estaba, o por lo menos tio en que estaba ubicado el pueblo; o el p a donde se llegó en la mensura de las sabana se llamaban de San Angel. En vista de qu el expediente no existen bases para localizar el lugar donde estaba san Antoñito de Arigu en su defecto el punto final a que se llegó diligencia de mensura resolví practicar una pección ocular en el terreno a fin de ver l sibilidad de resolver el problema. . . . No hay guna razón suficiente para afirmar que el p de San Angel o el pueblo de Algarrobo sea guamente llamado San Antoñito de Ariguan cuando su situación cercana a sabanas les guna posibilidad de haberlo sido. De la lectu

los documentos en los juicios existentes se deduce que San Angel y San Antoñito existieron simultáneamente; pero como el doctor Arturo Paba, en el dictamen rendido en el juicio del doctor Royero como comunero contra la Nación y la Perla de Colombia S. A. afirma que San Antoñito de Ariguaní existió en el lugar en que hoy está ubicado el cementerio de San Angel, resolví verificar una mensura, partiendo del citado cementerio como origen,... Como consecuencia de los hechos anteriores he llegado a la conclusión de que en la actualidad no existe base ninguna que permita localizar la legua cuadrada del resguardo de la fundación o pueblo de San Antoñito de Ariguaní ni de San Angel, y por consiguiente no estoy en condiciones de afirmar o negar si estos terrenos están o nó dentro de la concesión de la Perla y como consecuencia no puedo hacer su localización y delimitación".

El Dr. Jiménez dice, también en el juicio: "Además, tenemos que la legua materia del litigio se midió en forma incompleta ya que apenas se determinó una línea de una longitud de cinco mil varas castellanas sin determinar la otra dimensión de la superficie ni su orientación y sentido con relación a la línea de levantamiento. ...Así pues, con los datos de que disponen (sic) actualmente no se puede localizar la población de San Antonio de Ariguaní".

En la articulación los peritos doctores José M. Castro Monsalvo y Enrique Aaron Hayen expresan su concepto, en respuesta al punto a), diciendo cómo entienden que debe interpretarse la legua de resguardo cedida a San Antoñito de Ariguaní en el año de 1783; absuelven otras preguntas que están encaminadas a establecer la diferencia entre el rumbo magnético y el rumbo verdadero para la determinación de una línea, y consideran que pudo incurrirse en error por los peritos Vergara Galvis y Jiménez al hacer el recorrido que hicieron para determinar una línea a partir del punto donde afirma el perito doctor Paba existió San Antoñito de Ariguaní, o sea el sitio actual ocupado por el cementerio de San Angel. El apoderado del Municipio de Plato dice que el error en que se refiere la tacha consiste en haber tomado para la fijación de esa línea el rumbo magnético y no el astronómico.

La tacha por error que se hace al dictamen de los peritos Jiménez y Vergara Galvis consiste, como ya se ha advertido, en que al tratar estos peritos de verificar en el terreno, por libre determinación suya y no por solicitud de la parte que pidió la prueba, una línea que midió en 1783 el agrimensor Alamo, los peritos Jiménez y Vergara incurrieron en un error de orientación, por haber tomado como base para el recorrido el rumbo magnético y no el astronómico. Sobre este error se apoya la tacha que se ha propuesto.

Para poder juzgar acerca de la importancia de la objeción conviene tratar de establecer el interés que la determinación de la línea mencionada pueda tener en el concepto que los propios peritos tachados han rendido.

En el parecer de los peritos Vergara y Jiménez es indispensable para poder localizar la legua cuadrada concedida a la fundación de San Antoñito de Ariguaní localizar previamente el origen de la medida que entonces se practicó de uno de los lados de la figura y que fue puerta de la Iglesia de dicho pueblo o fundación. Esta opinión de los peritos la encuentra acertada la Corte porque según el título aducido, la mensura de esa línea se hizo así: con un cordel de cáñamo de cincuenta (50) **varas desde el cerrojo de la puerta de la iglesia hasta el arroyo que está seco, nombrado de** Los Pintados, **se tendieron** treinta y seis (36) **cordeles** o sean **mil ochocientas** (1800) **varas castellanas**...)". Es decir, que la medida se hizo tomando como punto de partida la puerta de la Iglesia de la población de San Antoñito, por lo cual es razonable, como lo entienden los peritos mencionados, que se fije ese punto, como base de partida para la medida de la línea que en 1783 se trazó y para la localización de la legua de tierra que se dice fue concedida a la fundación de San Antoñito de Ariguaní. Para alcanzar ese propósito, de precisar el punto inicial de la medida practicada en 1783, o sea la iglesia de San Antoñito de Ariguaní, o el sitio donde estuvo, situada, hacen los peritos Vergara y Jiménez el esfuerzo de localizar en el terreno la línea que señaló el agrimensor Alamo y al hacerlo parece que incurren en un error de orientación, según lo afirman los peritos Castro Monsalvo y Aaron, error que conduce, en el concepto del señor Abogado que presenta la tacha, al no hallazgo de unas sabanas a las cuales se expresó por el agrimensor Alamo llegaba la línea que el trazó.

El perito doctor Arturo Paba F. hace consideraciones de mucha importancia en su concepto rendido ante el Tribunal. Anota cómo "el rumbo N. 45.O.O. W sólo indica la dirección en que se encontraba el lote de terreno solicitado por Mar-

tinez". De las conclusiones de su dictamen se transcribe la que sigue: "D. El rumbo de N. 45.O.O. W sólo sirvió para fijar la posición de la propiedad que se midió a Nicolás Martínez **y por tanto el hecho de que una recta que salga del actual cementerio con este rumbo no encuentre la sabana, no es argumento válido".** Se tiene pues que el perito doctor Paba considera que el no encontrar la sabana la línea varias veces relacionada, que los otros peritos quisieron localizar, y que no llegó a ellas, no implica un argumento válido que sirva para comprobar lo que los peritos principales se propusieron, es decir, para llegar a una deducción sobre ubicación del cementerio de San Angel como el punto donde debió encontrarse la iglesia de la desaparecida población de San Antoñito de Ariguaní.

Este razonamiento del perito Paba demuestra, en el parecer de la Corte, que la localización de la línea que pretendió hacerse por los peritos principales carece de la importancia, dentro de los conceptos periciales, que pretende atribuírle el señor abogado que ha propuesto la tacha de los dictámenes. El perito Paba le resta importancia al argumento que pudiera deducirse de que trazada la línea no se llegó al final de ella a las sabanas. Para el dicho perito, de esa circunstancia no se deduce un argumento válido. Y siendo esto así, el error en que se ha incurrido por los otros peritos al trazar la mencionada línea no tiene la entidad suficiente para que pueda calificársele de error grave.

No quiere decir la Corte, con esta consideración, que el procedimiento indicado y de que hicieron uso los peritos Vergara y Jiménez no contribuya a dar luz en el particular y que por tanto lo que estos peritos hicieron y lo que sobre tal punto afirman los peritos Montalvo y Aarón, así como el perito doctor Paba, carezca de interés y de valor en el análisis que de la prueba haya de hacerse cuando el fallo se pronuncie por el Tribunal, y si el caso llega, por esta Sala de la Corte. Pero sí se anota que la tacha formulada al dictamen de los peritos Vergara y Jiménez no alcanza a constituír un error de consecuencias definitivas para la dictaminación que ellos dieron pues cuando se falle en el fondo del negocio podrán tenerse en cuenta, y en su conjunto, todos los elementos de juicio que a su turno sirvieron de base a la estimación pericial; no tan sólo el de hacer el recorrido de la línea, a partir del cementerio de San Angel, lugar que se indicó a los peritos como el de ubicación de la iglesia desaparecida de San Antoñito; sino el análisis de otros elementos probatorios, como los que se refieren a la coincidencia entre este sitio del cementerio de San Angel y el de la iglesia de San Antoñito y en general, el examen de las demás pruebas que resulten de los documentos allegados a los autos, y que puedan confirmar o contradecir los dictámenes periciales.

No cree la Corte llegado el momento de calificar en forma distinta a como aquí se hace los dictámenes de los peritos Vergara y Jiménez, pues su estudio y calificación definitiva solamente se harán al dictarse la sentencia. Tales dictámenes pueden y deben quedar en pié para que con base en ellos y en los otros conceptos periciales se juzgue en el fondo acerca del valor de la prueba en su debida oportunidad. Advirtiéndose que como es obvio al fallador le corresponde estudiar y decidir cuando dicte sentencia, si los dictámenes de los peritos se hallan o nó debidamente fundamentados. Está de acuerdo la Corte con el Tribunal al considerar que no hay en el expediente dato alguno que induzca a pensar que los peritos obraron con dolo al rendir su dictamen, pues no aparece que a sabiendas hubiesen errado en sus apreciaciones con el ánimo de favorecer a una de las partes.

En atención a las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma la providencia que fue objeto del recurso de apelación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Anibal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio en Ppdad.

INDICE

Págs.

V Conferencia Interamericana de Abogados. — Discursos pronunciados por el Sr. Dr. Felipe S. de Portocarrero, Presidente de la Corte Suprema del Perú, y por el Sr. Dr. Alvaro Leal Morales, Vicepresidente de la Corte Suprema de Colombia, en la recepción que en honor de las Delegaciones a la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados ofreció la Corte Suprema del Perú en el gran Hall del Palacio de Justicia de Lima el día 30 de noviembre de 1947 303

SALA PLENA

Demanda de inexequibilidad del artículo único de la Ley 35 de 1945 "por la cual se fija la remuneración de los Congresistas. — Sentencia 4 de junio de 1947. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 308

Salvamento de Voto de los doctores Francisto Bruno y Agustín Gómez Prada a la sentencia anterior 310

Objeción de inexequibilidad presentada por el Excelentísimo Señor Presidente de la República contra el artículo 2º del proyecto de Ley "por la cual se provee a la electrificación del Departamento del Atlántico y se dictan otras disposiciones". — Sentencia de la Sala Plena del 12 de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 311

Sición de inexequibilidad del artículo 65 de la Ley 6ª de 1945 de la Corte Plena del 3 de octubre de 1947. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 314

Salvamento de voto del Conjuez doctor Guillermo Amaya Ramírez al auto anterior 315

Demanda de inexequibilidad del artículo 7º de la Ley 71 de 1945 en sus apartes b) y c) y su parágrafo. — Se abstiene la Corte de resolver por falta de materia sobre el asunto. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 324

Acción de inexequibilidad de los artículos 6º, 7º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 38 y 40 del Decreto Ejecutivo Nº 0750 de 1947. Se declaran inexequibles los artículos acusados. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 326

Acción de inexequibilidad de los artículos 6º, 7º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 38, 40, 41 y 42 del Decreto Ejecutivo Nº 0750 de 1947. — Además de los artículos declarados inexequibles en la sentencia anterior se declaran inexequibles también el 41 y el 42 de ese Decreto. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 331

SALA DE CASACION CIVIL

Acción petitoria de declaración de dominio. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario seguido por María Teresa Leal de Andrade contra Juan José, Rafael y Aureliano Leal Andrade sobre petición de dominio. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza. 334

Acción sobre pago de una suma de pesos. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Eliseo Ramírez contra la sucesión de Romualdo Burgos por pesos. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 339

Págs.

Acción petitoria de indemnización de perjuicios. — Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Manuel Vélez y María Teresa Pulgarín contra Juan N. Arroyave, sobre perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 342

Reivindicación. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario sobre reivindicación promovido por Pilar Rodríguez contra Carmen Quiroga. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 348

Acción negatoria de servidumbre de tránsito. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario sobre servidumbre de tránsito seguido por Manuel de Jesús Soto contra Juan Bautista Rivas. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 353

Acción de nulidad de una escritura. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Inocencia Cuesta contra Manuel F. Barcha. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 356

Falta de pago del precio. — Revoca la Sala, en sentencia de instancia, el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio promovido por María de la Cruz Narváez de Tovar contra Juan B. Herrera sobre resolución de un contrato por no pago del precio de la compraventa. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 359

Reivindicación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por la Compañía Minera de los Andes contra Camilo Vélez y otros sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 366

Acción petitoria de revisión de una sentencia de pregón y remate, de nulidad del juicio ejecutivo, de restitución de bienes, etc. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por Arnoldo Marín S. contra Ernesto Duque Lince sobre los puntos antes indicados. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 369

Objeciones a una partición hecha en juicio de separación de bienes. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por la señora María Teresa Ferrans de Monsalve contra Joaquín E. Monsalve sobre el punto indicado. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 373

Reivindicación. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario promovido por Paulina Martínez de Quintero contra Antonio Vallejo sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas.. 38

Acción de nulidad de un contrato y de reivindicación. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Félix Restrepo y otro contra Alberto Restrepo Arango. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 3

Acción petitoria de pago de perjuicios materiales y morales. — Responsabilidad civil por denuncios criminales, imprudentes o ligeros. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Héctor Silva Herrera como apoderado de Joseph y Najul Chedraue contra Alberto Cohen, por perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez .....

Acción principal de simulación de un contrato y restitución de bienes, y subsidiaria de lesión enorme.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Rebeca Prieto v. de Ruiz contra Uladislao Prieto sobre los puntos indicados. Magis-

Págs.

trado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 394

Reivindicación. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario sobre reivindicación seguido por Gerardo Antonio López Obando contra José María Osorio Patiño. Magistrado ponente: Dr Ricardo Hinestrosa Daza 397

SALA DE CASACION PENAL

Delito de Abigeato. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga por la cual condenó a Juan de Dios Mejía por el delito de hurto. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 400

Requisitos para la atenuación de la pena por provocación. — Estado de ira o de intenso dolor. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona por la cual condenó a Hermes Gallardo por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 404

Consulta de una sentencia. — Se reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta por la cual se ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Alejandro Araque en el sentido de decretar que la cesación debe producirse por no haber existido el delito imputado. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 407

Delitos militares. — Se dirime la colisión de competencias entre el Juez Penal del Circuito de Garzón y el Juzgado Militar de la 6ª Brigada en el sentido de decidir que es a aquél y no a ésta a quien le corresponde el juzgamiento del Teniente del Ejército David Flórez, por el delito de hurto imputado. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 409

Causal segunda de Casación. — Circunstancias modificadoras del delito. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona por la cual condenó a Segundo Carrillo por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 411

Págs.

Causal segunda. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Ibagué por la cual condenó a Marco Aurelio Marulanda por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 414

Homicidio - asesinato. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga por la cual condenó a Martín Mendoza García por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 417

Inoperancia de la Causal 2ª de Casación. — Indeterminación en el auto de proceder de la especie a que pertenece el delito. Obligación de expresar los hechos que se consideran probados. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín por la cual condenó a María Inés y Ana Eva Jiménez Henao por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 421

Homicidio - parricidio conforme al antiguo Código Penal. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja por la cual condenó a José Joaquín Hernández Soler por homicidio. Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada 426

Causal 2ª de Casación. — Nulidades. — Circunstancias modificadoras del hecho ilícito. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales por la cual condenó a Vicente Buitrago Duque por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 432

Individualización de las sanciones conforme al artículo 60 del Código Penal. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales por la cual condenó a Edgardo Muñoz por el delito de hurto. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez. 437

Condiciones para que haya legítima defensa Prueba del estado civil en materia penal. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá por la cual se condenó a José Miguel Luque Miranda por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 441

Págs.

Abuso de funciones. — Abuso de autoridad. Detención arbitraria. — No se repone el auto reclamado por el cual se ordenó llamar a juicio al Mayor Sergio Leyva Arciniégas por uno de los delitos del Título XI, Capítulo II, libro 2º del Código Penal. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 445

Impedimentos. — Se decide que el Magistrado doctor Cayetano Rengifo Illera no está impedido para conocer del asunto de que se trata. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 449

Incompetencia de la Corte para conocer de las acusaciones contra los Consejeros de Estado. — Se declara incompetente la Corte para conocer de la acusación contra los Consejeros de Estado. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 451

Causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. — Causal segunda. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué por la cual condenó a Antonio Montealegre Reina por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 453

Se conceptúa favorablemente sobre el cambio de radicación de un sumario, que es el seguido contra Dimas Saavedra Galindo, por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 456

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Se declara no probada la causal de nulidad propuesta en el juicio ordinario seguido por Miguel de J. Ceballos y otros contra la Nación. 460

Acción petitoria de pago de una suma de pesos. — Pacto de "Quota litis". — Cesión de derechos personales. — Qué debe entenderse por derecho litigioso. — Cesión de derechos litigiosos. — Su mecanismo. — Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por el doctor José Hugo Soler contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 464

Contención por trabajos públicos administrativos. — Responsabilidad extracontractual de la Administración. — Contencioso subjetivo. — Contencioso de trabajos públicos. Estado de necesidad. — Noción jurídica de trabajos públicos. — Competencia. — Se declara probada la excepción propuesta en el juicio ordinario seguido ante el Tribunal de Bogotá por María Sierra de Gómez contra la Nación, por perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 473

Acción de indemnización de perjuicios por un accidente de aviación. — Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por Leonor Triviño v. de Nieto contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock..... 486

Acción de nulidad de una Resolución Ejecutiva y de pago de perjuicios. — Se declaran nulas algunas Resoluciones del Ministerio de Correos y Telégrafos y se absuelve a la Nación de los cargos hechos a la Nación en aquella demanda por César D. Erazo, por medio de apoderado. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 490

Se declara improcedente la revisión de una sentencia sobre jubilación en la solicitud hecha por el doctor Rafael Caicedo. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 504

Acción reivindicatoria. — Se confirma la sentencia apelada en el juicio ordinario seguido por Pedro Mario Alvarado contra Oliverio Afanador. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 507

Acción petitoria de pago de perjuicios. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario promovido por Ricardo Ramírez contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente: Dr. Antonio Saucedo Carrasquilla. 51

Págs.

Prestaciones sociales de la Caja de Previsión Social Judicial. — Se confirma el auto del Tribunal Superior de Pamplona proferido en la solicitud hecha por el doctor Víctor M. Espinel sobre pensión de jubilación. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 520

Incidente de colisión de competencias. — Se dirime la competencia suscitada entre el Tribunal Superior de Medellín y el Tribunal Seccional del Trabajo de Antioquia en el juicio especial de prestaciones sociales promovido por Joaquín Arango contra el Municipio de Salazar. Magistrado ponente: Dr. Antonio Saucedo Carrasquilla 522

Acción petitoria de incumplimiento de un contrato y de pago de perjuicios. — Se condena a la Nación al pago de una suma de pesos en el juicio ordinario de que se habla, seguido por Enrique Pinzón contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 524

Acción de perjuicios por un accidente de aviación. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio seguido por Justino Díaz contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Antonio Saucedo Carrasquilla 534

Se confirma el auto recurrido en el juicio seguido por Doraliza Durán y Miguel J. Ceballos contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 541

Aviso de exploración de petróleos. — Se declara fundada la pretensión de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia en el aviso referente a una exploración de petróleo. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock 544

Fijación del monto de unos perjuicios materiales por el accidente aéreo de Santa Ana. Se revoca el auto apelado del Tribunal Superior de Bogotá en el incidente sobre regulación de perjuicios promovido en el juicio ordinario seguido contra la Nación por Hermes Muñoz Pérez. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 570

Oposiciones a una propuesta de exploración y explotación de Petróleos. — Se declaran infundadas las oposiciones que el Municipio de Sahagún y el señor Eufrasio Bula Díaz hicieron a la propuesta de exploración de petróleo hecha por Thomas F. Roche. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán. 578

Acción de nulidad de unas Resoluciones Ministeriales. — Se absuelve a la Nación en el juicio ordinario seguido contra la Nación por el Expreso Colombiano Ribón, Limitada. Magistrado ponente: Dr Aníbal Cardoso Gaitán 583

Objeción de unos dictámenes periciales por error grave. — Se confirma el auto recurrido del Tribunal Superior de Bogotá, proferido en el juicio ordinario seguido por el Municipio de Plato y la Compañía de Petróleos la Perla de Colombia, contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 588

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"
CALLE 14, Nº 13-56 — TELEFONO 43-25

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono
Nº 43-25, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

'Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento'

(Siete Partidas: Partida 1ª, Título I, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:
JULIAN MOTTA SALAS

'Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite'.

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LXIII - BOGOTA, COLOMBIA - ENERO - FEBRERO - DE 1948 - NUMEROS 2057 - 2058

COLOCACION DE ACCIONES POR LAS SOCIEDADES ANONIMAS

Se trata de si las sociedades anónimas pueden válidamente colocar sus acciones con prima sobre el valor nominal.

El artículo 24 de la ley 26 de 1922 establece que "la sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común suministrado por accionistas, responsables solo hasta el monto de sus respectivos aportes..." El art. 552 del C. de Co. enseña que la escritura social debe expresar entre otras cosas, (ordinal 4º), el capital de la compañía y el número y cuota de las acciones en que es dividido..."; el 571 del mismo código dice que el fondo social se dividirá en acciones; el 568, que el capital se fija de manera precisa e invariable; y el 465 manda que toda reforma, ampliación o modificación del estatuto social, se solemnice por escritura pública.

Reúno en el párrafo anterior las disposiciones que en mi entender llevan envuelta la consecuencia de la obligatoriedad imperativa de las normas estatutarias en cuanto a la representación del capital por acciones de un valor determinado, cuya alteración sin modificar el estatuto social quebrantan los principios que se enuncian en los artículos citados.

En efecto, si los accionistas son responsables solo hasta el monto de sus respectivos aportes, cuando la sociedad coloca acciones por un valor mayor al nominal, el comprador hace un aporte superior al que hicieron para adquirir iguales derechos los accionistas y fundadores, pero si los derechos se compran más caros, resulta que quien suscribe una emisión valorizada, adquiere una responsabilidad diferente, porque su aporte, que es el valor pagado, obliga su responsabilidad por el monto total, es decir, la acción nominal suscrita a $ 10.00 obliga la responsabilidad accionista hasta esa cantidad, y la acción suscrita a $ 16.00 que incrementa en ese valor, el fondo social, lo obliga en $ 16.00 legalmente, porque es claro que la una y la otra suscripción constituyen aportes para formar el fondo social.

La sociedad no especula con su capital, sino con el objeto industrial o comercial que determina su constitución; por lo mismo no puede hablarse de utilidades en venta de acciones, sino de acciones de distinto valor y se observa que ello conduce a situaciones jurídicas que repugnan.

Ahora bien: siguiendo el mismo texto del art. 24 de la ley 26, ¿cómo es posible admitir el fondo social, dividido en acciones de diferente valor? Viola en mi parecer ese texto, tal hecho, y quebranta en forma más concreta el art. 552 del C. de Co., porque si es forzoso conforme a tal texto expresar en la escritura la cuota de las acciones en que está dividido el capital, esa cuota es inmodificable mientras los estatutos subsistan sin reformas en este punto. Porque la sociedad al declarar en

su estatuto que su capital queda formado por la reunión de cuotas de determinado valor, se obliga a mantener esa cuota como garantía de los constituyentes de sus futuros accionistas y la supercapitalización en las primas que se obtengan, no es legalmente admisible,

Fijado el capital de manera precisa e invariable y determinada la forma como debe reunirse, si por los sistemas normales de integración, es decir por colocación de acciones, se obtiene un mayor capital, proporcionalmente al número de acciones colocadas, ello debería determinar la consiguiente reforma estatutaria, para elevar el capital, pero ocurre que el hecho se originó en un acto viciado surgido de la especulación por dentro; ¿cómo puede entrar válidamente entonces ese mayor valor al capital? Parece que en la práctica estas primas llegan a formar reservas capitalizables y dan lugar a emisiones gratuitas a favor de los accionistas y si desde el punto de vista de la mera contabilidad, ello es posible, quizás no lo sea legalmente.

Las acciones no constituyen para la sociedad una mercancía sino que representan una obligación, de liberación en la forma y términos determinados en la escritura social, esto es, al valor nominal y en los plazos preestablecidos o fijados por la Junta Directiva o la Asamblea General; para integrar el capital, por ende, no puede venderlas o colocarlas al ritmo que marque el mercado; ese es un campo vedado a la sociedad y que pertenece exclusivamente al accionista que es el dueño; no podría por ejemplo colocar acciones por un valor menor del nominal porque ello aparejaría un déficit de capital y es obvio que el capital pagado de una empresa, en la doctrina de los textos citados al principio, debe corresponder exactamente al número de acciones emitidas al valor nominal.

Ya se ha establecido y no entra en el rol de este estudio el punto de que no se pueden revaluar activos para elevar el capital de una sociedad anónima y en esto me parece que la última doctrina del Consejo de Estado, en armoni con la tesis sostenida por la Superintendencia, n deja dudas y se funda precisamente en que la va lorización de los activos favorece al accionist dueño y nó a la sociedad en sí misma conside rada; pues bien, la colocación de acciones con pr ma, conduce a mi entender, a la capitalizació de activos intangibles provenientes del alto va lor que la acción haya alcanzado en el mercado al usar la sociedad de ese recurso, priva al ac cionista propietario de un derecho suyo. Prec samente, el carácter nominal del precio de la ac ción, juega como la moneda en favor o en contr del tenedor; la sociedad, amparada con la fé pú blica que le dá el gobierno al autorizar su ejer cicio, emite acciones al valor inscrito o nominal el accionista, según marchen los negocios socia les, obtiene en el mercado beneficios o corre rie gos si la acción se coloca por debajo del valor ins crito.

Enuncié atrás que legalmente no es posible l adquisición o colocación de acciones proveniente de capital formado por las primas en la venta d acciones y a este propósito invoco la autoridad d Dr. Alfonso Restrepo Moreno, quien en recien estudio tocó esta materia con bastante precisió y observo además, que la ley, por conclusión, so admite acciones privilegiadas en los términos d parágrafo art. 36 de la ley 58 de 1931.

Muchas consideraciones podrían hacerse de í dole general, sobre la cuestión planteada, en r lación con la desigualdad en el aporte y en la re ponsabilidad y la igualdad en los derechos; c el desplazamiento de la sociedad como ente producción hacia el aprovechamiento del go Will y su incursión al juego aventurado del me cado, que si se hace por activa podría realizar por pasiva con el quebranto seguro del patrim nio; pero he querido concretarme solo al pun legal que he considerado un deber proponer a consideración de los doctos y preocupados por tas delicadas materias.

Joaquín Londoño

SALA PLENA

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 17 DE LA LEY 84 DE 1931 Y DEL ARTICULO 3º DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1640 DE 1944

Se dispone estar a lo resuelto en las sentencias mencionadas en este fallo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, octubre cuatro de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Víctor Cook).

En demanda presentada ante la Corte solicitó el señor Alfonso Cárdenas B., ciudadano colombiano, la declaratoria de inexequibilidad del artículo 17 de la Ley 84 de 1931, y el artículo 3º del Decreto Legislativo de carácter extraordinario Nº 1640 sobre convocatoria de Consejos Verbales de Guerra, (año de 1944).

Las disposiciones acusadas de inconstitucionalidad, a las cuales se acaba de hacer referencia, son del siguiente tenor literal:

"Artículo 17 - Ley 84 de 1931. — Corresponde asimismo a la jurisdicción militar el juzgamiento y castigo de los espías; el de las personas no militares que seduzcan o intenten seducir la tropa para que deserte, conspire, se insubordine o se pase al enemigo; el de los que roban o compran clandestinamente o empeñan o destruyen o inutilizan las armas y demás elementos de guerra del Gobierno, o los víveres destinados a la tropa; el de los que incendian o tratan de incendiar los campamentos, cuarteles o vivaques, envenenan o tratan de envenenar las aguas o los víveres de que se provean las tropas, siempre que tales delincuentes no pertenezcan a fuerzas regulares enemigas.

"Parágrafo. Los prisioneros de guerra son también justiciables por la jurisdicción militar".

Artículo 3º - Decreto 1.640 de 1944. — Los mismos consejos de guerra verbales juzgarán y castigarán de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 84 de 1931 a las personas no militares que hubieren seducido o intentado seducir a las fuerzas armadas para que desertaran, conspiraran, se insubordinaran y demás hechos previstos en el referido artículo".

Sea el caso de observar, en primer término, que la Corte, por sentencia de fecha doce (12) de julio de 1945, si bien con el salvamento de algunos magistrados disidentes, declaró exequible en su integridad, el Decreto 1.640 de 1944. De suerte que esa declaratoria, que tiene fuerza **erga omnes,** inhibe a esta Corporación de entrar a discutir de nuevo la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 3º acusado, y así lo reconoció ya expresamente la Sala en sentencia proferida el día seis de los corrientes, dictada con motivo de otra demanda sobre inexequibilidad del mismo Decreto.

Por lo que respecta al artículo 17 de la Ley 84 de 1931, también acusado de inconstitucionalidad como hubo de verse antes, ocurre que la Corte, en la reciente sentencia, que acaba de ser citada, hubo de reconocer que tal precepto legal carece de vigencia en la actualidad, merced a expresa derogatoria contenida en el artículo 292 de la Ley 3ª de 1945, o nuevo Código de Justicia Penal Militar, y a la subrogación en general de las normas sobre competencia militar que se hallan indicadas en el precepto legal acusado; de donde hubo de concluír la Corte no haber lugar a decidir sobre si es exequible o nó el mencionado artículo 17 de la Ley 84 de 1931.

De manera que estando ya fallado, en la forma indicada, lo tocante a este precepto legal, hay lugar a disponer en el presente, que se esté a lo resuelto en la referida sentencia.

En mérito de lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de

la Constitución Nacional, y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, resuelve:

1º Estése a lo resuelto en sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 12 de junio de 1945, sobre la constitucionalidad del Decreto 1.640 de 13 de julio de 1944;

2º Estése igualmente a lo resuelto por esta Sala de la Corte en sentencia de seis de octubre de 1947 en la cual se declara que no hay lugar a resolver sobre si es exequible, o nó lo es, el artículo 17 de la Ley 84 de 1931.

Dése cuenta al Gobierno Nacional. — Cópiese, publíquese y notifíquese.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán.—Francisco Bruno.—Víctor Cock. Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. Ricardo Hinestrosa Daza. — Ricardo Jordán J. Alvaro Leal Morales.—Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca.—Pedro Castillo Pineda. Alberto Benavides Guerrero, Conjuez.—Domingo Sarasty M. — Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio.

ACUSACION DE INEXEQUIBILIDAD DE LA LEY 68 DE 1946. — INTERPRETACION DE LA LEY

1.—Si la ley 68 de 1946 se limita sólo a interpretar la ley 28 de 1932, no es entonces retroactiva, porque conforme a los expresos ordenamientos de los artículos 58 del C. P. y M. y 14 del C. C., 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 ejcutoriadas antes de la vigencia de ella.

La interpretación de una ley proviene a veces del Legislador, quien por medio de otra declara el sentido y alcance de la que se presenta oscura u origina en su aplicación discusiones y dudas. Tal interpretación se denomina auténtica o realizada "con autoridad", como lo expresa el artículo 25 del C. C. y es la que se lleva a cabo de una manera general y obliga a todas las personas y en todos los casos que están sujetos al imperio de la ley interpretativa. La segunda clase de interpretación la denomina el artículo 26 del C. C. "por vía de doctrina", y es la que realizan los jueces y demás funcionarios, al aplicar las leyes a los casos concretos, de modo semejante a como proceden los particulares al acomodar las normas legales a hechos e intereses propios. Pero, ora se hable de la auténtica o de la doctrinaria, es claro que el intérprete, cualquiera que sea, debe tener presentes las reglas de la hermenéutica y acomodarse a ellas, pues de otro modo, ya no se trataría de interpretar una norma legal sino de crear otra, o de la derogación o reforma de la existente. No puede argüirse que a este respecto la obra del Legislador no reconoce límites y que a él le es dado fijar el sentido y alcance que mejor le parezcan, pues entonces la nueva disposición no sería ya interpretativa sino verdaderamente constitutiva de derecho. De aquí que la Corte no acepte la tesis general del señor Procurador cuando asevera que la interpretación auténtica no es susceptible de esfuerzo hermenéutico alguno y que obliga necesariamente. Es obvio que la interpretación legislativa es obligatoria, pero si la ley que pretende ser interpretativa no lo es en realidad, porque es creación de una nueva norma, o bien reforma o deroga la interpretada, entonces ya no sería lógico considerarla como una mera interpretación y, en consecuencia, tenerla como incorporada en la otra o vigente desde la promulgación de esta última. En tales condiciones dicha ley no podría aplicarse a aquellas cuestiones que hayan tenido origen en el lapso de tiempo comprendido entre la promulgación de la una y la otra norma legal, porque así podría haber retroactividad, en contraposición a lo que previene el artículo 30 de la Constitución Nacional.

2.—No apareciendo una manifiesta oposición entre lo dispuesto por la ley interpretada y la interpretativa, no es dado aseverar que la ley 68 acusada no es una interpretación auténtica, sino una derogación o modificación de las disposiciones de la ley 28 de 1932. De esto se infiere que los preceptos de la ley 68 deben considerarse incorporados a la ley 28 interpretada y vigentes desde que empezó a regir. Siendo ello así, no es posible jurídicamente hablar de retroactividad de la ley 68 en frente de derechos adquiridos al amparo de la ley 28. En consecuencia, la ley acusada no es inexequible.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, febrero dos de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

El señor Ricardo A. Lasso C., en ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 214 de la Constitución, solicita en demanda fechada en Ciénaga el 12 de mayo de 1947, que se declare inexequible la Ley 68 de 1946.

Fundamentos de la acusación.

El actor argumenta así:

Que la Ley 28 de 1932 establece en su artículo 1º y 4º una separación de bienes práctica durante la existencia de la sociedad conyugal, y una sociedad latente, que se revela en los eventos en que aquélla deba liquidarse conforme a las prescripciones del Código Civil; que el artículo 5º de dicha ley, en coordinación con los artículos 1º y 7º de la misma, estatuye la plena capacidad civil de la mujer casada y como consecuencia la cesación de la representación legal del marido, lo cual se verifica antes y después de la vigencia de aquellas normas, ya que éstas no hacen distinciones al respecto; que esa plena capacidad carecería de objetivo sobre qué ejercerse, si la mujer casada no pudiera administrar, enajenar y gravar sus propios bienes adquiridos en su nombre a título oneroso durante la sociedad, de acuerdo con el artículo 1º de tal ley, y si asimismo no pudiera hacer valer los derechos sobre la comunidad de bienes adquiridos antes del primero de enero de 1933, como lo reconoce el artículo 7º de la ley 28; que ésta no disolvió las sociedades conyugales anteriores al 1º de enero de 1933, como lo presupone en rigor lógico la liquidación definitiva, posterior a la provisional, según lo indica el artículo 7º de todo lo cual se infiere que, habiéndose efectuado o nó la liquidación provisional, que es potestativa y no obligatoria, las sociedades conyugales anteriores al mencionado 1º de enero quedaron sujetas al régimen de la sociedad latente a que alude el punto primero del libelo; que la ley 28 derogó los artículos 1806 y 1808 del Código Civil; que el 7º de aquélla no creó derechos, sino que eliminó la ficción de que los bienes eran de propiedad exclusiva del marido; que como la ley 28 no disolvió las sociedades conyugales preexistentes, resulta innecesaria la primera parte del artículo 1º de la Ley 68 de 1946; que lo restante de esta disposición prescribe que vuelvan a reputarse como de propiedad exclusiva del marido todos los bienes sociales existentes antes del 1º de enero de 1933, de donde se colige que la ley acusada no es interpretativa o aclaratoria, sino derogatoria de la Ley 28, ya que el carácter de interpretativa o aclaratoria o derogatoria no depende de la denominación que se le dé, sino de su propio contenido.

El impugnador llega así a formular la afirmación de que la Ley 68 demandada vulnera situaciones concretas adquiridas por la mujer casada bajo el imperio de la Ley 28 de 1932, puesto que en virtud de aquéllas se regresa al régimen civil anterior, lo cual implica un quebrantamiento del artículo 26 (hoy el 30) de la Carta Fundamental, el cual garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos.

Concepto del señor Procurador.

Sostiene este alto empleado que la Ley 28 de 1932 no creó derecho alguno sobre los bienes sociales, que no existiera de parte de la mujer casada ya bajo el régimen civil anterior, sino que apenas varió la administración.

Expresa que de conformidad con los artículos 1805, 1806 y 1808 del C. C. era el marido el único jefe de la sociedad conyugal y dueño de los bienes sociales, mientras la mujer no tenía por sí sola derecho alguno sobre tales bienes. Dice que el artículo 1º de la Ley 28 estableció que durante el matrimonio cada cónyuge goza de la libre administración y disposición de los bienes, tanto de los que les pertenezcan al tiempo del matrimonio, como de los demás que por cualquier título o causa hubieren adquirido o adquieran, lo que está indicando que el marido dejó de ser el único administrador, para dar campo a una administración dual. Agrega textualmente lo que sigue:

"Resultado de todo ello es, en opinión de este Despacho, que la Ley 28 de 1932 modificó, sí, el régimen de administración de la sociedad conyugal consagrada en el Código Civil, pero no creó ningún derecho efectivo de la mujer casada que antes no tuviera sobre bienes suyos o de la sociedad conyugal, distinto de la simple administración. Por esto, piensa la Procuraduría que la Ley 68 no pudo desconocer o vulnerar ningún derecho adquirido de la mujer casada por el sólo hecho de modificar o interpretar en sentido distinto del que tenía establecido la jurisprudencia, la administración de los bienes sociales adquiridos antes del 1º de enero de 1933.

Insiste a continuación en que la Ley 68 no es reformatoria sino aclaratoria e interpretativa, fundándose en que el Legislador así lo dijo. Seguidamente agrega que la Ley 28 fue objeto de varias interpretaciones, por lo cual "es lógico suponer que el Legislador quisiera darle una interpretación auténtica si la interpretación jurisprudencial no se ajustaba al espíritu de la ley".

Se transcriben a continuación estos apartes del dictamen:

"Por lo demás, es incuestionable que el legislador es el genunino intérprete de las leyes. Es el único que las interpreta con autoridad. Por ello dice el art. 25 del Código Civil que "la interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador". Los arts. 27 y 28 del C. C. fijan las reglas que deben servir para interpretar la ley "por vía de doctrina". **Respecto de la interpretación dada por el propio legislador no cabe, como es obvio, esfuerzo hermenéutico alguno. La interpretación del legislador obliga necesariamente.** Todo ello unido a la oscuridad de la Ley 28 que suscitó tántas polémicas, hace pensar que el legislador lo que hizo, en verdad, fue interpretar con autoridad —y no reformar como pretende el demandante— la Ley 28 de 1932.

"Siendo esto último así, como lo es en concepto de la Procuraduría, la Ley 68 del año pasado no pudo desconocer o vulnerar ningún derecho adquirido, puesto que se limitó a interpretar —y hay que suponer que interpretar correctamente— una ley preexistente. Por lo mismo, la Ley 68 no creó ni reconoció derechos de la mujer casada. Hizo, simplemente, y con suficiente autoridad para hacerlo, una interpretación de la Ley 28". (El subrayado es de la Corte).

Antecedentes de la Ley 68 de 1946.

El proyecto aclaratorio de la ley 28 se presentó primitivamente en esta forma:

"El marido responderá con los bienes de la sociedad conyugal por las deudas contraídas por él o por la mujer con su autorización, antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932". En la Comisión Primera de la Cámara le tocó la Ponencia del Proyecto al H. R. Dr. Jesús María Arias, quien se expresó así en el estudio respectivo:

"La brevísima exposición de motivos apenas si da una idea clara del artículo propuesto, pero se comprende que busca eliminar los pleitos que con injusticia manifiesta han provocado los abogados que interpretan desviadamente la letra y el espíritu de la Ley 28 de 1932, quienes al enterarse de juicios seguidos por los acreedores del marido y del remate de bienes adquiridos antes de la vigencia de aquella ley, verificados con posterioridad, pero sin el concurso de la mujer, han pedido y hasta obtenido en muchas veces la declaratoria de nulidad, con perjuicio irreparable de quienes obraron con la mejor buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones o en ejercicio de sus derechos, amparados por un régimen patrimonial en el matrimonio, cuyo cambio o modificación no podía ni quiso perjudicarlos, dentro del concepto y respeto de los derechos adquiridos.

"El problema que hoy existe es de mayor alcance y extensión a los contemplados en el artículo del Proyecto y debemos tratar de enfocarlo en todo su contenido. Además, el artículo citado resulta en términos peligroso e insuficiente, como lo demostraré luégo, y por ello me permitiré modificarlo, sin dejar de reconocer explícitamente el acierto y oportunidad con que su autor nos brinda la ocasión de aclarar la Ley 28 de 1932, que en la práctica se ha prestado a interpretaciones y alcances que no quiso darle el Legislador de aquel año, según la historia y antecedentes muy abundantes de esa trascendental reforma civil que se estimó como un avance revolucionario de nuestras instituciones sobre el régimen de bienes en el matrimonio".

En otra parte de la ponencia se lee;

"Las dificultades han surgido en relación con las sociedades conyugales existentes antes de 1933, en presencia de los términos y espíritu de los artículos 1º y 7º de la Ley 28 de 1932, que para algunos son oscuros y entienden que esas sociedades quedaron disueltas y en caso de no haberse liquidado o de no liquidarse, los dos cónyuges tienen que obrar conjuntamente en todos los actos que las afectan activa o pasivamente, en tanto que otros, sostienen que tal ley no las disolvió y dejó a voluntad de los cónyuges el declararlas disueltas al liquidarlas de común acuerdo o por solicitud al Juez competente, o dejarlas bajo el régimen anterior en caso de no proceder a liquidarlas".

Después de muchas otras razones la ponencia propone se dé primer debate al artículo modificado, así:

"La ley 28 de 1932 no disolvió las sociedades conyugales preexistentes y por consiguiente las que no se hayan liquidado o no se liquiden conforme a élla, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del primero de enero de 1933.

"En estos términos queda interpretada la citada ley".

Interpretación

El problema que ha de resolverse consiste en decidir si la ley acusada es realmente interpretativa de la Ley 28 de 1932, o si, al contrario, contiene algunas disposiciones que en vez de definir el sentido y alcance de aquélla, la reforman o derogan.

No cabe duda de que en el primer supuesto, la Ley 68 no sería retroactiva, porque conforme a los expresos ordenamientos de los artículos 58 del C. P. y M. del C. C., 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 ella.

Importa definir la naturaleza de la interpretación y analizar, aunque sea someramente, sus distintas clasificaciones, destacando la llamada "interpretación auténtica".

Al decir del tratadista Francisco Geny (Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo), "interpretar las leyes es simplemente volver a buscar el contenido de la fórmula legislativa, auxiliado por la fórmula que la expresa". Pascuale Fiore, en su obra sobre retroactividad e interpretación de las leyes, afirma: "La interpretación de la ley se encamina generalmente a fijar la regla de una relación jurídica determinada mediante la percepción clara y exacta de la norma establecida por el Legislador".

Se concluye así que, como lo ha entendido la Corte, interpretar la ley no es otra cosa que fijar su sentido y alcance.

La interpretación de una ley proviene a veces del Legislador, quien por medio de otra declara el sentido y alcance de la que se presenta oscura u origina en su aplicación discusiones y dudas. Tal interpretación se denomina auténtica o realizada "con autoridad", como lo expresa el artículo 25 del C. C., y es la que se lleva a cabo de una manera general, y obliga a todas las personas y en todos los casos que están sujetos al imperio de la ley interpretativa.

La segunda clase de interpretación la denomina el artículo 26 del C. C. "por vía de doctrina", y es la que realizan los jueces y demás funcionarios, al aplicar las leyes a los casos concretos, de modo semejante a como proceden los particulares al acomodar las normas legales a hechos e intereses propios.

Pero, ora se hable de la auténtica o de la doctrinaria, es claro que el intérprete, cualquiera que sea, debe tener presentes las reglas de la hermenéutica, y acomodarse a ellas, pues de otro modo, ya no se trataría de interpretar una norma legal sino de crear otra, o de la derogación o reforma de la existente.

No puede argüirse que a este respecto la obra del Legislador no reconoce límites, y que a él le es dado fijar el sentido y alcance que mejor le parezcan, pues entonces, la nueva disposición no sería ya interpretativa sino verdaderamente constitutiva de derecho.

De aquí que la Corte no acepte la tesis general del señor Procurador cuando asevera que la interpretación auténtica no es susceptible de esfuerzo hermenéutico alguno y que obliga necesariamente. Es obvio que la interpretación legislativa es obligatoria, pero si la ley que pretende ser interpretativa no lo es en realidad, porque es creación de una nueva norma, o bien reforma o deroga la interpretada, entonces ya no sería lógico considerarla como una mera interpretación y en consecuencia tenerla como incorporada en la otra o vigente desde la promulgación de esta última.

En tales condiciones, dicha ley no podría aplicarse a aquellas cuestiones que hayan tenido origen en el lapso comprendido entre la promulgación de la una y la otra norma legal, porque así podría haber retroactividad, en contraposición a lo que previene el artículo 30 de la Constitución Nacional.

La Ley 28 y las sociedades conyugales preexistentes.

Sin lugar a duda, una de las cuestiones que suscitaron más disputas y dieron origen a los más diversos pareceres, fue la referente a la situación en que quedaron las sociedades conyugales preexistentes al 1º de enero de 1933, y primordialmente la de determinar a qué régimen habrían de someterse dichas sociedades, cuando aún no se había efectuado la liquidación provisional consagrada en el artículo 7º.

Para unos era tesis inconclusa que al entrar en vigencia el nuevo estatuto, se habían disuelto, por ministerio de aquella ley, todas las sociedades conyugales constituídas con anterioridad. Tales doctrinantes argumentaban así: 1) Que al hablar el artículo 7º de definir las cuestiones relativas a los bienes y a la distribución de gananciales, no podía ser sino porque la sociedad se había disuel-

to, ya que no es posible concebir la liquidación sin disolución. 2) Que no puede coexistir, en cuanto a administración, la nueva sociedad con la del código civil, pues al paso que en éste era unitaria, el nuevo estatuto la confiere por separado a cada uno de los cónyuges. 3) Que la facultad atribuída por la Ley 28 a la mujer casada para disponer tanto de sus bienes propios como de los sociales adquiridos por ella, a título oneroso, antes del mencionado primero de enero, es incompatible con la subsistencia de una sociedad que le negaba ese derecho de disposición.

Para otros, al contrario, las sociedades conyugales preexistentes no se disolvieron por entrar a regir la Ley 28.

Sus argumentaciones eran: 1) Que la sociedad del Código Civil no puede disolverse sino por las causales señaladas en el artículo 1820, ninguna de las cuales ocurría al regir el nuevo estatuto, el cual de otro lado, no estableció causal alguna especial, pues el artículo 1º hace referencia al C. C. 2) Que el artículo 7º de la susodicha Ley alude a la distribución de los bienes, lo que no supone la disolución de la sociedad. Además, el mismo artículo da carácter transitorio a la definición de esas cuestiones, cuando estatuye que si se reparten gananciales, deben imputarse "a buena cuenta de lo que hubiera correspondido en la liquidación definitiva". 3) Que esta ley sólo consagra una nueva forma de administración. 4) Que si la liquidación definitiva sólo se puede verificar en las circunstancias establecidas en el artículo 1820 del C. C. por disposición del artículo 1º de la Ley 28, si se admitiera la opinión de la disolución de las sociedades conyugales preexistentes, sucedería que aquella Ley toleraría una comunidad subsiguiente a la disolución, y en tal caso se llegaría al absurdo de una sociedad ilíquida al lado de otra en funcionamiento.

Los partidarios de la disolución estaban todos acordes en las consecuencias prácticas de tal doctrina, de la que colegían que las antiguas sociedades se habían convertido en una comunidad ilíquida, en la cual, como en cualquiera comunidad, ningún comunero podía disponer separadamente, de un bien social. Los sostenedores de la tesis de la continuidad estaban divididos particularmente en lo relativo a las facultades dispositivas de los cónyuges sobre los bienes que habían ingresado al patrimonio social antes del 1º de enero de 1933.

Así, mientras el Tribunal de Cundinamarca, por ejemplo, (sentencia de 22 de marzo de 1934) había sostenido que "en las sociedades conyugales pendientes al entrar a regir la Ley 28, el marido conserva ante terceros el carácter de dueño de los bienes sociales con la facultad, como antes, de enajenarlos y administrarlos libremente", la Corte, a partir de la sentencia de 20 de octubre de 1937, sentó la doctrina de que era precisa la intervención de ambos cónyuges para la eficacia de actos dispositivos atinentes a bienes que hubieran entrado al acervo social con antelación al 1º de enero de 1933.

La Ley 68 es interpretativa.

Lo anterior está pregonando que la Ley 28 se prestaba para una interpretación auténtica que fuese un dique contra las opiniones divergentes. En consecuencia, no puede decirse como lo hace el demandante, que era absolutamente innecesaria la aclaración en que se sienta que la ley 28 no disolvió las sociedades conyugales preexistentes. El Legislador tenía poder para acogerse a la exegesis que le pareciera más acorde con la naturaleza de las cosas o que, a su juicio, ofreciera menores inconvenientes en la aplicación práctica.

Por tanto, no apareciendo una manifiesta oposición entre lo dispuesto por la ley interpretada y la interpretativa, no es dado aseverar que la ley 68 no es una interpretación auténtica, sino una derogación o modificación de las disposiciones de la Ley 28.

Pero es quizás más conveniente, para demostrar que esas vacilaciones doctrinarias no eran tan sólo obra de los tratadistas, sino que afectaban las mismas decisiones judiciales, transcribir algunas jurisprudencias:

El Tribunal de Bogotá, en la sentencia de que ya se ha hablado, había dicho: "Ciertamente entraña una injusticia el hecho de que el marido sea hoy prácticamente, en las sociedades antiguas, quien pueda disponer de los bienes sociales ya que todos figuraban a su nombre. Empero la injusticia no nace del nuevo sistema que en las uniones posteriores a su vigencia produce todos sus benéficos resultados, en orden a la liberación jurídica de la mujer; en el tránsito de la legislación surge como proyección inevitable del sistema abrogado, en el cual el marido figuraba como único dueño de los bienes sociales; así habrá de continuar considerándosele mientras esos bienes no se fijen en cabeza de otra persona".

Pero la Corte desde el año de 1937 (fallo de 20

de octubre, G. J. Nº 1928) había venido invariablemente sosteniendo que después de la vigencia de la Ley 28 de 1932, tanto en relación con las sociedades anteriores a ésta como con las posteriores, perdió el marido sus facultades unitarias de disposición y administración.

Son de este Tribunal Supremo los siguientes conceptos:

"A la Corte esta doctrina se le presenta incuestionable y se impone ante el efecto inmediato que debe tener una ley encaminada a dar a la mujer capacidad plena, efecto que pugna abiertamente contra toda supervivencia del antiguo poder exclusivo del marido en relación con los bienes sobre los que la mujer tiene también su derecho indubitable de socia.

"Se impone asimismo por el espíritu general de la Ley, la cual no aparece, para los efectos de su aplicación, que se deban considerar dos categorías de mujeres casadas: sometidas unas, las casadas antes de la ley, a una situación de inferioridad con respecto a determinados bienes; otras, las casadas bajo la vigencia de la ley, gozando en su plenitud de todas las nuevas facultades. Para admitir semejante diferencia de condiciones habría sido necesario un texto expreso que lo consagrara. Pero este texto excepcional no existe, y en ausencia de él, corresponde al intérprete darle a la Ley su alcance lógico".

Puede así concluírse que la ley acusada 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 C. C. y 51 del C. P. y M., los preceptos de la Ley 68 deben considerarse incorporados a la interpretada y vigentes desde que ésta empezó a regir. Siendo ello así, no es posible jurídicamente hablar de retroactividad de la Ley 68 en frente de derechos adquiridos al amparo de la Ley 28.

La Ley 28 y la capacidad civil de la mujer casada.

Aunque los anteriores argumentos serían ya suficientes para afirmar la exequibilidad de la ley acusada, estima la Corte conveniente analizar este tema, por cuanto el demandante asevera que con la dicha Ley 68 de 1946, se desconocieron derechos adquiridos por las mujeres casadas, de conformidad con la Ley 28 de 1932.

Ante todo, no está quizás por demás observar que el propio actor parece poseer dudas a este respecto, ya que en el punto 7º de su libelo contradice de manera palmaria lo que expresa en el punto 4º, pues a tiempo que en éste sostiene que el artículo 7º de la Ley 28 reconoce a la mujer casada derechos ciertos, concretos, en aquéllos dice que: "el artículo 7º no creó derechos".

El artículo 5º de la Ley 28 de 1932 concede, sin duda, a la mujer casada, mayor de edad, plena capacidad civil, cuando de manera expresa, la faculta para comparecer en juicio libremente y para disponer y administrar sus bienes, sin necesitar para lo primero de autorización del marido ni de licencia judicial, y cuando, además, dispone que "tampoco el marido será su representante legal".

Es desde todo punto de vista incuestionable que con la disposición del artículo 5º de la Ley 28 cambió fundamentalmente la situación jurídica de la mujer casada en orden a su capacidad, y que con esa disposición quedaron derogados preceptos del Código Civil que consagraban una situación contraria, pero no puede decirse que si la cónyuge no tiene facultades administrativas ni dispositivas en relación con los bienes que componían el patrimonio social cuando entró en vigencia la ley que le otorgó la plena capacidad civil, esa capacidad carecería de objetivos sobre qué ejercerse y también que dicha capacidad originó derechos que antes no tenía la mujer.

En efecto: en parte alguna de la disposición mencionada o de los otros artículos de la ley se encuentran conferidos de manera expresa esos derechos, y además, aunque no se consideren existentes los referidos derechos, la capacidad civil de la mujer casada tendría siempre objetivos suficientes sobre qué ejercerse, cuales son la libre administración y disposición de sus bienes propios y la de los bienes sociales que ella haya adquirido o adquiera con posterioridad al 1º de enero de 1933".

Doctrinas de la Sala de Casación

En diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Civil ha estimado que la ley acusada es interpretativa.

En fallo de 14 de julio de 1947 se pronunció así:

"Es decir, no se puede considerar, como en múltiples fallos lo entendió la Corte, que por haber perdido el marido, desde el 1º de enero de 1933 el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por

tanto el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas sobre el conjunto de los bienes de la anterior sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe, con iguales facultades del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. En esa forma se intentó impedir la supervivencia de textos abolidos, que conducían a la juxtaposición de sistemas antagónicos, con fundamento en principios jurídicos consagrados en los artículos 19, 20 y 23 de la Ley 153 de 1887, que imponen la aplicación inmediata de las nuevas normas a todas las sociedades conyugales existentes al tiempo de su vigencia, concluyendo que las disposiciones de la Ley 28, de acuerdo con los propósitos que la inspiraron, favorecerían no solamente a las mujeres casadas con posterioridad al día inicial de su imperio, sino también a las que se casaran antes.

Ahora bien: los preceptos de la Ley 68 de 1946, son disposiciones interpretativas de las normas consignadas en la Ley 28 de 1932 a las cuales le dió 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" (artículo 25 del C. C.).

En fallo de julio del mismo año, dijo:

"Esta interpretación auténtica y legislativa ha hecho con autoridad y de manera general (arts. 14 y 25 del C. C.) 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 buscaba 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".

En fallo de octubre último, se expresó así:

"Por medio de la interpretación auténtica, cuando el Legislador estima conveniente explicar e interpretar una ley de un modo generalmente obligatorio, fija y declara su sentido por medio de otra. Y por efecto de una ficción legal, las dos forman un solo cuerpo para la decisión de las cuestiones que deben gobernarse por ellas y que no estén amparadas por la cosa juzgada.

"Al decir imperativamente cómo debe entenderse la ley interpretada, no dicta el Legislador una disposición propiamente retroactiva, porque el influjo que de este modo se ejerce o sobre hechos o sobre situaciones jurídicas anteriores a su vigencia es el mero efecto de la reiteración de un imperio legal ya existente al que sólo se señala su sentido y alcance. No hay en realidad una nueva ley que rige el pasado. Dentro del fenómeno de la interpretación legal que se opera en la interpretación legislativa, es la antigua ley la que se aplica con la inteligencia que le pone la nueva. Por todos sus efectos, la ley interpretativa se aplica desde la fecha de la interpretada".

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en ejercicio de la función que el artículo 214 de la Constitución le otorga, DECLARA que **no es inexequible la Ley 68 de 1946.**

Notifíquese esta decisión al Procurador General de la Nación, comuníquese al Ministerio de Gobierno para los efectos de su publicación en el Diario Oficial. Cópiese.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Pedro Castillo Pineda. — Víctor Cock. — Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Ricardo Jordán Jiménez.—Alvaro Leal Morales.—Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca.—Domingo Sarasty M.—Eleuterio Serna R.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en Ppdad.

ACUSACION DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 365 Y 433 DE LA LEY 94 DE 1938, O CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Y DE LOS INCISOS 2º Y 3º DEL ARTICULO 113 DE LA LEY 95 DE 1936, O CODIGO PENAL

No implican los preceptos legales tachados por el demandante de inconstitucionalidad la existencia de una denegación de oír al acusado. Tiene éste, en efecto, facultad de presentarse oportunamente ante los correspondientes funcionarios públicos a dar sus explicaciones y a comprobar sus descargos. Obedecen, por lo demás, los mandatos de los preceptos legales acusados a necesidades manifiestas de hecho, que de no ser tenidas en cuenta conducirían en la práctica a hacer nugatorio el ejercicio de la justicia represiva, la cual por su interés social y público tiene su entraña en la Constitución misma. Y así que el artículo 26 de la Carta debe ser interpretado y aplicado en forma armónica con los demás principios que en aquella gobiernan y sin menoscabo en todo caso de éstos. Se comprende, por lo que se deja expuesto, que hay lugar a declarar exequibles las disposiciones legales a las cuales se ha venido haciendo referencia.

En cuanto a la acusación de inexequibilidad del artículo 113 de la Ley 95 de 1936 o Código Penal, acoge la Corte el concepto del señor Procurador General de la Nación, el cual, entre otras cosas, dice lo siguiente: "Que el señalamiento de un término posterior al cumplimiento de la pena principal, dentro del cual no puede pedir (el condenado) la rehabilitación, implique en realidad una prolongación de esa pena principal, no significa que eso sea violatorio de la Carta, pues es la ley misma la que lo hace; a lo sumo ello podría ser objeto de discusión sobre lo técnico o antitécnico de una disposición semejante, pero en ningún caso puede afirmarse que sea inconstitucional". Por otra parte, agrega la Corte, la tacha de inconstitucionalidad de la disposición en su inciso 2º, que es el que se refiere al caso de pena principal, sólo le fue posible fundarla al demandante en la razón de que contraría, a su juicio, el artículo 58 del Código Penal (Ley 95 de 1936) y es obvio que perteneciendo la disposición acusada a la misma ley a que pertenece el precepto que se dice contrariar, no sólo no origina ello un motivo de inconstitucionalidad, sino que aun en el supuesto de que esos preceptos fueran contradictorios, el llamado a prevalecer es precisamente el acusado, por cuanto, perteneciendo ambos a un mismo Código hay lugar a aplicar el artículo 5º de la Ley 57 de 1887. Y en lo atinente al caso de la pena accesoria, y por cuanto el Constituyente no ha señalado el período de tiempo para la rehabilitación de la ciudadanía, aparece de manera incontrovertible que corresponde a la competencia constitucional del legislador fijar por medio de leyes el término respectivo. Razón ésta que ha de considerase operante también para el caso antes mencionado, de pérdida de los derechos de ciudadanía en calidad de pena principal. Y es que en el fondo la disposición constitucional faculta al legislador para imponer la pérdida de la ciudadanía, y, como ésta necesariamente debe tener alguna duración en el tiempo, puesto que la propia disposición constitucional, merced al reconocimiento de la posibilidad de la rehabilitación, le quita el carácter de obligada perpetuidad, lógicamente es el legislador el llamado a fijar ese término de duración y en todo caso el momento del restablecimiento del penado a su condición de ciudadano.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena—Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

El señor Hermenegildo Bonilla Gómez, ciudadano colombiano, presentó ante la Corte demand

de inexequibilidad en relación con los artículos 365 y 433 de la Ley 84 de 1938, o Código de Procedimiento Penal.

Tramitada dicha demanda, hubo de corrérsele traslado de ella al señor Procurador General de la Nación, quien lo contestó en el sentido de pedir que fuera resuelta negativamente por la Corte la inexequibilidad solicitada, por estimar no existir la alegada violación de la Constitución Nacional según las pretensiones del demandante.

Los preceptos legales acusados son del siguiente tenor literal:

"Artículo 365: La indagatoria del procesado que no fuere posible encontrar, después de practicadas las mismas diligencias a que hace referencia el artículo 433, no es necesaria para continuar el sumario ni para calificar el mérito de éste".

"Artículo 433: Dictado el auto de proceder, el juez ordenará citar al procesado por medio de los empleados de su dependencia o de la Policía, si fuere necesario, para que se le notifique personalmente.

"Cuando no fuere posible hallar al procesado para hacerle dicha notificación, se emplazará por edicto que permanecerá fijado durante veinte días en la secretaría del Juzgado y se publicará en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si transcurrido este plazo no compareciere, se le declarará reo ausente, se le nombrará defensor de oficio y con éste se seguirá el juicio hasta su terminación.

"Si el procesado estuviere excarcelado con fianza, se dará cumplimiento a las disposiciones sobre el particular y a lo dispuesto en el inciso anterior".

Se extiende la demanda de inconstitucionalidad también a los incisos 2º y 3º del artículo 113 de la Ley 95 de 1936, o Código Penal. Dicho precepto se halla concebido en los siguientes términos:

"Artículo 113: La interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, proveniente de una condena, cesará por la rehabilitación.

"Si tales penas fueren accesorias, no podrá pedirse la rehabilitación sino cuando el condenado hubiere observado una conducta que haga presumir su reforma, y después de transcurridos cuatro años a partir del día en que se haya cumplido la pena principal.

"Si la mencionada interdicción no fuere accesoria de otra sanción, la rehabilitación no podrá pedirse sino cuatro años después de ejecutoriada la sentencia en que ella se impuso.

"Los plazos señalados para solicitar la rehabilitación se duplicarán cuando se trate de reincidentes".

Ahora, en lo concerniente a los fundamentos mismos de la demanda de inconstitucionalidad cumple observar que, en el sentir del actor, los artículos 365 y 433 del Código de Procedimiento Penal, "desconocen el derecho de defensa de los ciudadanos, garantizado por los aludidos textos constitucionales, por cuanto que como es sabido, nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio; y, con el procedimiento que se adopta por medio de las disposiciones legales transcritas, se puede llegar a condenar a un ciudadano sin que se le haya oído en ninguna forma, en atención a que la indagatoria no hace falta para calificar el mérito del sumario, y el juicio puede culminar sin que se haya notificado personalmente el auto de proceder. De modo, pues, que es muy fácil el que se llegue a condenar a una persona inexistente o ficticia".

Y con respecto al antes transcrito artículo 113 del Código Penal, la tacha de inconstitucionalidad se hace consistir en que "de conformidad con el artículo 58 del Código Penal el condenado a las penas de presidio o prisión, como accesoria se le aplica, por un período igual al de la pena principal, la interdicción del ejercicio de derechos o funciones públicas, lo que significa que esa pena cesa cumplido el dicho término, que se cuenta a partir del cumplimiento de la pena principal, sin que pueda aceptarse en justicia que sea después de cuatro años que puede solicitar su rehabilitación, ya que la Constitución Nacional en el artículo citado no fija término alguno para tal solicitud. Y en cuanto al inciso tercero del mismo artículo 113 del C. P., también se viola un derecho reconocido por nuestra Carta Magna, porque esta pena se cumple en el término fijado a partir de la ejecutoria de la sentencia que la impuso, sin que haya razón para que cumpliendo esa pena, todavía tenga que esperarse cuatro años para solicitar su rehabilitación, porque ello equivaldría a una prolongación ilegal de una pena, lo que es violatorio de los derechos individuales".

Las disposiciones constitucionales que el demandante estima violadas, en razón de los motivos que se dejan aquí señalados, son los preceptos contenidos en los artículos 16, 23, 26, 30 e inciso tercero del artículo 14.

El artículo 16 es el que en la Carta determina para qué fines están instituídas las autoridades de la República; el 23 es el que prohibe el arresto o prisión de una persona sin mandato escrito de autoridad competente; el 26 textualmente estatuye que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputе, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", y el 30 es el que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título.

De manera que el demandante relaciona los preceptos constitucionales cuyo contenido brevemente se acaba de indicar, con el caso de los artículos 365 y 433 acusados.

En cambio, el inciso 3º del artículo 14 de la Constitución, invocado también, según antes hubo de indicarse, por el demandante, de manera manifiesta está relacionado con la acusación dirigida contra los incisos 2º y 3º del artículo 113 del Código Penal, y ya que toca el de la Constitución con la rehabilitación de quienes hayan perdido la ciudadanía, lo cual hace en los siguientes términos:

"Los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación".

Para resolver la Corte considera:

En realidad de verdad y en atención al alcance mismo de los mandatos legales contenidos en los artículos 365 y 433 acusados, el precepto constitucional que directamente pudiera relacionarse, entre los citados por el demandante, con los artículos legales aludidos es el 26 sobre garantías para el juzgamiento, y ya que los otros preceptos constitucionales invocados por el actor podrían tener un interés pero sólo en función de que efectivamente hubiera de llegarse a reconocer en el caso actual la inconstitucionalidad demandada por violación de los dictados contenidos en el aludido precepto del artículo 26 de la Carta.

Y de ahí que proceda transcribir a continuación las apreciaciones del señor Procurador General de la Nación con referencia al artículo 26 en consideración.

Dice en efecto así:

"Analicemos ahora las razones que se presentan para sostener que las disposiciones acusadas violan el artículo 26 de la Carta Fundamental. Se dice por el demandante que con lo dispuesto en los artículos objeto de la acusación, se viola el derecho de defensa porque autorizan que alguien pueda ser juzgado sin haber sido oído y vencido en juicio. Para precisar bien la cuestión es oportuno exponer algunos principios sobre lo que es la indagatoria, toda vez que el argumento fundamental estriba en que cuando el reo ha sido declarado ausente, la falta de indagatoria no obsta para el adelantamiento de la investigación.

"Es completamente injurídico pensar que la indagatoria, en los casos en que no se pueda hallar al presunto responsable, sea elemento necesario para adelantar la investigación. La indagatoria sólo tiene dos finalidades esenciales: servir de medio de defensa para el sindicado y servir de medio de prueba, con las explicaciones que dé el indagado, sobre la ejecución del hecho que se investiga y sobre su participación o no participación en ella. Pero como se trata de un medio de prueba muy especial, que surge del mismo sindicado, en cuyo interior luchan dos instintos igualmente vehementes, el de decir la verdad y el de conservar la propia libertad, es explicable que tenga características también especiales, tales como la de que no se le puede coaccionar material ni moralmente, la de que puede rehusar la contestación de lo que se le pregunte, la de que puede mentir total o parcialmente, etc., sin que esto, por sí solo le acarree situaciones especiales.

"Ahora bien: siendo esto así, ¿podrá sostenerse que cuando se han cumplido las formalidades previstas en la ley para hacer comparecer al presunto responsable, y no ha sido posible lograrlo la investigación del delito cometido deba quedar paralizada para no vulnerarle su derecho de defensa? Naturalmente que no; porque entonces no es que se le esté arrebatando el derecho que tiene a defenderse sino que simplemente la ley le está diciendo al sindicado fugitivo: sepa usted que su ausencia no impedirá que la investigación siga su curso, porque de un lado están los intereses de la víctima y de la sociedad de que se haga lo posible por aclarar la responsabilidad, intereses que están amparados por el derecho respectivo; si usted comparece oportunamente, le brindarán todos los medios de defensa que quiera presentar. Con la ausencia del sindicado el único perjudicado es éste, pues por su propia y exclusiva voluntad se pone en situación de no poder defenderse; no es que la ley le arrebate ese derecho sino que él voluntariamente se sitúa en una posición en que no puede ejercitarlo.

"Pero hay más: tanto se respeta el derecho de defensa que a pesar de ese estado de verdadera

rebeldía contra la ley, pues no otra cosa es la ausencia del presunto responsable, se le nombra un defensor de oficio, para que vigile, por lo menos, la aplicación correcta de la ley, con lo cual se asimila esta situación a aquella en que el sindicado presente se niega a nombrar su propio defensor. Lo que en verdad sucede, es que en estos casos se confrontan de un lado, los intereses particulares del presunto responsable de la violación de la ley, y de otro lado los intereses particulares de la víctima y los públicos de la sociedad, la cual quiere que siempre se investigue la comisión de delitos. Y la conclusión es que aquéllos cedan ante éstos, garantizando un mínimum de defensa, según se ha visto.

"Por lo demás, debe anotarse que la misma Constitución en el artículo 26, defiere el señalamiento de las formas propias de cada juicio y de la manera de ejercer el derecho de defensa a la ley, con la única condición de que ésta sea preexistente al acto que se imputa.

"Los anteriores principios se han expuesto en relación con la hipótesis del artículo 365 del C. de P. P. Pero ellos son aún más claramente aplicables a la del artículo 433 de la misma obra. En efecto:

"Esta última disposición contempla el caso de que el sindicado desaparezca con posterioridad a la recepción de la indagatoria y sea necesaria su presencia para la notificación del auto de proceder. Entonces es todavía más claro si se quiere, que el trámite respectivo no puede suspenderse, porque lo que significa el haberse dictado auto de proceder es que en el proceso aparece plenamente comprobado el cuerpo del delito, y que hay ciertas pruebas sobre la responsabilidad del sindicado como autor o partícipe del hecho delictuoso, y como éste ya sabía que contra él se adelantaba una investigación, su elemental deber era comparecer a responder de los cargos que se le formulan y a defenderse, sin que pueda hablarse de violación de su derecho de defensa, porque la misma ley lo ha llamado, por medio de edicto y avisos, a ejercerlo y sólo por su voluntad no comparece. Lo inconstitucional sería que se dejara a la personal voluntad del sindicado que siguiera o no el juicio, con la consiguiente burla a los intereses de la sociedad y de la víctima del delito, tanto o más responsables y dignos de protección, que los del procesado".

En general halla la Corte aceptable el precedente razonamiento del señor Procurador de la Nación.

En primer lugar porque el precepto constitucional contenido en el artículo 26, antes mencionado, sin duda alguna deja al dominio propio de la ley lo concerniente a la reglamentación de las "formas propias de cada juicio". Y no ha de existir por consiguiente infracción constitucional por parte del legislador, si de manera razonable a la luz de la Constitución misma, dicta la correspondiente reglamentación.

No implican los preceptos legales tachados por el demandante de inconstitucionalidad la existencia de una denegación de oír al acusado. Tiene éste, en efecto, facultad de presentarse oportunamente ante los correspondientes funcionarios públicos a dar sus explicaciones y a comprobar sus descargos.

Obedecen, por lo demás, los mandatos de los preceptos legales acusados a necesidades manifiestas de hecho, que de no ser tenidas en cuenta conducirían en la práctica a hacer nugatorio el ejercicio de la justicia represiva, la cual por su interés social y público tiene su entraña en la Constitución misma.

Y así que el antes citado artículo 26 de ella debe ser interpretado y aplicado en forma armónica con los demás principios que en ella gobiernan y sin menoscabo en todo caso de éstos.

Se comprende por lo que se deja expuesto que hay lugar a declarar exequibles las disposiciones legales a las cuales se ha venido haciendo referencia.

Pasando ahora al estudio relacionado con la acusación por inconstitucionalidad enderezada contra el artículo 113 (incisos 2º y 3º del Código Penal), observa el señor Procurador General de la Nación que es exacta la afirmación hecha por el demandante de que el precepto constitucional no señala término para solicitar la rehabilitación.

Mas agrega el señor Procurador que de esa omisión no se deduce "que la ley no pueda señalarlo, pues por el contrario, según los términos muy claros del artículo 14 (de la Constitución), los casos de pérdida o suspensión de la ciudadanía compete señalarlos a la ley, y con mayor razón, los de rehabilitación, pues la finalidad del inciso último de tal artículo es, de un lado, consagrar el derecho a solicitarla, y, de otro lado, establecer que esa pérdida o suspensión no puedan ser definitivas e irrevocables".

Y de ahí que el señor Procurador concluya su exposición en los siguientes términos:

"Esto sentado, aparece de bulto lo infundado de

la acusación que se hace contra el artículo 113 del C. P. de que en él se consagra **'la prolongación de una pena'**, porque esta afirmación equivale a sostener que puede haber leyes ilegales. Lo que hay es que el artículo 58 el C. P. es una disposición que se dirige al Juez para decirle que cuando condene a una pena principal y a una accesoria, el término de ésta no puede ser más largo que el de aquélla; y lo dispuesto en el artículo 113 de la misma obra tiene por objeto decirle al condenado en qué tiempo y con qué condiciones puede hacer uso del derecho que le otorga el inciso final del artículo 14 de la Constitución. Que el señalamiento de un término posterior al cumplimiento de la pena principal, dentro del cual no puede pedir la rehabilitación, implique en realidad una prolongación de esa pena principal, no significa que eso sea violatorio de la Carta, pues es la ley misma la que lo hace; a lo sumo ello podría ser objeto de discusión sobre lo técnico o antitécnico de una disposición semejante, pero en ningún caso puede afirmarse que sea inconstitucional".

Por otra parte, agrega la Corte, la tacha de inconstitucionalidad de la disposición en su inciso 2º, que es el que se refiere al caso de pena principal, sólo le fue posible fundarla al demandante en la razón de que contraría, a su juicio, el artículo 58 del Código Penal (Ley 95 de 1936) y es obvio que perteneciendo la disposición acusada a la misma Ley a que pertenece el precepto que se dice contrariar, no solo no origina ello un motivo de inconstitucionalidad, sino que aun en el supuesto de que esos preceptos fueran contradictorios el llamado a prevalecer es precisamente el acusado por cuanto, perteneciendo ambos a un mismo Código hay lugar a aplicar el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, según el cual, cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior.

Y en lo atinente al caso de la pena accesoria, y por cuanto el Constituyente no ha señalado el período de tiempo para la rehabilitación de la ciudadanía, aparece de manera incontrovertible que corresponde a la competencia constitucional del legislador fijar por medio de leyes el término respectivo. Razón ésta que ha de considerarse operante también para el caso, antes mencionado, de pérdida de los derechos de ciudadanía en calidad de pena principal, caso al cual acaba de hacerse asimismo referencia en el presente fallo.

Y es que en el fondo la disposición constitucional faculta al legislador para imponer la pérdida de la ciudadanía; y, como ésta necesariamente debe tener alguna duración en el tiempo, puesto que la propia disposición constitucional, merced al reconocimiento de la posibilidad de la rehabilitación, le quita el carácter de obligada perpetuidad, lógicamente es el legislador el llamado a fijar ese término de duración y en todo caso el momento del restablecimiento del penado a su condición de ciudadano.

En razón de lo considerado, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función que le señala el artículo 214 de la Constitución Nacional declara exequibles los artículos acusados 365 y 433 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) e inciso 2º y 3º del artículo 113 del Código Penal (Ley 95 de 1936).

Publíquese, notifíquese, cópiese, dése aviso al Ministerio respectivo, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Ramón Miranda.—Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán.—Víctor Cock.—Francisco Bruno Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Hinestrosa Daza. — Ricardo Jordán Jiménez.—Alvaro Leal Morales.—Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca.—Domingo Sarasty M.—Eleuterio Serna R.—Manuel José Vargas León Cruz Santos, Conjuez.—**Pedro León Rincón** Srio. en Ppdad.

SALA DE CASACION CIVIL

CONCEPTO JURIDICO DE MEJORA EN EL DERECHO CIVIL. — INCONGRUENCIA. — INTERPRETACION DEL CONTRATO HECHA POR LOS TRIBUNALES

1.—En repetidas ocasiones ha expresado la Sala que la inconsonancia ha de consistir en que la sentencia resuelva sôbre puntos ajenos al debate, o en que deje de disponer sobre los que las partes sometieron a juicio y debieron fallarse. La falta de consonancia se refiere necesariamente a la parte resolutiva del fallo, que es donde se encuentra el imperio de las decisiones judiciales. No puede, por tanto, hacerse consistir en que haya oposición entre las pretensiones de los litigantes y uno o algunos párrafos de la parte motiva de una sentencia.

2.—La acepción más corriente de mejora es la que la toma como aquello que "se ha obrado en algún edificio o heredad para ponerlo en mejor estado". Hay tres especies de mejoras: las necesarias, las útiles y las voluptuarias. Las necesarias son las que se hacen en la cosa para impedir su pérdida o deterioro, como las reparaciones realizadas en un edificio que amenaza ruina y la calzada que se hace en una heredad para preservarla de la rapidez de un torrente. Mejoras útiles son las que, aun cuando no sirven para conservar la cosa, aumentan sin embargo su valor o renta; como el plantío de árboles frutales, la construcción de hornos, trapichès, garages, caballerizas, acueductos, etc. Mejoras voluptuarias son las que ni contribuyen a la conservación de la cosa, ni aumentan su valor o renta, sino que sólo sirven de adorno, lucimiento o recreo, como las pinturas, las fuentes ornamentales u otros trabajos decorativos semejantes. Nuestro Código no habla de mejoras necesarias, sino de "reparaciones indispensables", no locativas, que el arrendatario se viere precisado a efectuar en la cosa arrendada y dispone que el arrendador está obligado a reembolsarle el costo de tales reparaciones, siempre que el arrendatario no las haya hecho necesarias por su culpa y que haya dado noticia al arrendador para que las haga por su cuenta (Art. 1993 C. C.). Las obras a que tal disposición se refiere son las meras conservativas de la cosa y en desarrollo del principio de que el arrendador debe garantizar al arrendatario el uso y goce del bien arrendado. (Art. 1892). Pero algo muy distinto es el trabajo que se realiza èn una heredad no ya para conservarla, sino para ponerla en mejor estado. Las obras de ésta naturaleza son las reconocidas por nuestro Código en su artículo 1994 como mejoras útiles, que aumentan el valor de la cosa y su renta.

3.—Nuestro Código Civil, luego de fijar los principios generales de las obligaciones, les ha dado vigencia y realización reglamentando cierto número de contratos y estableciendo para algunos de ellos normas ya complementarias de la voluntad de las partes, ya imperativas y de respeto ineludible. Las primeras, que son las más numerosas, se presume que interpretan el querer de las partes y por tanto está al arbitrio de éstas atenerse a ellas o modificarlas, en tanto que las segundas son de obligada observancia porque su existencia deriva de un interés general que el legislador quiso garantizar. Las reglas que en los contratos complementan la voluntad de las partes, dejan de aplicarse y el contrato se cumple de acuerdo con esas mismas estipulaciones que constituyen una ley de ámbito particular. Así, en el contrato de arrendamiento, si las partes guardaron silencio sobre regulación de mejoras, se dispone que las locativas son de cargo del arrendatario; las indispensables para la conservación de la cosa, que el código llama reparaciones, son de cargo del arrendador, salvo que el arrendatario las haya hecho necesarias por su culpa. Si los contratantes han guardado silencio sobre mejoras útiles, el arrendador no está obligado a reembolsar su costo, y el arrendatario sólo podrá separar y llevarse los materiales, a menos que el arrendador se allane a pagar su valor (arts.

1993 y 1994 C. C.). Lo señalado en estas disposiciones debe entenderse como mero suplemento de la voluntad de las partes, las cuales pueden, como ya se ha dicho, a virtud de la libre contratación y dentro de los dictados del orden público y de las buenas costumbres, establecer condiciones especiales que ya son una ley para quienes las han convenido. (Art. 1602 C. C.).

4.—La interpretación que corresponde a los Tribunales Superiores en materia de contratos solamente está limitada, en el desarrollo del recurso de casación, cuando se demuestran errores de hecho evidentes cometidos en la labor interpretativa. De modo que mientras la adoptada por el Tribunal no desnaturalice los términos de la convención rompiendo su armonía o desconociendo sus fines o la naturaleza específica del contrato, debe ser respetada por la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diecisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el representante del señor Jorge de Barsy, en el juicio ordinario seguido por éste contra Eudoro Escobar, para que se declare que no está obligado a pagar unas mejoras y se fije el valor de unas reparaciones indispensables.

Son antecedentes del litigio los siguientes:

1) El doctor Nicasio Anzola, como apoderado de Jorge de Barsy arrendó al señor Eudoro Escobar, un predio rural situado a inmediaciones del área urbana de la ciudad de Ibagué, llamado **"Calamar"**, compuesto de casa de habitación, un chircal y horno para la producción de material cocido de barro, algunas plantaciones de caña y pastos. La finca aparece con una extensión aproximada de cien hectáreas. El plazo del contrato fue de cuatro años, que se iniciaron el 1º de enero de 1934. A su vencimiento se prorrogó por igual período. El precio fue de $ 220 anuales. Entre las estipulaciones del contrato merece citarse la consignada en la cláusula segunda, en donde se dice que Escobar toma en arrendamiento la finca "para explotarla por su cuenta de conformidad al fin que por su naturaleza está destinada dicha hacienda".

En la estipulación sexta se expresa que "las reparaciones locativas de la casa y de la hacien son de cargo del arrendador (sic) Eudoro Esc bar". En la séptima se agregó que "el arrendat rio Escobar, si lo tiene a bien y sin perjuicio la hacienda, puede hacer por su cuenta las nat rales mejoras suntuarias. En cuanto a las **indi pensables** para el **mejoramiento** de la misma h cienda, Escobar las hará a su costa, y las que ex tan al terminar el presente contrato de arrend miento, se harán avaluar de común acuerdo ent el mismo Escobar y el arrendador Anzola o el du ño de la finca", disponiéndose que el propietar su apoderado o cesionario, pagarían al arrend tario dichas mejoras.

En la cláusula octava, al determinar las conc ciones para la devolución de la finca, se dijo q se entregaría al vencimiento del plazo, junto c sus mejoras.

2) Al final de los ocho años, el doctor Anzo solicitó del Juez Municipal de Ibagué el lanz miento del arrendatario, quien se opuso a que diligencia se practicara, alegando tener mejor por valor mayor de $ 12.000.00, las cuales en l diligencias correspondientes fueron justipreciad en la cantidad de $ 10.988.00.

Decretado el lanzamiento, el predio quedó poder del arrendatario Escobar, a virtud del d recho de retención, mientras se le cubría el v lor de las mejoras o se aseguraba el pago.

3) Tales mejoras son, entre otras, las siguient un nuevo chircal con sus enramadas e instalac de acueducto para su beneficio; un trapiche m vido por fuerza hidráulica, con sus hornillos, f dos, etc.; una máquina para triturar piedra; rreteras dentro de la finca que dan acceso a e para el transporte de materiales; un acuedu para el desarrollo de fuerza hidráulica que m ve el trapiche y la máquina trituradora y sir además, para surtir de agua potable a la casa habitación, así como para el riego de la fi También en el aspecto agrícola, con el desarr de nuevos sembradíos de caña en una extens de 18 hectáreas y cultivos de pastos.

4) Considerando el apoderado de de Barsy en las diligencias para obtener la entrega d cosa arrendada los respectivos funcionarios se bían equivocado en la interpretación de las c sulas del contrato de arrendamiento en lo que ñe a las mejoras que el dueño del inmueble taba obligado a reconocer según las voces del trato y afirmando que según las estipulaciones referido pacto su cliente sólo está comprom

reconocer las reparaciones indispensables para a conservación del bien arrendado, y no las nejoras útiles, creyó necesario, en guarda de los ntereses que representa, ocurrir a la vía ordinaia para que con audiencia del arrendatario Esobar, se declare:

"Que ni el dueño de la finca arrendada, ni yo omo su representante legal (el apoderado geneal), estamos obligados a reembolsar al arrendaario Eudoro Escobar **sino el costo razonable de as reparaciones puramente indispensables,** mas no tras, que el dicho arrendatario Escobar hubiere echo durante el término del contrato en el preio rural denominado "Calamar", de la jurisdición Municipal de Ibagué".

"2ª—Que no quedan incluídas dentro de esas eparaciones, y por consiguiente el arrendador no stá obligado a reembolsar el costo de ellas al rrendatario Escobar, todas aquellas que consisan en nuevas edificaciones o simples mejoras útis, como construcción de nuevos chircales, trapihes, rueda hidráulica, carreteras, acueducto, etc., tc., cuyos materiales puede llevarse o separar el rrendatario";

"3ª—Que el arrendador no está obligado a reemolsar al arrendatario Escobar **el costo de ninguna ejora útil** que éste haya hecho en el predio de Calamar", pudiendo el arrendatario separar y evarse los materiales vinculados a esas reparaones";

"4ª—Que dentro del juicio se fije por medio de eritos nombrados en forma legal, el costo de las paraciones indispensables, no útiles o locativas, ue el arrendatario Escobar haya hecho durante término del contrato de la finca arrendada; y ue ese costo se fije por los mismos teniendo en enta el valor de los materiales invertidos en la ra de mano en la época del contrato. Vale decir, tomando en cuenta el valor comercial de las smas".

5) Como hechos en apoyo de sus pretensiones ñaló, además de los que se dejan relatados, los guientes: que las mejoras útiles realizadas en la ca lo fueron sin su anuencia y sin la del duedel predio; que las mejoras autorizadas y que dueño debía reconocer, eran las exclusivamente dispensables de orden conservativo; que tamn se estipuló que las locativas serían de cargo arrendador; que el avalúo dado por los periin las diligencias de lanzamiento, comprende joras útiles que no son, según los términos de pactado, de cargo de su poderdante.

Admitida la demanda y corrido el traslado correspondiente, el demandado la contestó oponiéndose a que se hicieran las declaraciones pedidas, considerándolas erradas, improcedentes e ilegales. Se arguyó que las mejoras hechas por él en la finca, son las autorizadas por el contrato de arrendamiento y las reconocidas en las sentencias a que dieron lugar las diligencias de lanzamiento. Se acompañó copia de los dictámenes periciales rendidos entonces.

Abierto a prueba el juicio, se solicitó una inspección ocular y avalúo de las mejoras como única prueba. En la diligencia se interrogaron varios testigos, quienes establecieron la situación de la finca en el momento de recibirla en 1934 el arrendatario. El avalúo de las mejoras en el presente juicio no se efectuó, porque los peritos no rindieron su dictamen.

Sentencia de primera instancia

Al final de la actuación de primer grado el Juez Segundo del Circuito de Ibagué pronunció fallo con fecha 18 de octubre de 1945, negando en su totalidad los pedimentos de la demanda.

El juzgador entendió, según los términos del contrato de arrendamiento consignado en la escritura pública número 1634 de 12 de noviembre de 1934 de la Notaría Quinta de Bogotá, que se acompañó a la demanda, que Escobar tenía facultad expresa para hacer en el predio arrendado "las mejoras indispensables para el mejoramiento del predio, que según la ley son las llamadas útiles", y que, por lo mismo, la dicha autorización no las circunscribía a simples reparaciones indispensables, que se limitan a la conservación de la cosa, sino que se buscaba o autorizaba al arrendatario para mejorar la propiedad, o sea para llevar a cabo aquellas obras (mejoras) que se dirigen a elevar el valor le la finca y a aumentar su renta.

Que si el querer de los contratantes fue en tal materia el de limitarlas a simples reparaciones conservativas, tal cosa no se expresó en la escritura de contrato, ni se probó en juicio que fuera esa su intención.

La sentencia recurrida.

A virtud de la apelación interpuesta por el actor, los autos subieron al Tribunal Superior de Ibagué, donde se pronunció fallo con fecha 8 de septiembre de 1946, confirmando la providencia de primer grado.

El Tribunal, luego de consignar en su proveído qué entiende por reparaciones locativas y qué mejoras indispensables para la conservación de la cosa, y no existiendo en el expediente otro elemento de ilustración que el contrato de arrendamiento consignado en la escritura número 1634 y dadas las cláusulas de éste y la carencia de todo otro medio de prueba, consideró que lo establecido en tal instrumento entrañaba la autorización expresa del arrendador para efectuar las mejoras útiles que buscan la mayor productividad del bien arrendado.

El recurso de casación.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el demandante. En esta Corte el negocio ha sufrido la tramitación de rigor y ambas partes han expuesto en tiempo sus abiertas pretensiones.

Ataca el demandante la sentencia con base en las causales primera y segunda del art. 520 del C. J.

Causal Segunda.

Esta la apoya en que a su entender la providencia recurrida, "no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en el libelo de demanda", lo que se originó —dice—, en la errónea apreciación de la misma, o por lo menos en una recortada apreciación de ella.

En concreto se limita el proponente a criticar algunos párrafos de la parte motiva del fallo, en cuanto el Tribunal estimó que la demanda se encaminaba a obtener en definitiva la declaración de que el propietario de la finca arrendada no estaba obligado a responder de las mejoras útiles sino del costo razonable, a juicio de peritos, de las reparaciones puramente indispensables al tenor de los arts. 1993 y 965 del C.C. La discrepancia consiste en que también había pedido el demandante la declaración de que "quedaba al arrendatario Escobar el derecho de llevarse los materiales invertidos en tales mejoras".

Se considera:

En repetidas providencias ha expresado esta Sala que la inconsonancia ha de consistir en que en la sentencia se resuelva sobre puntos ajenos al debate, o en que se deje de disponer sobre los que las partes sometieron a juicio y que han debido fallarse.

En el presente negocio la sentencia recurrida se redujo a confirmar la providencia apelada q fue absolutoria. Se decidió, pues, sobre todos l puntos de la demanda y nada más que sobre ell

La falta de consonancia se refiere necesariame te a la parte resolutiva del fallo, que es donde encuentra el imperio de las decisiones judiciale No puede, por tanto, hacerse consistir, como en caso en estudio, en que haya oposición entre l pretensiones de los litigantes y uno o algunos p rrafos de la parte motiva de una sentencia (véas G. J. 1895, pg. 4; y 1927, pg. 430).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Causal Primera.—Dentro de esta causal ha el demandante varios cargos que se resumen a

a) Violación de los arts. 1993, 1994, 1998 y 2014 d C. C., referentes al contrato de arrendamiento, 965, 966 y 967 del mismo Código, relativos al recon cimiento de mejoras en los juicios de propieda normas que el recurrente estima violadas por haber sido aplicadas al caso del pléito.

Sostiene, en desarrollo de su tesis, que en contrato de arrendamiento se expresó que las "m joras indispensables", serían abonadas por el arre dador. Que dadas las reglas de los artículos cit dos, el Tribunal ha debido determinar en la se tencia cuáles eran las mejoras indispensables cuáles las útiles, para ordenar pagar las prim ras y no las otras; que si el sentenciador cons deró que no estaban especificadas por el dema dante las mejoras que debían considerarse con indispensables o como simplemente útiles, era caso de remitir a las partes a lo preceptuado en art. 553 del C. J. que también estima quebranta

b) Entiende el recurrente que el Tribunal vio las mismas disposiciones por errónea apreciaci de determinadas pruebas.

Señala como mal apreciada la referente al co trato de arrendamiento celebrado entre de Barsy Escobar en 1934.

Dice que el juzgador de segundo grado al hac el estudio del contrato de arrendamiento y al ar lizar las disposiciones que reglamentan lo relati a las reparaciones indispensables que debe ejec tar el arrendador para cumplir su obligación mantener al arrendatario en el uso y goce de cosa arrendada, volviéndole la espalda a la gica, termina sosteniendo que lo estipulado en cláusula séptima de la escritura de arrendami to no es otra cosa que el derecho o autorizac al arrendatario para efectuarlas y la consiguie obligación del propietario del fundo de reconoc las. Sostiene que en cuanto a mejoras, las llar

las por la ley "útiles"y las consideradas como "indispensables", se determinan en textos legales específicamente diferentes entre sí. Que el art. 966 del C. C. expresa que "mejoras útiles son las que vienen a aumentar el valor venal de la cosa", en anto que las necesarias o indispensables, son todas aquellas destinadas a la mera conservación del bién, tal como lo expresa el art. 965 de la misma bra.

Sostiene que de las mejoras reclamadas por el rrendatario no hay ninguna indispensable. Que odas son de las llamadas por el Código "útiles". firma que mejorar es acrecentar, hacer pasar na cosa a un estado mejor que el anterior; por onsiguiente es lógico que para mejorar una cosa s necesario que exista y que en el caso en estuio se instaló un trapiche, se construyó un tejar un acueducto, se montó una maquinaria trituraora de piedra para producir materiales, las cuas son obras nuevas. Que de esas mejoras, que eron las estimadas por los peritos, le corresponda al arrendatario únicamente el derecho de llerse los materiales (arts. 2014 y 1994 del C. C.).

Se considera:

La aceptación más corriente de mejora es la que toma como aquello que "se ha obrado en algún ificio o heredad para ponerlo en mejor estado". Hay tres especies de mejoras: las necesarias, las iles y las voluptuarias. Las necesarias son las e se hacen en la cosa para impedir su pérdida deterioro, como las reparaciones realizadas en un ificio que amenaza ruina y la calzada que se ce en una heredad para preservarla de la rapiz de un torrente. Mejoras útiles son las que, n cuando no sirven para conservar la cosa, auentan sin embargo su valor o renta; como el antío de árboles frutales, la construcción de hors, trapiches, garages, caballerizas, acueductos, . Mejoras voluptuarias son las que ni contriyen a la conservación de la cosa, ni aumentan valor o renta, sino que sólo sirven de adorno, imiento o recreo, como las pinturas, las fuenornamentales u otros trabajos semejantes.

Nuestro Código no habla de mejoras necesarias, e el arrendatario se viere precisado a efectuar la cosa arrendada y dispone que el arrendaestá obligado a reembolsarle el costo de tales paraciones, siempre que el arrendatario no las ya hecho necesarias por su culpa y que haya lo noticia al arrendador para que las hiciese su cuenta (art. 1993 del C. C.)

Las obras a que tal disposición se refiere son las meras conservativas de la cosa y en desarrollo del principio de que el arrendador debe garantizar al arrendatario el uso y goce del bien arrendado (art. 1892).

Pero algo muy distinto es el trabajo que se realiza en una heredad no ya para conservarla, sino pra ponerla en mejor estado. Las obras de esta naturaleza son las reconocidas por nuestro Código en su art. 1994 como mejoras útiles, que aumentan el valor de la cosa y su renta.

Según la cláusula séptima del contrato, el señor Escobar estaba facultado para hacer las obras o trabajos indispensables encaminados no solamente a conservar la finca sino a mejorarla. La cláusula octava también habla de mejoras del predio, o sea lo que puede realizarse para darle mayor productividad y valor venal.

En orden al problema en estudio es necesario recordar que nuestro Código Civil, luego de fijar los principios generales de las obligaciones, les ha dado vigencia y realización reglamentando cierto número de contratos y estableciendo para algunos de ellos normas ya complementarias de la voluntad de las partes, ya imperativas de respeto ineludible. Las primeras, que son las más numerosas, se presume que interpretan el querer de las partes y por lo tanto está al arbitrio de éstas atenerse a ellas o modificarlas, en tanto que las segundas son de obligada observancia porque su existencia deriva de un interés general que el legislador quiso garantizar.

Las reglas que en los contratos complementan la voluntad de las partes, cuando estas las han expresado en forma diferente, dejan de aplicarse y el contrato se cumple de acuerdo con esas mismas estipulaciones que constituyen una ley de ámbito particular.

Así en el contrato de arrendamiento si las partes guardaron silencio sobre regulación de mejoras, se dispone que las locativas son de cargo del arrendatario; las indispensables para la conservación de la cosa, que el código llama reparaciones, son de cargo del arrendador, salvo que el arrendatario las haya hecho necesarias por su culpa. Si los contratantes han guardado silencio sobre mejoras útiles, el arrendador no es obligado a reembolsar su costo, y el arrendatario sólo podrá separar y llevarse los materiales, a menos que el arrendador se allane a pagar su valor (arts. 1993 y 1994 del C. C.).

Lo señalado en estas disposiciones debe entenderse como mero suplemento de la voluntad de

las partes, las cuales pueden, como ya se ha dicho, a virtud de la libre contratación y dentro de los dictados del órden público y de las buenas costumbres, establecer condiciones especiales que ya son una ley para quienes las han convenido (art. 1602 del C. C.).

En el caso en estudio las partes estipularon que el arrendatario podía efectuar las obras indispensables para el mejoramiento de la finca sin consultar previamente al dueño o a su mandatario y éste se comprometió a pagar las que existieran a la expiración del contrato, de acuerdo con el valor que tuvieran para entonces, por acuerdo entre las partes o a juicio de peritos.

De aquí que para la Sala sea evidente que el arrendatario, con autorización expresa al tenor de lo pactado, pudo hacer un nuevo chircal, indispensable para adelantar la producción de material y aumenta la productividad del inmueble; que estaba autorizado para montar un trapiche movido por fuerza hidráulica y construír el horno para el beneficio de la caña de azúcar; que dentro de la autorización para realizar mejoras útiles, bien cabe aceptar la construcción del acueducto que lleva agua potable para el consumo doméstico y que se utiliza como fuerza hidráulica que permite accionar el trapiche y la trituradora de material de construcción, complemento de los chircales.

Pero hay algo más: para el juzgador la cláusula séptima del contrato entraña la autorización al arrendatario de efectuar las mejoras útiles indispensables para el mejoramiento del predio arrendado. Para el abogado del recurrente se trata simplemente de reparaciones indispensables para la conservación de la cosa.

Enfrentadas estas dos interpretaciones del contrato, no hay duda de que la dada por el Tribunal es la que mejor se conforma a la voluntad de las partes, inequívocamente consignada en el contrato de arrendamiento y apegada a los principios generales que informan la noción de este acuerdo de voluntades. Siguiendo las reglas sobre interpretación de los contratos, ¿qué objeto tendría la cláusula séptima del contrato de arrendamiento si se le diera la interpretación del recurrente, que la condenaría a no tener efecto alguno, contra la norma del art. 626 del C. C.?

La interpretación que corresponde a los Tribunales Superiores en materia de contratos, solamente está limitada, ha dicho esta Sala, en el desarrollo del recurso de casación, cuando se demuestren errores de hecho evidentes cometidos en la labo interpretativa. De modo que mientras la adoptad por el Tribunal no desnaturalice los términos d la convención rompiendo su armonía o desconc ciendo sus fines o la naturaleza específica del cor trato, debe ser respetada por la Corte (G. J. 2046 47, pg. 33, Casación de 27 de febrero de 1946).

Así, pues, ni directamente, ni como consecuenci de la apreciación de las estipulaciones del contra to consignado en la escritura 1634, se violaron la disposiciones legales citadas.

En cuanto al cargo por error de hecho en la in terpretación de la demanda, consistente en que Tribunal al estimar las pretensiones del arrenda dor sobre que no estaba obligado a pagar las me joras útiles no tuvo en cuenta que en la demand también se pedía que "quedaba al arrendatari Escobar el derecho de llevarse los materiales in vertidos en esas mejoras útiles", observa la Sal

En la sentencia de segundo grado se interpre la cláusula séptima como que en ella se había pa tado la autorización para practicar obras indi pensables para poner la finca en mejor estad Es decir, que el arrendatario estaba expresamen facultado para realizar mejoras útiles, las cual debían ser reconocidas mediante tasación de pe tos.

No existe, pues, fundamento para consider que hubo indebida interpretación de la demand

Sentencia.

En virtud de las anteriores consideraciones, Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casaci Civil, administrando justicia en nombre de la R pública de Colombia y por autoridad de la L NO CASA la sentencia de fecha 28 de septiemb de 1946, dictada por el Tribunal Superior de I gué en el juicio ordinario seguido por Jorge Barsy contra Eudoro Escobar.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en G. J. y devuélvase.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pine Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Mora Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salama Emilio Prieto, Of. En.

ACCION REIVINDICATORIA Y DE NULIDAD DE UN CONTRATO. — ESTIPULACION POR OTRO

Para que exista la estipulación por otro es necesario que el estipulante no sea mandatario ni representante legal ni gestor de negocios del tercero beneficiario, y que éste no haya tenido ninguna ingerencia en la celebración del contrato, exclusivamente acordado entre estipulante y promitente. El tercero no es parte contratante. Es precisamente porque la voluntad jurídica de éste está ausente por lo que esta figura de la estipulación por otro constituye una excepción al principio general de que los contratos carecen de efectos con relación a los terceros. La aceptación del beneficiario es lo que hace inmodificable la estipulación que, mientras no sea aceptada, puede revocarse por los contratantes por efecto del mutuo consentimiento como forma de extinguir las obligaciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Por medio de la escritura Nº 267, otorgada ante el Notario del Circuito de Frontino el 18 de agosto de 1912, Belisario, Francisco y Juan de la Cruz Urrego dijeron: "que hoy por el presente público instrumento dan en venta real y enajenación perpetua a su condueño el señor Rubén Urrego, por la cantidad de cien mil pesos papel moneda, que declaran tener recibida a su satisfacción..." la cuarta parte del condominio indiviso en dos lotes de terreno, denominados "Orobajo" y "Madero Nogá", ubicados en jurisdicción municipal de Frontino, alinderados como allí se dice. "Los vendedores declaran: —dice la escritura— que esta venta la hacen al expresado Rubén Urrego, para él y para su hermano Julio C. Urrego, mayor de 19 años y menor de 21 años, quedando el comprador de hoy, Rubén Urrego, en la solemne obligación de que cuando Julio C. Urrego llegue a la mayor edad otorgarle la correspondiente escritura, por la mitad de lo que le venden, pues la venta la han hecho por iguales partes para él y para Julio, de todo lo vendido". "El comprador declara: que acepta esta escritura en los términos en que ella está redactada, da por recibido real y materialmente lo que se le vende, y además, declara que la compra la ha hecho para él y su hermano Julio C. Urrego, de dos partes iguales, y que queda solemnemente obligado a otorgarle a su dicho hermano cuando éste llegue a la mayor edad la correspondiente escritura de lo que a él corresponde".

Corrido más de un año, el 18 d noviembre de 1913, los mismos cuatro otorgantes de la precitada escritura y ante el mismo Notario de Frontino, por medio de la Nº 361, manifestaron que en la escritura Nº 267 de 18 de agosto de 1912, se hizo constar erradamente que la venta se hacía para Rubén y Julio C. Urrego por iguales partes de todo lo vendido, "siendo lo cierto que para Julio C. Urrego la venta no era sino de la mitad del establecimiento de caña con sus herramientas, bestias y enseres, y no en los terrenos", por lo cual, habiendo, además, manifestado el menor que él no comprará conforme a lo estipulado, aclaran y corrigen la mencionada escritura en el sentido de que la venta que en ella se contiene es únicamente para Rubén Urrego, quien fue el que pagó su precio, y quien queda libre de la obligación de vender más tarde a su hermano Julio C. Urrego. Al otorgamiento de este instrumento concurrió también la señora Camelia Gómez, quien manifestó en su calidad de madre y curadora de Julio C. Urrego, que éste no ha comprado lo que se dijo en la escritura 267 y que su hijo "no tiene el derecho que en la escritura que por ésta se corrige erradamente se le había dado como era el de que se le vendería o vendía lo que en ella se dice".

Rubén vendió los referidos lotes a Luis Toro G. (escritura Nº 328 de 10 de noviembre de 1914, Notaría de Frontino). Este a Cristóbal Montoya (escritura 427 de 15 de diciembre de 1916). Este a Jesús M. y Rafael A. Moreno (escritura 400 de

9 de septiembre de 1929), y éstos a Clímaco Echeverri actual poseedor de los inmuebles (escritura 35 de 18 de enero de 1930).

Con apoyo en estos antecedentes, y considerándose dueño de la mitad de los lotes según las estipulaciones de la escritura Nº 267 de 18 de agosto de 1912, Julio C. Urrego demandó en juicio ordinario ante el Juzgado del Circuito de Frontino (octubre 15 de 1937) a Clímaco Echeverri y a la sucesión de Rubén Urrego representada por su viuda Julia Benítez de Urrego y sus menores hijos Manuel y Rolando Urrego, para que se declare: a) Que es dueño exclusivo de la mitad de los bienes especificados en la precitada escritura Nº 267, y que, en consecuencia, el demandado Echeverri está en la obligación de entregarle, o reconocerle, la expresada cuota con sus frutos correspondientes; y b) Que es nula, de nulidad absoluta, la escritura Nº 361 de 18 de noviembre de 1913, de la Notaría de Frontino, o por lo menos nula en la parte que afectó o pretendió afectar los derechos del actor, por haberse otorgado sin el consentimiento de una de las partes, y que los gravámenes que afectan la referida mitad de los bienes que reivindica, carecen de valor y efecto.

Surtido el traslado de la demanda, el demandado Echeverri denunció el pleito a Jesús y Rafael Moreno, quienes, a su turno, lo denunciaron a los primitivos vendedores Belisario, Francisco y Juan de Jesús Urregos. Ninguno contestó la demanda. El 29 de enero de 1942 se pronunció sentencia de primer grado declarando "nula parcialmente, con nulidad absoluta, la escritura Nº 361 por no haber mediado el consentimiento, expreso o tácito ni en la forma legal requerida de Julio C. Urrego a las declaraciones contenidas en este acto"; decretando al tenor de la demanda la reivindicación de la mitad de los inmuebles Orobajo y Madero de Nobogá, y declarando, en lo que respecta a esa mitad, sin valor la hipoteca constituída sobre esos inmuebles por Clímaco Echeverri en escritura Nº 274 de 1º de agosto de 1935. Sin costas.

Sentencia acusada.

El Tribunal Superior del Distrito de Medellín decidió la segunda instancia a que dió lugar la apelación de la parte demandada, (abril 3 de 1945), revocando la sentencia recurrida y absolviendo, en cambio, a los demandados de todos los cargos de la demanda.

Estima el Tribunal que el punto esencial de la decisión está en puntualizar el alcance del contrato recogido en la escritura Nº 267, en que se apoyan todas las pretensiones del demandante, y después de un análisis interpretativo de sus cláusulas, "considera que sólo Rubén Urrego adquirió el dominio de los derechos inmuebles que Belisario y Juan de Jesús Urrego cedieron a título de venta en la escritura 267, pues la insistencia de la misma escritura de que le otorgaría escritura a favor de Julio C. Urrego, cuando éste llegara a su mayor edad, de la mitad de lo adquirido, está revelando que sólo contraía Rubén Urrego, como lo afirma el apoderado de Clímaco Echeverri, la obligación personal, de dudosa fuerza compulsiva, entre otras razones, por no haberse estipulado el precio (art. 89 ley 153 de 1887), de otorgarle escritura de cesión de la mitad de la cosa adquirida". Descartada así la propiedad del demandante sobre los inmuebles reivindicados, queda sin ningún fundamento la acción incoada, por lo cual, en concepto del sentenciador, era inútil el estudio de los otros aspectos, como la prescripción, "que tan sólidos fundamentos tiene, lo mismo que la ineptitud de la demanda en cuanto a la nulidad de los gravámenes que afectan los derechos cuyo dominio se demanda, por no haber sido llamados al pleito los acreedores hipotecarios".

El recurso.

Llegado el fin del procedimiento, se decide hoy el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Con invocación en la causal primera del art. 520 del C. J., formula el recurrente los siguientes cargos de violación legal por efecto de errores en la estimación probatoria que llevaron al sentenciador a concluír equivocadamente que Julio C. Urrego no tiene título para reivindicar los inmuebles descritos en la demanda:

Cometió error de hecho el Tribunal al estimar la escritura Nº 267 porque no vió que el contrato que contiene es una compraventa de Belisario, Francisco y Juan de Jesús Urrego a Rubén y Julio C. del mismo apellido, y vió en cambio una venta hecha exclusivamente al primero, con la obligación, de dudosa fuerza compulsiva, de otorgarle escritura de cesión al segundo cuando éste llegara a la mayoridad; y cometió también el mismo error al omitir la consideración de la escritura Nº 361, indispensable para apreciar el alcan

ce de la primera como contentiva de una venta a los dos compradores.

El verdadero sentido que coresponde al primero de los precitados instrumentos —dice el recurrente explicando el cargo— es el de una estipulación por otro, "que vino a adquirir los contornos de lo definitivo una vez que Julio C. Urrego aceptó esa operación, anque tácitamente, al reclamar para sí en este juicio lo que se le había comprado desde 1912". El concepto de la sentencia de que apenas podría decirse que Rubén Urrego contrajo la obligación personal de otorgar a su hermano escritura de cesión de la mitad de la cosa comprada hiere el fenómeno de la estipulación por otro, cuya aceptación fija el derecho irrevocablemente, y respecto de la cual la autorización que da la ley a los otorgantes es la de revocar, "dar por no hecho el contrato, deshacerlo expresamente, más no atribuírle otro valor jurídico".

"El Tribunal al admitir la escritura Nº 361 como prueba de que Julio C. Urrego había aclarado la escritura Nº 267 haciendo la manifestación de que nada había adquirido por ella, cometió evidente error de hecho y de derecho", porque Camila Gómez, que allí aparece como representante legal de Julio haciendo manifestaciones en su nombre, no está probado que sea su madre legítima, ni que el representado fuera menor de edad. "Julio C. Urrego es parte en el contrato de que habla la escritura Nº 267, por la intención manifestada, y de su voluntad no podía prescindirse para actos postèriores que tendieran a cosa distinta de la de revocar el contrato".

Como consecuencia de los aludidos errores probatorios, explicados por razones que se acaban de compendiar y que engloban todos los aspectos de la acusación, afirma el recurrente que la sentencia violó los arts. 740, 743, 946, 949, 950, 952, 961, 964, 1502, 1506, 1740, 1741, 1759 del C. C., 2ª de la Ley 50 de 1936, 22 de la Ley 57 de 1887 y 561 y 663 del C. J.

Considera la Sala:

Acertado estuvo el Tribunal en la consideración preliminar que consignó en su sentencia de que sobre la determinación del exacto alcance y naturaleza de la convención recogida en la escritura Nº 267 de 18 de agosto de 1912, reposa todo el problema del pleito. Al comienzo de esta decisión se copiaron los términos en que se redactó ese contrato celebrado exclusivamente entre Belisario y Juan de Jesús Urrego, como vendedores, y Rubén Urrego, como comprador, y en el cual no intervino en ninguna forma ni personalmente ni representado, Julio C. Urrego, el demandante en este juicio. Esas transcripciones literales dan luz suficiente para fijar y esclarecer el sentido y alcance de las declaraciones de voluntad que integran el contrato, y deducir, como lo manda la norma primordial de exégesis contractual, la verdadera intención de los contratantes, y esas palabras dan base y respaldo a la certidumbre declarada por el Tribunal como resultado de la operación de análisis interpretativo a que sometió los instrumentos citados para concluír que sólo Rubén Urrego adquirió el dominio de los inmuebles que sus condueños Belisario, Francisco y Juan de Jesús le vendieron, y que respecto de Julio C. Urrego tales contratos no contienen sino la vinculación jurídica a que pudiera dar lugar la estipulación en que el comprador prometió cederle la mitad de lo que compraba cuando llegara a la mayoridad, otorgándole entonces la correspondiente escritura. Y si los términos en que está concebido el contrato dan apoyo, como su simple lectura lo revela, a la interpretación que trae la sentencia, de que Julio C. Urrego no adquirió por esos instrumentos, la acusación que sobre ese particular le hace el recurrente por error de hecho. que implica la contraevidencia manifiesta, queda desde ya descartada.

Lo que jurídicamente resulta en el caso de autos, con respecto al demandante Julio C. Urrego, es un fenómeno de estipulación para él, hecha por los dos contratantes independientemente de la venta celebrada en la escritura Nº 267, para cuya consideración es necesario tener en cuenta las dos escrituras públicas aludidas, que dan fe de los dos contratos sucesivos celebrados entre las mismas partes y que aparecen definitivamente consumados entre ellas: el primero, en que se estipuló lo ya sabido para Julio C., y el segundo, en que esa estipulación fue revocada por estipulante y promitente en lo que respecta a la propiedad de los inmuebles, dejando intacta la venta original. Se reúnen aquí todos, sin faltar ninguno, los elementos que configuran esa especie de contrato **sui generis** que consagra el art. 1506 del C. C., que establece que cualquier individuo tiene la facultad de hacer constar en un contrato que celebre con otro una estipulación que favorezca a un tercero, aunque no tenga facultad para representarlo con la modalidad de que sólo el tercero puede demandar lo estipulado y de que

mientras no intervenga la aceptación expresa o tácita de éste puede revocarse la estipulación por la sola voluntad de las partes que la convinieron.

El recurrente propugna esta tesis de la estipulación en favor de Julio C. Urrego, como se vió al compendiar las razones de sus cargos; pero la acusación que colocándose en este punto de vista formula contra la sentencia se asienta en una autonomía jurídica, porque al propio tiempo que habla de que el caso de autos se enmarca dentro del art. 1506 del C. C. sostiene que su mandante fue parte en el contrato de que da cuenta la escritura Nº 267 y para de ahí deducir que de su voluntad no podía prescindirse para modificar sus estipulaciones, cuando para que exista la estipulación por otro es necesario e indispensable que el estipulante no sea mandatario ni representante legal ni gestor de negocios del tercero beneficiario, y que éste no haya tenido ninguna ingerencia en la celebración del contrato, exclusivamente acordado entre el estipulante y promitente. El tercero no es parte contratante. Es precisamente porque la voluntad jurídica de éste está ausente por lo que esta figura de la estipulación por otro constituye una excepción al principio general de que los contratos carecen de efectos con relación a los terceros. La aceptación del beneficiario es lo que hace inmodificable la estipulación, que mientras no sea aceptada puede revocarse por los contratantes por efecto del mutuo consentimiento como forma de extinguir las obligaciones. Carece de razón el recurrente cuando afirma que Julio C. Urrego hizo en este caso irrevocable lo estipulado a su favor porque al demandar en este juicio lo aceptó tácitamente, pues cuando sobrevino esta forma de aceptación ya la estipulación había sido revocada por virtud del contrato recogido en la escritura Nº 361 del 18 de noviembre de 1913.

Considerando lo acontecidó como un caso de estipulación para Julio C. Urrego, según el querer del recurrente, el cargo de ilegalidad que formula con base en la improbación de su minoridad y del hecho de ser Camila Gómez su representante legal, con el objeto de atacar la eficacia de la escritura Nº 361, carece de importancia, porque la intervención de esta señora no quita ni pone para los efectos de la revocación de la estipulación consentida por los contratantes y realizada antes de que hubiera sido aceptada por el tercero beneficiario.

No habiéndose demostrado ninguna falla de ilegalidad por el recurrente, 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 Medellín el 3 de abril de 1945, objeto de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio.

REIVINDICACION. — TECNICA DE CASACION

Hay falta de técnica de casación en el hecho de acusar por violación directa de la ley conclusiones del fallo que por asentarse en exámen de pruebas hay que enderezar la acusación por los caminos del error probatorio. En casación no se pueden desplazar las bases esenciales del pleito ni alegar modificaciones a la cuestión de hecho planteada por las partes y reconocida por la sentencia, porque de esta suerte se entra a la zona de los llamados medios nuevos, cuya inadmisibilidad es incuestionable en este terreno extraordinario que excluye por su naturaleza todo extremo que no fue materia de controversia entre las partes y de decisión para los jueces de fondo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diciembre diez y siete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Ante el Juzgado promiscuo del Circuito de Socha, en libelo de fecha 9 de mayo de 1942, Agustín Gómez demandó en juicio ordinario de reivindicación a Luis Alba y Camilo Gama, para que con su audiencia se declare que el demandante es poseedor inscrito y dueño de un inmueble denominado Gachavita, ubicado en la vereda de La Estancia, en la jurisdicción municipal de Jericó (B), alinderado como allí se expresa, y que, en consecuencia, los demandados deben restituírselo, tres días después de ejecutoriada la sentencia, con sus frutos naturales y civiles, teniendo en cuenta que son poseedores de mala fe. Pide también que se declare que los demandados están obligados a indemnizar al actor los perjuicios que le han causado "por razón de las maniobras y escrituras ficticias que se han cruzado y contratos ficticios que han verificado para retener en su poder la finca", más las costas de este juicio, si a él se opusieren.

El demandado Gama manifestó al descorrer el traslado qce él no era poseedor de la finca, sino simple tenedor como arrendatario por virtud de contrato celebrado con su dueño y poseedor que lo es Luis Alba, con quien, por consiguiente, debe seguirse la controversia, sin embargo de lo cual contestó la demanda. El demandado Alba, por su parte, manifestó que con él se relacionaba directa y exclusivamente la pretensión de la demanda y que afrontaba el litigio oponiéndose a la reivindicación por ser legítimo titular de la propiedad y poseedor del inmueble de Gachavita. Alegó la prescripción tanto ordinaria como extraordinaria, añadiendo a la suya la posesión de sus antecesores.

Las dos pretensiones enfrentadas en este juicio de dominio, tal como se perfilan en la demanda y su respuesta y como aparecen de los diversos documentos auténticos aportados al juicio, se pueden historiar sintéticamente así, partiendo de su origen:

La parte actora explica que en el juicio de sucesión doble de Hermógenes Avellaneda y Leoncia Trujillo, protocolizado bajo la escritura pública Nº 534 del 4 de diciembre de 1918, de la Notaría de Sativanorte, le fue adjudicado a Cibel Avellaneda, hijo de los causantes, la finca de Gachavita, en jurisdicción del Municipio de Jericó.

El adjudicatario Cibel Avellaneda, por medio de la escritura Nº 33 de 16 de septiembre de 1918, otorgada ante el Notario de Arauca, confirió poder general a Camilo Gama para que vendiera, entre otras fincas del poderdante, la mencionada de Gachavita. El apoderado Gama, con cita del aludido poder y por medio de la escritura Nº 308 de 10 de junio de 1922, de la Notaría 1ª de Tunja, (registrada el 12 de junio en la oficina de Registro de Sativanorte) vendió a Reinalda Avellaneda de Torres el predio de Gachavita.

La compradora Avellaneda de Torres, por medio de la escritura Nº 282 de 17 de mayo de 1925, de la Notaría de Soacha, vendió a Alonso Pinzón el referido inmueble, y éste, finalmente, por medio de la escritura Nº 540 de 17 de noviembre de 1925, de la Notaría de Sativanorte, lo vendió a Agustín Gómez, demandante en este juicio.

La parte demandada, aceptando, naturalmente, los relatados antecedentes hasta el otorgamiento

de la escritura Nº 33 de septiembre de 1918, por medio de la cual Cibel Avellaneda confirió mandato general a Camilo Gama, hace provenir su derecho de la venta que Gama le hizo a Benjamín Meléndez del mismo bien (que ya había vendido en 1922 a Reinalda Avellaneda de Torres), de que da cuenta la escritura Nº 328 del 6 de junio de 1925, otorgada ante el Notario de Soacha, y en la cual se lee: "**Primero.** Que el exponente (Camilo Gama) transfiere a título de venta al doctor Benjamín Meléndez, el derecho de dominio que tiene en un terreno denominado Gachavita, vereda de La Estancia, jurisdicción de Jericó (B), según poder general otorgado por el señor Cibel Avellaneda como consta de la escritura marcada con el número 33 de 16 de septiembre de 1918, otorgada en la Comisaría de Arauca, cuya cláusula respectiva dice así: "Y para que lleve a su poder los derechos y acciones que me corresponden en los bienes raíces, semovientes y muebles que me corresponden por herencia de mis finados padres Hermógenes Avellaneda y Leoncia Trujillo, para que venda, cobre, permute, hipoteque, empeñe, y arriende a nombre del otorgante toda clase de fincas raíces, bienes muebles o semovientes u otros cualesquiera que acepte a mi nombre, y otorgue las escrituras públicas o privadas que hubiere necesidad de otorgar o aceptar... **Tercero.** Que el derecho de dominio que transfiere fue adquirido por el exponente como ya se dijo en el punto primero de esta escritura. **Cuarto.** Que el referido derecho de dominio que vende no ha sido realmente enajenado por el exponente a ninguna otra persona y que se halla libre de todo gravamen...".

(El demandado Camilo Gama al contestar los hechos de la demanda en que se afirma que él vendió el inmueble a Meléndez después de haberlo vendido a Reinalda Avellaneda de Torres, dijo: "Es cierto, en cuanto a que yo le vendí el inmueble, pero no habiendo cumplido con sus obligaciones de compradora, hube de venderlo a otra persona, cumpliendo instrucciones de mi poderdante Avellaneda").

Por escritura Nº 716 de 26 de diciembre de 1936, otorgada ante el Notario de Soacha, Benjamín Meléndez vendió la finca de Gachavita a Luis Alba, el poseedor demandado. En este contrato hizo constar el vendedor Meléndez que "no responde de la acción de saneamiento ni de cualquiera acción real que sobre el derecho de dominio resulte...".

Sobre estas bases se desarrolló la controversia que fue decidida en primera instancia el 22 de junio de 1944 en sentencia en que se declara: no probadas las excepciones propuestas por el demandado Alba; que el demandante es dueño del predio de Gachavita, y que, en consecuencia, el citado demandado debe restituírselo, tres días después de ejecutoriada la sentencia, con sus usos, servidumbres y frutos desde el día siguiente al de la contestación de la demanda. No se hicieron las demás declaraciones y condenas pedidas en la demanda. Sin costas.

Sentencia acusada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, al término de la segunda instancia a que dió lugar la apelación de la parte demandada contra la resolución del Juzgado, en sentencia del 22 de julio de 1946, reformó la recurrida en el sentido de que la restitución de frutos a que fue condenado el demandado Alba debe hacerse desde el 26 de diciembre de 1936, en la cuantía que se fije por el procedimiento del art. 553 del C. J., y en añadir la condena a los dos demandados, Alba y Gama, al pago de los perjuicios causados al actor por los hechos indicados en la demanda y a las costas de las dos instancias.

Para concluír de esta manera confronta el Tribunal, analizándolos, los instrumentos públicos aportados por las partes al proceso en demostración y apoyo de sus respectivas pretensiones de dominio sobre el inmueble reivindicado tal como quedaron descritas en esta providencia, y encuentra que la titulación aducida por el demandante tiene prevalencia sobre la del demandado Alba, poseedor del inmueble, porque "Gama cesó en sus funciones como mandatario de Cibel Avellaneda, según poder general otorgado en su favor, una vez que otorgó la escritura Nº 308 de 10 de junio de 1922. Notaría 1ª de Tunja el 12 de junio de 1922 en la oficina de Sátivanorte. De tal suerte que éste, en manera alguna podía vender otra vez la finca de Gachavita, como lo hizo al otorgar la escritura respectiva al doctor Meléndez... De la historiación, en detalle, hecha anteriormente se deduce que Camilo Gama ha vendido una cosa al doctor Meléndez y éste, a su vez, ha transmitido el derecho de dominio de Gachavita a Luis Alba, con el vicio anotado. En estas circunstancias, el título que presenta el actor prevalece sobre el presentado por Alba en su favor, habida consideración a los certificados sobre posesión inscrita adjuntados por el demandante".

Desechada por estas razones la titulación de la parte demandada, pasa el Tribunal a estudiar la posesión alegada por Alba como fundamento de la prescripción y concluye que no está demostrada ni la extraordinaria ni la usucapión. Respecto de la primera dice: "Ya se vió que la señora Avellaneda de Torres poseyó la finca, haciendo actos de señor y dueño, no sólo por sí, sino por medio de su administrador Gama y que tales actos de posesión principiaron desde el 10 de junio de 1922 hasta el 4 de mayo de 1925. Por lo demás, se observó que la posesión por parte de Gama se suspendió con ocasión del juicio ejecutivo que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de Chocontá inició contra el señor Agustín Gómez, como consecuencia del depósito practicado. Así las cosas, se encuentra que no están acreditados los hechos que prueben suficientemente la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio para que se reconozca en favor de la parte demandada...".

Y en cuanto a la ordinaria halló el sentenciador que la posesión de Benjamín Meléndez, que el excepcionante quiere añadir a la suya propia, no fue regular porque no provino de justo título ni de buena fe. "Sencillamente. —dice la sentencia— el doctor Meléndez compró cosa ajena por medio de un título que, en todo caso, no es justo título, en primer orden porque se confirió por persona que ya no era el representante de Cibel Avellaneda, como se vió, y, en segundo término, por cuanto que el propio doctor Meléndez no tuvo la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad para enajenarla, habiéndola recibido de persona que no podía disponer de lo que no le pertenecía. Esta persuasión es requerida por la ley para que en los actos traslaticios de dominio se suponga la buena fe".

El recurso.

Contra esta sentencia, compendiada en las cuestiones que conciernen al recurso, interpuso el apoderado de la parte demandada el recurso de casación que hoy se decide, con invocación de las dos primeras causales del art. 520 del C. J.

Causal primera. — Comienza el recurrente afirmando que la sentencia incurre en dos inexactitudes: la de afirmar que el lote que es objeto de la reivindicación le fue adjudicado a Cibel Avellaneda en la sucesión de sus padres, cuando lo que al respecto aparece es que su porción hereditaria se le pagó con una adjudicación de cuota **ad valorem** en el predio de Gachavita; y la de aseverar que el citado Avellaneda facultó a su apoderado Camilo Gama para vender el terreno aludido, pues lo que reza el poder es la autorización para vender los derechos que le correspondieran en la sucesión de sus padres. De esto deduce que el mandatario Gama no podía vender cuota determinada ni menos parte concreta del fundo, de lo que "se concluye que ninguno de los que consideran a Camilo Gama como tradente del lote que es objeto del presente litigio puede alegar como antecesor en el dominio de él a Cibel Avellaneda Trujillo, puesto que, como queda demostrado, este señor no es, no ha sido nunca dueño de tal lote, por más que su apoderado Gama así lo haya expresado.... Y como por ninguno de los medios legales se ha puesto fin a la comunidad que quedó establecida sobre el fundo de Gachavita por virtud de la partición numérica de los bienes de los esposos Avellaneda-Trujillo, todos resultan compradores de cosa ajena y no pueden vincular su derecho al fundo en el litigio a la hijuela de Cibel Avellaneda, la cual no sirve de punto de apoyo ni de base inicial y profunda del derecho que alega o pretende el señor Gómez... Si del poder no podía surgir la facultad de vender lo ajeno sino lo propio del poderdante y se ejercitó para vender lo ajeno, no hay fundamento para calificar la venta relacionada en la escritura 328 de junio de 1925 de título **no justo** y desconocer el hecho de la posesión su calidad de regular para negar la prescripción alegada. De venta de cosa ajena son todos los contratos desde el celebrado con Reinalda Avellaneda de Torres hasta el celebrado con el señor Gómez. No así el de Alba, porque cuando éste recibió el título de Meléndez, junto con el lote, aquél ya lo había incorporado a su haber por virtud de la prescripción adquisitiva... Y como no se intentó siquiera probar mala fe en estos dos ciudadanos y la buena fe se presume, se cumplieron las condiciones que debe tener la posesión para ganar por prescripción el dominio del lote de Gachavita".

En las precedentes razones se asienta el cargo de violación directa de los arts. 763, 946, 950, 1871 y 2528 del C. C.

Se acusa también el fallo por infracción directa de los arts. 2652 inc. 6º, 2654, 2661, 2662, 2673, del C. C. y 38 de la ley 57 de 1887 por haberse aceptado y dándole fe en el juicio a la hijuela de Cibel Avellaneda Trujillo expedida en el juicio mortuorio de sus padres, sin que la partición a

que alude fuera registrada y habiéndose registrado la sentencia aprobatoria en un libro de registro de autos y sentencias que no existe, lo cual equivale a no haber sido inscrita y consiguientemente a no haberse realizado la tradición del derecho de dominio del predio de Gachavita.

Considera la Sala:

Como se vió al determinar las respectivas posiciones asumidas por las partes en este pleito de dominio, las pretensiones del demandante Gómez como las del demandado Alba, poseedor de la finca reivindicada, arrancan de la misma fuente y tienen su origen común en el hecho por ambos aceptado y aducido de que Cibel Avellaneda Trujillo fue dueño del predio de Gachavita por haberlo adquirido por herencia de sus padres. Es partiendo de esta base fundamental como se han enfrentado sus pretensiones de propietarios con base en los títulos creados por Camilo Gama, como poderdante de Avellaneda, en favor de Reinalda Avellaneda de Torres (escritura 308 de 10 de junio de 1922), y luégo en favor de Benjamín Meléndez (escritura 328 de 6 de junio de 1925). El problema central de la controversia se planteó sobre la prevalencia de estos títulos en razón de su excelencia jurídica y su prioridad temporal, para deducir el derecho de propiedad y el indicio de la posesión como base de la excepción prescriptiva alegada desde la contestación de la demanda. Tal fue la cuestión de hecho originariamente planteada por las partes y reconocida por los sentenciadores de instancia. Es más; el demandado Alba, por boca de su apoderado, el mismo que ahora quiere plantear ante la Corte, inexplicablemente, tesis contradictorias con las propugnadas en los grados del juicio, ha aceptado expresamente no sólo el predicho planteamiento del litigio de reivindicación, sino la prevalencia de los títulos del actor sobre los suyos, acogiéndose exclusivamente a su posesión para los efectos prescriptivos.

A su alegato ante el Tribunal Superior pertenecen los siguientes pasajes:

"Si tenemos en cuenta que el señor Gama vendió, como apoderado del señor Cível Avellaneda Trujillo, el fundo de Gachavita tanto a la señora Reinalda de Torres como al doctor Benjamín Meléndez y que ambos títulos están registrados, se puede sostener que los sucesores del derecho, así proceda su título de la señora de Torres o del doctor Meléndez, son poseedores inscritos del mismo fundo... ¿Era el doctor Benjamín Meléndez el titular del derecho de dominio de Gachavita cuando contrató con Alba? Sí. Por medio de la escritura pública Nº 328 de fecha 6 de junio de 1925 de la Notaría de Socha compró el inmueble a Camilo Gama. ¿Y Gama era dueño del inmueble? No, pero lo era su representado Cibel Avellaneda Trujillo en cuyo nombre vendió utilizando un poder general otorgado por escritura pública en Arauca... El demandante Gómez es el único responsable de que el fundo de Gachavita no forme parte de su patrimonio, por haberlo perdido irremediablemente. ¿Por qué? Porque no obró a tiempo. Si desde que tuvo noticia de ser su título de adquisición del derecho de dominio el primeramente registrado, acciona contra el otro adquirente en cuyo poder había sido puesto, seguramente hubiera obtenido el fallo en su favor aplicando el principio contenido en el art. 1833 del C. C. y la doctrina de la Corte consistente en que por el hecho del registro no se realiza la entrega material de la cosa vendida, pero el dominio de ella pasa del vendedor al comprador quien adquiere el derecho **in re**, que lo habilita para revindicarla como dueño, desde luego que verificada la inscripción el vendedor deja de ser dueño y nada puede transferir al segundo comprador, si el primero logró la inscripción de su título antes que el segundo. Pero ocurre en este caso que el señor Gómez dejó en poder del doctor Meléndez el inmueble a sabiendas de que también era poseedor de una escritura de transferencia del dominio, la cual se hallaba registrada, sin poderlo acusar de interventor de mala fe, como en efecto no lo era. Y la inacción de Gómez subsistió hasta más allá de la muerte trágica del doctor Meléndez, ocurrida mucho tiempo después de haberle vendido el inmueble al señor Alba. Entre la posesión del fundo por el doctor Meléndez y la posesión del mismo por Alba no hubo solución de continuidad y ambas sumadas, como lo hace Alba en ejercicio del derecho que le reconoce el art. 778 del C. C., exceden de quince años y forman un solo e indivisible período, tiempo suficiente para operarse el doble fenómeno jurídico de perderse el derecho de dominio para Gómez y ganarse para Alba..."

Desde la primera instancia había expresado el apoderado de Alba, refiriéndose a su posesión "Este punto es el único que juega papel en la litis".

Sin dejar de advertir la falla de tecnicismo que afecta el cargo que se considera, consistente en acusar por violación directa de la ley conclusiones del fallo que por asentarse en examen de prue

bas hay que enderezar la acusación por los caminos del error probatorio, la razón primordial para rechazar el cargo, en lo que se refiere a posibles defectos del título ordinario de Cibel Avellaneda sobre el fundo de Gachavita, consiste en que no es valedero ni atendible en casación ningún ataque que se dirija desde un campo extraño al del litigio y por motivos ajenos a los fundamentos de la sentencia, que no puede apoyarse sino en los hechos conducentes de la demanda y la defensa. A más de que atacando el recurrente la titularidad del dominio de Avellaneda Trujillo destruye la raíz jurídica de su pretensión de dueño con que compareció al juicio y deja sin soporte ni fecha su posesión, nada de lo que al respecto trae la demanda en el cargo que se estudia fue materia de controversia en las instancias del juicio que se trabó, como quedó dicho, sobre la aceptación de que Cibel Avellaneda fue el legítimo propietario de Gachavita. En casación no se pueden desplazar las bases esenciales del pleito ni alegar modificaciones a la cuestión de hecho planteada por las partes y reconocida por la sentencia, porque de esta suerte se entra a la zona de los llamados medios nuevos, cuya inadmisibilidad es incuestionable en este recurso extraordinario, que excluye por su naturaleza todo extremo que no fue materia de controversia entre las partes y de decisión para los jueces de fondo.

Descartada por lo dicho la procedencia del recurso en cuanto la acusación toca con puntos y aspectos que no han entrado a formar parte del debate judicial, sólo resta, para agotar los cargos por la causal primera, lo relacionado con la prescripción ordinaria alegada por el demandado Alba desde la contestación de la demanda, y que el Tribunal se negó a reconocer y declarar porque halló que la posesión de Meléndez sobre el predio de Gachavita, que el demandado quiere sumar a la suya, no fue regular porque no procedió de justo título, pues cuando Gama le otorgó la escritura 328 de 6 de junio de 1925 ya su mandato para vender el inmueble había terminado por haberlo vendido a Reinalda de Torres (arts. 764, 766 ord. 2º, 2189 ord. 1º del C. C.), porque tampoco fue adquirida de buena fe, pues el sentenciador estimó que el doctor Meléndez no tuvo la persuasión de haber recibido el fundo de quien tenía la facultad para enajenarlo, y esta persuasión es elemento requerido por la ley para suponer la buena fe. (Arts. 762 y 768 del C. C.). Esta "ausencia de persuasión sobre la facultad de enajenar en Gama" la deduce el Tribunal del análisis objetivo, no sólo de los términos jurídicamente enrevesados en que fue redactada la escritura 328, sino de otros elementos de prueba citados discriminadamente y que cirtamente dan base sólida a la creencia de que Gama, Alba y Meléndez procedieron acordemente para crear la situación jurídicamente irregular con el ánimo visible de sacrificar el derecho del demandante Gómez sobre el predio de Gachavita.

Aquí también es notable el defecto sustancial del ataque en casación hecho con prescindencia del error probatorio como medio para desvirtuar conclusiones que se asientan sobre examen de pruebas. Pero además de esta falla técnica el fracaso de la acusación se debe principalmente a ineficacia de los cargos alegados y a que éstos no enfocan las razones concretas y básicas de la sentencia recurrida. Dejándo de lado, en efecto, el punto de la terminación del mandato de Gama, que con la cita de los artículos 765, 766 ord. 2º y 2189 del C. C., es el fundamento que usó el Tribunal para negarle al título de adquisición de Meléndez la calidad de justo y a su posesión de la regular, el recurrente se limita a afirmar que "violó el fallo del art. 2588 del C. C., porque se negó a darle aplicación a favor de los demandados, estando establecidos en el juicio con plenitud deslumbradora los fundamentos de la prescripción adquisitiva, a saber: título justo que es la venta constatada a favor del doctor Benjamín Meléndez por parte de Camilo Gama y luégo de Alba por parte del doctor Meléndez en las escrituras públicas 328 de 6 de junio de 1925 y 717 de 26 de diciembre de 1936, debidamente registradas, y la posesión material del fundo son sus características de pública y no interrumplida", y que todos los contratos de venta de Gachavita son de cosa ajena, con excepción del de Alba porque cuando éste compró la finca, ya su comprador Meléndez la había adquirido por prescripción. En vista de estas razones no hay para qué repetir que los fundamentos de la sentencia acusada en el particular de que se trata permanecen incólumes.

Y por lo que hace a la negativa de la buena fe, el otro elemento integrante de la posesión regular, que el Tribunal halló en la adquisición de Meléndez después de examinar y criticar diversos elementos probatorios, el recurrente reduce su ataque a afirmar que "no se intentó siquiera probar mala fe y que la buena se presume legalmente".

Esta aseveración, incongruente con la realidad de los autos y el texto de la sentencia, no sirve de base de estudio en casación. Es verdad que la ley presume la buena fe, pero la sentencia que está considerando la Sala estimó que las pruebas del proceso ofrecen mérito suficiente para destruír esa buena fe presunta en el doctor Meléndez y con apoyo en ellas concluyó que al comprarle a Gama él no tuvo la persuasión de que adquiría de quien tenía la facultad de enajenarla, que lo constitutivo de la buena fe en los títulos traslaticios de dominio. Y mientras no se demuestre un error probatorio en la raíz de esta conclusión, no puede ser modificada.

Causal segunda. — La explica y funda así el recurrente: "El fallo condena a Gama a sanciones que sólo pueden aplicarse al poseedor vencido no obstante haberse demostrado que el señor Gama no es poseedor del fundo sino mero tenedor, en calidad de arrendatario y de haber dicho expresamente en la respuesta a la demanda que se abstenía de obrar en el juicio por no ser jurídicamente poseedor, calidad que requiere el demandado en reivindicación. Esta equivocada ordenación del fallo emana de la falta de apreciación de las probanzas aducidas con tal finalidad y de la actitud de Gama, lo cual constituye error de hecho por disconsonancia de la providencia con las pretensiones que Gama opuso y dedujo en oportunidad".

Se considera:

Las condenas proferidas contra el demandado Camilo Gama por la sentencia definitiva de segunda instancia, nada tienen que ver con su calidad de poseedor del predio reivindicado, calidad ésta que el fallo no le atribuye sino a su condemandado Luis Alba. La demanda, como se vió al principio de esta decisión, pide, al lado de reivindicación, que se condene a los demandados a indemnizarle a Gómez "los perjuicios que le han causado, por razón de las maniobras y escrituras ficticias, que se han cruzado y contratos ficticios que se han verificado para retener en su poder la finca", y a esta petición corresponde exclusivamente la aludida condena en abstracto, que fue objeto de estudio separado y concreto por parte del Tribunal y que se vincula al dolo y a la mala fe que el sentenciador halló patentes en la venta que Gama hizo a Meléndez para tratar de desconocer el derecho del actor con lo cual lo han obligado a pleitear y le han ocasionado perjuicios.

En estas condiciones no existe ninguna incongruencia, y la acusación por la causal segunda debe también ser rechazada.

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 Santa Rosa de Viterbo, materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda, Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Morales, Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca, Pedro León Rincón, Srio.

REIVINDICACION

1.—Toda acción de dominio se plantea sobre la situación jurídica que establece el artículo 762 del Código Civil y tiene por objeto destruír probatoriamente la presunción que ella otorga. A cargo del demandante corre esta obligación de probar, como lo establece el principio general de derecho a que alude la citada disposición.

2.—Los artículos 1757 del Código Civil y 605, 608 y 697 del Código Judicial son normas que regulan y determinan la producción y mérito de las pruebas, que si bien de naturaleza sustantiva, son apenas medio para tutelar la efectividad de los derechos subjetivos, pero que por no consagrar ni tutelar por sí solas ninguno de estos derechos su infracción o desconocimiento no puede dar base de prosperidad al recurso de casación si no inciden en el quebranto de un precepto de naturaleza sustantiva, en el sentido en que esta calificación se da en el numeral 1º del artículo 520 del C. J.

orte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diciembre diez y siete de mil novecientos cuarenta y siete.

Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Alegando derecho exclusivo de propiedad y con oyo en los artículos que consagran y reglamenn la acción reivindicatoria, en libelo de fecha de septiembre de 1943, ante el Juzgado del Cirito de Girardota, Emilia Zuleta de Cano demana la sucesión de Carlos Sierra Cadavid, reprentada por sus herederos, para que en la sentena definitiva de un juicio ordinario se hicieran siguientes declaraciones:

"A) Que soy dueño de todos los bonos del Fecarril de Antioquia —deuda interna— que enuéré en el numeral primero de esta demanda (se A. Nos. 692, 594, 886, 888, 889, 891, 895, 896, 1523, 29. Serie C. Nos. 0012, 0013, 0018, 0059, 0486, 36, 0537, 0539, 0540, 0542, 0544, 0545, 1203, 1601, rie D. 0205, 1656, 1978, 2034, 2035, 2080 y 2081) y que fueron hallados en la gaveta número 45 que el señor Carlos Sierra tenía arrendada en el Banco Comercial Antioqueño, casa de Medellín, y a que se refiere la solicitud de exclusión que en tiempo oportuno hice valer en el juicio mortuorio.

"B) Que como consecuencia de la anterior declaratoria se disponga la exclusión de esos bonos de la diligencia de inventarios y avalúos practicada en la sucesión del señor Carlos Sierra Cadavid y que se me entreguen por quien los tenga en su poder en el momento de cumplirse la sentencia.

"C) Que los bonos me sean restituídos con los intereses que hayan devengado hasta la fecha de esa entrega y con los beneficios que haya podido obtener en relación con los sorteos verificados y de que debe dar cuenta la institución bancaria en donde se encuentren depositados.

"D) Que si los representantes de la sucesión afrontaren la litis se les condene a pagarme las costas de este juicio".

Con la oposición de los herederos que se apersonaron en el proceso y la del curador **ad litem** de los que emplazados no comparecieron, se surtió la primera instancia del juicio que finalizó con sentencia de 25 de agosto de 1944, en que se denegaron los pedimentos del libelo, absolviendo en consecuencia a la sucesión demandada, y se condenó en costas a la actora.

Sentencia acusada.

La apelación de la parte demandante dió lugar al segundo grado ante el Tribunal Superior del Distrito de Medellín, que en sentencia del 11 de octubre de 1946 confirmó la recurrida con la sola modificación supresiva de la condena en costas.

La exposición de motivos del Tribunal empieza por establecer que a la demandante de la exclusión, como en toda acción de dominio, corresponde dar la prueba de su propiedad en forma y mérito capaz de desvirtuar la presunción que con base en la posesión de los bonos al portador corresponde al causante de la sucesión demandada,

y examina a continuación en forma determinada y cuidadosa cada uno de los elementos probatorios aducidos al efecto, así:

Respecto de la nota con que Darío Arango, empleado del Banco, adicionó el acta de apertura de la gaveta de seguridad Nº 45 con la constancia personal de que cuando Sierra Cadavid cobraba los cupones de los bonos explicaba al encargado de la Sección Fiduciaria que parte de ellos eran de su parienta Zuleta de Cano y que en la liquidación extendida el 15 de junio de 1942, que reposa en los archivos del Banco, figuran a nombre de ella los enumerados en la demanda, advierte el Tribunal que carece de valor probatorio por su forma y porque la liquidación a que alude no aparece hecha en vida de Sierra Cadavid ni con su intervención. Además, habría podido traerse al proceso, y no se trajo, copia auténtica del archivo en lo pertinente. Por otra parte, el autor de la nota, en declaración juramentada, la aclaró diciendo "que él por razón del puesto que ocupa en el Banco no se entiende directamente con la clientela de la Sección Fiduciaria y sólo se entera de sus asuntos por las informaciones que recibe de los empleados subalternos que la atienden y por lo tanto él nunca oyó ni presenció los decires y liquidaciones del señor Sierra Cadavid".

En relación con los recibos por intereses de bonos, expedidos por la Contraloría Departamental y firmados por la demandante, tampoco prueban nada, ni siquiera indicialmente, porque se refieren a bonos distintos de los individualizados en la demanda.

Yo por lo que hace a las declaraciones testimoniales de Carlos Ríos, Delfín Jiménez, Raimundo Salazar, Roberto Sierra, Octavio Gaviria, Fabio Arango y Eugenia Echeverri, compendiadas y en parte reproducidas en la sentencia, las considera el Tribunal sin fuerza probatoria porque varios de los testigos deponen sobre meras referencias y otros no precisan las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre los hechos a que se refiere, en forma que no se sabe cuándo les fueron hechas las manifestaciones que aseveran.

Esta prueba testimonial, aunque no fuera deficiente en sí misma, no sería admisible legalmente para demostrar el depósito que la demandante afirma haber celebrado con el causante Sierra Cadavid, al tenor de los arts. 91 a 93 de la Ley 153 de 1887. Tampoco puede aceptarse, con apoyo en algunos de los citados testimonios, la existencia de una confesión extrajudicial del citado Sierra Cadavid, porque además de que esa prueba t tifical es insuficiente para establecerla, los dec rantes no expresan la manera como adquirie el conocimiento, ni las circunstancias de tiem modo y lugar que la ley exige ni de esas expo ciones podría deducirse en ninguna forma el á mo que tuviera el finado Sierra de confesar hechos a que los deponentes aluden indeter nadamente.

El recurso.

Contra esta sentencia compendiada en las co clusiones probatorias en que apoyó la confirm ción del fallo del Juzgado de Circuito, interpu la parte demandante el recurso de casación q hoy se decide.

Se funda en la causal primera del art. 520 C. J., por violación directa de la ley sustanti "Es indudable —dice el recurrente— que el H norable Tribunal de Antioquia al pronunciar sentencia que es materia de la casación incur en error de derecho, puesto que violó la ley su tantiva o le dió una interpretación errónea a misma ley e incurrió también en error de hec al apreciar y analizar la prueba traída a los a tos por la parte demandante, prueba ésta que e dencia una situación jurídica distinta de la sos nida por los señores Magistrados que suscrib ron la sentencia que es materia de la revisión". partiendo de este concepto global del proceso desarrolla la demanda de casación enumeran cada una de las pruebas que fueron analiza por el Tribunal, para deducir, como se hace los alegatos de bien probados en las instanc conclusiones demostrativas de los hechos fun mentales del litigio, para contraponerlas simp mente a las adoptadas en la motivación de la s tencia. Al cabo de una serie de consideraciones carácter general destinadas a demostrar que acervo de pruebas producido en el juicio no a lece de deficiencia y tiene por el contrario rito completo y bastante para fundar la rei dicación de los bonos determinados en la dem da, dice el recurrente que el Tribunal violó arts. 762 y 1757 del C. C. y 605, 608 y 697 del C por lo cual pide la infirmación del fallo acus

Considera la Sala.

En ninguna forma aparecen infringidas po sentencia recurrida las dos disposiciones del digo civil que el recurrente cita. No la del art lo 762 que consagra la presunción legal de d

nio en favor del poseedor, porque no hay duda de que los bonos al portador del Ferrocarril de Antioquia, de que se trata, estaban en la posesión del causante Sierra Cadavid como que fueron hallados, junto con otros valores de su pertenencia en la gaveta de seguridad que tenía en arrendamiento en el Banco Comercial Antioqueño. Toda acción de dominio se plantea sobre la situación jurídica que establece la parte de la disposición en cita y tiene por objeto destruír probatoriamente la presunción que ella otorga. A cargo del demandante corre esta obligación de probar, como lo establece el principio general de derecho a que alude el segundo de los precitados textos. La sentencia a este respecto no ha hecho más que reconocer y aceptar estos presupuestos básicos de toda reivindicación.

Si la violación de estos preceptos se hace consistir, como parece darlo a entender el recurrente, en haberse denegado la exclusión demandada no obstante que la presunción favorable al demandado "quedó quebrantada" porque la prueba del dominio de la actora traída a los autos es plena, la acusación se desplaza entonces al terreno de la estimación equivocada de las pruebas y por este aspecto la demanda de casación resulta improcedente por las deficiencias técnicas que la afectan.

"No armoniza con la naturaleza y objeto del recurso extraordinario de casación esta manera de acusación con el planteamiento global del problema probatorio del pleito en solicitud de una convicción judicial diferente sobre la cuestión controvertida. En las instancias o grados que generalmente tienen los juicios es donde se debaten y resuelven las cuestiones propuestas en la demanda. En el recurso de casación se juzga la sentencia en relación con los cargos de infracción de la ley sustantiva o quebranto de las formas esenciales del procedimiento, pero no se trae la totalidad de los problemas debatidos para que a la luz de un nuevo estudio probatorio se pueda sustituír arbitrariamente el juicio del Tribunal en la formación de su convencimiento. A la Corte en función de casación no le corresponde balancear las pruebas las contrapruebas del litigio para deducir la verdad de los hechos contestados, que es la misión exclusiva de los sentenciadores de instancia. En casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por Tribunal en su apreciación como medio conducente de violación de ley sustantiva y en presencia de cada cargo concreto. (G. J. Tomo LI pg. 211).

Las disposiciones que el recurrente cita son normas que regulan y determinan la producción y mérito de las pruebas, que si bien de naturaleza sustantiva, son apenas medio para tutelar la efectividad de los derechos subjetivos, pero que por no consagrar ni tutelar por sí solas ninguno de estos derechos su infracción o desconocimiento no puede dar base de prosperidad al recurso de casación si no incide en el quebranto de un precepto de naturaleza sustantiva, en el sentido que a esta calificación se da en el numeral 1º del art. 520 del C. J.

La jurisprudencia a este respecto es muy numerosa y uniforme. En sentencia de 16 de junio de 1942, por ejemplo, dijo esta Sala explicando el mecanismo técnico de la llamada violación indirecta de la ley: "Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aun tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteseles o nó, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, —sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la aceptación de fuentes del derecho—, no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutivo del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cues-

tión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio violación medio, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el art. 528 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación". (G. J. Tomo LIII pg. 640).

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, de carácter estrictamente técnico, pero de obligatoria e ineludible estimación en este recurso extraordinario de procedimiento formalista y rígido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre d la República de Colombia, y por autoridad de ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tr bunal Superior del Distrito Judicial de Medell de fecha 11 de octubre de 1946.

Costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pined Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morale Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanc Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION. — INCONGRUENCIA

1.—La falta de consonancia entre las pretensiones de los litigantes y la sentencia debe buscarse en la parte resolutiva del fallo y cuando ésta es absolutoria no procede la segunda causal de casación porque el fallo absolutorio resuelve todas las cuestiones contenidas en la demanda y en la contestación y guarda congruencia entre lo pedido y lo sentenciado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diciembre diecisiete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Gabriel Rodríguez Ramírez).

Nicasio Segura compró a Juan de Jesús Clavijo un globo de tierra, sin nombre, ubicado en la fracción de San Bernardo, de la jurisdicción municipal de Ibagué, a orillas de la quebrada llamada El Amé; así consta en la escritura Nº 470 de la Notaría de Ibagué, otorgada el 2 de agosto de 1893, la cual fue aclarada, en cuanto a los linderos del terreno, por medio de la escritura que los contratantes otorgaron en la misma Notaría con el Nº 71 el día 19 de febrero de 1896.

El 15 de julio de 1898, por la escritura Nº 404 de la Notaría de Ibagué, Nicasio López Segura, que era el mismo Nicasio Segura que había comprado el terreno mencionado, otorgó testamento abierto en el cual reconoció como sus hijos naturales a Trinidad, Florentina, Lastenia, Feliciana, María, Eduvigis, Concepción, Prudencio, Jacinto, Mamerto, Betsabé y Sergio Bonillas, Carmen, Atanasivar y Luis Díaz, Concepción y Bernabé Bonilla; hizo algunas mejoras y legados e instituyó como sus únicos y universales herederos a los hijos naturales que había reconocido, disponiendo, respecto de algunos, que se les pagara su herencia con ciertos bienes y en cuanto al terreno de El Amé que se distribuyera por partes iguales entre los demás hijos, incluídas Feliciana y Eduvigis Bonilla.

Nicasio Segura o López Segura fue sepultado en Ibagué el 27 de marzo de 1922.

El 17 de abril de 1923, por escritura Nº 117 fue protocolizado en la Notaría 1ª de Ibagué el juicio de sucesión de Nicasio Segura o López Segura, donde se liquidó la sucesión del causante y la sociedad conyugal que había tenido con Carmen Díaz de López, liquidación que fue aprobada por sentencia del 12 de marzo de 1923, ejecutoriada según auto dictado el 15 de los mismos mes y año. A Carmen Díaz de López en pago de sus gananciales, se le adjudicó, entre otros bienes, un derecho de dos mil pesos en el globo de tierra situado en el corregimiento de San Bernardo, de la jurisdicción de Ibagué, a orillas de la quebrada de El Amé, y a Luis López Díaz se le adjudicó, como hijo legítimo del causante, un derecho de tres mil pesos en el mismo globo de tierra, que había sido avaluado en cinco mil pesos.

El 25 de noviembre de 1926 por escritura Nº 878 de la Notaría 1ª de Ibagué se protocolizó la mortuoria de Carmen Díaz de López, donde se adjudicó a Luis López Díaz, hijo legítimo de la causante, el derecho de dos mil pesos que a ésta se había adjudicado en la sucesión de Nicasio López Segura, en el globo de tierra referido.

El 23 de junio de 1928, por escritura pública Nº 366 de la Notaría 2ª de Ibague, Luis López Díaz compró a Isaacs Hermanos un terreno denominado El Inciensal, con todas sus mejoras y anexidades, ubicado en el corregimiento de San Bernardo, jurisdicción de Ibagué, y unos derechos radicados en el mismo terreno.

El 9 de agosto de 1940, por escritura Nº 547 de la Notaría 2ª de Ibagué, Luis López Díaz vendió a Angel María Pérez un lote de terreno que hacía parte de la finca llamada Yatay, situada en el corregimiento de San Bernardo, jurisdicción de Ibagué, lote que era parte de mayor extensión del terreno que se le había adjudicado al vendedor en la sucesión de sus padres Nicasio López y Carmen Díaz, y que en adelante se llamaría El Amé.

Por escritura Nº 686 de la Notaría 1ª de Ibagué, de fecha 14 de agosto de 1941, Luis López Díaz

vendió a Custodio Pérez y Ana Beatriz Pérez de Pérez, la finca rural denominada Yatay, en el corregimiento de San Bernardo, del Municipio de Ibagué, con todas sus mejoras y anexidades, compuesta de dos lotes de terreno, el primero, parte de mayor extensión que al vendedor se le había adjudicado en las sucesiones de sus padres Nicasio López y Carmen Díaz, y el segundo adquirido por el vendedor por compra a Isaacs Hermanos.

El 12 de febrero de 1944, Eduvigis y Feliciana Bonilla demandaron, por medio de apoderado, a Custodio Pérez y Ana Beatriz Pérez de Pérez, ante el Juez 1º Civil del Circuito de Ibagué, para que se declarara:

a) Nula y de ningún valor ni efecto, la transmisin del dominio que reza la venta de "Yatay" por López Díaz a los Pérez;

b) Que la tradición del dominio de esa finca es ineficaz por no provenir del verdadero dueño;

c) Que la inexistencia del contrato y su consiguiente falta de valor ante la ley, provienen de haber vendido López Díaz cosa ajena, perteneciente la la sucesión de Nicasio López Segura, según el testamento de este causante;

d) Que debe cancelarse la escritura y el registro de la venta de López Díaz a los Pérez;

e) Que la finca de "Yatay" pertenece a la sucesión testada de Nicasio López Segura, representada por sus herederos testamentarios;

f) Que los demandados deben restituír esa finca a los representantes legales de la sucesión, en la parte que les corresponda, con sus frutos naturales y civiles, o su valor, como poseedores irregulares;

g) Que se declare nula y sin ningún valor ni efecto la sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación de los bienes de la sucesión intestada de Nicasio Segura López proferida por el Juez 1º del Circuito de Ibagué el 12 de marzo de 1923, por haberse proferido a espaldas del testamento y con perjuicio de los herederos testamentarios.

Esta demanda se basó en la mayor parte de los antecedentes ya relatados y en las siguientes circunstancias que los complementan, en lo pertinente:

López Díaz, haciendo caso omiso del testamento, hizo abrir el juicio de sucesión intestada de Nicasio Segura o López Segura donde se le declaró heredero único y se le adjudicó la finca que se pretende reivindicar, la que pertenece a la sucesión testada del nombrado causante, representada por sus herederos testamentarios, por compra que aquél hizo a Juan de Jesús Clavijo; y que los demandados han venido poseyendo la finca materia de la demanda desde que la compraron, no tienen evidencia de haberla adquirido por medios legítimos, exentos de vicio, ni pueden alegar la prescripción adquisitiva del dominio pues las condiciones de esta excepción no concurren en el presente caso.

Los demandados se opusieron, aceptaron unos hechos, negaron otros y respecto de los demás se atuvieron a lo que resultara probado. Negaron el derecho invocado y alegaron la prescripción adquisitiva ordinaria del dominio.

En sentencia del 22 de agosto de 1945, el Juzgado denegó las peticiones de la demanda, sin costas contra las demandantes. Por apelación de ambas partes subieron los autos al Tribunal Superior de Ibagué, quien falló el pleito en sentencia de 3 de junio de 1946 reformando la de primera instancia en el sentido de reconocer la excepción de petición de un modo indebido y en el de absolver, en consecuencia, a los demandados de los cargos formulados contra ellos en la demanda. Sin costas contra las demandantes.

El Tribunal, después de relatar los hechos que encuentra probados, infiere que Nicasio Segura o López Segura, con posterioridad a su testamento, debió de casarse con Carmen Díaz y debió de legitimar a Luis, uno de los hijos naturales que había reconocido, y que el testador tuvo que morir antes del 17 de abril de 1923; de donde concluye: por la legitimación de Luis, con posterioridad al testamento de Nicasio, aquél vino a excluír a todos los otros herederos en la sucesión de su padre en las tres cuartas partes de la herencia, o sea la legítima efectiva, y sólo quedó para los hijos naturales la cuarta de libre disposición. Entra luégo a considerar la acción reivindicatoria intentada por Eduvigis y Feliciana Bonilla, para la sucesión testamentaria de su padre natural Nicasio López con base en el testamento de este causante, y contra los actuales poseedores inscritos de la finca llamada "Yatay"; y la primera conclusión que saca es que solamente el primero de los dos lotes que forman esta finca podría ser objeto de la acción reivindicatoria porque sólo él hizo parte, según los títulos, del terreno que el testador denomina El Amé y que había comprado a Juan de Jesús Clavijo. La segunda conclusión es que en la demanda se pidió de modo indebido porque las demandantes reivindican para la sucesión testada un cuerp

ierto, la finca "Yatay", y esa sucesión testada no endría derecho sino a la cuarta parte, la de libre isposición, en el primero de los lotes de que se ompone la finca y que hizo parte de El Amé. En uanto a la acción de nulidad y a la de inexistenia de la venta de López Díaz a los Pérez, estima l Tribunal que no pueden decretarse porque en uestro derecho la venta de cosa ajena vale, sin erjuicio de los derechos del verdadero dueño ientras no se extingan por la prescripción, y porue no puede tenerse por inexistente un contrato elebrado por personas capaces, con todas las forialidades legales.

Las demandantes han recurrido a esta Sala piiendo la casación de ese fallo del Tribunal, reurso que va a ser decidido en esta providencia.

Segunda Causal. Se empieza la consideración del ecurso por el tercer cargo de la demanda de caación, ya que en el orden lógico primero está la ncongruencia en el fallo que la ilegalidad de que dolezca.

Para el recurrente el fallo del Tribunal es inongruente con la demanda, pues ésta pidió la delaración de nulidad de la sentencia aprobatoria e la partición en el abintestato de Nicasio López el sentenciador no dijo nada sobre ese punto i lo analizó antes de estudiar la acción reivindiatoria, siendo su antecedente obligado.

La falta de consonancia entre las pretensiones e los litigantes y la sentencia debe buscarse en parte resolutiva del fallo; cuando ésta es absotoria no procede la segunda causal de casación orque el fallo absolutorio resuelve todas las cuesones contenidas en la demanda y en la contestaón y guarda congruencia entre lo pedido y lo ntenciado.

En la parte resolutiva de la sentencia el Tribual absolvió a los demandados de los cargos de demanda, entre ellos la nulidad de la sentencia robatoria de la partición, y así no dejó de fallar bre ese punto del pleito. Que eso lo hiciera sin otivación propia, no quiere decir que no tuviera razón, pues al reformar el fallo del Juzgado y revocarlo, acogió tácitamente los motivos del zgado, o sea que el haberse proferido esa sencia aprobatoria a espaldas del testamento y en rjuicio de los herederos testamentarios, no es usa de nulidad y que ésta no podría declararse audiencia de quienes fueron partes en esa morria y no han sido citados a este juicio ordirio.

Se rechaza en esta parte el cargo.

Primera causal. A) En ese mismo cargo el recurrente dice que suponiendo que la acción de nulidad de la sentencia aprobatoria de la partición hubiera sido estudiada, el fallo acusado sería violatorio de ley sustantiva por interpretación errónea de los arts. 1871, 740 y 742 del C. C. y por falta de aplicación de los arts. 6º, 1037, 1127, 1740 y siguientes del C. C. y 457 del C. J., ya que no puede aceptarse la validez de un juicio de sucesión seguido sin sujeción a las normas del testamento del causante y con perjuicio de los herederos testamentarios, y que los referidos preceptos también fueron violados indirectamente por no haber estimado en su valor probatorio documentos e instrumentos públicos que obran en autos, como los títulos de propiedad del causante, su testamento, las adjudicaciones a López Díaz y el contenido de la demanda.

No demuestra el recurrente cuál sea el error de derecho en la apreciación de las pruebas, ni cuál el error en la interpretación de las disposiciones civiles citadas, y su relación con el punto en estudio, ni por qué serían aplicables a la determinación de la nulidad de un acto judicial, como es una sentencia aprobatoria de una partición, disposiciones relativas a la nulidad de actos civiles o extrajudiciales o relacionadas con la regulación de la sucesión intestada o la interpretación de los testamentos. En cambio no ataca los motivos que tuvo el Juez para negar esa acción de nulidad que tácitamente debió de aceptar el Tribunal. Así, pues, la acusación no está formulada según las regulaciones del recurso, ni tiene fundamentos que pudieran dar lugar a la consideración del cargo en su fondo.

B) El primer cargo de la demanda de casación es el de violación de los arts. 740, 752, 753, 1871, 1740 y siguientes del C. C., y en su apoyo alega el recurrente que el Tribunal entendió mal la demanda encontrando en ella la solicitud de nulidad e inexistencia de un contrato, cuando lo que se trata de obtener es la declaración de inoperancia o ineficacia de dicho título frente a los derechos del verdadero dueño, la sucesión de Nicasio López, y que el Tribunal interpreta mal el principio de que la venta de cosa ajena vale sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, "porque aunque es verdad que la tradición hecha por el que no es dueño es perfectamente válida, no por ello puede concluirse que el título que se encuentre en tales condiciones sirva para desconocer los derechos del verdadero dueño, ya que en ningún caso puede tener valor legal cuando se halle

frente al del legítimo titular del respectivo derecho" (C. 7, f. 8v.).

Sobre esta acusación se considera:

Es evidente que en las peticiones a), c) y d) de la demanda se pidió la declaración de inexistencia o nulidad de la venta de López Díaz a los demandados. En las peticiones B) y D) sí se persigue la declaración de que la tradición del dominio de "Yatay" por López Díaz a los demandados es ineficaz por no provenir del verdadero dueño. Pero, por una parte, el mismo recurrente admite, según lo transcrito, que la tradición a **non domino** es válida, y por otra parte el sentenciador, lejos de desconocer los derechos de las demandantes, invocando la referida venta y la consiguiente tradición, admitió que las demandantes tenían derecho, junto con otras presonas, instituídas también herederas, en una cuota indivisa del cuerpo cierto consistente en una finca rural designada en el testamento con el nombre de El Amé y comprada por el testador al nombrado Clavijo. No hubo, pues, error de hecho en la interpretación de la demanda ni violación, directa o indirecta, por errónea interpretación, de las disposiciones relativas a la venta de cosa ajena; a la tradición y a la nulidad sustantiva. Por eso se rechaza el cargo.

C) En el segundo cargo el recurrente acusa la sentencia por violación directa de los arts. 1270 a 1278 del C. C., por interpretación errónea y aplicación indebida del art. 86 de la ley 153 de 1887 y de la ley 45 de 1936, y por aplicación indebida de los arts. 1239, 1242 y 1249 del C. C., por cuanto al parecer del acusador la sentencia entiende revocado el testamento de Nicasio Segura o López Segura, fuera de los casos previstos por la ley, o sea por el matrimonio posterior del testador y la legitimación de un hijo, lo que es inaceptable pues entonces carecería de relevancia jurídica la acción de reforma que la ley otorga al legitimario cuando el testador no le asigna su legítima rigorosa o no asigna a la cuarta de mejoras a quienes debía dejársela; también acusa por interpretación errónea y aplicación indebida de los arts. 1325 y 949 del C. C., falta de aplicación de los arts. 946, 343 y 344 del C. J., por cuanto el Tribunal negó la reivindicación a consecuencia del error consistente en que el testamento quedó modificado, inválido, privado de efectos legales por el matrimonio posterior del testador y la legitimación de un hijo suyo, y por cuanto olvidó que cuando viarias personas son llamadas a una sucesión por causa de muerte, cada una tiene los derechos del causante de manera indivisible, en cuanto a la propiedad y en cuanto a la posesión.

Sobre este cargo la Sala considera:

La primera parte de esta acusación se basa en supuesto inexacto porque el Tribunal no sostiene que el testamento hubiera quedado revocado o invalidado, y menos en su totalidad, por el matrimonio y la legitimación posteriores; lo que la sentencia saca de estos hechos es la conclusión de que López Díaz, en virtud de disposición legal de orden público, vino a excluír en la sucesión de su padre Nicasio a todos los otros herederos, en las tres cuartas partes de la herencia. Cierto que la sentencia dice que así vino a quedar modificado, **en cierto modo,** el testamento anterior a esos hechos; pero en esto tuvo razón, porque habiendo adquirido el señor López Díaz la calidad de legitimario con posterioridad al testamento de López Segura, con mejor derecho a la sucesión que los hijos naturales instituídos herederos, y no habiéndosele asignado en el testamento la legítima que a aquél correspondía, era de entenderse, según la ley, que estaba instituído heredero en su legítima, porque esta asignación forzosa se suple cuando el testador no la ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones, y así el testamento que no podía tener efecto sino a la muerte del testador, vino a quedar sin eficacia, en cuanto a tres cuartas partes de la herencia, por razón del hecho sobreviniente entre su otorgamiento y la muerte del testador (arts. 1016, 1055, 1226, 1239, y 1276 del C. C.).

Sobre la primera razón en que se apoya la segunda parte de la acusación, repetición de la ya aducida en la primera parte, se acaba de concluí en el precedente examen, que es infundada. Y la segunda razón no es concluyente, pues el Tribuna no dedujo la excepción de petición de un modo in debido de que las dos demandantes no pudiera reivindicar para la sucesión testada de su padr natural por existir muchos otros herederos qu conforme al testamento debían ser cubiertos con l finca de El Amé, y no habían demandado, sin de que habían reivindicado la totalidad de u cuerpo cierto, de la finca rural llamada Yata comprensiva de parte de la primera, según la ver ta a los demandados y una certificación del res pectivo Registrador, cuando esa sucesión no p día tener tal parte de ese cuerpo cierto sino un cuota proindiviso o sea la cuarta parte.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casació Civil de la Corte Suprema de Justicia, admini

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, rechaza el recurso de casación interpuesto por la parte demandante y NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Ibagué el tres de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente. Tásense.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio en Ppdad.



ACCION DE NULIDAD POR SIMULACION

Sobre el cargo referente a apreciación de indicios por el Tribunal sentenciador ha dicho la Sala que no le sería dado casar una sentencia porque ella estime que como fallador de instancia no habría llegado en la apreciación de los indicios a la convicción a que llegó el Tribunal para decidir, o porque éste decidió como lo hizo por no haber llegado a ese convencimiento y la Corte crea que ella sí habría llegado. En casación las únicas salvedades a lo que acaba de decirse son las de la referida falta de lógica en la conexión entre antecedentes y consecuentes y el mencionado error de hecho de pasar por alto los comprobados o dar por probados los que no lo están y haberse llegado al fallo recurrido como resultado de estos errores o de la ausencia de dicha relación de causalidad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

La señora Belarmina Jiménez viuda de Moreno demandó al señor Campo Elías Moreno en el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí para que se declare "inexistente absolutamente por causa de simulación" la compraventa que consta en la escritura número 27 otorgada en la Notaría de Umbita el 29 de enero de 1932, por medio de la cual Oliverio Moreno vendió al actual demandado las varias fincas allí determinadas.

En sentencia de 1º de agosto de 1945 el Juez negó lo pedido y absolvió al demandado, sin costas. El Tribunal Superior de Tunja revocó ese fallo en el de 9 de octubre de 1946 que declaró la simulación y que en consecuencia los aludidos inmuebles no han salido del patrimonio de Oliverio Moreno y pertenecen a su sucesión. Ordenó la cancelación del registro de ese instrumento y no hizo condenación en costas.

Interpuso casación el demandado. Sustanciado el recurso, hoy se decide.

Cuando se otorgó aquella escritura Oliverio estaba casado con la actual demandante. Murió intestado y dejó por herederos a sus hermanos y su esposa. Ella demanda en forma que a la vez invoca para su personería esta calidad de heredero y la de cónyuge sobreviviente. Así, pues, pide tanto para la sociedad conyugal como para la sucesión de su marido.

El fallo negativo del Juzgado obedeció, entre otras razones, a falta de pruebas, comenzando por la de la escritura citada. El Tribunal en la parte motiva de su fallo estudia separadamente la demanda misma, en la mira de interpretarla, y la simulación, tanto en sí, en forma general, cuanto concretamente después en lo atañedero a la sujeta materia del pleito.

En la interpretación de la demanda, después de analizarla en sus varios elementos y de relacionarlos entre sí de manera que formen un todo armónico, concluye reconociendo que, si bien en la parte petitoria la señora solicita para la sociedad conyugal que existió entre ella y su marido, en varios otros pasajes del libelo, en sus hechos fundamentales, demanda para la sucesión de éste. Sobre la base suministrada por esta interpretación, desapareció el escollo consistente en que, en cuanto la actora demandara la invalidación de un contrato del marido y lo hiciera como cónyuge sobreviviente que aboga en nombre de la sociedad conyugal y para ésta, carece de acción, dadas las facultades del marido respecto de los bienes sociales, principal y más claramente tratándose de contratos anteriores a la vigencia de la Ley 28 de 1932.

No siendo ese el caso para el Tribunal, según su referida interpretación de la demanda, es decir, en la inteligencia de que se pide por un heredero para la sucesión del vendedor, entró en el estudio de fondo y, estimando que las pruebas acreditan la simulación demandada, la declaró, con la consecuencia antedicha de no haber salido los bienes del patrimonio del aparente vendedor y de pertenecer, por tanto, a su sucesión. Esas

probanzas las llama el Tribunal "cúmulo de elementos indiciales", y las relata y aprecia en forma que, en resumen, es la siguiente: 1º "Oliverio continuó manejando, cultivando, arrendando, en una palabra, ejercitando los actos de poseedor y dueño sobre los bienes indicados en la escritura número 27, después del otorgamiento de ésta hasta el 23 de abril de 1942, día en qua falleció". Trae a cuento las declaraciones de testigos presenciales; en alta cifra pues pasan de veinticinco aun descontando los tachados, que afirman los hechos constitutivos de esa situación, con abundancia de detalles, y que añaden que Campo Elías "jamás ejecutó actos de posesión sobre ninguno de los predios antes del fallecimiento de Oliverio". Advierte que en tales afirmaciones abundan los testigos presentados por Campo Elías, sin más diferencia que la de explicar éstos que ello se debió a que Campo Elías dio en arrendamiento las fincas a Oliverio. Sobre este detalle el Tribunal insiste en estimar aquella situación como indicio de la simulación, porque no aparece constancia de tal arrendamiento distinta del dicho de estos testigos y porque, aunque no es solemne este contrato ni, por tanto, requiere escritura pública o privada, es extraño no se le pusiera por escrito, versando sobre fincas numerosas y valiosas. Además, los testigos no dicen haberlo presenciado ni visto el documento de que habla Campo Elías, sino que los más declaran de oídas al respecto.

2º Obran en el expediente documentos de arriendo de algunas de esas fincas por Oliverio a terceros, sin que hable de subarrendar y sin que en su redacción se dé a entender algo distinto de lo que procede por sí como dueño.

3º Son muchas las fincas englobadas en la escritura número 27, al extremo de que parecen ser todo el patrimonio del vendedor. Entre ellas figuran las que Campo Elías confiesa haber transferido a Segundo y Fructuosa Bernal por exigencia que le hizo Oliverio, sin recibir Campo Elías nada en cambio, pues se trataba simplemente, según sus palabras, de **devolución.**

4º Tiene singular fuerza para el Tribunal que el precio total se fijara en dicha escritura en $ 1.000, a tiempo que las fincas por su avalúo catastral montan a $ 15.170. Una de ellas no más está avaluada en $ 5.900.

Es sugestivo para el Tribunal que la escritura sea de donación del vendedor al comprador del mayor valor que tuvieran los inmuebles vendidos.

5º En este punto el Tribunal anota que por confesión está probado que desde antes de 1930 y hasta 1934 Campo Elías era estudiante en Bogotá y que los derechos en la sucesión de su padre se vendieron en $ 200 que se repartieron entre él y cuatro hermanos suyos; de modo que para sostenerse trabajaba en las vacaciones; y que está probado también que en todo ese tiempo no figura como denunciante para los impuestos de renta ni de patrimonio, ni aparece en los catastros. En todo esto ve el Tribunal, con la incapacidad pecuniaria de Campo Elías, otro indicio de que no fue comprador verdadero. No acepta la versión de que cuando se otorgó la escritura número 27 ya Campo Elías tenía bienes cuyos productos le dieron con qué hacer esa compra. Y el Tribunal no la acepta, porque no hay en el expediente prueba de que para entonces Campo Elías tuviera efectivamente bienes, entre los cuales alude a una finca en Tibaná. Si la adquirió, sencillo le habría sido comprobarlo trayendo la escritura respectiva, y si se refiere a las mismas fincas compradas a Oliverio, es claro que sus frutos no podían servirle anticipadamente para pagarlas.

6º No sólo no figuraba Campo Elías en el catastro como dueño de las fincas, sino que Oliverio fue quien pagó el impuesto predial hasta su muerte y, más aún, después de ésta lo siguió pagando su viuda, a que se agrega que después de la muerte de Oliverio no figura Campo Elías en los impuestos de renta y patrimonio. En este sentido obra comprobante oficial relativo a los años de 1932, 1933 y 1934.

7º Adujo el demandado la escritura de 3 de noviembre de 1932 en que hipoteca uno de los bienes comprados a Oliverio; pero el Tribunal no ve en este acto la demostración de dominio que pretende Campo Elías, en relación con lo que aquí se controvierte, porque el dinero asegurado con esa hipoteca lo recibió inmediatamente Oliverio. Agrega el Tribunal: "quien lo acompañó al otorgamiento de la hipoteca y dispusiera que fuera el mismo Oliverio quien cancelara el gravamen constituído a favor del Municipio de Tibaná".

8º En relación con la afirmación del demandante de que Oliverio se valió del traspaso de sus bienes a Campo Elías para que no se le persiguieran en la ejecución que le seguía el Municipio de Tibaná por glosas en sus cuentas como Tesorero, observa el Tribunal que está demostrado que efectivamente se le había deducido algún alcance por $ 867.46 y que al otorgar Campo Elías

la citada hipoteca, que fue por $ 500, Oliverio entregó esta suma al Municipio.

Queda relatado el conjunto de indicios de que el Tribunal deriva su concepto de que la compraventa es simulada. Es de advertirse que esta declaración la hace sobre todos los bienes determinados en la citada escritura, salvo los que Campo Elías devolvió (éstas sus palabras) a Segundo y Fructuosa Bernal por orden de Oliverio.

A continuación del estudio de las pruebas que queda aquí resumido y en parte transcrito, el Tribunal, cerrando la parte motiva de su fallo, añade: "El interés del actor en el juicio queda manifiesto, si se toma en cuenta su condición de heredero y el múltiple número de las fincas que saldrían del patrimonio sucesoral mediante los contratos cuya simulación se denuncia".

El recurso

El abogado del demandado ante la Corte formula su demanda de casación invocando los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J.

Este último, o sea, el de "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", lo hace consistir en que la demanda pide en su primera súplica la declaración de simulación y en la siguiente la de que como consecuencia de aquélla, "pertenecen en dominio y propiedad dichos inmuebles a la sociedad conyugal disuelta pero ilíquida, formada por Belarmina Jiménez y Oliverio Moreno...". Y que la sentencia, después de declarar la simulación en el numeral 1º de su parte resolutiva, dice en el 2º: "En consecuencia, los mencionados inmuebles no han salido del patrimonio de Oliverio Moreno y pertenecen a su sucesión".

El recurrente halla en esto la falta de consonancia que el citado numeral 2º del artículo 520 del C. J. erige en motivo de casación.

Dentro del motivo 1º del mismo artículo 520, formula estos cargos:

a) Violación de los artículos 180 a 184, 1504, 1781, 1805, 1806 y 1808 del C. C. y de las disposiciones de la Ley 28 de 1932, en especial de sus artículos 1º, 4º y 7º, por haberlos dejado de aplicar, y subsidiariamente por errónea interpretación.

Para acusar así trae a cuento las facultades que aquellas disposiciones del Código confieren al marido en forma tal que identifican el patrimonio de la sociedad conyugal con el suyo propio ante terceros, para hacer ver cuán injustificada es la doctrina jurisprudencial que encuentra a la mujer carente de acción para reclamar contra la validez y eficacia de las enajenaciones hechas por su marido, sin que la Ley 28 recortara o suprimiera esas facultades o alterara tal situación tratándose de contrato anterior a ella sobre bienes sociales, máxime cuando, aun para los contratos de esa índole celebrados estando ya vigente esa ley, tiene que reputarse subsistente aquella situación del Código, según la Ley 68 de 1946.

Por tanto, según el recurrente, se violaron aquellas disposiciones en la sentencia recurrida al conceder a la mujer la acción de que, por lo visto, carece, y que fue la que ejerció, porque demanda como cónyuge sobreviviente para la sociedad conyugal.

b) Infracción directa de los artículos 1759, 1760 y 1934 del C. C. y 91 a 93 de la Ley 153 de 1887.

Hace consistir este cargo en que, admitiendo que la demandante pide, no sólo para la sociedad conyugal, sino también para la sucesión, y aun llegando al extremo de que sólo demandó para ésta como heredera del vendedor, es claro que ocupa el lugar y tiene los derechos y obligaciones del causante con las restricciones que a éste impone la ley. De aquí deduce que para ella tiene el instrumento público de compraventa la misma fuerza probatoria que para el otorgante vendedor y que para desvirtuar la veracidad de sus declaraciones necesitaba él y, por ende, necesitan sus herederos oponer una prueba escrita o principio de prueba por escrito que destruya las estipulaciones del contrato o demuestre la existencia de otro diferente que se quiso mantener oculto. Aquí no existe pacto literal oculto, ni siquiera un principio de prueba por escrito, ni la confesión del demandado, elementos que unidos a las demás pruebas podrían llegar a aquella demostración. Lo que el Tribunal llama "copioso acervo testimonial traído por el demandante", se reduce a unas declaraciones de testigos que no concuerdan entre sí y se refieren a hechos y circunstancias diferentes.

Al admitir estas declaraciones, siendo el contrato por más de $ 500, violó las citadas disposiciones de la Ley 153 y, al infirmar la compraventa a pesar de lo dicho, violó también los artículos citados del C. Civil.

c) Encabeza el recurrente este cargo diciendo "Además, el Tribunal apreció erróneamente la mayor parte de las pruebas presentadas por

demandante, incurriendo en error de derecho que lo llevó a violar los artículos 632, 662, 665, 666, 705, 720, 721, 722, 697, 698 y 699 del C. J., y por otra parte, dejó de apreciar la totalidad de las pruebas presentadas en su favor por el demandado, con lo cual incurrió también en error de derecho que lo condujo a violar los artículos 630, 632, 635, 636, 697, 701 y 703 del C. J., por haberlos dejado de aplicar".

Explicando en seguida la actitud que asume para formular este cargo, que es el último y el que más detenidamente expone, agrega: "Prescindiendo de los cargos formulados anteriormente, o sea de la falta de consonancia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por la actora, de la falsa acción de ésta para impugnar en su condición de cónyuge los contratos celebrados por el marido con anterioridad a la Ley 28 de 1932, y de la calidad de la prueba que debe presentar si se la considera como heredera y que en esa condición ha reclamado también para la sucesión del señor Oliverio Moreno; y teniéndola como un extraño o como un tercero que está en condiciones de aducir cualquier clase de pruebas para demostrar la ineficacia del contrato a que se refiere la escritura Nº 27 de 1932, corresponde analizar las pruebas que obran en el juicio y la manera como las apreció el Tribunal, para poner de manifiesto que hubo error en cuanto a la estimación hecha de aquellas que le presentó el demandante y que en cambio también lo hubo respecto de las traídas por el demandado, porque se dejaron de estimar todas éstas. Por lo tanto, este cargo, como se ve claramente, implica la errónea apreciación de unas pruebas y la falta de apreciación de otras, que llevó al Tribunal a incurrir en error de derecho y consiguiente violación de las disposiciones legales citadas, en el primer caso por infracción directa, y en el segundo por haberlas dejado de aplicar".

Se ha transcrito esta parte de la demanda de casación, no sólo para seguirla fielmente, sino también para la calificación del cargo, en cuanto se formula por quebranto de disposiciones adjetivas reglamentarias de las pruebas, y no se complementa con el de infracción consecuencial de disposiciones sustantivas. Esto bastaría para rechazarlo, puesto que el motivo 1º del citado art. 520 del C. J. consiste en la violación de disposiciones sustantivas, sea directa o indirecta.

Pero, aun prescindiendo de tal reparo, se tiene que el recurrente, por más que advierte reconocer la soberanía del Tribunal en la apreciación de los indicios y que no cabe en casación reclamar al respecto sino porque se den probados los hechos básicos sin estarlo, o porque se dejen de tomar en cuenta los que sí lo están, o porque se hagan deducciones en que falte la relación lógica de causa a efecto, ello es que en su estudio en este último capítulo de su demanda analiza las pruebas, en la mayor parte de él, para censurar las deducciones del Tribunal porque en sentir de aquél debieran ser distintas, esto es, desconociendo la aludida soberanía.

Así por ejemplo, acusa por no haber tenido en cuenta el Tribunal los instrumentos públicos de hipoteca constituída por Campo Elías, y lo que ocurre no es que el Tribunal prescindiera de esta prueba, sino que, tomándola expresamente en consideración, considera también que el dinero correspondiente fue para Oliverio y que éste asumió la obligación de devolverlo. Otra cosa es que Campo Elías figurara como hipotecante, puesto que era el titular.

El Tribunal funda su convencimiento de que hubo simulación en los varios hechos que expone, entre los cuales está la falta de documento de arrendamiento; pero no es que aquella convicción se derive exclusivamente de esa falta; de manera que no fue el caso de indagar si, como suele acontecer, una ficción de compraventa se redondea con la de un arrendamiento en forma que los actos de dominio y la posesión que sigue ejerciendo el vendedor aparente se tengan como mera tenencia a título de arrendatario del aparente comprador.

Sobre declaraciones de testigos, de singular abundancia, el Tribunal ejerció la potestad que le confiere el art. 712 del C. J. para la escogencia entre las contradictorias; de suerte que no cabe acusación de error en la apreciación de esta prueba porque en esa tarea llegara el sentenciador a escogencia distinta de la sostenida por el recurrente.

Estas reflexiones hacen ver inadmisible el cargo formulado sobre apreciación de pruebas, capítulo en cuyo estudio no se extiende más la Sala por considerar esas reflexiones suficientes, sobre todo si no se pierde de vista la diferencia entre las instancias y el recurso de casación, a la que ya se aludió aquí. En casos análogos ha advertido la Sala que no le sería dado casar una sentencia porque ella estime que como fallador de instancia no habría llegado en la apreciación de los indicios a la convicción a que el Tribunal llegó

para decidir, o porque éste decidió como lo hizo por no haber llegado a ese convencimiento y la Corte crea que ella sí habría llegado. En casación las únicas salvedades a lo que acaba de decirse son las de la referida falta de lógica en la conexión entre antecedentes y consecuentes y el mencionado error de hecho de pasar por alto los comprobados o dar por probados los que no lo están y haberse llegado al fallo recurrido como resultado de estos errores o de la ausencia de dicha relación de causalidad.

Pasan a estudiarse los cargos restantes.

Es inaceptable el motivo 2º, porque la declaración de dominio en favor de la sucesión del vendedor guarda completa consonancia con la demanda, tal como ésta quedó interpretada por el Tribunal.

Si esa interpretación es errónea, como sostiene el recurrente, lo procedente era acusar por ella y por el consecuencial quebranto de las disposiciones legales sustantivas que por obra de ese error se produjo, esto es, porque al corregirse ese concepto equivocado, no se habría acogido una acción que dentro del concepto o interpretación del recurrente, no asistiría a la actora. Y bien se ve que todo esto corresponde, no al motivo 2º invocado, sino al 1º, cuyas exigencias no se han llenado, como es lo natural, puesto que no se le invoca y es en aquél (el 2º) donde se coloca el recurrente.

Tampoco es procedente el cargo que dentro del motivo 1º hace en lo señalado aquí como punto a), porque todas las reflexiones allí expuestas sobre carencia de acción en la mujer para reclamar contra actos dispositivos del marido son extrañas al fallo en estudio, en el cual, dada la referida interpretación de la demanda, el Tribunal no decidió el pleito cual si fuese de la mujer para la sociedad conyugal, sino del heredero del vendedor para la sucesión de éste.

Además, este cargo se formula como de viol ción directa de las disposiciones sustantivas que él se indican y descartando los reclamos contra interpretación de la demanda, y es de anotar que sólo que esta inteligencia del Tribunal se h biera acusado por errónea y prosperado esta ac sación, sería como habría podido formularse prosperar, en su caso, el de quebranto de tales di posiciones legales.

Análoga observación, no ya hipotéticamente, no en forma efectiva, ocurre respecto del car marcado aquí con la letra b), porque se formu como violación directa de las disposiciones su tantivas que en él cita el recurrente, y la viol ción sería indirecta, puesto que consiste en q sin prueba literal ni principio de prueba por e crito y sin confesión del demandado, se invali la compraventa materia del pleito y se admite prueba de testigos. En este cargo no se acusa error en apreciación de pruebas que, por lo q acaba de decirse, sería su precisa puerta de e trada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Civil, administran justicia en nombre de la República de Colombia por autoridad de la ley, NO CASA la senten dictada en este juicio por el Tribunal Superi del Distrito Judicial de Tunja el nueve de octub de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas del recurso son de cargo del rec rrente.

Publíquese, cópiese, y notifíquese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pined Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Moral Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salaman Emilio Prieto H., Ofl. Myr. en Ppdad.

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO POR LESION ENORME Y DE REIVINDICACION

El artículo 716 del Código Judicial es una norma procedimental o adjetiva como que apenas señala las reglas que deben observar los peritos en el desempeño de su encargo, y el motivo de casación consagrado en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. es precisamente y en todo caso el de violación de ley sustantiva, entendida por tal la que confiere derecho o impone obligaciones a las personas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, febrero siete de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castilló Pineda).

Ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de esta ciudad propuso Blanca Evelia Dueñas juicio ordinario contra Rafael A. Meisel para que se declarase rescindido por lesión enorme el contrato de permutación de dos bienes raíces, entre ambos celebrado por medio de la Escritura Pública Nº 3075 de fecha 8 de julio de 1944, corrida en la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá; se decretase en favor de la actora la restitución del inmueble por ella dado y la de los frutos por el mismo producido.

La acción se fundamentó en que la finca entregada por las Dueñas valía para la fecha de la contratación más del doble del valor que tenía la finca de Meisel, computando la suma de $ 500 que el último le dió a la primera como encima.

Admitida y tramitada la demanda en la forma correspondiente, el Juzgado la decidió en sentencia de 25 de abril de 1940, absolviendo al demandado de los cargos que se formularon.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al que subió el negocio por virtud de recurso de apelación concedido a la demandante, decidió la alzada en sentencia de 16 de noviembre de 1946, mediante la cual revocó la apelada, accedió a las súplicas de la demanda y dejó a salvo el derecho que al demandado le otorga el artículo 1948 del Código Civil.

Esa decisión se apoyó en las consideraciones que, compendiadas, se expresan en seguida: que el contrato celebrado entre los litigantes es el de permutación o cambio; que éste se regla, en todos sus efectos, por las disposiciones de la compraventa; que la acción incoada es la de rescisión por lesión enorme; que la prueba pericial es la más indicada para definir acciones de la naturaleza de la presente; que el dictamen pericial producido en la segunda instancia quedó en firme, sin que las partes lo hubieran objetado y que como además aparece explicado y debidamente fundamentado, tiene el valor de plena prueba, al tenor del art. 721 del C. J., por lo cual debe admitirse, como así resulta del experticio, que el lote de la actora valía para el día de la permuta la suma de $ 4.537,50 y el del reo $ 800.00; que como éste encimó además $ 500.00, resulta claramente establecido que las cosas que recibió la Dueñas por razón de la permuta no alcanzaban a la mitad del justo precio de la cosa que entregó a su contratante.

Anotó, por último, el sentenciador que el recibo que obra al folio 1º del Cuaderno Nº 7, carece de todo mérito probatorio porque expresamente fue redargüído de falso por la parte demandante, sin que el demandado hubiera cumplido el deber legal de probar su autenticidad.

Meisel interpuso recurso de casación, el que concedido y debidamente tramitado hoy se decide.

El recurrente invoca la causal 1ª del artículo 520 del C. J., y las alegaciones que a propósito de este motivo se hacen pueden sintetizarse así:

a) Incurrió en error el Tribunal al darle "aplicación de plena prueba" al dictamen pericial practicado a petición de la parte actora, por no haber exactitud ni claridad en el concepto pericial, ni dicho los peritos que recorrieron juntos las fincas ni expresado el por qué valía una $ 800.00 y la otra $ 4.537.50, de donde deduce que el dictamen no está en consonancia con lo que preceptúa el artículo 716 del C. J.

b) El recibo que obra al folio 1º del Cuaderno

Nº 7, no fue tachado ni redagüido de falso expresamente por la actora y en las posiciones absueltas por la misma, esta señora expresó que ningún contrato había celebrado con el recurrente, seguramente porque no entregó la finca que dijo vender, incumpliendo así la obligación que le impone el artículo 1880 del C. C., "y contradiciendo su actual actitud de demandante, con su afirmación de no haber celebrado ningún contrato" con el recurrente, quedando con esto, infringidos los artículos 1757 y 1765 del C. C.

c) Como a la Sala no le ha sido posible aislar y sintetizar el concepto que encierra la alegación final del recurrente se transcribe textualmente lo que allí se afirma:

"En lo que mira a la efectividad legal del contrato acusado, para decidir de él, la acción de rescisión por lesión enorme, tengo que decir: Como lo cambiado fueron dos fincas raíces, y mi mandante Rafael Meisel dió además $ 500.00 m. l., valiendo más la finca que el dinero, el contrato debe entenderse de permuta conforme al artículo 1850 del C. C. y de esta forma hacen los contratantes en la cláusula cuarta de la Escritura base del juicio, esta declaración; que de común acuerdo asignan a este contrato y a la permuta que contiene la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) m/c., así: por la finca dada por el señor Rafael A. Meisel, la suma de $ 1.500.00 m/c.; y $ 500.00 m/c. en efectivo que completan la suma de $ 2.000.00 m/cte. valor total asignado a la finca dada por Blanca Evelia Dueñas, con lo cual los permutantes se declaran conformes y enteramente a paz y salvo, así dice la sentencia; y entonces tenemos: o bien que no se le fijó precio a la finca de la demandante, o que el precio tal del contrato fue de $ 2.000.00 m/c., y como al tenor del artículo 1894 del C. C., la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio, cuando se trata de contrato de permutación, necesariamente hay que darle un valor a cada finca, porque este contrato se rige, o a ella son aplicables las disposiciones relativas a la compraventa".

"Así pues, el fallo recurrido, no comporta la norma trazada a los funcionarios del orden judicial en el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, porque la Ley sustantiva no ha sido acertadamente aplicada en la sentencia que nos ocupamos, y respecto de la apreciación del contrato en cuanto al precio, para la validez de la permuta, han sido violados los artículos 1849, 1850 y 1864 del C. C., cuya violación para los efectos del presente recurso, dan a mi parte asidero para la infirmación del fallo de nuestro H. Tribunal Superior en el presente juicio".

Se considera:

El presente alegato de casación, si como tal pudieran calificarse las alegaciones que hace el recurrente, no contiene un solo cargo atendible por la Sala, pues salta a la vista que él ha sido formulado con prescindencia de las más elementales nociones que gobiernan la técnica que le es propia.

En efecto, y haciendo resaltar apenas las más notorias deficiencias de que adolece, se observa lo siguiente sobre cada una de esas alegaciones:

a) Aquí no se cita la disposición que se hubiere violado como consecuencia del error que se atribuye al sentenciador en la apreciación del dictamen pericial, y si como tal pudiera tenerse el artículo 716 del C. J., habrá que replicar que ésta es una norma procedimental o adjetiva como que apenas señala las reglas que deben observar los peritos en el desempeño de su encargo, y que el motivo de casación consagrado en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. es precisamente y en todo caso el de violación de la ley sustantiva, entendida por tal la que confiere derecho o impone obligaciones a las personas.

b) Se alega la violación de los artículos 1757 y 1765 del C. C., pero no se explica cómo esa pretendida violación de la ley se ha operado en la sentencia, por lo cual el cargo resulta incompleto y como formulado en el vacío, y por tanto ineficaz en casación. De paso se observa que no es exacta la afirmación del recurrente sobre que el recibo que obra al folio 1º, Cuaderno Nº 7, no hubiere sido objetado, pues al folio 7 del mismo Cuaderno aparece el correspondiente memorial tenido como tal en la sentencia recurrida.

c) No obstante los esfuerzos que ha hecho la Sala para tratar de comprender el alcance y el sentido exactos de la alegación que aquí se hace en realidad se ve en la necesidad de declarar que ello no le ha sido posible, pues es tan confuso el pensamiento que pretendió expresarse, que en verdad no puede afirmarse si lo que se alega es que el contrato materia del pleito no es válido por no haberse fijado precio, o que no se trata de permuta sino de compraventa, o viceversa, o que la acción recisoria no tiene cabida con respecto de

aquélla, todo lo cual destaca la ineficacia de la acusación.

Además, habiendo estimado el Tribunal que de la Escritura Pública Nº 3075 se desprende un contrato de permutación; que la acción propuesta en la demanda es la rescisoria por lesión enorme y que ésta resultó debidamente comprobada con los elementos de convicción aportados en la segunda instancia del proceso, el cargo que fuera procedente ha debido proponerse, y así no se propuso, por error en la apreciación tanto de las aludidas pruebas como de la acción entablada, alegándolo y demostrándolo a la vez e invocando la violación consecuencial de las disposiciones legales sustantivas, tal como lo previene y dispone el numeral 1º del artículo 520 del C. J.

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 fecha diez y seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Condénase en costas al recurrente.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio en Ppdad.

REIVINDICACION. — AUTO PARA MEJOR PROVEER.—INSPECCION OCULAR

1.—Uno de los pocos casos en que excepcionalmente puede tener el juez actividad oficiosa en materia de pruebas dentro de nuestro sistema legal que en general atribuye a las partes la iniciativa y escogencia de los medios probatorios, es el contemplado en el artículo 600 del C. J. El ejercicio de esta preciosa facultad establecida para que los jueces puedan alumbrar su criterio y juzgar con más acierto, lo subordina la ley al propio juicio del sentenciador respecto de la existencia de dudas y ausencia de suficiente claridad en torno de puntos trascendentales del litigio. No importa que para las partes, desde sus respectivas posiciones en el litigio, los puntos comprendidos en el auto para mejor proveer se consideren claros y ciertos; si en concepto del juez hay oscuridad o duda, ningún reparo cabe por este aspecto a la iniciativa judicial. Claro que mientras se mueva y desarrolle dentro de los límites y fines de la ley, esto es, como medio para purgar de confusionismo y oscuridad las pruebas y no como oportunidad procesal de crear nuevos elementos de convicción suplantando el interés e iniciativa de las partes. Aludiendo al legal y adecuado ejercicio de la facultad probatoria del artículo 600 del C. J. ha considerado la Sala que "esta norma tiene dos caracteres, potestativa y adjetiva, y teniendo esta última especie no puede influir en casación".

2.—La prueba de inspección ocular, cuyo objeto es el examen y reconocimiento que hace el juez directamente, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate, tiene por fin, como lo dice el artículo 724 del C. J. y en mayor medida que los demás medios probatorios porque pone al sentenciador en contacto con la realidad objetiva del litigio, juzgar con más acierto. La importancia de este medio probatorio hace que pueda producirse en los juicios a solicitud oportuna de las partes, o de oficio para mejor preveer, y para garantizar su efectividad permite la le al juez, contra la norma general que le prohi be investigar de oficio la comprobación d hechos, que durante la diligencia haga cual quiera investigación tendiente al esclarec miento de los hechos y ampliar oficiosamen te los puntos sobre que deben dictamina los peritos. (Artículo 728 C. J.). La ley, pues en la reglamentación de esta prueba, des cribe para la actividad e iniciativa del jue una amplia órbita permitiéndole hacer ave riguaciones oficiosas según su criterio, co la sola limitación de que versen sobre he chos relacionados con la controversia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casació Civil. — Bogotá, siete de febrero de mil nove cientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca

En libelo de fecha 22 de junio de 1945, repart do al Juzgado 8º de este Circuito, Ester Barre v. de Bermúdez y su hija Leonor Bermúdez B rreto, por medio de apoderado, demandaron juicio ordinario de reivindicación a Ester Rond ros v. de Díaz para que se declare que son dueñ de un inmueble situado en el Barrio de San Bárbara de esta ciudad, marcado con el núme 1-07 de la calle 6ª, de tres metros de frente p veinte de fondo, alinderado como allí se expre y que, en consecuencia, se le condene, como p seedora irregular, a restituírselo a las demanda tes junto con sus frutos correspondientes hasta día de la restitución, más los perjuicios y cost

Dicen las actoras en la relación de hechos de demanda que su derecho de dominio sobre el l referido fue adquirido en la sucesión de Albe Bermúdez, su cónyuge y padre respectivamen protocolizada en la Notaría 5ª de Bogotá, bajo escritura Nº 1422 de 9 de abril de 1945, y que causante lo adquirió por compra a Hersilia Sie de Ronderos según escritura Nº 54 otorgada a el Notario 2º de esta ciudad el 14 de enero de 1

y explican su desposeimiento diciendo que Avelino Díaz, difunto cónyuge de la demandada, fue dueño de un lote con el cual colinda el que reivindican por su costado occidental, como lo describen las escrituras correspondientes, y dentro del cual, en los inventarios sucesorales, fue englobado el que reclaman haciendo llegar el lindero oriental hasta la carrera 1ª (antes carrera 2ª-A), cuando entre tal propiedad y esta vía pública se interpone el solar de la reivindicación.

La demandada contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones y afirmando que el dominio sobre el lote que singulariza la demanda le pertenece por habérsele adjudicado como cónyuge sobreviviente y cesionaria de los herederos Avelino Díaz (protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá bajo la escritura Nº 1281 de 11 de junio de 1942), quien lo había adquirido por compra a Francisco de P. Vargas G. como consta en la escritura Nº 639 de 12 de mayo de 1902 otorgada en la Notaría 5ª de esta ciudad. Pero excluye absolutamente la posibilidad de que el solar reclamado haya sido realmente englobado dentro del limítrofe que perteneció a su causante, porque alega la prescripción para el caso "de que pudiera colegirse que la zona reclamada por las actoras estuviera comprendida dentro de la alinderación del predio adjudicado a la demandada y que ella y sus causantes han poseído por tiempo que excede en mucho a treinta años y de manera pacífica y continua".

Desarrollado sobre estas bases el pleito, sin otras pruebas que los instrumentos aducidos con la demanda y su contestación, fue decidido en primera instancia por sentencia del 18 de octubre de 1945, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió a la demandada y se condenó a la actora a las costas del grado, con fundamento en que no se probó la identidad del predio objeto del litigio por no haberse establecido mediante una inspección ocular y el correspondiente examen de linderos que tal inmueble se halla realmente comprendido dentro de un globo de mayor extensión.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al cabo de la segunda instancia a que dió lugar la apelación de la parte demandante, revocó la sentencia del Juzgado y en su lugar decretó la reivindicación condenando a la demandada a restituir el solar con la cabida y linderos señalados en la demanda y el valor de los arrendamientos desde el 14 de julio de 1945 hasta el día de la entrega en la cuantía que se fije por el procedimiento del art. 553 del C. J. Declaró así mismo, a favor de la demandada, el derecho de retención del inmueble hasta que se le paguen por las actoras o se asegure su pago de las construcciones hechas por ella. Sin costas.

Haciendo uso de la facultad concedida por el art. 600 del C. J.; el Tribunal decretó, en auto para mejor proveer, la práctica de una inspección ocular en asocio de testigos con el fin de establecer si la vía pública denominada hoy carrera primera fue antes carrera segunda A, y si ésta ha sido ampliada y en qué medida esa ampliación afectó el lote objeto de la litis. Las conclusiones a que condujo la práctica de esta prueba dieron base al Tribunal para estimar que había desaparecido toda oscuridad y duda sobre la identificación del lote, porque sabiéndose ciertamente que el solar que fue de Avelino Díaz, causante de la demandada, limitaba por el oriente con terreno de Hersilia Sierra vendedora del causante de las actoras; y que el que perteneció a este causante Alberto Bermúdez limitaba por el occidente con propiedad de Avelino Díaz, y habiéndose demostrado que la carrera 1ª que es la misma denominada antes segunda A, límite oriental del lote reivindicado, no ha sufrido ninguna ampliación municipal, resulta claro que lo ocurrido fue que en la alinderación que se hizo en los inventarios de la mortuoria de Avelino Díaz se englobó el solar de las demandantes prolongando la línea oriental hasta la carrera. Desaparecida así la falta de identidad que echó de menos el Juzgado, y tenidos como mejor caracterizados los títulos del reivindicante, que se remontan al año de 1919, sobre los de la demandada, que sólo alcanzan a 1942, y acreditada la posesión del demandado, se proveyó de conformidad con la demanda.

El recurso

Preparado legalmente se decide hoy el recurso de casación oportunamente interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva de segunda instancia. Con apoyo en la primera de las causales de casación (art. 520 del C. J.), se formulan los cargos que en seguida se enuncian y consideran en el orden en que los trae la demanda:

a) Violó el Tribunal directamente los arts. 600, 601, 745, 746, 748 y 749 del C. J. y consecuencialmente el 946 del C. C. porque al decretar y practicar la prueba de inspección ocular en auto para mejor proveer y con el objeto de identificar el lote demandado, extralimitó sus funciones legales y se apartó del pensamiento del legislador, consignado en el art. 600 del Código de Procedimiento Civil que autoriza la referida providencia para aclarar puntos dudosos del proceso cuando prudencial y soberanamente lo considere procedente el juzgador, pero no como aquí ha sucedido, a pedimento de parte y para crear la prueba de uno de los litigantes.

Se considera:

Uno de los pocos casos en que excepcionalmente puede tener el Juez actividad oficiosa en materia de pruebas dentro de nuestro sistema legal que en general atribuye a las partes la iniciativa y escogencia de los medios probatorios, es el contemplado en el artículo 600 del C. J. que faculta a los jueces de segunda instancia que vayan a fallar un asunto definitivamente para dictar un auto para mejor proveer con el sólo objeto de que se aclaren puntos que juzguen oscuros o dudosos. El ejercicio de esta preciosa facultad establecida para que los jueces puedan alumbrar su criterio o juzgar con más acierto lo subordina la ley al propio juicio del sentenciador respecto de la existencia de dudas y ausencia de suficiente claridad en torno a los puntos trascendentales del litigio. No importa que para las partes, desde sus respectivas posiciones en el litigio, los puntos comprendidos en el auto para mejor proveer se consideren claros y ciertos; si en concepto del Juez hay oscuridad o duda, ningún reparo cabe por este aspecto a la iniciativa judicial. Claro que mientras ella se mueva y desarrolle dentro de los límites y fines de la ley, esto es, como medio de purgar de confusionismo y oscuridad las pruebas y no como oportunidad procesal de crear nuevos elementos de convicción suplantando el interés e iniciativa de las partes. Aludiendo al legal y adecuado ejercicio de la facultad probatoria del artículo 600 del C. J. ha considerado esta Sala que "esta norma tiene dos caracteres, potestativa y adjetiva, y teniendo esta última especie no puede influír en casación".

En el caso de estudio la iniciativa del Tribunal para mejor proveer se movió dentro de la órbita legal. Se trataba, en efecto, de proferir una sentencia definitiva en segunda instancia y el negocio estaba listo para el fallo. La circunstancia de que el apoderado de la parte demandante hubiera solicitado inoportunamente al Magistrado sentenciador en memorial presentado antes de la citación para sentencia el pronunciamiento de un auto para mejor proveer, a que se alude en el cargo que se estudia, no le resta la calidad de potestativo al que con posterioridad a esa citación y la audiencia pública dictó la Sala de Decisión del Tribunal cuando el trámite de la segunda instancia estaba terminado y el litigio iba a recibir sentencia definitiva: Era entonces la oportunidad procesal de usar oficiosamente, como se hizo, la facultad del art. 600 porque sólo entonces era posible, al examinar la controversia a la luz de las pruebas, que se revelara la necesidad de la aclaración a que se proveyó para decidir acertadamente. Ni aunque el auto para mejor proveer hubiera coincidido con el pedimento de la parte valdría el reparo, porque siempre habría que ver en él el uso de una facultad potestativa que la ley ha otorgado a los jueces para facilitarles la realización del fin primordial de la justicia que es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva.

Tampoco hay razón para decir que con el auto para mejor proveer se excedió la facultad judicial porque con él se dió nacimiento a una prueba que vino a reemplazar la omitida por el demandante, a cuyo cargo corría la obligación de demostrar la identidad de la cosa reinvindicada con la poseída por el demandado, y no simplemente a destruír dudas y aclarar pruebas producidas con ese fin. Antes se vió que el Tribunal a ir a fallar definitivamente el juicio de dominio consideró que el punto de la identificación del solar reivindicado, en cuanto a su comprensión dentro del inmueble poseído por la demandada de esencial establecimiento para la justa decisión resultaba oscuro o dudoso a la luz de los títulos escriturarios aducidos como única prueba al proceso, ya porque los de la parte actora hablan de un lote situado en la intersección de la calle 6ª con la carrera 2ª A, y los aducidos por la demandada de calle 6ª cuadra primera, como porque el solar que fue de Avelino Díaz, a cuya sucesión vinculan su derecho Ester Ronderos v. de Díaz limitaba con el oriente con propiedad de Hersilia Sierra (causante del actor), en armonía con el lindero occidental que reza el título de las demandantes, y en el inventario sucesoral y en la hijuela correspondiente aparece el lindero oriental "co

terrenos que fueron de Hersilia Sierra y que forma hoy día la zona de la carrera 1ª". En estas circunstancias, coincidiendo los litigantes en que se trata del mismo inmueble, era necesario aclarar el punto de la nomenclatura de la vía y averiguar si la carrera fue ampliada y en qué medida la ampliación afectó el solar descrito en los títulos del reivindicante. A la aclaración de tales puntos se destinó el auto en referencia en que se decretó la inspección ocular, practicada por los tres Magistrados de la Sala de Decisión en asocio de testigos, y en que quedó fuera de toda duda que es una misma vía a que los títulos hacen referencia por su lindero oriental y que esa carrera no ha sido objeto de ampliación por ese lado.

No son, pues, valederos los reparos de ilegalidad que por razón de su origen y su alcance se formulan contra el auto para mejor proveer a que se alude en el cargo.

b) "Error de hecho manifiesto y de derecho en que incurre el sentenciador al fijar el alcance y mérito probatorio de su propia diligencia de inspección ocular de fecha 1º de agosto de 1946", consistentes estos errores en afirmar con base en esta prueba que el lote de la reivindicación es parte integrante del poseído por la demandada Ester de Díaz, no obstante que a esa conclusión se llegó sobre el dicho informal de personas indeterminadas cuya declaración no es prueba porque se recibió sin el lleno de las formalidades legales y sin embargo se hizo primar sobre el certificado de la Sección de Catastro y Nomenclatura del Municipio en que no hay constancia del cambio de numeración de carrera primera, y sin dar a la parte demandante oportunidad y modo de contraprobar. Como efecto de estos errores probatorios dice el recurrente que el Tribunal violó el art. 946 del C. C. al fallar de conformidad con la demanda reivindicatoria.

Se considera:

La prueba de inspección ocular, cuyo objeto es el examen y reconocimiento que hace el Juez directamente, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate, tiene por fin, como lo dice el art. 724 y en mayor medida que los demás medios probatorios porque pone al sentenciador en contacto con la realidad objetiva del litigio, juzgar con más acierto. La importancia de este medio probatorio hace que pueda producirse en los juicios a solicitud oportuna de las partes, o de oficio para mejor proveer, y para garantizar su efectividad permite la ley al Juez, contra la norma general que le prohibe investigar de oficio la comprobación de hechos, que durante la diligencia haga cualquiera investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos y ampliar oficiosamente los puntos sobre que deben dictaminar los peritos (art. 728 del C. J.). La ley, pues, en la reglamentación de esta prueba describe para la actividad e iniciativa del Juez una amplia órbita permitiéndole hacer averiguaciones oficiosas según su criterio, con la sola limitación de que versen sobre hechos relacionados con la controversia. "Es propiamente —como lo ha dicho esta Sala— una prueba de resumen de todas las circunstancias aprovechables para juzgar con más acierto, de cuyo cumplimiento y modalidades da fe el mismo funcionario judicial en cuya presencia o por cuya percepción sensual han tenido ocurrencia. El acta de la diligencia, que debe ser autorizada con la firma de quienes intervienen en ella, debe contener la relación pormenorizada y cuidadosa de todos los hechos e incidentes ocurridos en la inspección, como declaraciones de testigos, juramentos, reclamaciones, observaciones sobre uno u otro particular, peticiones de todo orden, manifestaciones orales hechas por los interesados y circunstantes, todo, en fin, lo que haya ocurrido para fijar su recuerdo y facilitar su aprovechamiento para la sentencia. De todos estos hechos y circunstancias observados por el Juez el acta da fe con plenitud probatoria" (G. J. Tomo XLIX p. 624).

Ningún desajuste con estos principios de derecho probatorio advierte la Sala en la práctica de la inspección ocular decretada por el Tribunal y llevada a efecto, en asocio de testigos, por los tres Magistrados de la Sala de Decisión, y en la cual se abstuvo voluntariamente de intervenir el abogado que hoy la ataca en casación como afectada de sustanciales defectos. En la parte pertinente del acta se lee:

..."Como al confrontarse estos linderos se encontró que la carrera 2ª que allí se expresa no existe, toda vez que el inmueble limita hoy, como antes se ha visto, con la carrera 1ª, por el costado oriental, se acudió a los certificados expedidos por los señores Jefes de la Sección de Catastro y Nomenclatura y Secretario de Obras Públicas de Bogotá, allegados al expediente, y como allí tampoco aparece la existencia de la nombrada carrera 2ª A, se acudió al examen de varios de los habitantes del sector indicado y éstos manifestaron que hace muchos años, más o menos de veinte años para

atrás, la carrera hoy llamada primera es la misma que en ese entonces se llamó en la nomenclatura con el nombre de carrera segunda. Esclarecido por los medios indicados este punto de duda en relación con la nomenclatura de la carrera 1ª, se concluyó que esta carrera es la misma a que se refieren los dos títulos que se dejan relacionados, y que constituye el límite del predio materia de la demanda por el costado oriental. Del examen y estudio realizado para establecer el hecho principal a que se refiere el auto para mejor proveer, se estableció que la edificación existente hoy, o sea la casa Nº 1-07 de la calle 6ª, guarda por la carrera 1ª el mismo paramento, es decir, que nada se cedió sobre esta vía al efecto de ampliarla..."

Estimando esta acta como prueba plena, la analiza el Tribunal y concluye su sentencia: "Si no se amplió (la carrera del límite oriental), y si el lote reivindicado limitaba con esa vía, según los títulos presentados por la parte actora, es de rigurosa lógica concluír que en los títulos presentados por la parte opositora, se incluyó el aludido inmueble, porque los títulos de esta parte reconocían expresamente que el lote allí identificado limitaba por el oriente con tierras de Hersilia Sierra, y hoy limita con la carrera primera... Si no hubo ampliación de esta vía, es obvio que el predio debía limitar por el oriente con el que fue de propiedad de la precitada señora, antecesora en el dominio de las demandantes. Lo que hubo, pues, fue que la demandada englobó el lote de su propiedad con el de las demandantes..."

El certificado expedido por el Jefe de Catastro y Nomenclatura del Municipio de Bogotá, traído a los autos en desarrollo también del auto para mejor proveer, da fe de "que el predio que figuró inscrito a nombre de Alberto Bermúdez correspondía al registro catastral 5A-1/30, situado en la calle 6ª número 1-03, lote sin puerta; figuraba con frente de veinte metros sobre la carrera 1ª y otro frente de tres metros sobre la calle 6ª. Este predio fue incorporado o englobado con el actual registro catastral 5A-1/6 y 30, predio situado en la carrera 1ª número 5-95, inscrito a nombre de Ester Ronderos v. de Díaz".

Ningún error ve la Corte en el justiprecio que el Tribunal hizo de la prueba de inspección ocular que le sirvió de base a su conclusión de que estaba completamente establecida la identidad del solar reivindicado como integrante o comprendido dentro de los términos del poseído por la demandada. No hay el pretendido error de derecho que le imputa el recurrente porque la prueba ha sido estimada con el valimiento que le atribuye la ley. Es equivocado ver en los medios de información directa de que se haya valido personalmente el Juez en la investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos (examen de libros y papeles, confrontación de documentos, interrogación a los vecinos del lugar), etc., y de que da noticia detallada el acta de la diligencia, una prueba distinta de la inspección misma, en cuyas conclusiones se ha englobado todo y cuyo objeto fue determinado de antemano en el auto para mejor proveer. Tampoco hay error de hecho, que requeriría para existir una manifiesta contraevidencia de los hechos que tuvo por demostrados el sentenciador, esto es, que el lindero oriental de los lotes que describen los títulos de los dos litigantes se refieren a dos vías públicas distintas y que la carrera fue ampliada por el Municipio con absorción total del lote que fue de Alberto Bermúdez.

En la demanda fundamental de su recurso ante la Corte explica el recurrente que el hecho de que a la demandada Ronderos v. de Díaz se le hubiera adjudicado, en las calidades ya conocidas, un lote de terreno de mayor extensión del que fue dueño originalmente su causante Avelino Díaz se debió a que éste lo aumentó por compra que hizo a Juana Ronderos de Díaz por escritura número 1205 de 19 de noviembre de 1907 otorgada ante el Notario 4º del Distrito Capital, según referencia contenida en la correspondiente hijuela. Pero este aspecto del asunto, vinculado a la referida fuente de adquisición carece de todo respaldo y fundamento porque la escritura aludida no fue traída al debate, como lo dejó expresamente advertido el Tribunal al plantear en su sentencia la cuestión controvertida.

Por lo antedicho, el segundo cargo, por violación indirecta de la ley, también resulta huero.

c) "También incurre en manifiesto error de hecho y de derecho el sentenciador, que incide en el fallo acusado, al darle prelación a los títulos presentados por la parte demandante, toda vez que esos títulos apenas se remontan al año de 1919 y los de la otra parte comienzan en el año de 1902 y 1907..., error que implica violación de los artículos 1857, 756 y 2577 del C. C. por no haberlos aplicado al caso de este pleito siendo ellos pertinente, y por tal omisión violá también el mandato del artículo 946 **ibídem** al ordenar l

restitución del inmueble a favor de las señoras demandantes".

Se considera:

Este cargo por quebranto indirecto de la ley, presentado en esta forma tan esquemática, sin desarrollo fundamental ni explicación alguna sobre el mecanismo de la equivocación probatoria que le sirve de base, no ofrece en realidad materia para su consideración por la Sala, lo cual no obsta, sin embargo, para que se diga que carece de toda razón y fundamento, porque la escritura pública número 639 de 12 de mayo de 1902, a que se alude, introducida al juicio con la contestación de la demanda, describe el inmueble que compró el marido de la demandada a Francisco de P. Vargas como limítrofe, por el oriente, con el solar cuyo dominio ha probado tener el actor; y que le sirvió al Tribunal, por esta circunstancia, para asiento de las conclusiones que consignó en su sentencia. La otra escritura a que se refiere el cargo, la número 1205 de 19 de noviembre de 1907, como arriba se dejó dicho, no ha figurado en el proceso. En estas condiciones los precitados títulos escriturarios no pudieron ser desestimados, ni subestimados, ni apreciados en contradicción con su manifiesta evidencia, y por tanto ninguna rectificación cabe a la afirmación que hace la sentencia como resultado de la confrontación de las titulaciones opuestas en la acción de dominio, de que la aducida por la parte demandante "está mejor caracterizada que la del opositor, porque se remonta al año de 1919, en tanto que la de éste únicamente alcanza a 1942", fecha de la hijuela expedida a la demandada en la sucesión de su marido y en que por primera vez aparece la alinderación que englobó, como se dejó visto, el solar singularizado en la demanda.

Y no son más los cargos que contiene la demanda, porque las restantes consideraciones que la forman son la reiteración de las mismas acusaciones ya sometidas al atento análisis que precede.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 20 de septiembre de 1946, materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas—Ricardo Hinestrosa Daza. Pedro Castillo Pineda — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Pedro León Rincón, Secretario.

RECURSO DE REPOSICION CONTRA EL AUTO QUE DECLARO INADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION

La Corte insiste en que las resoluciones judiciales sólo pueden ser calificadas como sentencias cuando están comprendidas exactamente dentro de la definición que trae el numeral 1º del artículo 466 del C. J., o sea cuando "deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncien en primera o segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario", pues como lo dijo en su informe la Comisión revisora del actual C. J. esa clasificación está reservada "únicamente para las decisiones que recaen sobre lo principal del pleito". Es notorio, pues, que para la clasificación de una resolución judicial como sentencia el primordial criterio que debe seguirse es el que toma en cuenta el fondo, el contenido o alcance de la resolución respectiva.

El motivo del numeral 7º del artículo 520 del C. J. no entraña una excepción a la regla de que sólo son revisables en casación las sentencias que recaen sobre la controversia que es materia del juicio o sobre lo principal de éste, porque cuando un Tribunal en el momento de decidir sobre el mérito del pleito reconoce y declara su propia incompetencia para conocer de él, resuelve sobre el proceso o controversia, pues se pronuncia sobre un tema que constituye materia de la propia sentencia, que debe ser examinado oficiosamente por todo funcionario judicial, como que se trata de uno de los presupuestos procesales indispensables para la debida formación de la relación procesal y cuya constatación previa es necesaria para poder proferir una decisión sobre lo principal del pleito.

La Jurisprudencia de la Corte, siguiendo de cerca la doctrina acogida por los más calificados procesalistas, ha aceptado y reconocido que las sentencias o decisiones judiciales de fondo son de dos clases: estimatorias o desestimatorias de la demanda. Las primeras se clasifican o dividen a la vez en condenatorias, declarativas y constitutivas, según sea la naturaleza de las acciones incoadas y el contenido de la respectiva decisión. Las sentencias desestimatorias, que son aquellas que niegan o rechazan la acción entablada, ya sea en forma definitiva o temporal, se producen cuando, por ejemplo, se decide que el actor carece de la acción propuesta o que no la ha demostrado plenamente; o cuando, aun teniéndola y demostrándola debidamente, surge la comprobación de un hecho extintivo, como el pago o la prescripción; o, cuando en el mismo caso de que le asista y la demuestre, aparece probado un hecho impeditivo, como la excepción de contrato no cumplido o el beneficio de excusión, o en todos aquellos casos en que no concurren los presupuestos procesales, como cuando el juez es incompetente para conocer del pleito.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En providencia de siete de octubre último la Corte declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto por el demandante en contra de la providencia de 11 de febrero del año próximo pasado dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio incoado por Elías M. Muvdi contra el Municipio de Barranquilla, y el apoderado de aquél, inconforme con lo que aquí se decidió, ha propuesto la reposición que en seguida se procede a resolver.

El fundamento principal en que descansa el proveído de esta Sala consiste en que el recurso extraordinario de casación sólo se concede en contra de las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores en los negocios y casos limitativamente previstos en el ar-

ículo 519 del C. J. y en que la mencionada providencia del Tribunal de Barranquilla legalmente no tiene, conforme a lo estatuído en el numeral 9º del artículo 466 del C. J., la calidad de sentencia. El reposicionista no comparte éste último concepto, y por el contrario estima, en resumen, que sí la tiene, porque no habiendo en los juicios por regla general sino dos instancias (artículo 98 del C. J.) y no pudiendo los Tribunales negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito artículo 481 ibídem), si un Tribunal pudiese resolver como lo hizo el de Barranquilla, no se cumplirían las anteriores regulaciones procesales. Finalmente dice que es precisamente en previsión de casos como el presente, en que el Tribunal se abstiene de fallar la controversia principal, por lo que se ha establecido la causal 7ª de casación consagrada en el artículo 520 del C. J.

Se considera:

Las dos primeras razones que el reposicionista invoca podrían ser pertinentes si la Corte debiera en esta oportunidad examinar los fundamentos o la legalidad de la providencia de once de febrero citada; pero sabido es que tal examen sólo sería posible hacerlo cuando, admitido y sustentado el recurso de casación, se procediera a pronunciar la correspondiente decisión de fondo. Ahora lo que exclusivamente incumbe esclarecer es si aquella cabe dentro del concepto legal de sentencia, para determinar si es o no admisible el recurso de casación que en su contra se interpuso, y a este propósito las razones del memorialista poca o ninguna luz aportan.

Y la Corte insiste en que las resoluciones judiciales sólo pueden ser calificadas como sentencias cuando están comprendidas exactamente dentro de la expresada definición que trae el numeral 1º del artículo 466 del C. J., o sea cuando "deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncien en primera o segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario", pues como lo dijo en su informe la Comisión revisora del actual C. J., esa clasificación está reservada "únicamente para las decisiones que recaen sobre lo principal del pleito". Es notorio, pues, que para la clasificación de una resolución judicial como sentencia el primordial criterio que debe seguirse es el que toma en cuenta el fondo, el contenido o alcance de la resolución respectiva.

Como ya se dijo en el auto reclamado, la providencia del Tribunal se concretó a revocar la sentencia apelada y a ordenar la devolución del expediente al Juzgado de origen para que se tramitara y decidiera previamente al pronunciamiento del fallo definitivo una articulación sobre exhibición de documentos que había propuesto el actor en la primera instancia, y allí, como es obvio, no se resolvió "definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste", desde luego que en el presente proceso lo que se pretende es que la justicia declare la resolución de un contrato de compraventa de bienes raíces celebrado entre Muvdi y el Municipio de Barranquilla, y por ello aquel proveído no cabe dentro de la definición que de sentencia da el numeral 1º del citado artículo 466.

Además, es característica de toda sentencia que contenga una decisión de fondo, que finalice la relación procesal, y sobra advertir que en el caso de autos ni el Tribunal ha decidido en el fondo el litigio ni le ha puesto fin a la relación procesal, ya que, conforme a lo resuelto, el proceso debe aún continuar.

De otro lado, el motivo del numeral 7º del artículo 520 del C. J. no entraña una excepción a la regla de que sólo son revisables en casación las sentencias que recaen sobre la controversia que es materia del juicio o sobre lo principal de éste, porque cuando un Tribunal en el momento de decidir sobre el mérito del pleito reconoce y declara su propia incompetencia para conocer de él, resuelve sobre el proceso o controversia, pues se pronuncia sobre un tema que constituye materia de la propia sentencia, que debe ser examinado oficiosamente por todo funcionario judicial, como que se trata de uno de los presupuestos procesales indispensables para la debida formación de la relación procesal y cuya constatación previa es necesaria para poder proferir una decisión sobre lo principal del pleito.

Pero la providencia del Tribunal de Barranquilla no encaja dentro de lo previsto en el numeral 7º del artículo 520 del C. J., pues si aquél no llegó a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión controvertida, ello no ocurrió porque se declarara incompetente para conocer del negocio sino por una razón muy distinta, como fue la de que, a su juicio, debía resolverse previamente sobre la acción exhibitoria de que antes se habló.

La Jurisprudencia de la Corte, siguiendo de

cerca la doctrina acogida por los más calificados procesalistas, ha aceptado y reconocido que las sentencias o decisiones judiciales de fondo son de dos clases: estimatorias o desestimatorias de la demanda. Las primeras se clasifican o dividen a la vez en condenatorias, declarativas y constitutivas, según sea la naturaleza de las acciones incoadas y el contenido de la respectiva decisión. Claro es que, sin necesidad de detenerse ahora en explicar en qué consiste cada una de esas clasificaciones, puede afirmarse con toda certidumbre que la resolución del Tribunal de Barranquilla no tiene cabida dentro de ninguna de ellas, desde luego que no se está en presencia de una sentencia estimatoria de la demanda.

Las sentencias desestimatorias, que son aquellas que niegan o rechazan la acción entablada, ya sea en forma definitiva o temporal, se producen cuando, por ejemplo, se decide que el actor carece de la acción propuesta o que no la ha demostrado plenamente; o cuando, aun teniéndola y demostrándola debidamente, surge la comprobación de un hecho extintivo, como el pago o la prescripción; o, cuando en el mismo caso de que le asista y la demuestre, aparece probado un hecho impeditivo, como la excepción de contrato no cumplido o el beneficio de excusión, o en todos aquellos casos en que no concurren los presupuestos procesales, como cuando el Juez es incompetente para conocer del pleito. Y es también claro que la decisión del referido Tribunal no encaja en ninguno de los mencionados casos de sentencias desestimatorias, desde luego que ésta no ha sido rechazada ni negada por motivo alguno.

Y como por virtud de lo hasta aquí expuesto, se desprende la improcedencia del recurso de reposición que se considera, resulta superfluo que la Sala se detenga en el examen de los otros argumentos que el reposicionista aduce en contra de las demás razones que sirvieron de fundamento a la providencia de fecha siete de octubre último, y por ello, la Corte no accede a reponerla.

Notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez — Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE SIMULACION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. RECONVENCION PETITORIA DE INEXISTENCIA DE UN CONTRATO Y OTRAS PRESTACIONES MUTUAS. — ACCION DE SIMULACION. —COSTAS.— PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO.—DISTINCION ENTRE LA ACCION DE NULIDAD Y LA DE SIMULACION

1.—Las disposiciones legales que gobiernan lo relacionado con las prestaciones mutuas a que puede haber lugar en las acciones reivindicatorias, de nulidad y rescisoria tienen su fundamento en evidentes razones de equidad, porque siendo posible que el demandado mientras conserva la cosa en su poder se haya aprovechado de sus frutos, o la haya mejorado o deteriorado, en el caso de que fuera condenado a restituírla debía naturalmente proveerse lo conveniente sobre esos puntos porque de otro modo se consagraría bien un enriquecimiento indebido de parte del reo, cuando se aprovecha de los frutos de una cosa que no es suya, o del actor, al recibir mejorada a costa ajena un bien que le pertenece o se causaría al último un perjuicio injusto al restituírsele deteriorado el mismo bien por culpa del demandado.

En la acción de simulación, que es el caso de autos, la ley no ha reglamentado expresamente las consecuencias que deben desprenderse en el evento de que haya que imponérsele al demandado la obligación de restituír la cosa a su verdadero dueño y se confronten las mismas circunstancias o hechos mencionados; pero se comprende fácilmente que la solución a que debe llegarse al respecto es la misma que la ley consagra en las aludidas acciones de nulidad, reivindicatoria y rescisoria, no sólo porque subsisten los mismos motivos de equidad que para éstas la han determinado, sino porque razones de analogía imponen al juzgador el deber de aplicar las leyes que regulan casos o materias semejantes (artículo 8º, Ley 153 de 1887), y también porque las disposiciones sobre prestaciones mutuas tienen tal generalidad que de suyo son aplicables para regular las indemnizaciones recíprocas, en todos los casos en que un poseedor vencido pierda la cosa y sea obligado a entregarla a quien le corresponde.

2.—Según el sistema del Código Judicial la condena en costas, salvo los casos excepcionalmente previstos en los numerales 3º y 4º del artículo 575 ibídem, no se pronuncia automáticamente contra el vencido en el juicio, por el mero hecho del vencimiento, pues ella está subordinada, además, a la temeridad o malicia con que se haya procedido en el sostenimiento de la acción u oposición y para apreciar esas circunstancias se ha considerado siempre por la jurisprudencia que los Tribunales gozan de una absoluta libertad de criterio, en atención a que la ley no prescribe reglas para juzgar sobre los elementos subjetivos que crean la temeridad o la malicia. Por este motivo y en atención también a que lo atañedero a la condenación en costas no es materia del debate sino una consecuencia procesal de él, o un accesorio del derecho principal deducido en el pleito, la Corte ha considerado de manera invariable que las cuestiones relativas a su reconocimiento son extremos que escapan al recurso de casación.

3.—Tratándose de demostrar entre los contratantes la existencia de una simulación cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y del segundo aparte del artículo 91 de la ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial, que la verdad de las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados es preciso destruírla oponiéndole una prueba de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto, o la

confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, confesión o principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones o indicios, y con todo medio probatorio.

4.—Ha dicho ya la Corte que por principio de prueba por escrito se entiende, según la definición legal que trae el artículo 93 de la ley 153 de 1887, "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso". La doctrina ha interpretado esta definición en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituír manifestación clara y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio de prueba sino su completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuírle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponden al principio de prueba por escrito: que exista un escrito, que no sea el contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo, y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso.

5.—También ha dicho ya la Corte en varias sentencias, que la acción de nulidad es distinta de la de simulación; que ésta no engendra por sí misma la nulidad del acto o contrato oculto, y que la esencial diferencia que las distingue a ambas consiste en que la nulidad judicialmente pronunciada da acción contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales, y que la simulación no produce acción contra terceros de buena fe que confiaron en la realidad del acto ostensible, o sea, que para ellos es inoponible el contrato simulado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, febrero once de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda)

Flaminio Mora y Rosa Atilia Mora de Beaine demandaron ante el Juzgado Civil del Circuito de Soatá a Rafael Saravia Gallo y Rosa María Saravia viuda de Mora para que se declarase, entre otras cosas, que es simulado el contrato de compraventa a que se refiere la Escritura Pública Nº 443 de 27 de diciembre de 1939, otorgada en la Notaría del Circuito de Boavita, por medio de la cual Benjamín Mora y Rosa María Saravia, cónyuges entre sí, dieron en venta a Rafael Saravia Gallo los bienes puntualizados en los numerales primero a séptimo de ese instrumento, y que dichos bienes pertenecen a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por el matrimonio habido entre Benjamín Mora y Rosa María Saravia.

Para pedir la declaratoria de simulación los demandantes invocan su condición de herederos de Benjamín Mora y afirman que éste en la cláusula treinta de su testamento declaró que la venta hecha a Saravia Gallo sólo tiene por objeto transferirle la propiedad de los bienes a Rosa Saravia, cuando ella lo requiera, por representar tal compraventa lo que a ésta le corresponde por su mitad de gananciales y por el derecho a la cuarta de mejoras en la sucesión de Benjamín Mora, de donde deducen que en el mencionado contrato de compraventa no hubo de parte de los contratantes ni el ánimo de adquirir el dominio ni tampoco el ánimo de transferirlo.

Ambos demandados se opusieron a la demanda y por su parte Rosa María presentó sendas demandas de reconvención contra Flaminio Mora y Rosa Atilia Mora de Beaine.

En la dirigida contra el primero se solicita se declare que es inexistente y por lo mismo no produce efecto alguno el contrato contenido en la Escritura Pública Nº 243 de 22 de abril de 1929 de la Notaría primera del Circuito de Soatá, por medio de la cual Flaminio Mora adquirió aparentemente a título de fideicomiso de Benjamín Mora las fincas que allí se describen; que es inexistente y por lo mismo no produce efecto alguno el contrato recogido en la Escritura Pública Nº 26 de 19 de mayo de 1929 de la Notaría segunda del mismo Circuito por la cual Benjamín Mora vendió a Flaminio los inmuebles allí particularizados que dichos bienes pertenecen a la sociedad conyugal formada por Benjamín Mora y la contrademandante porque las ventas son simuladas y ocultan donaciones que quiso hacer Benjamín a Flaminio, las cuales son nulas por faltarles la formalidad de la insinuación.

En la demanda de reconvención propuesta contra Rosa Atilia Mora de Beaine la actora pide se hagan declaraciones semejantes a las anteriores

con relación al contrato de que da cuenta la Escritura Pública Nº 434 de 23 de diciembre de 1939, de la Notaría de Boavita, por medio de la cual Rosa Atilia aparece comprando a Benjamín Mora y a Rosa María Saravia los inmuebles que en ese instrumento se describen.

Los contrademandados se opusieron, y surtido el triple juicio bajo una misma cuerda, el Juzgado del conocimiento lo decidió en sentencia de 20 de mayo de 1943, que fue absolutoria para todos los demandados.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa, que conoció del negocio por virtud del recurso de apelación interpuesto por los actores, revocó en todas sus partes la sentencia de primera instancia, y en su lugar resolvió lo siguiente:

"**Primero.** — Declárase nulo, por simulación relativa hecha en fraude de la ley el contrato recogido en la Escritura Pública Nº 443 de fecha 27 de diciembre de 1939, otorgada ante el Notario Público del Circuito de Boavita, y en virtud de la cual, los señores Benjamín Mora y Rosa María Saravia, cónyuges entre sí, en su carácter de vendedores transfirieron al doctor Rafael Saravia Gallo los bienes especificados en aquel instrumento y por los linderos que se apuntaron".

"**Segundo.** — Declárase que son simulados o ficticios y por lo mismo no producen efecto alguno los contratos recogidos en las siguientes escrituras: la número 243 de 22 de abril de 1929, pasada ante el Notario primero del Circuito de Soatá, en virtud de la cual Benjamín Mora vendió a Flaminio Mora los bienes que allí se detallan y por los linderos correspondientes; y la número 266 de 19 de mayo de 1929, otorgada en la Notaría segunda del Circuito de Soatá, según la cual el señor Benjamín Mora vendió al doctor Flaminio Mora los bienes de que allí se hace mención y por los linderos del caso".

"**Tercero.** — Declárase que es simulado o ficticio y por lo mismo no produce efecto alguno el contrato recogido en la Escritura Pública número 434 de 23 de diciembre de 1939, otorgada en la Notaría de Boavita, en virtud de la cual Benjamín Mora y Rosa María Saravia, cónyuges entre sí, vendieron a Rosa Atilia Mora los bienes especificados en aquel instrumento y por los linderos respectivos".

"**Cuarto.** — Como consecuencia de las tres declaraciones anteriores ordénase la cancelación del contenido de las mencionadas escrituras como de los registros correspondientes, para lo cual por el funcionario competente se librarán los despachos que fueren del caso".

Quinto. — Igualmente y como consecuencia de lo anterior, se declara que todos los bienes a que aluden los contratos de que se ha hecho mención deben ingresar al acervo sucesoral del señor Benjamín Mora, cónyuge que fue de la señora Rosa María Saravia Gallo".

"**Sexto.** — Las costas tanto de la primera instancia como de la segunda instancia, estarán a cargo de los actores así de la demanda principal como de las demandas de reconvención".

En esa sentencia, después de relatar los antecedentes del pleito, entró el Tribunal a definir lo que debe entenderse por negocio simulado, y a precisar las diferencias entre simulación absoluta y relativa, y luego transcribió la cláusula treinta del testamento abierto otorgado por Benjamín Mora, por medio de la Escritura Pública Nº 5 de la Notaría del Circuito de Boavita, de fecha 5 de enero de 1940, la cual dice así:

"**Treinta:** Con la finalidad de dejar arreglados los asuntos de bienes, entre mi familia, para que vivan en armonía después de mi muerte, como hasta ahora lo han hecho, otorgué escritura de venta a mis hijos Rosa Atilia y Flaminio Mora directamente de lo que les podía corresponder a título de legítima, como herederos directos y a mi cuñado el doctor Rafael Saravia Gallo en representación de mi actual esposa, la señora Rosa María Saravia Gallo a fin de que la actual escritura se la devuelva a mi citada esposa cuando ella lo requiera, por representar tal compraventa lo que le corresponde por sus derechos de gananciales y por razón del derecho que tengo sobre la cuarta de mejoras para disponer libremente. Por tanto dejo en exclusiva propiedad a mi hija Rosa Atilia Mora, casada con el señor David Beaine, la tercera parte de mis bienes; al doctor Flaminio Mora, casado con la señora Guillermina Carreño, la tercera parte de mis bienes; y finalmente la otra tercera parte de mis bienes, la dejo a la señora Rosa María Saravia Gallo, mi actual esposa. Esta partición de mis bienes la he hecho consultando la equidad y pido a mis hijos y a mi esposa, que la respeten como mi última voluntad. En consideración a que he procurado hacer la mayor justicia posible, en la distribución de mis bienes, aceptada actualmente por mis hijos y mi esposa, a quienes agradezco esa atención, en caso de que alguno quisiera desconocer judicialmente el or-

den de distribución hecho, dejo para el que o para los que acepten mi última voluntad expresada en este público testamento y en las escrituras aludidas atrás, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición, a efecto de que se les adjudiquen en forma legal. Es mi voluntad y quiero que mis hijos y mi esposa cumplan las indicaciones ya mencionadas y firmen conmigo esta constancia en señal de que aceptan y de que cumplirán mi deseo tal como escrito. Presentes la señora Rosa María Saravia de Mora, señora Rosa Atilia Mora de Beaine, y el doctor Flaminio Mora, con tarjetas de identidad números 126 - 276 expedidas en Boavita respectivamente y la cédula número 170616 de Boavita y Guacamayas, respectivamente, y a quienes conozco personalmente, manifestaron que aceptan las condiciones expuestas en el presente público testamento y firman con el testador", y a propósito de ese documento dijo lo siguiente:

"Los términos de la constancia a que alude la cláusula treinta de la memoria testamentaria del señor Benjamín Mora, conocida ya suficientemente a través de este estudio, están diciendo a las claras que en realidad los contratos de venta celebrados entre la sociedad conyugal Mora-Saravia como vendedores y doctor Rafael Saravia Gallo, como comprador, y los celebrados entre el señor Benjamín Mora y el doctor Flaminio Mora, tienen un carácter ficticio o simulado. El testamento es un acto de una sola persona; es extraño por consiguiente que personas distintas del causante concurran también a firmar la memoria testamentaria, pero precisamente esta actitud extravagante y a propósito de una constancia tan rotunda y marcada, afirma más profundamente la idea de la simulación de los contratos a que allí se alude, pues ésta es una confesión hecha en un instrumento de tanta solemnidad por aquellos a quienes sus afirmaciones venían a causarles tamaños perjuicios. Nada importa ante esta declaración que con posterioridad los interesados vinieron a afirmar en posiciones juramentadas que los contratos respectivos eran reales y verdaderos, máxime cuando la misma señora Saravia Gallo de Mora sienta en el hecho tercero de su contra-demanda al hacer referencia a la tan mentada constancia, que los contratos eran simulados por no haber habido intención de vender ni de comprar, sin fijar la atención en que la tal constancia la abarcaba a ella misma y por consiguiente también venía a perjudicarla. Y el propio doctor Rafael Saravia Gallo, aun cuando no aparece como signatario de la constancia testamentaria, acep implícitmente el alcance y la significación de ell al hacer referencia en la contestación que die a la demanda principal "al arreglo de bienes qu el señor Benjamín Mora había hecho entre su familiares". Pero aun cuando el doctor Sarav Gallo no aparece como firmante de la constanci la firma sí la señora Saravia Gallo de Mora, quie era precisamente la perjudicada con tal actuació porque allí se sienta que la escritura hecha a s hermano por el señor Benjamín Mora, era única mente con el objeto de que se la devolviera ella cuando hiciera el requerimiento del caso. aquí se presenta un fraude a la ley por la razó siguiente: en tratándose de la capacidad para contrato de venta, ha dicho el artículo 1852 del C., que es nulo el contrato de venta entre cónyu ges no divorciados y entre el padre y el hijo d familia. Si establecido está en el presente negó ció que en realidad el señor Benjamín Mora n tuvo intención de transferir al doctor Rafael Sa ravia Gallo el dominio de los bienes a que alud la Escritura número 443 citada arriba, sino que s oculta intención fue que ese patrimonio volvie a su cónyuge en segundas nupcias, claro está qu aquí se trata de un fraude a la ley, de una burl a la disposición sustantiva que acaba de citarse, en semejantes condiciones el contrato referido est afectado de nulidad. Además no hubo intenció de recibir tales bienes de parte del doctor Sara via Gallo, quien a pesar de sus afirmaciones so bre la veracidad del contrato, siempre desempe ñó en estas actividades el papel de intermediari o testaferro. Y también resultan por cierto aspec to en fraude de la ley los contratos de compraven ta otorgados entre los señores Benjamín, Flamini y Rosa Atilia Mora, como quiera que al esquiva la memoria testamentaria en cuanto a tales bie nes respecta venían a perjudicarse los derecho fiscales reconocidos por la ley 63 de 1936".

Observa después que la constancia testament ria no es la única prueba útil para establecer simulación, pues como tal cita además las dep siciones de los testigos que como instrumental actuaron en la memoria testamentaria, en lo qu hace referencia a los contratos otorgados en f vor de Rosa Atilia y de Flaminio Mora. Encuent que el documento que obra a folio 35 del cuader Nº 9, suscrito entre Benjamín y Flaminio Mo constituye una contra-estipulación en el contra de compraventa entre éstos celebrado y que "e tonces semejante prueba también contribuye

establecer la simulación". Añade que las presunciones establecidas en los numerales 1º y 2º del artículo 66 de la Ley 63 de 1936, constituyen "un nuevo argumento tendiente a establecer las simulaciones que se han impetrado a través de este negocio tanto en la demanda principal como en los libelos de reconvención".

Finalmente dijo lo siguiente:

"El examen de la constancia inserta en el testamento de don Benjamín Mora, la cual constituye una verdadera confesión de parte de los perjudicados con las afirmaciones que allí se hicieron, y el estudio de las exposiciones de las tres personas que actuaron como testigos de la memoria testamentaria aludida, son piezas suficientes ellas solas para establecer la simulación de los contratos de compraventa otorgados por el señor Mora, como vendedor, y por el doctor Saravia Gallo, Flaminio y Rosa Atilia Moras como compradores. Claramente se vió que la finalidad de aquellas escrituras no era otra que la siguiente: asegurarles a Flaminio y Rosa Atilia lo que pudiera coresponderles en razón de sus legítimas, y fijar en cabeza del doctor Saravia Gallo para que él los devolviera a la señora Saravia Gallo de Mora los bienes a que ella tenía derecho por gananciales en virtud de la sociedad conyugal que formara con el citado Benjamín. Declarados inexistentes estos contratos por estar probada su calidad de ficticios o simulados, es claro que los bienes comprendidos dentro de semejantes convenciones deben venir a acrecentar el acervo sucesoral del mentado señor Mora, a efecto de que mediante el desarrollo de la respectiva sucesión venga a sentarse en definitiva lo que corresponde a sus legitimarios por concepto de herencia y lo que ha de pertenecer a su esposa, señora Saravia Gallo v. de Mora, en razón de gananciales".

Todas las partes interpusieron recurso de casación, el que concedido y tramitado se procede hoy a decidir.

Recurso de Casación de Rosa Atilia Mora de Beaine.

Primer cargo.

Alega la recurrente que como consecuencia de la declaración de simulación a que se refiere la súplica primera de la demanda principal se pidió en la súplica quinta que se ordenara la restitución a la sociedad conyugal Mora-Saravia de los bienes de que trata la Escritura Pública Nº 443 de 27 de diciembre de 1939, restitución en la cual debía considerarse al demandado doctor Saravia Gallo "como poseedor de mala fe, para el efecto de las prestaciones mutuas a que haya lugar"; que la sentencia recurrida a pesar de que decretó la simulación y como consecuencia la nulidad del contrato controvertido omitió el pronunciamiento sobre las prestaciones mutuas, incurriendo desde este punto de vista en error de hecho por falta de apreciación de la demanda y quebrantando, por falta de aplicación, los artículos 1746, 1748, 963, 964 del C. C., y que como según la sentencia el contrato aparente se realizó entre las partes con fraude a la ley, el demandado debe ser considerado como poseedor de mala fé.

Apoyado en estas mismas circunstancias invoca también contra la sentencia la causal 2ª del artículo 520 del C. J.

Se considera:

El cargo precedente, en cuanto se fundamenta en la causal 2ª, debe prosperar, desde luego que en la súplica quinta de la demanda principal se pidió no sólo que en la sentencia definitiva se resolviese sobre la restitución de los bienes relacionados en la Escritura Pública número 443 de 27 de diciembre de 1939 sino también sobre prestaciones mutuas y el sentenciador dejó de resolver sobre este último punto, que es procedente, por lo cual claramente se comprende que la sentencia no guarda consonancia con una de las pretensiones oportunamente deducidas por la parte actora recurrente.

Las disposiciones legales que gobiernan lo relacionado con las prestaciones mutuas a que puede haber lugar en las acciones reivindicatorias, de nulidad y rescisoria tienen su fundamento en evidentes razones de equidad, porque siendo posible que el demandado mientras conserva la cosa en su poder se haya aprovechado de sus frutos, o la haya mejorado o deteriorado, en el caso de que fuera condenado a restituírla debía naturalmente proveerse lo conveniente sobre esos puntos, porque de otro modo se consagraría bien un enriquecimiento indebido de parte del reo, cuando se aprovecha de los frutos de una cosa que no es suya, o del actor, al recibir mejorada a costa ajena un bien que le pertenece o se causaría al último un perjuicio injusto al restituírsele deteriorado el mismo bien por culpa o actos del demandado.

En la acción de simulación, que es el caso de

autos, la ley, no ha reglamentado expresamente las consecuencias que deben desprenderse en el evento de que haya que imponérsele al demandado la obligación de restituír la cosa a su verdadero dueño y se confronten las mismas circunstancias o hechos mencionados; pero se comprende fácilmente que la solución a que debe llegarse al respecto es la misma que la ley consagra en las aludidas acciones de nulidad, reivindicatoria y rescisoria, no sólo porque subsisten los mismos motivos de equidad que para éstas la han determinado, sino porque razones de analogía imponen al juzgador el deber de aplicar las leyes que regulan casos o materias semejantes (art. 8º, Ley 153 de 1887), y también porque las disposiciones sobre prestaciones mútuas tienen tal generalidad que de suyo son aplicables para regular las indemnizaciones recíprocas, en todos los casos en que un poseedor vencido pierda la cosa y sea obligado a entregarla a quien le corresponde.

Hay, pues, lugar en este pleito a decretar las prestaciones mutuas de que trata el Capítulo 4º del Título 12 del Libro 2º del Código Civil y para todos los efectos correspondientes el demandado Saravia Gallo debe ser considerado como poseedor de mala fé, al tenor de lo dispuesto en el artículo 768 del C. C., incisos 2º y 4º, en armonía con el artículo 3º de la Ley 28 de 1932, desde luego que, como lo sostiene la sentencia y resulta ajustado a la verdad procesal, tras el contrato aparente contenido en la Escritura Pública Nº 443 citada existía en realidad una contraestipulación relativa a inmuebles que debían ingresar al patrimonio de la señora Saravia Gallo, cónyuge de Benjamín Mora.

La restitución de frutos deberá hacerla el demandado Saravia Gallo, a partir del día 27 de diciembre de 1939, fecha en que según la Escritura Pública Nº 443 le fueron entregados los bienes aparentemente vendidos hasta cuando verifique la entrega de esos bienes, y el importe correspondiente se fijará en la ejecución de esta sentencia por no existir en el proceso datos que permitan señalarlos en cantidad líquida o establecer las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación (art. 480 del C. J.).

En cuanto a mejoras, como tampoco hay constancia en los autos que el demandado las haya hecho, su derecho debe dejarse a salvo para el caso de que oportunamente pruebe que sí las hizo.

Lo hasta aquí expuesto implica la casación parcial del fallo recurrido, para adicionarlo en el sentido indicado, y sirve de motivación a la decisi de instancia.

Cargo segundo.

Sostiene el recurrente que el Tribunal al co denarlo en costas tanto de primera como de s gunda instancia, por considerar que es manifie to que los opositores en la demanda principal c mo en las de reconvención procedieron con tem ridad, quebrantó el artículo 575 del C. J., pu por las razones que aquí expone, estima que de parte no existe tal temeridad.

Se considera:

Según el sistema del Código Judicial, la cond na en costas, salvo los casos excepcionalmente pr vistos en los numerales 3º y 4º del artículo 5 ibidem, no se pronuncia automáticamente cont el vencido en el juicio, por el mero hecho del ve cimiento, pues ella está subordinada, además, la temeridad o malicia con que se haya proced do en el sostenimiento de la acción u oposici y para apreciar esas circunstancias se ha cons derado siempre por la jurisprudencia que los Tr bunales gozan de una absoluta libertad de crit rio, en atención a que la ley no prescribe regl para juzgar sobre los elementos subjetivos q crean la temeridad o la malicia. Por este moti y en atención también a que lo atañedero a la co denación en costas no es materia del debate si una consecuencia procesal de él, o un accesor del derecho principal deducido en el pleito, la Co te ha considerado de manera invariable que l cuestiones relativas a su reconocimiento son extr mos que escapan al recurso de casación.

No prospera, por tanto, el cargo.

Cargo tercero.

Dice el recurrente que el Tribunal al declar la simulación del contrato de que da cuenta Escritura Pública Nº 434 de 23 de diciembre 1939, por la cual Benjamín Mora y Rosa Ma Saravia le vendieron los bienes especificados ese instrumento, incurrió en error de hecho la apreciación de la cláusula 30 del testamento Benjamín Mora y de los "indicios de que las p tes en el aludido contrato de compraventa hic ron declaración expresa y pública de que solo trataba de donaciones; que la adquirente Rosa A lia no tenía dinero para hacer realmente comp de tanta entidad y que era del dominio públ

en Boavita que los contratos dichos eran ficticios o simulados", y quebrantó, por falta de aplicación los artículos 1059, 1055, 1849, 1857, 1880, 1757, 1759 y 1513 del Código Civil.

En el desarrollo del cargo transcribe parcialmente la mencionada cláusula 30 del testamento de Benjamín Mora; hace algún análisis sobre ella tendiente a demostrar que no puede referirse a las ventas hechas por éste a sus hijos; dice que la declaración que éstos allí hicieron no comporta confesión de simulación; que la exigencia sea cláusula contenida para que aceptaran la partición "no los obliga porque constituye una verdadera coacción fundada en la sanción con que se les amenazó"; que como el testamento es un acto de una sóla persona, todas las declaraciones que en él se contengan hechas por terceras personas son inválidas, por lo cual como tal debe tenerse la constancia en que el Tribunal se funda para declarar la simulación; que según los términos de esa cláusula "la única Escritura simulada es la otorgada al doctor Saravia Gallo", y que otra interpretación distinta de la indicada que llegue a dársele constituye verdadero error de hecho.

La Sala considera:

Como se vió al hacer la síntesis de la motivación del fallo recurrido, el Tribunal llegó a la conclusión de que el contrato de compraventa celebrado con la recurrente es simulado después de tomar en cuenta no sólo la cláusula 30 del testamento otorgado por Benjamín Mora, sino también las declaraciones de los testigos que como instrumentales actuaron en esa memoria testamentaria y las presunciones establecidas en los numerales 1º y 2º del artículo 66 de la Ley 63 de 1936 y la acusación de la recurrente se concreta especialmente a alegar y tratar de demostrar que existió una equivocada apreciación probatoria del sentenciador en lo que hace referencia a la mencionada cláusula testamentaria, sin que la alegación y comprobación del error comprenda los otros elementos que aquél utilizó como pruebas de la simulación demandada, ni se haya propuesto, en cuanto a indicios se refiere, con arreglo a los principios que gobiernan la técnica propia del recurso, por lo cual, aun suponiendo demostrado el error alegado, no podría variarse la anotada conclusión, porque todavía tendría un soporte probatorio que le ha servido de fundamentación y que por no haber sido debidamente atacado en casación la Sala, como es sabido, no puede entrar oficiosamente a revisarlo. Además, en otro lugar de esta sentencia se dirá por qué no es errónea la apreciación que el Tribunal hizo sobre la cláusula testamentaria en mención. Y como la violación de las disposiciones sustantivas que vienen citadas sólo ha podido producirse a través de una errónea estimación de las pruebas demostrativas de la simulación, y está visto que la acusación que sobre ese punto viene formulada es ineficaz, consecuencial y obligatoriamente se impone su rechazo.

Recurso de Casación interpuesto por Flaminio Mora.

Este recurrente, invocando las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J., propone cuatro cargos contra la sentencia, los cuales se procede a estudiar en el orden en que han sido presentados.

Cargo primero.

Dice el recurrente que el Tribunal, para declarar la simulación de los contratos contenidos en las Escrituras Públicas números 243 de 22 de abril y 266 de 19 de mayo, ambas de 1929, le sirvieron de base dos pruebas, o sean la cláusula treinta del testamento de Benjamín Mora y las declaraciones de las tres personas que actuaron como testigos de ese testamento, con las cuales sostiene que no se prueba la simulación de esos contratos. Se ocupa, en primer término, en el estudio de la citada cláusula testamentaria; y en resúmen sostiene que ella está compuesta de tres partes: que en la primera, el testador hace una declaración unilateral que no prueba la simulación, porque la firma del recurrente estampada en el testamento no puede tenerse como aceptación de aquella declaración, sino de la que envuelven la segunda y la tercera partes de la mencionada cláusula, relativas a la distribución de los bienes que él poseía, por terceras partes, y a la recompensa impuesta para quien sostenga esa distribución en caso de que alguno o algunos de los asignatarios la desconozca; que el recurrente firmó aceptando las condiciones expresadas en el testamento, y que como la primera declaración no implica condición, y la segunda y la tercera sí, por eso no puede darse, como lo hace el Tribunal, a su firma al pie del testamento el alcance de confesión de ser simulados los referidos contratos. De allí deduce que el sentenciador incurrió en manifiesto error de hecho al apreciar dicha prueba ligando todas sus partes

y cobijándolas todas con la firma del recurrente y también de derecho al atribuír a tal prueba el mérito de confesión, lo que lo llevó a infringir los artículos 1766, 1769 del C. C., 603, 604 y 606 del Código Judicial.

Añade que como aquí se controvierte un asunto mayor de quinientos pesos, mientras no haya un principio de prueba por escrito —que no lo hay— los testimonios ya aludidos, por completos y aptos que sean, son inoperantes para probar la simulación, de acuerdo con los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, preceptos éstos que sostiene fueron quebrantados como consecuencia del error de derecho en que el juzgador incurrió en la apreciación de tales declaraciones, aparte de los artículos citados antes, también quebrantados para atribuír valor de contraestipulación a los dichos de los nombrados declarantes.

Se considera:

A manera de una explicación anticipada de conceptos que después habrán de expresarse, la Sala estima oportuno recordar lo que tiene resuelto jurisprudencialmente sobre dos temas enunciados en el cargo, a saber:

Tratándose de demostrar entre los contratantes la existencia de una simulación cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del Código Civil 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 legal de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, confesión o principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones o indicios, y con todo medio probatorio". (G. J., Tomos XLIII, página 830 y LVI, página 172).

"Entiéndese por principio de prueba por escrito, según la definición legal que trae el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso".

"La doctrina ha interpretado esta definición en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado, en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituír manifestación clara y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio de prueba sino completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuírle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponden al principio de prueba por escrito: que exista un escrito, que no sea el contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo, y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso". (G. J.; Tomo LVI, página 171, Casación, septiembre 30 de 1943).

Recordado lo anterior, considera la Corte que a la prosperidad del cargo en estudio se oponen las razones que en seguida se expresan:

Para declarar la simulación de los contratos a que se refiere el recurrente el Tribunal tuvo en cuenta, además de las pruebas en cuya apreciación se alega que se incurrió en error, el documento privado suscrito entre Benjamín y Flaminio Mora (Cuaderno número 9, pág. 35), y las presunciones de que tratan los numerales 1º y 2º del artículo 66 de la Ley 63 de 1936, como así se vió al hacer la síntesis de la motivación del fallo recurrido. La estimación de estos elementos, bien o mal utilizados con aquella finalidad, no es objeto de la acusación en estudio y esto determina su ineficacia, porque resultando el concepto que el sentenciador se formó acerca de la simulación de los referidos contratos de la estimación conjunta de las pruebas aludidas, con el ataque parcial contra alguna de éstas es obvio que no puede variarse lo que es fruto o consecuencia de una apreciación global de todas.

A este respecto ha dicho la Corte:

"Cimentándose la decisión del Tribunal no sobre determinado elemento de prueba sino sobre todo el haz probatorio del juicio, el ataque singular contra las probanzas aisladas es incapaz de destruír la fundamentación de la sentencia". (G J., Tomo XLVII, sentencia de 1º de diciembre de 1938, página 460).

De otro lado, no considera la Corte que el contenido de la ya transcrita cláusula treinta del testamento de Benjamín Mora, pueda, como lo pretende el recurrente, descomponerse en tres partes diferentes y sin relación alguna, para entender que su firma y aceptación allí estampadas no comprenden o abarquen también la declaración con que le dió comienzo el testador cuando expresó que "con la finalidad de dejar arreglados los asuntos de bienes, entre mi familia, para que vivan en armonía después de mi muerte, como hasta ahor

lo han hecho, otorgué escritura de venta a mis hijos Rosa Atilia y Flaminio Mora directamente de lo que les podía corresponder a título de legítima, como herederos directos...", pues es preciso no olvidar que se está en presencia de una cláusula testamentaria cuya inteligencia debe establecerse atendiendo no a las palabras que en ella se hayan empleado sino a la verdadera voluntad o propósito del testador claramente manifestados arts. 1127 del C. C.). ¿Y qué finalidad buscó Benjamín Mora? Dejar arreglados en vida los asuntos de bienes entre su familia, para que sus hijos y esposa vivieran en paz y después de su muerte como hasta entonces lo habían hecho. Y con ese fin para completar el reparto de bienes que tanto a los unos como a la otra ya tenía realizado, los instituyó herederos por terceras partes de los bienes que le quedaban sin distribuír, y como a su entender en esa distribución había "procurado hacer la mayor justicia posible" y estaba "aceptada actualmente" por ellos, para asegurarse que su voluntad, "expresada en este público testamento y en las escrituras aludidas atrás", iba a ser respetada, impone sanciones patrimoniales para los que trataren de desconocerla, en beneficio de aquellos que la aceptaran. Entonces es claro que la finalidad o propósito del testador era la de que sus hijos y esposa respetaran tanto la distribución que de sus bienes había hecho en vida "en las escrituras aludidas atrás", como lo que hacía por medio del testamento, y por eso los llevó a que en la escritura pública por medio de la cual éste se otorgaba, manifestaran que cumplirían sus indicaciones y deseos. De allí que la aceptación del recurrente expresada en la mencionada escritura pública, cuando "manifestaron que aceptan las condiciones expuestas en el presente público instrumento", deba entenderse que comprende todo lo expresado o dispuesto por el testador.

De otro lado, si el anterior no fuera el acertado entendimiento que corresponde darle a lo estipulado, no se comprendería cómo el recurrente, ante una declaración tan grave para sus intereses como la hecha por el testador sobre que la escritura de venta que le había otorgado era por concepto de lo que podía corresponderle "a título de legítima" como heredero directo, no hubiera manifestado la correspondiente y obligada rectificación. Esta actitud está indicando claramente, que su aceptación abarca lo enumerado en la primera parte de la transcrita cláusula.

Sentado eso, si a la manifestación del recurrente expresada en la escritura pública contentiva del testamento no pudiera otorgársele el valor de plena prueba como confesión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 603 del C. J. y 1759 del C. C., entonces cuando menos vendría a servir de principio de prueba por escrito que hace verosímil el hecho litigioso (art. 93, Ley 153 de 1887); que determina, de consiguiente, la admisibilidad de la prueba testimonial en el presente caso, y que reforzado o completado con las declaraciones uniformes de Luis Antonio Mojica, Metodio Saavedra y Faustino Galvis, quienes actuaron como testigos en la memoria testamentaria de Benjamín Mora, y quienes afirman que en su presencia, la del testador y la del Notario, tanto el recurrente como Rosa Atilia hicieron declaración expresa y pública de que los contratos de venta contenidos en las escrituras públicas referidas eran simulados y que con ellos lo que se trataba realmente era de traspasarles los bienes que les corresponderían a título de legítima, constituye la plena prueba de la simulación demandada.

No prospera por tanto, el cargo.

Los dos cargos que en seguida se compendian, apoyados el primero, en la causal 2ª y el segundo, en la causal 1ª, del artículo 520 del C. J., propuesto éste como subsidiario de aquél se consideran conjuntamente en atención a la estrecha vinculación que entre sí tienen.

Sustentando el primero dice el recurrente que "el Tribunal declaró, en el aparte **Segundo** de la providencia recurrida, que los contratos de que dan cuenta las escrituras números 243, de 22 de abril, y 266, de 19 de mayo, ambas de 1929, son **simulados** o **ficticios.** Dicha declaración no agrega si los contratos en referencia, son simulados o ficticios, **absoluta** o **relativamente.** Pero, al disponer el fallo en el aparte **Quinto** antes inserto, que los bienes sobre los cuales versaron aquellos convenios, deben ingresar al haber sucesoral del señor Benjamín Mora, está enseñando que se trata de una simulación **absoluta,** porque al ingresar los bienes a la masa hereditaria del vendedor, es tanto como regresar al patrimonio del vendedor o tradente, desconociendo que de existir una simulación en aquellos contratos, no puede ser otra que la relativa de título o medio, que deja vigente las donaciones".

Se detiene a destacar la naturaleza y diferencias de la simulación absoluta y relativa para después afirmar que la contrademandante planteó el problema dentro del campo de la simulación rela-

tiva, como se desprende de las súplicas primera a cuarta del respectivo libelo, y que sin embargo el Tribunal declaró la absoluta, "puesto que negó todo efecto a los contratos; y siendo así que desconoció la existencia de las donaciones, sin haber tenido motivo —al menos no lo dice— para decretar la nulidad, la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". En el segundo de los referidos cargos alega el recurrente que el Tribunal al declarar en la parte resolutiva de su fallo una simulación absoluta y no relativa, incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas que allí cita, al no tomarlas en cuenta, y aun de derecho, subsidiariamente, al negarles la fuerza legal para establecer las donaciones, es decir, al no reconocer la simulación relativa de que tratan esas pruebas, y que todo "ello naturalmente indujo al juzgador a quebrantar el artículo 1766 del C. C., ya que el contrato secreto aparece de esas probanzas; los artículos 1769 del C. C. y 603, 604 y 606 del C. J., puesto que la contrademandante confesó en su libelo de reconvención y en el pliego de posiciones citado, que los actos celebrados fueron donaciones; y el artículo 697 del C. J., porque las declaraciones de los testigos citados son prueba del referido punto".

Se considera:

La inconsonancia entre la sentencia y la demanda y el desconocimiento de la acción incoada alegadas por el recurrente son cargos que carecen de justificación, pues el sentenciador ha diferenciado adecuadamente la simulación absoluta de la relativa y ha decidido el litigio partiendo de la base de que en él se plantea una cuestión de simulación relativa. Para demostrarlo así es suficiente transcribir los siguientes conceptos de la sentencia sobre el particular.

Después de reproducir la definición que del negocio simulado ha dado esta Sala, dice textualmente el fallo:

"La simulación puede ser absoluta o relativa. En la primera, en realidad los contratantes no han tenido la intención de ligarse por el vínculo jurídico a que alude el acto ostensible; trátase de un hecho imaginario con el cual se pretende establecer que fue real y conforme con la intención de las partes. Si se trata, por ejemplo, de un contrato de compraventa hecho en fraude de los acreedores, allí no hubo intención de transferir el dominio de la cosa vendida por parte del vendedor ni tampoco la intención de adquirir por parte del comprador; efectivamente, los bienes en este caso no han salido del patrimonio del uno para ingresar en el del otro. Ahora, en la simulación relativa sí se cuenta la intención de ligarse mediante un vínculo jurídico pero distinto de aquél a que hace alusión el acto ostensible. Cuando se quiere, por ejemplo, hacer una donación, pero se apela al recurso de hacer figurar externamente un contrato de compraventa se disfraza, pues, la intención verdadera con la apariencia de un contrato distinto; los antiguos decían "colorem habet, substantiam vero alteram", (tiene color pero la sustancia es otra)".

Y más adelante al referirse ya concretamente a todos los contratos de compraventa materia del presente litigio, dice:

"Claramente se vió que la finalidad de aquellas escrituras no era otra que la siguiente: asegurarle a Flaminio y Rosa Atilia lo que pudiera corresponderles en razón de sus legítimas, y fijar en cabeza del doctor Saravia Gallo para que él los devolviera a la señora Saravia Gallo de Mora los bienes a que ella tenía derecho por gananciales en virtud de la sociedad conyugal que formara con el citado don Benjamín. Declarados inexistentes estos contratos por estar probada su calidad de ficto o simulados, es claro que los bienes comprendidos dentro de semejantes convenciones deben venir á acrecentar el acervo sucesoral del mentado señor Mora, a efecto que mediante el desarrollo de la respectiva sucesión venga a sentarse en definitiva lo que corresponde a sus legitimarios por concepto de herencia y lo que ha de pertenecer a su esposa, señora Saravia Gallo v. de Mora, en razón de gananciales".

Pero se afirma por el recurrente que declarados sin efectos los contratos aparentes y habiéndose dispuesto que todos los bienes a que ellos se contraen ingresen al acervo sucesoral de Benjamín Mora, cónyuge de la señora Saravia de Mora, práctica y jurídicamente se ha declarado una simulación absoluta, porque no se le han reconocido efectos al contrato oculto.

A esto se contesta, que si la parte resolutiva de una sentencia pudiera considerarse independientemente o con prescindencia absoluta de la motiva posiblemente le asistiría razón al recurrente; más como por el contrario ocurre que toda decisión judicial de esa índole constituye un todo armónico en cuya parte motiva se encuentra la explicación de la resolutiva, y sirve a la vez para fijarle su sentido y alcance, es fácil comprender que el a

gumento es más aparente que real y fundado, desde luego que en la motivación del fallo recurrido se encuentra expresado con razones que no han sido atacadas en casación el por qué de esa decisión. En efecto, allí se dijo, después de afirmar que el contrato oculto envuelto en el aparente que contiene la Escritura Pública Nº 443 está afectado de nulidad por haberse celebrado con fraude a la ley, (art. 1852 del C. C.), que "también resultan por cierto aspecto en fraude de la ley los contratos de compraventa otorgados entre los señores Benjamín, Flaminio y Rosa Atilia Moras, como quiera que al esquivar la memoria testamentaria venían a perjudicarse los derechos fiscales reconocidos por la Ley 63 de 1936". Se ve, de consiguiente, que la ineficacia de los contratos ocultos, la desprendió el sentenciador del vicio de nulidad de que los encontró afectados, y no porque hubiera desconocido la naturaleza de la acción incoada ni apreciado erróneamente las pruebas que la configuran.

Y como este fundamento en que claramente se apoya la sentencia recurrida no puede ser examinado en forma alguna por la Corte, ya que no ha sido objeto de ataque por parte del recurrente, los cargos que se consideran deben ser rechazados.

Finalmente afirma el recurrente que el Tribunal declaró la simulación del contrato contenido en la Escritura Pública número 243, de 22 de abril de 1929, de la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá y decretó la cancelación de ella y su registro, estimando como prueba del contrato la copia que se acompañó a la reforma de la contrademandada, y que, al darle valor a ese instrumento incurrió en error de hecho, al creer que llegó a los autos en las oportunidades señaladas en el artículo 597 del C. J., y subsidiariamente de derecho, al asignarle un mérito que no tiene, con quebrantamiento directo de la citada disposición.

En desarrollo del cargo alega que la corrección o aclaración que de la demanda de reconvención pretendió hacer la contrademandante no fue aceptada, según auto, (fs. 16 vto., cuaderno Nº 4), que se ejecutorió, llegando por tanto a ser ley del proceso; que consecuencialmente, tal Escritura, que fue acompañada a la aludida reforma, no quedó incorporada al juicio, y que como posteriormente tampoco lo fue, el Tribunal debió haberla desechado como prueba en cumplimiento del referido precepto y abstenerse de hacer las declaraciones del fallo en lo atinente al contrato que en ella se hizo constar.

Se considera:

El cargo es fundado. En efecto, la Escritura Pública número 243 de 22 de abril de 1929 de la Notaría 1ª del Circuito de Soatá, no podía ser estimada como prueba, conforme al artículo 597 del C. J., desde luego que no vino a formar parte del proceso en ninguna de las condiciones u oportunidades indicadas en la citada disposición. Ese instrumento obra en los autos porque fue acompañado al escrito de corrección o aclaración de la demanda de reconvención presentada por la contrademandante, la cual reformá no fue aceptada, según auto de 11 de febrero de 1941, (f. 22v., cuaderno Nº 4), que está debidamente ejectuoriado, y por consiguiente, dicho instrumento no puede considerarse como legalmente incorporado al juicio para los fines del citado artículo 597.

Es verdad que la contrademandante solicitó durante el término probatorio de la segunda instancia que se tuviera como prueba y que el Tribunal así lo dispuso en providencia de 7 de diciembre de 1943. (Fs. 3 y ss., cuaderno Nº 9); pero ésta fue reformada por la de 17 de febrero siguiente, (f. 9, del mismo cuaderno), por la cual se ordenó que se librara despacho al Notario 1º del Circuito de Soatá para que a costa del interesado expidiera copia de esa escritura y se trajera así al proceso, por estimar que esé es el procedimiento que se acomoda a lo estatuído en el artículo 636 del C. J.; pero ocurrió que por injustificable descuido del abogado o del secretario del Tribunal ni ese despacho se libró ni la Escritura se allegó al juicio en la forma ordenada.

Por consiguiente, es évidente que el Tribunal no debió darle valor a la citada escritura para tener como plenamente demostrado el contrato sobre bienes raíces a que se refiere ni proferir en relación con ella los pronunciamientos de que tratan los puntos primero, cuarto y quinto de la parte resolutiva de la sentencia, y que al hacerlo así incurrió en el error de que se queja el recurrente, quebrantando consecuencialmente el artículo 597 del C. J.

Debe, por tanto, infirmarse parcialmente la providencia recurrida, y absolverse al recurrente de los cargos formulados en la contrademanda, en lo relacionado con la mencionada escritura.

Recurso de Casación interpuesto por Rafael Saravia Gallo y Rosa María Saravia de Mora.

Este recurso se propone invocando las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J., y los cargos que

con apoyo en ellas se formulan, se considerarán siguiendo el orden en que vienen planteados.

Dice en primer lugar el recurrente que el Tribunal, al desconocer el mérito de plena prueba que la ley le asigna a la Escritura Pública Nº 443 de 27 de diciembre de 1939, con base exclusiva en el testamento de Benjamín Mora, no suscrito ni autorizado por Saravia Gallo, violó, por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, los artículos 1494, 1502, 1602 y 1759 del Código Civil.

Compendiada la alegación que se hace para sustentar el cargo, dice el recurrente que solemnizado el contrato de compraventa mediante la Escritura Pública Nº 443, era forzoso para acreditar la simulación que se demanda oponerle una prueba de igual categoría o fuerza que destruya la plena fé representada en el acto ostensible, y que como único elemento probatorio del contrato oculto se ha invocado el testamento de Benjamín Mora, no suscrito por el recurrente Saravia Gallo, quien por tanto fue un tercero en relación con ese acto, y que la exclusiva voluntad del vendedor Benjamín Mora en él contenida no tiene, de consiguiente, fuerza suficiente para destruír la venta que se solemnizó con el concurso de la voluntad de ésta y de la del recurrente.

Se considera:

El cargo es ineficaz. En efecto, para considerar el Tribunal como simulado el contrato de compraventa recogido en la Escritura Pública Nº 443, se valió no sólo de lo estipulado por Benjamín Mora en la cláusula treinta (30) de su testamento sino también de la contestación que dió el recurrente Saravia Gallo al hecho marcado con la letra f) de la demanda principal que le propusieron Flaminio y Rosa Atilia Mora. En el fallo recurrido, después de afirmarse que la expresada cláusula pregona a las claras que "los contratos a que allí se alude tienen un carácter de ficticio o simulado", se dice textualmente: "Y el propio doctor Rafael Saravia Gallo, aun cuando no aparece como signatario de la constancia testamentaria, acepta implícitamente el alcance y significación de ella, al hacer referencia en la contestación que diera a la demanda principal "al arreglo de bienes que el señor Benjamín Mora había hecho entre sus familiares".

Además, la decisión del sentenciador se fundamenta también en la siguiente consideración: "Finalmente, las mismas presunciones a que aluden los numerales 1º y 2º del artículo 66 de la Ley 63 de 1936 dan a entender que contratos de venta como los que encarnan las escrituras que han venido citándose, tienen el verdadero carácter de donaciones; constituye pues, éste un nuevo argumento tendiente a establecer las simulaciones que se han impetrado a través de este negocio tanto en la demanda principal como en los libelos de reconvención".

En esas condiciones, concretándose el ataque del recurrente a uno sólo de los elementos de convicción utilizados por el sentenciador para estimar como simulado el contrato de compraventa de que trata la Escritura Pública Nº 443 y no a todos los que le sirvieron para llegar a esa conclusión, el cargo resulta, como ya se dijo en apartes anteriores de ese fallo, incapaz de destruír la fundamentación de la sentencia.

Y en la utilización que el Tribunal hizo de la respuesta dada por el doctor Saravia Gallo al hecho f) de la demanda principal, como pruebas de la simulación del contrato de que trata la escritura Nº 443, estuvo realmente acertada. En efecto, en la citada cláusula 30 del testamento de Benjamín Mora, éste dijo en lo pertinente lo que sigue:

"Con la finalidad de dejar arreglados los asuntos de bienes, entre mi familia... otorgué escrituras de venta... y a mi cuñado el doctor Saravia Gallo en representación de mi actual esposa, la señora Rosa María Saravia Gallo, a fin de que la tal escritura se la devuelva a mi citada esposa cuando ella lo requiera, por representar tal compraventa lo que le corresponde por sus derechos de gananciales y por razón del derecho que tengo sobre la cuarta de mejoras para disponer libremente".

Y al contestar el hecho f) de la demanda principal en que los actores aseveran que "el señor Mora, según Escritura Pública Nº 5 otorgada ante el Notario Público del Circuito de Boavita, con fecha 5 de enero de 1940, pretendió otorgar testamento público" y transcriben las cláusulas 29 y 30 de ese testamento, dijo el doctor Saravia Gallo lo siguiente:

"f) El señor Benjamín Mora otorgó real y efectivamente su testamento con sentido estricto de moral y les exigió a sus herederos que respetasen, como obsequio a su memoria, y por ser de estricta justicia, el arreglo de bienes que hizo entre sus familiares; éstos prometieron al moribundo que respetarían la palabra empeñada y por eso me extraña que los demandantes olviden al poco tiempo la promesa que hicieron a su padre, de respetar

el modo como el testador dispuso su última voluntad. Por tanto este hecho es cierto en parte".

Y como el arreglo de bienes de que habla la cláusula treinta transcrita en el hecho f) versó también sobre la Escritura que otorgó el causante al doctor Saravia Gallo, su cuñado, en representación de su esposa, señora Saravia de Mora, y el recurrente reconoce ese arreglo y lo acepta como de "estricta justicia" y extraña que los demandantes lo desconozcan, es claro que con esa aceptación y reconocimiento, está confesando que recibió la escritura para el sólo efecto de transferirle los bienes en ella descritos a la señora Saravia de Mora, o sea que la venta de que allí se habla no es real sino simulada.

Y esta confesión, emanada del propio aparente comprador, vinculada a lo que resulta de las escrituras en que consignó el testamento, es suficiente prueba de la simulación demandada, al tenor de lo estatuído en los artículos 1759, 1766 y 1769 del C. C.

En el segundo de sus cargos alega el recurrente que el Tribunal incurrió en eror de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda, que lo condujo a violar los artículos 1740 del C. C., por aplicación indebida al caso del pleito, y 471 del C. Judicial.

Fundamenta su acusación diciendo, en resumen, que tanto la acción principal como la subsidiaria, ejercitadas por los demandantes, tienden a que se declare que "es simulado y por consiguiente no produce efecto alguno el contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública número 443 de 27 de diciembre de 1939 de la Notaría de Boavita" y que el Tribunal en vez de pronunciarse sobre dicha acción de simulación, declaró "que es nulo por simulación relativa hecha en fraude a la ley" el referido contrato; que la nulidad y la simulación constituyen dos conceptos jurídicos totalmente diversos, y que el principio consagrado en el artículo 471 del C. J., obligaba al Tribunal a pronunciarse sobre la acción incoada y no sobre la nulidad.

Con base en las precedentes consideraciones e invocando la causal 2ª del artículo 520 del C. J., acusa la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

La Sala considera:

La anterior acusación, en cuanto se apoya en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. es improcedente, desde luego que el cargo de violación del artículo 1740 del C. C. se propone en el concepto de ser una consecuencia del error que se le imputa al sentenciador en la interpretación de la demanda y ese error no se ha producido, pues, como se desprende de todas las transcripciones que del fallo se han hecho, el Tribunal ha entendido que la acción ejercitada en esta controversia es la de simulación, y si ha llegado, no obstante ello, a pronunciarse sobre la nulidad del contrato contenido en la Escritura Pública número 443, ésta decisión obedece a causa distinta de una errónea interpretación de la demanda. Proponiéndose la acusación por aquel concepto, que por lo dicho no es el pertinente, la Corte no puede entrar en el correspondiente estudio de fondo.

Pero como el cargo se formula también con apoyo en la causal segunda de casación, su prosperidad por este concepto es incuestionable, porque en la demanda se busca y solicita la declaratoria de simulación del contrato en referencia y el Tribunal ha decidido en la primera de las declaraciones de la sentencia que aquel es "nulo, por simulación relativa hecha en fraude a la ley", y por lo cual se ve que la sentencia no guarda consonancia con las pretensiones deducidas en su oportunidad por las partes.

El opositor entiende que al declarar el fallador que es "nulo por simulación" el contrato **sub judice,** no hizo más que pronunciar su simulación, por lo cual la incongruencia alegada resulta apenas aparente; pero la Sala estima que ese no es el alcance de la declaración, pues entre los considerandos del fallo se encuentra la razón que explica el sentido de ese pronunciamiento, porque allí se estimó que fuera de ser simulado "el contrato referido está afectado de nulidad" en atención a lo establecido en el artículo 1852 del C. C. y a que la oculta intención de Benjamín Mora al transferirle al doctor Saravia Gallo el dominio de los bienes a que alude la escritura número 443 fue la de que ese patrimonio volviera a su cónyuge de segundas nupcias, señora Saravia de Mora, lo cual constituye "un fraude a la ley, en burla a la disposición que acaba de citarse". Luego es claro que ese pronunciamiento, armonizado y explicado con los considerandos del fallo, tiene el sentido y alcance de una declaración de nulidad, circunstancias que se ponen más de bulto, al observar que con respecto a los demás contratos **sub judice** apenas se declaró su simulación, lo que demuestra que el sentenciador quizo atribuírle una significación distinta a la declaración que hizo de que "es

nulo, por simulación relativa hecha en fraude a la ley el contrato recogido en la escritura pública número 443"..., la cual no puede ser otra que la ya anotada.

Y bastaría con recordar que es una jurisprudencia sostenida por la Corte y consagrada en varias sentencias, entre otras las de 30 de septiembre de 1936, (G. J. Tomo 43, Nos. 1911 y 1912), 24 de octubre de 1936, (G. J. Tomo 44, Nos. 1914 y 1915), 24 de noviembre de 1936, (G. J. Tomo 44, Nos. 1918 y 1919), y 22 de octubre de 1937, (G. J. Tomo LXIII, página 70), la de que la acción de nulidad es distinta de la de simulación; que ésta no engendra por sí misma la nulidad del acto o contrato oculto, y que la esencial diferencia que las distingue a ambas consiste en que la nulidad judicialmente pronunciada da acción contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales, y que la simulación no produce acción contra terceros de buena fe que confiaron en la realidad del acto ostensible, o sea que para ellos es inoponible el contrato simulado. Lo dicho implica la prosperidad de la causal segunda alegada y que la sentencia recurrida debe ser casada, a fin de declarar en el punto primero no la nulidad por simulación, sino la simulación del contrato recogido en la escritura número 443, poniendo así en armonía, la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda, y ya que, como se ha dicho anteriormente, la simulación del contrato en referencia aparece suficientemente demostrada en el proceso.

Aprovechando la decisión de instancia debe rectificar la Sala, por vía de doctrina, la errada aplicación que hizo el Tribunal del artículo 1852 del C. C. al declarar nulo el contrato aparente referido, porque ni éste contiene una venta entre cónyuges no divorciados, que es el caso contemplado en esa disposición, ni el pacto ostensible puede ser nulo por la mera circunstancia de ser simulado, desde luego que él no representa la voluntad real de los contratantes, carece de contenido como negocio jurídico, es una ficción y una mentira, deliberadamente creada para esconder la verdadera intención de los contratantes, en el cual, de consiguiente, no hay nada que destruír con acción de nulidad, pues basta hacer prevalecer la voluntad oculta y cierta sobre la aparente y mentirosa, para que el acto ostensible quede borrado de la escena jurídica. Lo que puede ocurrir es que una vez descorrido el velo de la apariencia y puesta de presente la verdadera relación contractual, ésta puede estar afectada de nulidad, no por el simple hecho de la simulación, sino porque se haya celebrado en contravención a la ley o se haya faltado a alguna de las exigencias legalmente necesarias para que tenga eficacia como negocio jurídico. En este caso, pues, lo que viene a ser nulo es el acto oculto y no el ostensible, el cual también cae o desaparece, pero exclusivamente ante la prueba y por razón de la simulación.

Ahora, en esta controversia ocurre que la contraestipulación encubierta con el contrato aparente contenido en la Escritura Pública Nº 443 consistía en que los bienes raíces en ésta alinderados pasaran del patrimonio de Benjamín Mora al de su cónyuge, señora Rosa María Saravia de Mora; es decir que en realidad se trataba de un contrato entre cónyuges relativo a inmuebles, el cual es ilícito por virtud de lo dispuesto en los artículos 3º de la Ley 28 de 1932 y 1523 del Código Civil.

Finalmente, como al tenor de lo dispuesto en el artículo 539 del C. J., cuando la Corte halla justificada alguna de las tres primeras causales del artículo 520, debe decidir sobre los demás capítulos comprendidos en la demanda de casación y el recurrente hace consistir su último cargo, en que el Tribunal quebrantó, por aplicación indebida el artículo 575 del C. J. al haberlo condenado al pago de las costas procesales, es pertinente resolver sobre el particular, para lo cual es suficiente observar que conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del citado artículo debe condenarse en costas al litigante que sostiene temeraria o maliciosamente sin razón o fundamento apreciable, cualquiera acción, excepción, **oposición,** (subraya la Corte), o incidente, y en el caso de autos, conociendo los recurrentes la simulación de que adolecía el contrato contenido en la Escritura Pública Nº 443, se opusieron a que se hicieran las declaraciones de la demanda principal, y por ello encuentra la Sala que hubo temeridad en la respectiva oposición, por lo cual debe mantenerse en vigencia la condena al pago de las costas procesales causadas con motivo de la acción principal.

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 PARCIALMENTE la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa, con fecha diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, la cual en consecuencia quedará así:

Primero. — Declárase que es simulado el con-
ato de compraventa recogido en la Escritura Pú-
lica número 443 de fecha diciembre 27 de 1939,
orgada ante el Notario Público del Circuito de
avita y en virtud de la cual Benjamín Mora y
sa María Saravia, cónyuges entre sí, transfirie-
n al doctor Rafael Saravia Gallo los bienes que
ese instrumento se describen;

Segundo. — Condénase al doctor Rafael Saravia
allo, como poseedor de mala fé a restituír a la
ciedad conyugal disuelta e ilíquida formada en-
e Benjamín Mora y Rosa María Saravia los fru-
s de los bienes descritos en el instrumento pú-
ico a que alude el punto primero precedente,
s cuales se liquidarán con arreglo al procedi-
iento señalado en el artículo 553 del C. J.;

Tercero. — Declárase que es simulado el contra-
recogido en la Escritura Pública número 266
19 de mayo de 1929, otorgada en la Notaría se-
nda del Circuito de Soatá, según la cual el se-
r Benjamín Mora vendió al doctor Flaminio
ra los bienes especificados y alinderados en di-
o instrumento;

Cuarto. — Declárase que es simulado el contrato
cogido en la Escritura Pública número 434 de 23
diciembre de 1939, otorgada en la Notaría de
avita, en virtud de la cual Benjamín Mora y
sa María Saravia, cónyuges entre sí, vendieron
Rosa Atilia Mora los bienes especificados y alin-
rados en dicho instrumento;

Quinto. — Como consecuencia de las declara-
ciones anteriores ordénase la cancelación tanto de las mencionadas Escrituras Públicas como de los registros correspondientes para la cual se oficiará a los funcionarios respectivos;

Sexto. — Igualmente y como consecuencia de lo anterior se declara que todos los bienes a que aluden los contratos a que se ha hecho mención en los precedentes apartes pertenecen a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada entre Benjamín Mora y Rosa María Saravia Gallo;

Séptimo. — Absuélvese a Flaminio Mora de los cargos formulados en la demanda de reconvención que le propuso Rosa María Saravia Gallo en cuanto al contrato a que hace referencia la Escritura Pública Nº 243 de 22 de abril de 1929 de la Notaría primera del Circuito de Soatá otorgada por Benjamín Mora en favor de Flaminio Mora;

Octavo. — Las costas tanto de primera y segunda instancia son de cargo de las partes.

Sin costas en el recurso.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca. — Arturo Tapias Pilonieta, Conjuez.—**Pedro León Rincón,** Srio en Ppdad.

ACCION DE PERJUICIOS

Por regla general el perjuicio no se presume; de manera que cuando la ley establece la obligación de indemnizarlo, no por ello exonera del deber de comprobarlo a quien pide que se le resarza afirmando haberlos sufrido. Y así sucede, por ejemplo, que partiendo del concepto de que el dinero fructifica de suyo, el derecho a sus intereses nace de la mora en devolverlo; pero, por lo mismo que no hay aquella presunción de perjuicios, el legislador estimó necesario advertir expresamente en el artículo 1617 del C. C. que el acreedor no tiene que justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, porque basta el hecho del retardo. Y análogamente en las obligaciones con cláusula penal, en las que se estima que la pena es reconocimiento y avalúo antelados de los perjuicios, se atiende a que cuando se pacta es para cumplir y, así, el art. 1559 IBIDEM previene que es exigible en todos los casos en que se hubiere estipulado; pero, corroborando lo antedicho sobre que los perjuicios por regla general no se presumen, advierte que esa exigencia es procedente aunque el deudor alegue "que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Como consta en documento privado de 21 de mayo de 1942, Cornelio Dulce tomó en arrendamiento a Temístocles Pérez el terreno de Cundurpata, sección de Jenoy del Municipio de Pasto, por el término de cinco años a partir del 1º del siguiente julio.

Por escritura Nº 403, otorgada ante el Notario 2º de Pasto el 10 de mayo de 1943, Pérez vendió esa finca a Eloy Torres, a quien el Juzgado 3º de ese Municipio se la entregó, no obstante la oposición de Dulce, el 23 de marzo de 1945.

En seguida Dulce demandó a Pérez para que indemnice los perjuicios que le causó por haber infringido el contrato de arrendamiento. La demanda se repartió al Juzgado 1º de aquel Circuito y, admitida por éste, se notificó a Pérez el 1 de mayo de 1945. La respondió oponiéndose.

Tramitada la instancia, se cerró con sentenc absolutoria de 13 de agosto de 1946, sin costa Apelada por ambas partes, el Tribunal Superio previa la actuación legal, la revocó en fallo d 29 de abril de 1947 que condenó a Pérez a pagar a Dulce los perjuicios mencionados, en cuantía para cuyo señalamiento remitió a las partes art. 553 del C. J. El abogado de Pérez interpus casación, recurso que hoy se decide.

El Tribunal conceptúa que Pérez infringió contrato vendiendo a un tercero antes de verse los cinco años, y de ahí deduce la conden basándose cardinalmente en el art. 2019 del C.

Varios cargos formula el recurrente. Prosprando uno de ellos, se prescinde de los restante (C. J., artículo 538).

El que se acoge es el de quebranto de los artículos 2019 y 1613 del C. C. por aplicación indebida, en virtud de haber pasado por alto o no haber apreciado en debida forma el Tribunal cláusulas del documento de arriendo que previeron y reglamentaron la contingencia de que arrendador vendiera antes de vencerse el pla así como las pruebas que acreditan la concurrencia o advenimiento de las circunstancias señadas en esas estipulaciones.

En efecto: el documento atiende a la posible probable decisión del arrendador de vender finca arrendada y pactaron que en tal evento preferiría a Dulce y, además, que si vendía a perso distinta, pagaría a Dulce sus plantaciones o menteras o haría que el comprador le dejara tiempo necesario para recolectarlas. Se advie de paso que convinieron en que nada pagaría rez a Dulce por sus mejoras al expirar el c trato.

La referida preferencia a Dulce en caso de v

er Pérez, no puede en manera alguna reputarse romesa de compraventa, puesto que faltan los equisitos necesarios para que ésta se configure y alga, según el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Dando por sentado que fuera opción a la luz del rtículo 23 de la Ley 51 de 1918, sería de reclamarse para su eficacia por la falta de sometimiento a un término o a una condición. Ello es ue Pérez al decidirse a vender procedió a avisarlo así a Dulce y que éste no tuvo a bien comrar; de manera que el deber legal o moral conraído por Pérez en el documento quedó cumplido, sin que se vea por qué hubiera de acudir al equerimiento judicial que el Tribunal echa menos.

Se detiene la Sala en esta estipulación de preerencia, porque la demanda habla en general de ue Pérez violó el contrato; pero es de advertirse ue las alegaciones y atención de los litigantes an versado sobre el hecho de la venta en sí mismo como generador del perjuicio reclamado, conderándolo como procedente de que ella pusiera n al arrendamiento antes de vencerse su plazo.

Es verdad que en tesis general la venta hecha or el arrendador en tal inoportunidad le impone demnización de perjuicios, según el citado arculo 2019, si el arrendatario se ve privado de la sa arrendada porque el comprador no está obliado a respetar el arriendo, y es verdad que esto timo fue lo que sucedió porque Torres, no consndo ese contrato en escritura pública, obtuvo la ntrega en fecha anterior en más de dos años al ncimiento de los cinco convenidos por Pérez y ulce.

Pero el Tribunal erró al decidir la controver- con la sola guía de esa disposición legal, prescindiendo de las estipulaciones contractuales que mo tales y en fuerza de ser lícitas tienen prelencia. Lo previsto y acordado por Pérez y Dul- en su documento y de que aquí ya se habló, resume en lo antedicho sobre preferencia en vor de Dulce y sobre que si el comprador era tercero, a Dulce le quedaba asegurada la cocha pendiente, ya porque Pérez se la pagara, porque el comprador le dejara tiempo sufiente para recolectar. Y al respecto acontece lo uiente: Dulce sembraba trigo, maíz y zanaho, es decir, emprendió en siembra de productos relativamente corta duración para cosechar. Lo pendiente a la fecha de la venta, lo perbió. Aunque a primera vista pudiera parecer e esto bastaría para descargo de Pérez, es de reconocerse que Dulce no estaba obligado a tener conocimiento de la venta desde que Pérez y Torres la celebraron. Así, es de computarse a partir de cuando Dulce la supo, de lo que hay datos fehacientes en el proceso por la confesión de Dulce en posiciones y por su intervención en las gestiones judiciales de Torres contra Pérez para la entrega material de la finca. Computando sobre este pie, se tiene que después de saber que Pérez había vendido emprendió Dulce nuevas siembras y recogió o cosechó sus frutos; de suerte que fue a una plantación posterior a la que correspondió la situación de aún pendiente cuando sobrevino la entrega judicial a Torres con quien se entendió Dulce para aprovechar esta otra cosecha.

De dichas estipulaciones y de estos hechos, debidamente comprobados, se deduce que no puede hallarse a Pérez en falta para con Dulce, a quien, por una parte, Pérez debía preferir para vender la finca, pero no obligarlo a que se la comprase, y por otra parte, a quien cumplió la obligación de asegurarle sus cosechas, como queda detallado.

Más todavía: por regla general el perjuicio no se presume; de manera que cuando la ley establece la obligación de indemnizarlo, no por ello exonera del deber de comprobarlo a quien pide que se le resarza afirmando haberlos sufrido. Y así sucede, por ejemplo, que partiendo del concepto de que el dinero de suyo fructifica, el derecho a sus intereses nace de la mora en devolverlo; pero, por lo mismo que no hay aquella presunción de perjuicios, el legislador estimó necesario advertir expresamente en el artículo 1617 del C. C. que el acreedor no tiene que justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, porque basta el hecho del retardo. Y análogamente en las obligaciones con cláusula penal, en las que se estima que la pena es reconocimiento y avalúo antelados de los perjuicios, se atiende a que cuando se pacta es para cumplir y, así, el artículo 1599 **ibídem** previene que es exigible en todos los casos en que se hubiere estipulado; pero, corroborando lo antedicho sobre que los perjuicios por regla general no se presumen, advierte que esa exigencia es procedente aunque el deudor alegue "que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

En este proceso no se halla prueba de que Dulce sufriera los perjuicios cuya indemnización 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 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y siete y en su lugar confirma la del Juzgado 1º Civil de ese Circuito de trece de agosto de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morale Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanc Emilio Prieto H., Of. Mayor en ppdad.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

Presentado por el partidor su trabajo al juez, pueden ocurrir según la ley tres casos: a) Que en la partición misma o en memorial separado los interesados con capacidad suficiente pidan que se apruebe de plano, evento en el cual el juez provee de conformidad y dicta la sentencia aprobatoria al tenor del artículo 967 del C. J. Termina entonces el juicio ante el juez A QUO por voluntad expresa de las partes, porque la sentencia definitiva aprobatoria queda firme y no siendo siquiera susceptible de segunda instancia, menos podrá pensarse en recurso extraordinario de casación contra ella. b) Si no se hace la petición unánime de aprobación, porque falta totalmente o sólo se hace parcialmente por algunos de los interesados, se da traslado a éstos por un lapso prudencial que no pase de diez días. Corrido legalmente el traslado, pueden ocurrir dos casos: 1º Ninguno de los interesados formula objeción a la partición. El juez debe entonces dictar la sentencia aprobatoria como en el primer caso, y la situación jurídica de ese fallo respecto de la casación es la misma, porque la ley presume que los interesados se conformaron con la partición, ya que habiendo tenido oportunidad para formularle reparos y objeciones no lo hicieron; 2º Si alguno o algunos de los interesados, dentro del término del traslado, objeta el trabajo, se sustancia el punto como una articulación, dentro de la cual corresponde probar los fundamentos de la oposición al objetante. La decisión del incidente, sea o no favorable a las pretensiones del interesado objetante, es apelable, y cuando la segunda instancia corresponde a un Tribunal Superior de Distrito Judicial, la sentencia con que termina, si es aprobatoria de la partición y por la cual procede, puede ser acusada en casación ante la Corte. Si el Tribunal no aprueba la partición porque halla fundada alguna o algunas de las objeciones propuestas, el trabajo vuelve al partidor para que rehaga la partición, la cual, una vez reformada, no se da en nuevo traslado ni puede ser nuevamente objetada, y si se conforma al auto que ordenó rehacerla, debe ser aprobada.

En los casos preindicados se profiere sentencia definitiva, que finaliza el juicio sucesorio y que tiene por objeto aprobar la partición si no ha sido objetada en la oportunidad legal, o cuando habiéndolo sido, las objeciones se declaran infundadas en el estudio probatorio que de ellas se hace en la articulación correspondiente. Pero de estas sentencias, como se ha visto, solamente las últimas, esto es, las que han llegado a proferirse a través del incidente de objeciones, son las únicas que pueden tener acceso al recurso extraordinario de casación. El procedimiento del juicio de sucesión es la vía conducente para producir la partición, que es el acto jurídico que tiene sustantividad porque fija y determina con efectos retroactivos el derecho de propiedad que corresponde a los asignatarios dentro de la comunidad hereditaria, sobre las bases preestablecidas en el juicio, que son la pauta obligatoria para el partidor y dentro de las normas generales de equidad y equivalencia que establece el código para la liquidación y distribución de los efectos de la herencia.

La ley procedimental ofrece a los partícipes, dentro del juicio, la oportunidad y manera de fiscalizar y controlar la legalidad de las adjudicaciones en la partición en cuanto determina obligatoriamente la forma en que queda dividido el acervo hereditario, con el trámite procesal del traslado. Si no se usa la facultad de objetar la cuenta de partición, se cierra, dentro del juicio, la posibilidad de modificar la partición y el juez está obligado a aprobarla en sentencia definitiva que no puede llegar en casación a la Corte, porque siendo éste un recurso extra-

ordinario, su propia naturaleza exige que se hayan agotado previamente los medios ordinarios que ofrecen las instancias, y porque la falta de objeción y reparo implica la aceptación del acto. Dentro del juicio de sucesión no tiene la Corte más vía de acceso al estudio de las cuestiones relativas a la distribución de los bienes de una herencia que la articulación de las objeciones oportunamente propuestas ante el juez. Y la facultad oficiosa judicial para aprobar o improbar una partición, al margen del incidente legal de objeciones, sólo es procedente y aceptable cuando en la partición están interesados menores, pero en manera alguna cuando los coasignatarios, por ser personas completamente capaces, pueden acordar unánime y legítimamente lo que quieran al margen de las reglas legales sobre partición de la herencia.

En numerosas sentencias ha sostenido la Sala la doctrina de que el recurso de casación no es de oportunidad procesal ni medio adecuado para atacar la legalidad de una sentencia aprobatoria de una partición sucesoral con base en objeciones no formuladas dentro del término legal del traslado que establece el artículo 964 del C. J., o distintas de las que los interesados opusieron efectivamente en esa única oportunidad del proceso. Las particiones entre interesados capaces, no objetadas en tiempo, tienen que ser aprobadas, y las cuestiones que puedan afectar su validez, sujetas por este aspecto a las leyes que gobiernan los contratos, como la falta de consentimiento en alguno de los partícipes o la impugnación del estado civil que se le reconoció al declararlo heredero, son cosas para debatir por la vía amplia y contradictoria del juicio ordinario.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Para decidir sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 1946, aprobatoria de la partición de bienes en el juicio de sucesión de Claudia Campos de Aguirre, y con finalidad no simplemente narrativa sino para fundar las co clusiones de esta providencia, se hace una bre revista de los antecedentes procesales de ese fall

A pedimento del doctor Heliodoro Baquer como apoderado de todos los interesados en sucesión, el Juzgado del Circuito de Facatativ en auto de fecha 15 de octubre de 1945, decla abierto el juicio sucesorio de que se trata y rec noció como herederos, en su condición de hij legítimos, a Moisés, Rosa María, Antonio Ab Isabel y Luis Aguirre Campos, todos mayores edad, y a Raimundo Aguirre H. como parte en carácter de cónyuge sobreviviente con derecho gananciales. Este reconocimiento de herederc en lo que respecta a Isabel y Luis Aguirre Cam pos, se fundó en la siguiente declaración consi nada en la demanda, autorizada con la firma todos, hecha después de advertir que Luis e Is bel son hijos de Raimundo Aguirre y Claud Campos, nacidos antes de su matrimonio y legi mados por la expresa manifestación que hicier al contraerlo, la cual fue omitida por el Cura la partida correspondiente: "Los suscritos Raimu do Aguirre, Moisés, Rosa María y Abel Anton Aguirre Campos, como únicos interesados en es sucesión, con completa capacidad y libre dispos ción, por nuestra libre y espontánea volunta expresamente manifestamos: el primero, que r conoce a los nombrados Isabel y Luis Aguir Campos como sus hijos legitimados por el sub guiente matrimonio que contrajo con Claud Campos; y los tres últimos que reconocen y t nen a los mismos Isabel y Luis Aguirre Camp como sus hermanos carnales legítimos, por ser dos hijos de nuestros mismos padre y madre, es nuestra voluntad que concurran a la preser sucesión de nuestra madre común en las mism condiciones y con iguales derechos que nosotr sin distinción alguna; y pedimos por tanto, q acepte esta manifestación para que se nos haga todos el reconocimiento de herederos con el m mo carácter".

Pagados los impuestos fiscales y aprobados inventarios, a petición del apoderado común decretó la partición y el Juez le concedió licen para verificar el trabajo como representante todos los copartícipes hábiles de acuerdo con artículo 597 del C. J. y autorizó la entrega expediente al apoderado partidor.

Con fecha 7 de marzo siguiente, Rosa Ma Aguirre de Moreno manifiesta al Juez que c fiere poder al doctor Hernando Pulido para

a represente en el juicio sucesoral, revocando el ue había venido desempeñando el doctor Baque-o. El 11, el nuevo apoderado pide que se requie-a al doctor Baquero para que devuelva el expe-iente, retirado por él para practicar la partición e los bienes, porque según instrucciones de su oderdante ha de hacerse un inventario adicional e bienes, que enumera. En la misma fecha el uzgado ordenó el requerimiento y reconoció el uevo apoderado de Rosa María.

El 15 de marzo fue presentada la partición por Baquero, en cuyo final pide la aprobación de pla-o por estar de acuerdo los interesados. En pro-idencia del 20 siguiente no obstante se ordenó u traslado a los interesados por el término de iez días, que corrieron sin que ninguno de ellos iciera ninguna manifestación de inconformidad.

En memorial de 1º de abril siguiente la misma osa María Aguirre de Moreno manifiesta que or renuncia de su anterior mandatario, confiere oder para que la represente en el juicio mortuo-o al doctor Juan Romero. En esta misma fecha ste apoderado pide secuestre de los bienes he-nciales, y en auto del 4 del citado abril fue re-nocido como apoderado y se decretó el secues-o pedido.

El 9 de abril pide el apoderado Baquero, con ndamento en los artículos 964 inc. 3º y 367 del J., que por estar vencido el término del tras-do de la partición sin haber sido objetada, se le mparta la aprobación judicial.

El 12 siguiente el nuevo mandatario de la he-dera Rosa María pide al Juez "que se tenga mo inexistente la partición y se declare que abel y Luis Campos son hijos naturales de la usante", alegando también como fundamento e Heliodoro Baquero, cuando presentó su tra-jo, ya no era representante de todos los here-ros y por tanto la partición carece del consenti-ento de su mandante.

El Juzgado (auto de 22 de abril) desestimó la zón de la falta de consentimiento porque aun-e Baquero no era ya en verdad representante Rosa María Aguirre al presentar su trabajo, sí era cuando demandó la partición y obtuvo li-ncia judicial para realizarla como representan-de todos los interesados; pero negó la aproba-n a la partición presentada, porque estimó que legitimación con que fueron favorecidos Isabel Luis, aunque consentida expresamente por to-, aceptada por el Juez y naturalmente tenida cuenta por el partidor, no había sido hecha con las formalidades legales y de esta manera resultó formándose hijuela a dos personas que no son en realidad herederos.

Apelado este auto, el Tribunal de Bogotá, en providencia de 29 de agosto de 1946, estudiando la cuestión jurídica de la legitimación referida consideró que el acuerdo de todos los herederos al respecto, ni el auto en que Isabel y Luis se declararon hijos legítimos con iguales derechos a sus hermanos, ligaban al partidor, y por esta razón confirmó el proveído del Juzgado. Pidió Baquero reposición de este auto, y entonces el Tribunal, en sentencia de 19 de diciembre de 1946, por la razón fundamental de que la partición de que se trata no fue objetada dentro del término que la ley concede al efecto y que la distribución y adjudicación de los bienes fue hecha por el acuerdo unánime y legítimo de los coasignatarios hábiles, revocó su providencia y en su lugar aprobó el trabajo de partición y ordenó su inscripción en el registro y la protocolización notarial del expediente.

"En el caso de que se trata —se lee en la precitada sentencia — la partición fue demandada unánimemente por los interesados, y se practicó por el representante común de ellos, doctor Heliodoro Baquero. Y si bien es cierto que para la época en que el trabajo fue presentado, uno de los interesados retiró el poder que tenía conferido al citado doctor Baquero, también lo es que a pesar de haber constituído éste un nuevo apoderado, venció el término del traslado de la partición sin que éste, ni ninguno otro, formulara objeción alguna al trabajo presentado. En tal situación cabe concluír que, aun cuando desapareciera la unanimidad de todos los interesados para hacer la partición ellos mismos, el silencio que guardaron en la oportunidad que otorga la ley para formular los reparos que procedan contra la partición, produjo el efecto de tener como aceptado unánimemente el trabajo presentado, con la consecuencia de tener que ser aprobado por el Juez, de conformidad con el precepto legal citado anteriormente".

Contra esta sentencia del Tribunal interpuso el apoderado de Rosa María Aguirre de Moreno el recurso de casación, sobre cuya admisibilidad va a decidir la Corte en esta providencia.

Dentro del juicio especial de sucesión, cuyo objeto es la liquidación y adjudicación de los bienes herenciales para que así opere o se realice el cuarto de los modos de adquirir el dominio a que

alude el artículo 673 del C. C., la partición es el incidente o etapa final con que culmina y en la cual se concreta e individualiza el derecho de los asignatarios en la comunidad universal. Presentado por el partidor su trabajo al Juez, pueden ocurrir según la ley tres casos: a) Que en la partición misma o en memorial separado los interesados con capacidad suficiente pidan que se apruebe de plano, evento en el cual el Juez provee de conformidad y dicta la sentencia aprobatoria al tenor del artículo 697 del C. J. Termina entonces el juicio ante el Juez a quo por la voluntad expresa de las partes, porque la sentencia definitiva aprobatoria queda firme y no siendo siquiera susceptible de segunda instancia, menos podrá pensarse en recurso extraordinario de casación contra ella. b) Si no se hace la petición unánime de aprobación, porque falta totalmente o sólo se hace parcialmente por algunos de los interesados, se da traslado a éstos por un lapso prudencial que no pase de diez días. Corrido legalmente el traslado, pueden ocurrir dos casos: 1º Ninguno de los interesados formula objeción a la partición. El Juez debe entonces dictar la sentencia aprobatoria como en el primer caso, y la situación jurídica de ese fallo respecto de la casación es la misma, porque la ley presume que los interesados se conformaron con la partición, ya que habiendo tenido oportunidad para formularle reparos y objeciones no lo hicieron; 2º Si alguno o algunos de los interesados, dentro del término del traslado, objeta el trabajo, se sustancia el punto como una articulación, dentro de la cual corresponde probar los fundamentos de la oposición al objetante. La decisión del incidente, sea o no favorable a las pretensiones del interesado objetante, es apelable, y cuando la segunda instancia corresponde a un Tribunal Superior de Distrito Judicial, la sentencia con que termina, si es aprobatoria de la partición y por la cuantía procede, puede ser acusada en casación ante la Corte. Si el Tribunal no prueba la partición porque halla fundada alguna o algunas de las objeciones propuestas, el trabajo vuelve al partidor para que rehaga la partición, la cual, una vez reformada, no se da en nuevo traslado ni puede ser nuevamente objetada, y si se conforma al auto que ordenó rehacerla, debe ser aprobada.

En los casos preindicados se profiere sentencia definitiva, que finaliza el juicio sucesorio y que tiene por objeto aprobar la partición si no ha sido objetada en la oportunidad legal, o cuando habiéndolo sido, las objeciones se declaran infun
das en el estudio probatorio que de ellas se h
en la articulación correspondiente. Pero de es
sentencias, como se ha visto, solamente las ú
más, esto es, las que han llegado a proferirs
través del incidente de objeciones, son las ú
cas que pueden tener acceso al recurso extra
dinario de casación. El procedimiento del jui
de sucesión es la vía conducente para producir
partición, que es el acto jurídico que tiene sust
tividad porque fija y determina con efectos re
activos el derecho de propiedad que correspo
a los asignatarios dentro de la comunidad he
ditaria, sobre las bases preestablecidas en el
cio que son la pauta obligatoria para el parti
y dentro de las normas generales de equida
equivalencia que establece el código para la li
dación y distribución de los efectos de la her
cia. La ley procedimental ofrece a los partici
dentro del juicio, la oportunidad y manera de
calizar y controlar la legalidad de las adjud
ciones en la partición en cuanto determina obl
toriamente la forma en que queda dividido
acervo hereditario, con el trámite procesal
traslado. Si no se usa la facultad de objeta
cuenta de partición, se cierra, dentro del ju
la posibilidad de modificar la partición y el J
está obligado a aprobarla en sentencia defini
que no puede llegar en casación a la Corte,
que siendo éste un recurso extraordinario, su
pia naturaleza exige que se hayan agotado pre
mente los medios ordinarios que ofrecen las
tancias, y porque la falta de objeción y reparo
plica la aceptación del acto. Dentro del juici
sucesión la Corte no tiene más vía de acces
estudio de las cuestiones relativas a la distr
ción de los bienes de una herencia que la ar
lación de las objeciones oportunamente prop
tas ante el Juez. Y la facultad oficiosa jud
para aprobar o improbar una partición, al ma
del incidente legal de objeciones, sólo es pr
dente y aceptable cuando en la partición está
teresados menores, pero en manera alguna cu
los coasignatarios por ser personas completa
te capaces pueden acordar unánime y legít
mente lo que quieran al margen de las regla
gales sobre partición de la herencia.

En numerosas sentencias ha sostenido esta
la la doctrina de que el recurso de casación
oportunidad procesal ni medio adecuado para
car la legitimidad de una sentencia aproba
de una partición sucesoral con base en objec

no formuladas dentro del término legal del traslado que establece el art. 964 del C. J., o distintas de las que los interesados opusieron efectivamente en esa única oportunidad del proceso. Las particiones entre interesados capaces, no objetadas en tiempo, tienen que ser aprobadas, y las cuestiones que puedan afectar su validez, sujetas por este aspecto a las leyes que gobiernan los contratos, como la falta de consentimiento de alguno de los partícipes o la impugnación del estado civil que le reconoció al declararlo heredero, son cosas para debatir por la vía amplia y contradictoria del juicio ordinario.

Por lo expuesto, la Sala declara inadmisible el recurso de casación a que se ha querido someter la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 19 de diciembre de 1946, aprobatoria de la partición de bienes en el juicio de sucesión de Claudia Campos de Aguirre.

Notifíquese y cópiese. Devuélvase el expediente.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Guillermo Amaya Ramírez, (Conjuez). — **Hernán Salamanca.—Emilio Prieto H.** Ofl. Mayor.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS. — MANDATO

Si el mandatario celebra un contrato en tal calidad, no contratando para sí sino para el mandante, son de éste los derechos y obligaciones respectivos. Si, por ejemplo, aquél, en tal carácter, compra una casa para el mandante, éste es quien la adquiere y quien ha de pagarla; de suerte que si por faltar a esta obligación lo demanda el vendedor ya por el precio, ya para que se resuelva la compraventa, la demanda tiene que dirigirla contra el mandante y éste por sí o por medio de apoderado afrontará el litigio. Si este abogado que recibe poder es la misma persona que como mandatario para el negocio lo celebró, de esta identidad de personas no podrá deducirse identidad entre sus dos mandatos. El judicial debe conferirse como manda el Código de este ramo en sus artículos 255 y 256. Y si se confiere por escritura pública ella puede contener las dos facultades en referencia, esto es, la de contratar y la de litigar.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

La sociedad comercial colectiva Pedro Luis Mejía & Compañía Sucesores, domiciliada en Manizales, entregó a la sociedad anónima Compañías Unidas de Transportes S. A., domiciliada en Bogotá, unas mercancías para transportarlas a aquella ciudad, las que esta compañía recibió con tal fin en su agencia de Medellín el 8 de abril de 1942 y despachó el 17 de los mismos en un vehículo que se incendió en el camino, por lo cual las mercancías perecieron.

Con estos hechos por fundamento cardinal, la sociedad consignante demandó a la sociedad porteadora para que se la condene a pagar el valor de aquéllas, los perjuicios por lucro cesante causados por la no entrega, y las costas del juicio.

Repartida la demanda al Juzgado 4º Civil de Circuito de Medellín y admitida, el 27 de agost de ese año se notificó al señor Lisandro Zuloag G., señalado por el actor como representante e esa ciudad de la compañía demandada. El apode rado judicial que éste constituyó contestó opo niéndose e invocando varias excepciones, entr ellas la de caso fortuito.

El Juzgado sentenció el 22 de junio de 1945 de clarando no probadas las excepciones, condenar do a la compañía demandada a pagar a la de mandante $ 5.109,50 como valor de las mercancía y negando las súplicas de lucro cesante y costa

Por apelación de ambas partes subió el asunt al Tribunal, cuya sentencia de 19 de noviembre d 1946, reformando la apelada, condenó a la com pañía demandada a pagar a la demandante el va lor de las mercancías y el lucro cesante y para l fijación de ambas prestaciones remitió a las par tes al art. 553 del C. J. Sin costas.

Contra este fallo interpuso la parte demandad el recurso de casación que aquí se decide.

El Tribunal, en vista de las obligaciones leg les del porteador, de que no se cumplieron y q que no comprobó las excepciones que opuso, pr nunció su condena referida.

El abogado de la compañía recurrente invoca l motivos 1º y 6º del art. 520 del C. J. Dentro d primero acusa de error en la apreciación de cie tas pruebas, que señala, por no haberse estima como manda el art. 601 de esa obra y particula mente por no acoger el dictamen pericial y fa tar así al art. 722 **ibidem**, y de violación cons cuencial de los arts. 283 y 306 del C. de Co. y. 20 del C. C., en cuanto aquel error llevó al Tribun a desconocer el caso fortuito, a favor del cual e sociedad debió ser absuelta de conformidad c estas disposiciones. En el motivo 6º sostiene la n lidad de toda la actuación, citando el art. 448 C. J., por ilegitimidad de la personería de la p te demandada, por haberse tenido al señor Zul ga como su representante, sin serlo.

Se considera:

Comenzando el estudio de los cargos, como es lógica, por el relativo a nulidad, se tiene que

irencia de representación la encuentra el recurrente en que Zuloaga no es gerente de la compañía, sino agente suyo o, con más claridad, jefe de la agencia que esa compañía, cuyo domicilio es Bogotá, estableció en Medellín, y que en esta simple calidad no lo capacita para funciones gubernativas que el gerente no le ha delegado, como lo es la de recibir la notificación de la demanda y nombrar apoderado judicial.

Con certificación de la Cámara de Comercio de Medellín se acredita en el proceso, tanto que la sociedad hoy demandada se constituyó en escritura de 21 de noviembre de 1933 y que por escrituras de 1940 y 1941, todas ellas ante el Notario 2º de Bogotá, se reformaron sus estatutos, cuanto que por la de 26 de octubre de 1940 de la misma Notaría "el gerente de Compañías Unidas de Transportes S. A. confirió poder general al señor Lisandro Zuloaga G., vecino de Medellín, para que administre la agencia de Compañías Unidas de Transportes S. A. en dicha ciudad y para que lleve la representación de la sociedad en todo aquello que sea necesario para el conveniente manejo de la agencia". Agrega la Cámara que no hay constancia de nuevo nombramiento de apoderado.

El recurrente llama la atención a que los estatutos sociales establecen que "el gobierno y la administración inmediatos de la sociedad estarán a cargo de un gerente y dos subgerentes con los mismos poderes de aquél, pero que obrarán bajo la dirección, nombrados todos por la junta directiva".

Con esta transcripción refuerza la distinción que hace entre funciones gubernativas y meramente administrativas, de la cual deduce que concretándose a éstas y no extendiéndose a aquéllas el poder conferido a Zuloaga para la agencia en Medellín no podía este señor asumir la representación de la sociedad ni, por ende, conferir el poder judicial antedicho.

El Tribunal encontró suficiente esta representación, considerando que el agente en lugar distinto del domicilio de la sociedad tiene una calidad especial que impide desconocer que la representa en lo atañedero a los negocios de la agencia, y trae a cuento lo que en este sentido acontece con las entidades bancarias, y advierte que si es la persona la que judicialmente se emplaza, según el art. 3º de la Ley 42 de 1898, y si las de origen extranjero han de tener en Colombia como representante una persona natural designada al efecto según el art. 2º del Decreto Legislativo Nº 2 de 1906 y el 38 de la Ley 40 de 1907, de aquí no se deduce que el administrador de una sucursal o agencia de una sociedad no pueda representar a ésta en desarrollo de facultades de que su gerente lo haya investido. Y estima que éste es el caso presente, puesto que el poder conferido por el gerente a Zuloaga le otorga la representación de la sociedad en todo lo necesario para el conveniente manejo de la agencia, sin limitación o excepción de donde pudiera deducirse que esa potestad le fue cerrada o suprimida respecto de litigios o, en general, de intervención ante las autoridades.

Así se resumen los argumentos en que basa su negativa a lo que sobre deficiencia de su propia representación alega la parte demandada.

Se considera:

Si el mandatario celebra un contrato en tal calidad, no contratando para sí sino para el mandante, son de éste los derechos y obligaciones respectivos. Si, por ejemplo, aquél, en tal carácter, compra una casa para el mandante, éste es quien la adquiere y quien ha de pagarla; de suerte que si por faltar a esta obligación, lo demanda el vendedor ya por el precio, ya para que se resuelva la compraventa, la demanda tiene que dirigirla contra el mandante y éste quien por sí o por medio de abogado afrontará el litigio. Si este abogado que recibe poder es la misma persona que como mandatario para el negocio lo celebró, de esta identidad de personas no podrá deducirse identidad entre sus dos mandatos. El judicial debe conferirse como manda el Código de este ramo en sus arts. 255 y 256. Hasta sobra decir que si se confiere por escritura pública, ella puede contener las dos facultades en referencia, esto es, la de contratar y la de litigar.

Aquí no recibió Zuloaga sino la primera. Su mandato, a que el gerente no hizo recortes ni puso salvedades, tiene para esa preposición toda la amplitud de facultades que al factor reconoce el art. 554 del C. de Co. Por eso no ha habido discusión ni duda sobre la validez del contrato de transporte en que Zuloaga representó a la Compañía hoy demandada, ni ha habido duda tampoco sobre exigibilidad a ésta de las obligaciones nacidas de ese contrato.

Pero esto es muy distinto e independiente de lo atañedero a esa personería en lo judicial, y mirando hacia ésta, que es lo procedente en el pleito y dentro del recurso en estudio, se echa menos un poder conferido como legalmente corresponde, con el cual y sólo con él, no como factor a la luz de

dicho art. 554, sino a la del C. Judicial en sus artículos citados, el apoderado habría podido recibir la notificación de la demanda y seguir el litigio por sí mismo o por medio de abogado, según lo que constitucional y legalmente corresponde sobre capacidad de litigar y ejercicio de la abogacía.

El art. 269 del C. J. previene que "ninguno puede representar a otro en juicio sino con poder otorgado con las formalidades legales". Las excepciones que establece no son para traídas a cuento, porque el presente caso está lejano de ser de los que singularmente las constituyen.

El mismo Código en su art. 272, inciso 1º, establece que las sociedades o corporaciones que, domiciliadas en otro país, entablen negocios en Colombia, son representadas por los apoderados o agentes que han de nombrar como allí se dice, y acaba previniendo: "so pena de ser consideradas como presonas ausentes cuyo domicilio se ignora". Esto, entre otras cosas, significa una sanción para la falta a la constitución de apoderado, una insistencia en el deber de tenerlo.

La Ley 28 de 1931, que en su art. 41 da pleno valor probatorio sobre quién es el gerente de una sociedad, al certificado de las Cámaras de Comercio, termina citando tanto las autoridades judiciales como las administrativas separadamente, lo que corrobora la mencionada distinción. El art. 250 del C. J. confiere la representación en juicio de las personas jurídicas a quienes son sus representantes constitucionales legales o convencionales, según el caso, y la de las corporaciones o fundaciones cuyo representante legal no sea conocido, a quienes las presiden. Esto guarda completa armonía con lo que el C. de Co. dispone acerca de la representación de las sociedades y de las facultades de sus gerentes.

En fuerza de lo dicho, se ve que anduvo acertado el Juez cuando al estudiar el asunto para sentenciarlo encontró la causal de nulidad que ordenó poner en conocimiento de las partes en providencia de 17 de mayo de 1945, de que denegó los recursos que contra ella interpuso la parte demandante.

En ese entonces la notificación a la parte mal representada se hizo al mismo abogado que Zuloaga había constituído, el que manifestó no allanar. Los reparos que se imponen al respecto, no son de exponerse ya, porque en la Corte se ha presentado el gerente de la compañía demandada nombrando apoderado judicial y éste, lejos de allanar la nulidad y ratificar lo actuado, solicita que aquél se declare. Así debe hacerse, de acuerdo con lo atedicho y con lo que manda el art. 455 del C.

Conforme al art. 458 del mismo, ha de condenarse en las costas al funcionario responsable como la culpa no es enteramente suya, la carga se reparte entre él y el demandante. Ese funcionario es, tanto el Juez de la primera instancia, como el Tribunal en la segunda. Para éste la responsabilidad no puede remontarse más allá de su sentencia, porque, si bien pudo antes anotar la nulidad, es de reconocerse que fue al sentenciar y no antes cuando debió percatarse de ella y proceder como a esto corresponde según dicho art. 455. De estas reflexiones de detalle se deduce que la mitad de las costas de todo el juicio es de cargo de la parte demandante y que la otra mitad es de cargo del Juez desde que el juicio comenzó hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia y de cargo del Tribunal de ahí en adelante.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis y en su lugar declara nulo todo lo actuado en el presente juicio a partir del auto admisorio de la demanda y condena en las costas así: en la mitad de todas ellas a la parte demandante; y en la otra mitad, al Juez de primera instancia desde la admisión de la demanda hasta la sentencia de segunda instancia, y de ésta en adelante a los Magistrados del Tribunal Superior que formaron la Sala de Decisión. La cuota a cargo del Juez pesará sobre quien admitió la demanda y siguió la actuación hasta citar para sentencia, en esa parte, y sobre el que dictó ésta en cuanto se extiende entre ella y la del Tribunal.

Publíquese, cópiese y notifíqese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hermán Salamanca. Emilio Prieto H. Ofl. Myr. Ppdad.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL

La adquisición del estado civil de hijo natural respecto del padre no halla en nuestro derecho sino dos orígenes: el reconocimiento y la declaración judicial. El primero, que es la génesis primaria de dicho estado, por cuanto emana de la voluntad libremente expresada, se configura por ciertas características esenciales, a saber: a) Es declarativo, en tanto no constituye un medio de prueba sino un negocio jurídico en cuya virtud se establece el vínculo familiar sobre bases preexistentes, puestas en evidencia jurídica por medio del reconocimiento; por eso algunos autores lo señalan como un acto-admisión, no como un acto-confesión, circunstancia que en nuestro derecho se destaca en el texto del artículo 1º de la ley 45 de 1936, armonizado especialmente con el 4º ibidem; b) es facultativo, es decir, constituye un acto libre del padre que reconoce (Art. 55 de la ley 153 de 1887); c) es bilateral porque, a pesar de ser facultativo, debe ser notificado al hijo y aceptado por éste en los términos del artículo 57 de la misma ley 153 de 1887); d) es personal, ya que conforme al artículo 55 de la ley 153 citada, sólo el padre que reconoce puede realizarlo, característica ésta que excluye toda posibilidad de eficacia al reconocimiento que halle origen en los herederos del presunto padre, por ejemplo; e) es individual por cuanto quien lo ejecuta no debe revelar el nombre de la persona con quien hubo el hijo, rasgo que se pone de relieve en la norma contenida en el último inciso del art. 2º de la ley 45 de 1936); f) es solemne porque precisamente ha de constar en alguno de los instrumentos que detalla el inciso primero del art. 2º de la misma ley de 1936; g) es irrevocable según el mandamiento contenido en la disposición legal últimamente mencionada.

Estas características, comunes algunas al derecho francés, y todas al español, imprimen al acto de reconocimiento una importancia mayor, y efectos jurídicos superiores, a las que presenta el mismo acto en otros ambientes legales, el alemán por ejemplo, ya que en ellos apenas implica una renuncia a la posibilidad de oponer la excepción "plurium construpatorum" ante una posible investigación judicial de la paternidad, al paso que en nuestra ley representa el modo fundamental o primario, como ya se dijo, de establecer las relaciones jurídicas aparejadas por el vínculo de la filiación natural. Señálase como medio primario el reconocimiento porque la declaración judicial de paternidad, como toda actividad jurisdiccional, es secundaria; quiere significarse con esto que en cualquier acto de la jurisdicción se halla que el Estado, sólo ante la inactividad de los sujetos de una relación jurídica, sustituye esa inercia con la declaración del derecho, con la condena a la prestación, o con la actuación de un estado jurídico. De esta suerte cuando la libertad individual no descubre el estado civil ya causado en los hechos, la ley permite que el beneficiario del estado oculto busque ante la justicia la declaración correspondiente. La sentencia declarativa presupone una voluntad de la ley contenida en un mandamiento abstracto, y la existencia de uno o más hechos por los cuales el querer legal se concreta en un caso determinado. La declaración judicial de paternidad natural está prevista en nuestro derecho, pero en una forma circunscrita y limitada, comoquiera que el artículo 4º de la ley 45 de 1936 en forma taxativa señaló cuáles son los antecedentes sobre los que hay lugar a proferir tal declaración; ese límite opera sobre el elemento de hecho (causa petendi) de la acción declarativa, el cual ha de referirse necesariamente y en forma exclusiva a los casos u ocurrencias previstos por el legislador; por esto el dicho límite tiene ante todo incidencia sobre el material probatorio cuyo tratamiento por parte de la justicia ha de atemperarse a la sistematización restrictiva de que el legislador se valió

para configurar la acción enderezada a obtener la declaración, como un poder jurídico hasta cierto punto excepcional, y, en todo caso, estrictamente regulado.

Las tres primeras causales reconocidas por el artículo 4º no dan lugar a dificultad alguna.

Las discrepancias entre las relaciones sexuales previstas en la ley 45 y el concubinato, se han hecho depender de que éste se configura como una unión "irregular entre dos personas solteras", acepción que corre en el Diccionario de Escriche al tratar de la palabra "concubina", aunque en el mismo aparte añade: "Bien que en sentido más lato y general se llama concubina cualquier mujer que hace vida maritable con un hombre que no es su marido, cualquiera que sea el estado de ambos"; este concepto lo afirma el mismo autor cuando trata de la palabra "amancebamiento", describiendo dicho estado como el del "hombre y la mujer que tienen entre sí trato ilícito y habitual". Nada puede hacer afirmar en forma excluyente y cierta que el legislador colombiano al exigir la preexistencia de relaciones sexuales estables y notorias estaba refiriéndose a un estado irregular más amplio que el concubinato, no sólo porque el tipo de relaciones descrito por la ley coincide con la noción corriente y jurídica del concubinato, sino porque la prueba del estado a que aluden los preceptos importa necesariamente la de hechos que en forma externa desde el punto de vista social, delatan la existencia de un vínculo sexual constante, durable, firme o permanente que son las acepciones que el Diccionario trae de la palabra ESTABLE usada por la ley; esa notoriedad y estabilidad son precisamente las características que ostenta la relación concubinaria.

Nuestro estatuto no permite que la paternidad natural pueda reclamarse sobre pruebas de lazos sexuales más o menos permanentes pero ocultos en el sentido de que quienes los sostienen no los han descubierto voluntariamente ante su ambiente social; en consecuencia, es inhábil la prueba consistente en el dicho de quienes voluntaria o casualmente han sorprendido a los amantes, o han sido depositarios de sus confidencias, o han llegado a saber o a inferir por modo diverso del que recae sobre los hechos notorios, el común conocimiento, la existencia de un determinado vínculo de amor ilíci

El testimonio de la servidumbre de amantes, si bien excepcionalmente idón respecto del hecho aislado del amancebamiento, es ineficaz para demostrar la publicidad y notoriedad de éste, comoquiera q los sirvientes adquieren su ciencia sobre acaecido entre sus patronos por razón de convivencia con ellos, y no de circunstancias que rebasen los límites de la vida privada e íntima.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, febrero diez y siete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Leal Morales).

Alfredo Villegas afirma ser fruto de las relaciones sexuales que mantuvieron en Neira, Departamento del Caldas, hacia los años de 1900, 1901 1902, Jesús María Tobón y María de Jesús Villegas; siguiendo el relato de Villegas, desde la cha de su nacimiento le dispensó Tobón cuidados paternales los cuales se prolongaron por muchos años y se manifestaron en diversas circunstancias además, Tobón proveyó a la educación y establecimiento de Villegas a quien presentó ante amigos y relacionados como hijo suyo siendo reputado por tal en todo el vecindario de Neira rante muchos años; tanto María de Jesús como amante Tobón eran solteros cuando cultivaron relaciones en mención; hasta el presente Tobón ha reconocido legalmente como hijo suyo a Villegas.

Este, sobre la relación de hechos que se deja tetizada, ante el Juzgado 8º Civil del Circuito Bogotá demandó por la vía ordinaria la declación judicial de su filiación pidiendo que se ran, a Jesús María Tobón como demandado Agente del Ministerio Público.

Notificado a Tobón el libelo se abrió el ju a prueba dando lugar a que las partes pidieran practicaran abundantes probanzas; transcurr más de seis meses en debate probatorio el dem dante Villegas solicitó la declaración de ser lo todo lo actuado por no haber tenido luga citación del Ministerio Público, omisión que el bunal de Bogotá había destacado al absteners

solucionar el recurso de alzada interpuesto contra una providencia que denegó practicar el reconocimiento judicial de documentos privados pedido por alguno de los litigantes; por auto que profirió el Juez de la causa fue declarada la nulidad a partir de la apertura a prueba; en los cinco meses subsiguientes no se hizo gestión alguna en orden a subsanar la pretendida informalidad que había invalidado la actuación, pero después de ese lapso el demandante diciendo aclarar, corregir y enmendar la demanda primitiva, presentó nuevo libelo tendiente a obtener la declaración sustancial suplicada en el anterior, y tres decisiones más, a saber: a) que el demandante es la misma persona que figura con el nombre de Julio y como hijo de María de Jesús Osorio en una partida eclesiástica de nacimiento sentada en Neira el 23 de febrero de 1897; b) que el dicho Villegas es la misma persona que con el nombre de Julio César Villegas figura en el acta eclesiástica de matrimonio con Celsa Gómez Sánchez, celebrado en Neira el 22 de enero de 1910; c) que se ordene extender la partida civil correspondiente al estado cuya declaración se pretende y la inserción del fallo en el registro notarial.

Como **causa petendi** de estas súplicas se narran numerosos hechos cuya síntesis, ya que su pormenorización resultaría inoperante, es la siguiente: Las relaciones sexuales entre Tobón y María de Jesús Villegas, clandestinas al principio y luego notorias, permanentes y estables; el nacimiento del actor como fruto de tal unión, y su bautismo al día siguiente de nacer, sucesos ocurridos en Neira durante el mes de febrero de 1897; el trato público y paternal a Villegas por parte de Tobón quien atendió a la crianza, educación y establecimiento profesional del primero; la aclaración del actor a su afirmación en el libelo primitivo de haber nacido por los años de mil novecientos dos con apoyo especialmente en lo aseverado por María de Jesús Villegas en la escritura pública Nº 126 otorgada el 24 de mayo de 1940 y por medio de la cual reconoció a Villegas su filiación natural materna; la madre de Villegas al otorgar la escritura mencionada estaba gravemente enferma, tenía más de sesenta y cinco años, no había hallado la partida de nacimiento de su hijo y se atuvo sólo a sus recuerdos sobre los hechos fisiológicos de la concepción y del alumbramiento; María de Jesús Villegas corrigió el error en que había incurrido otorgando otra escritura pública pocos días antes de la presentación del nuevo libelo destinado a enmendar el primitivo; en la partida de matrimonio del actor figura equivocadamente con el nombre de Julio César, circunstancia que ignoraba al presentar la primera demanda.

De este escrito se dió traslado a Jesús María Tobón y al Ministerio Público, y sobre su contenido rodó el debate probatorio, y, en general, el trámite de la primera instancia a la cual el Juez del conocimiento puso fin con sentencia fechada el once de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Es de notar que dicho fallo se profirió con la mayor negligencia de parte del Juzgador el cual ni siquiera reparó en la corrección de la demanda de tal suerte que despachó favorablemente al demandante la declaratoria de filiación, y calló sobre los demás extremos propuestos a los cuales no alude en la parte expositiva de la providencia; de esta apelaron ambas partes dando origen así al segundo grado el cual halló fin en la sentencia que profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha trece (13) de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945); mediante dicho proveído se adicionó el apelado cuya única resolución fue confirmada, al propio tiempo que se despacharon favorablemente al actor las súplicas del libelo que el Juez de primera instancia dejó insolutas.

Contra la sentencia dictada por el Tribunal inpuso el demandado recurso de casación que, concedido, admitido y tramitado en forma regular se procede a destacar.

La sentencia recurrida

El Juez de primera instancia, no halló la convicción de que Alfredo Villegas hubiera nacido después de transcurridos ciento ochenta días a partir del comienzo de las relaciones carnales que señala como su origen, y para acceder a la declaración impetrada tuvo en cuenta sólo las pruebas atinentes a la posesión notoria del estado civil reclamado.

El Tribunal, en cambio, halló plenamente demostrados los hechos constitutivos no sólo de la causal quinta sino también de la cuarta de las detalladas en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, conclusión a que llegó mediante un dilatado examen probatorio; en su desarrollo se destaca que cierta documentación aducida por el actor demuestra que "Tobón sí vivió continuamente en Neira, Departamento de Caldas, desde el 7 de febrero de

1896 hasta agosto 4 de 1897, o sea en todo el año que precedió al nacimiento y bautismo del actor, o sean en los trescientos sesenta días que antecedieron a la fecha del nacimiento", circunstancia que también halló comprobada testimonialmente por el dicho de Juan Esteban Ocampo, Domingo Rincón, Angel María Alzate, José Jesús Gómez, Adelina García, Alejandro Gómez y Ricardo Mejía quiénes declararon dentro de la primera instancia del juicio; de estos mismos testimonios y de los rendidos por Benjamín Tobón, Pedro Henao, Ricardo Mejía, Alejandro Gómez R. y otros, el Tribunal concluyó no solo que entre Jesús María Tobón y María de Jesús Villegas hubo relaciones sexuales estables y notorias sino que Alfredo Villegas es producto de tales relaciones.

La medula de la crítica probatoria adelantada en el fallo recurrido se compendia en los siguientes apartes del mismo: "..., aparecen cuatro declaraciones importantísimas, como son las de Esteban Ocampo, quien fue servidor por el tiempo de los sucesos, en la casa de Tobón y la Villegas, la de Nicolás Torres que fue invitado por Tobón la noche del nacimiento de Villegas y por esto concurrió con Tobón esa misma noche a llevarle presentes y a ayudar a atenderla; la de Adelina García, por haber sido la madrina de bautizo del actor Villegas, y por haber concurrido a ese acto, para el cual fue buscada y solicitada por el mismo Jesús María Tobón, y la de Joaquín Osorio, quien presenció muchos hechos ostensibles que hizo Tobón con el reconocimiento de Villegas como su hijo natural, y ser Osorio primo hermano de Adelina García, la madrina de bautizo de Villegas. Del acervo de declarantes anotados aparecen cinco testigos, aseverando, fuera de las demás circunstancias que indican como suficientes para tener a Alfredo Villegas Osorio como hijo natural de Jesús María Tobón, la circunstancia especialísima y de capitalísima importancia, de que a ellos les consta personalmente que el actor efectivamente sí es hijo natural de Tobón, porque éste, personalmente, les contó, les refirió a esos cinco testigos, individualmente, que Villegas Osorio era su hijo natural". Por último a este mismo respecto, el Tribunal indica estar "completamente convencido de la veracidad de los testigos, de la sinceridad e imparcialidad (sic), de la fe que prestan sus testimonios".

En relación con la posesión notoria del estado civil de cuya declaración judicial se trata el sentenciador halló también probada mediante los mismos testimonios de que había hecho mérito, previo el análisis interpretativo del artículo sexto de la Ley 45 de 1936, que más adelante se examinará.

El recurso

La parte demandada presenta contra la sentencia recurrida dos cargos, ambos con base en la causal primera de casación, a saber: a) Ser violatoria, por aplicación indebida, de los arts. 1º y 4º (numeral 4º) de la Ley 45 de 1936, y 697 del C. J.; la aplicación indebida, según el recurrente, proviene de error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial. b) Ser violatoria, por aplicación indebida y por interpretación errónea, de los arts. 4º (numeral 5º) 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, "en relación especialmente con el art. 398 del C. C." y 697 del C. J.; como el cargo primero, éste se sostiene también en error de hecho y de derecho en la apreciación del dicho de los testigos.

Primer cargo. — El recurrente se expresa así:

"Las relaciones sexuales y notorias a que se refiere el artículo 4º (en su numeral 4º) de la Ley 45 de 1936, deben tener las características de un concubinato, como lo establecía antes nuestro Código Civil y como lo establece la ley francesa de mayo de 1912 sobre filiación natural. No son, pues, cualesquiera relaciones sexuales más o menos intermitentes, sino relaciones de carácter permanente, que para muchos se ostenten como las de un matrimonio. No de otro modo, a mi entender, y al entender de muchos juristas y doctrinantes puede interpretarse esta norma, que es tan peligrosa, porque de otra manera se daría lugar a muchos abusos, como sería, por ejemplo, los que cometerían las mujeres de vida liviana".

Comentando el error que imputa al Tribunal, el demandado añade: "En efecto, de las declaraciones rendidas en primera instancia, a solicitud de la parte demandante, no aparece cuándo empezaron, cuánto duraron ni cuándo terminaron las pretendidas relaciones sexuales entre María de Jesús Osorio o Villegas y Jesús María Tobón. **Basta leerlas,** (subrayado en el original) como tampoco aparece que esas relaciones se caracterizaran por una permanencia o estabilidad, es decir, un concubinato, que es como debe interpretarse el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Pero no es sólo esto: sino que existen declaraciones, como la de Juan Esteban Ocampo (Fls. 12 del cua-

derno Nº 7) que dice que tiene cincuenta y seis años de edad y que conoció hace cincuenta años a María de Jesús Villegas u Osorio, quien llevaba relaciones sexuales con Jesús María Tobón. Un niño de 6 años de edad o 5, por más precoz que sea no puede captar esas cosas, por donde se ve que una declaración de esa índole, y así son casi todas, no pueden servir de fundamento para declarar un estado civil".

Para resolver se considera:

La adquisición del estado civil de hijo natural respecto del padre no halla en nuestro derecho sino dos orígenes: el reconocimiento y la declaración judicial. El primero que es la génesis primaria de dicho estado, por cuanto emana de la voluntad libremente expresada, se configura por ciertas características esenciales, a saber:

a) Es declarativo, en tanto no constituye un medio de prueba sino un negocio jurídico en cuya virtud se establece el vínculo familiar sobre bases preexistentes, puestas en evidencia jurídica por medio del reconocimiento; por eso algunos autores lo señalan como un acto-admisión, no como un acto-confesión, circunstancia que en nuestro derecho se destaca en el texto del art. 1º de la Ley 45 de 1936, armonizado especialmente con el 9º ibidem;

b) Es facultativo, es decir, constituye un acto libre del padre que reconoce (art. 55 de la Ley 153 de 1887);

c) Es bilateral porque, a pesar de ser facultativo, debe ser notificado al hijo y aceptado por éste en los términos del art. 57 de la misma Ley 153 de 1887;

d) Es personal ya que, conforme al art. 55 de la Ley 153, ya citada, sólo el padre que reconoce puede realizarlo, característica ésta que excluye toda posibilidad de eficacia al reconocimiento que halle origen en los herederos del presunto padre, por ejemplo;

e) Es individual por cuanto quien lo ejecuta no debe revelar el nombre de la persona con quien tuvo el hijo, rasgo que se pone de relieve en la forma contenida en el último inciso del art. 2º de la Ley 45 de 1936;

f) Es solemne porque precisamente ha de constar en alguno de los instrumentos que detalla el inciso primero del art. 2º de la misma Ley de 1936;

g) Es irrevocable según el mandamiento contenido en la disposición legal últimamente mencionada.

Estas características comunes algunas al derecho francés, y todas al español, imprimen al acto de reconocimiento una importancia mayor, y efectos jurídicos superiores, a las que presenta el mismo acto en otros ambientes legales, el alemán por ejemplo, ya que en ellos apenas implica una renuncia a la posibilidad de oponer la excepción "plurium constupratorum" ante una posible investigación judicial de la paternidad, al paso que en nuestra ley representa el modo fundamental o primario, como ya se dijo, de establecer las relaciones jurídicas aparejadas por el vínculo de la filiación natural.

Señálase como medio primario el reconocimiento porque la declaración judicial de parternidad, como toda actividad jurisdiccional, es secundaria; quiere significarse con esto que en cualquier acto de la jurisdicción se halla que el Estado, sólo ante la inactividad de los sujetos de una relación jurídica, sustituye esa inercia con la declaración del derecho, con la condena a la prestación, o con la mutación de un estado jurídico.

De esta suerte cuando la libertad individual no descubre el estado civil ya causado en los hechos, la ley permite que el beneficiario del estado oculto busque ante la justicia la declaración correspondiente.

La sentencia declarativa presupone una voluntad de la ley contenida en un mandamiento abstracto, y la existencia de uno o más hechos por los cuales el querer legal se concreta en un caso determinado.

La declaración judicial de paternidad natural está prevista en nuestro derecho, pero en una forma circunscrita y limitada, comoquiera que el art. 4º de la Ley 45 de 1936 en forma taxativa señala cuáles son los antecedentes sobre los que hay lugar a proferir tal declaración; ese límite opera sobre el elemento de hecho (causa petendi) de la acción declarativa, el cual ha de referirse necesariamente y en forma exclusiva a los casos u ocurrencias previstos por el legislador; por esto el dicho límite tiene ante todo incidencia sobre el material probatorio cuyo tratamiento por parte de la justicia ha de atemperarse a la sistematización restrictiva de que el legislador se valió para configurar la acción enderezada a obtener la declaratoria, como un poder jurídico hasta cierto punto excepcional, y, en todo caso, estrictamente regulado.

Las tres primeras causales reconocidas por el art. 4º aludido ya, no dan lugar a dificultad al-

guna que merezca destacarse en este fallo porque sobre los hechos que las constituyen no se ha desenvuelto el litigio; no así las causales 4ª y 5ª sobre cuya aplicación equivocada, por error al apreciar los elementos probatorios, se ha fundado el recurso de casación.

Numerosos juristas y doctrinantes, así como la jurisprudencia, han discurrido ya sobre los términos que emplea la ley cuando instituye como causal de reclamación del estado de hijo natural "que entre el presunto padre y la madre, hayan existido, de manera notoria,, relaciones sexuales estables aunque no hayan tenido comunidad de habitación", y siempre que, por otra parte, se cumplan otras circunstancias de que se tratará en seguida; no obstante aparece que no sobran algunas reflexiones sobre este mismo tema.

De una doctrina jurisprudencial a este respecto se destacan los siguientes apartes:

"El legislador de 1936 que se inspiró en la ley francesa de 16 de noviembre de 1912, fruto de dilatado estudio y técnicamente configurada, se apartó en esta parte de dicha ley, que establece que hay lugar a la investigación de la paternidad cuando ha existido concubinato notorio. Este concepto es más preciso y exacto, que el empleado por el legislador colombiano, quien sienta al respecto un principio más amplio y elástico que suscita dificultades y problemas de hecho. La variación de criterio sobre el particular, se explica porque siendo el concubinato la unión irregular pero entre personas solteras, y no reconociéndose en Francia la investigación de la paternidad respecto de los hijos adulterinos e incestuosos, al terminar con esas mismas diferencias el legislador colombiano, diferencias que existían en el Código Civil, al variar el concepto clásico de hijo natural, que es el habido entre personas hábiles para contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo, al permitir la investigación judicial de la paternidad, a los hijos habidos en toda clase de uniones irregulares, hubo de establecer al respecto un principio bien distinto". (Casación. - 16 de octubre de 1943. - G. J. Nº 2001 - Pág. 203).

Como fácilmente puede observarse las discrepancias entre las relaciones sexuales previstas en la Ley 45 y el concubinato, se han hecho depender de que éste se configura como unión "irregular entre personas solteras" acepción que corre en el Diccionario de Escriche al tratar de la palabra "concubina" aunque en el mismo aparte añade: "bien que en sentido más lato y general se llama también concubina cualquier mujer que hace vida maridable con un hombre que no es su marido, cualquiera que sea el estado de ambos"; este concepto lo afirma el mismo autor cuando trata de la palabra "amancebados" describiendo dicho estado como el del "hombre y la mujer que tienen entre sí trato ilícito y habitual".

Nada puede hacer afirmar en forma excluyente y cierta que el legislador colombiano al exigir la preexistencia de relaciones sexuales estables y notorias estaba refiriéndose a un estado irregular más amplio que el concubinato, no sólo porque el tipo de relaciones descrito por la ley coincide con la noción corriente y jurídica del concubinato, sino porque la prueba del estado a que aluden los preceptos importa necesariamente la de hechos que en forma externa desde el punto de vista social, delatan la existencia de un vínculo sexual constante, durable, firme o permanente que son las acepciones que el Diccionario trae de la palabra **estable** usada por la ley; esa notoriedad y esa estabilidad son precisamente las características que ostenta la relación concubinaria.

Nuestro estatuto no permite que la paternidad natural pueda reclamarse sobre pruebas de lazos sexuales más o menos permanentes pero ocultos en el sentido de que quienes los sostienen no los han descubierto voluntariamente ante su ambiente social; en consecuencia, es inhábil la prueba consistente en el dicho de quienes voluntaria o casualmente han sorprendido a los amantes, o han sido depositarios de sus confidencias, o han llegado a saber o a inferir por modo diverso del que recae sobre los hechos notorios, el común conocimiento, la existencia de un determinado vínculo de amor ilícito.

No otro sentido puede tener la exigencia legal expresada en la locución "de manera notoria" que se lee en el precepto comentado, y, por tanto, la apreciación de la prueba ha de ceñirse a los conceptos que se dejan expuestos, y que más adelante se analizarán desde ese punto de vista.

La notoriedad es un concepto esencialmente relativo; no puede existir respecto de todos los hombres sin sujeción ni limitación propias del tiempo y del espacio. Como lo observa Calamandrei "se puede hablar de hechos notorios solamente en relación a un determinado círculo social"; pero, como también lo anota el mismo autor, el concepto de notoriedad no varía cualitativamente en relación al número más o menos grande de personas respecto de las cuales el hecho es notorio: lo que

interesa no es la multitud de quienes conocen el hecho "sino el carácter de pacífica y desinteresada certeza que este conocimiento tiene ya dentro del círculo social del que es patrimonio común".

Resumiendo los conceptos anteriores puede afirmarse que las relaciones sexuales estables y notorias a que se refiere el numeral 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936 han de configurar socialmente un estado de concubinato notorio, entendiendo el concubinato en su más amplia acepción, y por notorio el concubinato cuyo conocimiento pertenece al círculo social en donde han acaecido los hechos que lo constituyen.

Claro está que el conocimiento del concubinato, máxime cuando entre sus extremos personales no ha de mediar comunidad de habitación, sólo puede adquirirlo normalmente el círculo social en donde se desarrolle mediante la ocurrencia de circunstancias que conduzcan a deducir necesariamente su existencia; esa deducción por parte del medio social respectivo, el consenso unánime que en él se forma alrededor de esa inferencia, será lo que puede llamarse notoriedad para los fines de la ley.

Es obvio que el tratamiento probatorio difiere según se acepte que el mandamiento legal en referencia versa sobre concubinatos públicos, o sobre otro linaje de relaciones sexuales más o menos estables, más o menos visibles y patentes, más o menos conocidas; para el primero los medios probatorios se restringen en su pertinencia y en su materia misma, y limitan, desde luego, la órbita de apreciación judicial por exigir probanzas más directas y precisas.

Pero parece que el texto completo del numeral tantas veces nombrado implica que su primera parte se interprete conforme a los principios que se han expuesto, y que pueden sintetizarse diciendo que la ley no prevé relaciones más o menos estables, y más o menos conocidas individualmente por cualesquiera personas, sino una situación social; en efecto:

Que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, es premisa sobre la cual la ley edifica una presunción de paternidad derivada de la época probable de la concepción, en un todo idéntica a la contenida en el art. 92 del C. C. armonizando con el 214 ibidem. Esta última relativa a los hijos legítimos, halla su fuente en la institución matrimonial que, por su índole, reúne las mejores características de notoriedad y estabilidad que pueda ostentar relación alguna. Pero sin duda la ley al usar el mismo mecanismo presuntivo respecto de la filiación natural con base en relaciones irregulares peró estables y notorias, tuvo que pretender asignar a presunción tan grave en sí, y en su paralelismo con la otra, un fundamento que, dentro de la anomalía consiguiente a lo ilícito, presentara socialmente características semejantes en cuanto a firmeza y publicidad a las que rodean al matrimonio; la analogía entre las dos presunciones va hasta la manera común de impugnar su fuerza probatoria, aportando la demostración de que el presunto padre legítimo o natural estuvo en imposibilidad física de tener acceso a la mujer durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción; se extiende la similitud entre las dos presunciones hasta el otro medio de extinguir su fuerza probatoria que, respecto de hijos legítimos, se regula en los arts. 20 de la Ley 57 de 1887 y 215 del C. C., y de hijos naturales en la última parte del inciso final del art. 4º de la Ley 45; estos preceptos atienden a la misma situación de hecho y la regulan en forma similar con las variantes nacidas de la naturaleza de la institución matrimonial.

La única unión irregular que puede presentar alguna semejanza con el matrimonio, en cuanto a estabilidad y notoriedad, es el concubinato; las uniones eventuales, o las más o menos frecuentes, o las continuas que permanecen ocultas porque quienes las mantienen no entregan directa ni indirectamente al conocimiento del medio en que viven la noticia del vínculo carnal, carecen de notoriedad, según se deja visto, y como consecuencia de su secreto presentan grandes dificultades y no pocos peligros en cuanto a la prueba de su estabilidad. La Ley 45 de 1936, en su numeral 4º, por tanto, al emplear la expresión que viene comentándose describió exactamente el concubinato público, aun el que no se sucede mediante comunidad de habitación, y es tal el hecho que debe ser materia del debate probatorio cuando se invoca la circunstancia de que viene tratándose para obtener la declaración de paternidad natural por parte de la jurisdicción.

Por ministerio de la misma ley y con fundamento en los mismos principios la estabilidad y la notoriedad no pueden limitarse a las relaciones sexuales en sí mismas sino que han de vincularse a límites temporales precisos en orden a que pueda aplicarse la presunción sobre el momento probable de la concepción; si con certeza no puede

afirmarse el estado concubinatorio desde o hasta cierta época la presunción queda sin base, sin contenido y sin efectos porque está instituída sobre un cálculo de días posteriores a la iniciación y anteriores a la terminación del concubinato.

En el caso de autos el Tribunal tuvo por demostradas las relaciones sexuales notorias y estables que como origen suyo invoca el actor mediante dos grupos de testimonios:

a) Los recibidos en la primera instancia del juicio a Nicolás Torres, Pedro Henao, Emilio Restrepo, Ricardo Mejía, Alejandro Gómez, Marco Vasco, Francisco Giraldo, Juan Crisóstomo Cardona, Joaquín Osorio, Horacio Gómez, Miguel García, y

b) Las que rindieron en el segundo grado del proceso Juan Cristóbal Ocampo, Angel María Alzate, José Jesús Robledo, Pedro Henao, y Nicolás Torres.

a) En relación con el primer gruto de testimonios se observa que todos los deponentes habían ya declarado extrajuicio antes de que se anulara lo actuado, en conformidad con el interrogatorio que entonces les propuso el demandante, según el cual las relaciones entre el demandado y la madre del actor se sucedieron "por los años de 1900, 1901 y 1902" como textualmente lo dicen todos los testigos; invalidado el trámite, trabado el juicio sobre la corrección de la demanda, interrogados otra vez los testigos en el ulterior término probatorio, se ratificaron en su primer dicho pero, a solicitud del actor quien advirtió en su memorial de pruebas que "deben rectificar los errores que hubieran cometido en la primera declaración", todos en forma unánime y empleando las mismas expresiones declararon haber desacertado al determinar antes de la época de las relaciones sexuales aludidas, tener ahora conocimiento cierto de que ellas se habían mantenido no en los años que todos habían indicado sino desde antes de 1897; invocó cada uno de estos testigos, como razón para haber rectificado sus errores, el recuerdo difuso de fechas tan lejanas, y para su nueva afirmación haber conocido la partida de nacimiento del demandante.

No es menester crítica muy dilatada para evidenciar el error en que incurrió el Tribunal al tener como eficaces los relatos testimoniales que se analizan; es apenas elemental que los deponentes por haber conocido después de mil novecientos cuarenta (1940), año en que declararon por primera vez, la partida de nacimiento del demandante no podían adquirir noción segura alguna sobre la duración de unas relaciones sexuales sostenidas más de cuarenta años antes, ni sobre la época en que ellas se desarrollaron ni sobre los caracteres de publicidad y de permanencia estable de tales relaciones; las circunstancias de tiempo y modo como los declarantes vinieron en conocimiento de las condiciones temporales del vínculo ilícito cuya existencia afirman conocer, envuelven en realidad una petición de principio, comoquiera que surgen del efecto de aquel y no de la aprehensión directa de hechos que por ser presenciados y recordados pueden aseverarse como causa u origen del que se indica como punto de partida del conocimiento.

Un instrumento público no trueca su intrínseco valor legal porque lo transforme quien lo lee en fuente de nociones personales que unidas a otras percepciones suyas le autoricen a su entender determinadas inferencias; esto precisamente es lo ocurrido con los testimonios de que se viene tratando; quienes los rindieron utilizaron la partida de nacimiento de Villegas para formarse una convicción personal con que se pretende suplir la producida por haber presenciado ciertas circunstancias y por haber albergado en la memoria su recuerdo. Como precisamente el hecho declarado sobre tan lógica fuente de conocimiento es la época de las relaciones invocadas como origen del estado civil a cuya declaración judicial se aspira, no podía tenerse como prueba de ese lapso el dicho de testigos que afirman semejantes momento y manera de adquirir la certeza de lo que aseguran.

Erró, pues, el Tribunal cuando tomando por concordancia entre los testimonios, la docilidad de los deponentes a los diferentes interrogatorios que se les propusieron, encontró formado así el mérito probatorio previsto por el art. 697 del C. J.

A propósito de estos relatos testimoniales incurrió también el Tribunal en error de hecho porque, aún en el caso de que legalmente demostraran que Tobón y María de Jesús Villegas llevaron notoriamente vida marital desde "mucho antes" a la época en que nació Villegas, o por ese mismo tiempo, o "bastantes meses antes" o "antes", según locuciones empleadas por los testigos, estos no se refieren a los límites temporales precisos de esas relaciones a pesar de lo cual se tuvieron como demostradas por el medio probatorio que se examina en orden a aplicar la presunción legal contenida en el numeral 4º del art. 4º de la Ley

45 de 1936; no sobra llamar la atención sobre el hecho de que en la demanda no se alude a la declaración del período concubinario, y, por tanto dicho hecho no es materia controvertida en el juicio por voluntad o por culpa del actor.

b) Respecto del segundo grupo de testimonios se tiene: Juan Esteban Ocampo declara sobre el conocimiento que tuvo, cuando estaba pequeño, de que durante los once meses que antecedieron al nacimiento de Villegas no se le conoció a María de Jesús Villegas otro amante distinto de Tobón, con quien hacía vida marital; la razón de este dicho estriba en que el testigo "le cargaba los mercados a María de Jesús Villegas".

Ya se ha dicho en el presente fallo que sobre el conocimiento puramente individual que una o varias personas hayan adquirido de los nexos carnales que unan a otras, no puede formarse la situación legal prevista como apoyo de la presunción tantas veces nombrada; la prueba no ha de versar simplemente sobre la existencia de las relaciones sexuales, sino sobre ella y los hechos que revelan su notoria estabilidad durante cierto tiempo; el testimonio de la servidumbre de los amantes, si bien excepcionalmente idóneo respecto del hecho aislado del amancebamiento, es ineficaz para demostrar la publicidad y notoriedad de éste, comoquiera que los sirvientes adquieren su ciencia sobre lo acaecido entre sus patronos por razón de la convivencia con ellos, y no de circunstancias que rebasen los límites de la vida privada e íntima.

Otro tanto ocurre con el dicho del testigo José de Jesús Gómez quien por haber sido amigo íntimo de Tobón, supo los hechos que narra valiéndose exactamente de los mismos términos empleados por los demás testigos a que se alude.

Los otros tres declarantes, Pedro Henao, Nicolás Torres y Angel María Alzate responden afirmativamente las preguntas del demandante dando como razón de su dicho que "les consta personalmente" pero sin determinar las circunstancias en virtud de las cuales vinieron a saber como hecho notorio el concubinato cuya existencia afirman.

Es claro que no basta, para demostrar este extremo, que los testigos a una repitiendo las expresiones de que se vale quien los interroga, digan tener certeza de que un hecho era del dominio público; lo que ha de contener el relato para ser apto como prueba de esos particulares es el detalle de elementos tales que el Juez al apreciar las probanzas pueda concluír que el hecho era realmente notorio y público en un medio social determinado. Esta inferencia corresponde al juzgador en desarrollo del juicio lógico que acompaña a toda valoración de pruebas, no al testigo en cuya boca afirmación como la comentada carece de sentido y de todo poder de convicción, comoquiera que no es el producto de una percepción sensorial, sino de un proceso mental cuyas deducciones no son por su naturaleza materia de prueba como la que se estudia.

En cuanto al testimonio de Adelina García, madrina del demandante, y de Joaquín Osorio, sobrino de aquella, se observa que si Tobón realmente buscó los oficios de la declarante en las circunstancias que ella describe, tal hecho influiría directamente en otra de las causales de declaración judicial de la paternidad, pero no en la 4ª por estar desvinculado del conocimiento anterior que tuviera la madrina de las relaciones sexuales condicionadas por las características que exige la ley.

Lo propio ocurre con los testimonios de quienes afirman saber que el demandante es hijo de Tobón porque éste se lo dijo.

Al tener el Tribunal estos testimonios como prueba de un concubinato público, notorio y localizado en el tiempo entre Tobón y María de Jesús Villegas, erró de hecho y de derecho: lo primero porque tuvo como probadas ocurrencias que no relatan los testigos, lo segundo porque no reparó en que los testimonios o contienen simples afirmaciones desnudas de las circunstancias que la ley exige, o están vinculados a hechos que no inciden en la causal cuyos fundamentos se tuvieron por demostrados.

Estos errores llevaron al Tribunal a aplicar indebidamente la norma contenida en el numeral 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936; en virtud de este precepto la declaración judicial de paternidad sólo puede sobrevenir como consecuencia de la presunción que el mismo mandamiento contiene, presunción que no actúa sino en presencia de la prueba plena de los hechos que la misma ley determina como sus antecedentes obligados.

Resulta, pues, fundado el cargo pero a pesar de ello es menester el estudio del segundo porque como la sentencia se funda en las causales 4ª y 5ª del artículo 4º mencionado, puede aún sostenerse en la última.

Segundo cargo. — Esta acusación la plantea el recurrente desde el doble punto de vista de la aplicación indebida, por error en la apreciación de

la prueba, y de la interpretación errónea; ambos aspectos se refieren a los arts. 4º, numeral 5º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, y 697 del C. J.

En cuanto a la interpretación errónea, el recurrente se expresa así: "El Tribunal está en un error: en el modo como interpretó y aplicó el artículo 6º. Este exige que los deudos y amigos del presunto padre lo hayan reputado como tal respecto de quien se dice su hijo. No depende, pues, esta posesión notoria del estado de hijo natural del concepto subjetivo o de la carencia del vecindario sobre que un hijo natural lo es de determinado padre, sino que es necesario y es esencial que este criterio o concepto subjetivo esté respaldado en un criterio o concepto objetivo, o sea, que esté demostrado que el presunto padre ha proveído a la subsistencia, educación y establecimiento del presunto hijo. Supóngase, en efecto, que todo un vecindario crea que A. es hijo de B.; pero no se demuestre que aquél ha proveído a la subsistencia, educación y establecimiento de éste. Sería absurdo, por una creencia o concepto general, adjudicarle a un individuo esa paternidad".

Evidentemente el Tribunal, mediante una serie de nociones a cuyo través intentó examinar los elementos que constituyen la posesión notoria del estado civil del hijo, concluyó que entre el precepto de la ley (art. 397 del C. C.) relativo al legítimo y el atinente al natural (art. 6º de la Ley 45 de 1936) existen ciertas diferencias que a su entender permiten afirmar que "en tratándose de la posesión notoria del estado de hijo legítimo, la ley civil es más exigente que cuando se trata de la de hijo natural"; este aserto lo ilustra luégo el Tribunal así: "Desde que el estado de hijo legítimo es privilegiado y superior al de hijo natural se explica que la ley sea muy rigurosa".

Estas inferencias pugnan con una recta interpretación de nuestro derecho positivo como lo tiene advertido la Corte: en sentencia proferida por esta Sala el 16 de octubre de 1943, publicada en la página 199 del Tomo LVI de la **Gaceta Judicial** se dijo: "El legislador colombiano, como se dijo, sí estableció la posesión notoria, como causa para declarar judicialmente la filiación natural y enseñó en el artículo 6º en qué consiste esa posesión, que la tomó del artículo 397 del Código Civil, que se refiere a la posesión notoria del estado del hijo legítimo, suprimiendo lo relativo a la presentación del hijo, como tal, a los deudos y amigos del padre. Pero lo anterior no basta, para que el mismo criterio restricto que se emplea y que ordena la ley emplear, para la demostración de la posesión notoria del estado de hijo legítimo, no se emplee también para la demostración del estado de hijo natural, porque si así fuera, si hubiera más amplitud en el segundo caso, resultaría el absurdo que señala Josserand y que determinó a la jurisprudencia y al legislador francés a no admitir como prueba la posesión del estado de hijo natural, a saber, que entonces sería más fácil la demostración de este último estado, que procede de una unión irregular, al que se deriva de la unión regular del matrimonio protegido, garantizado y aun estimulado por la ley".

Con todo, el sólo error del Tribunal al establecer doctrinariamente ventajas probatorias a la calidad de hijo natural sobre la de legítimo, no puede alcanzar por sí sola la casación del fallo pues no se reflejó en la parte resolutiva de éste directamente, ni a través de apreciación probatoria que pueda rectificarse en el ámbito propio de este recurso.

El art. 6º anotado exige que la reputación pública de hijo natural que respecto de alguien impere entre deudos, amigos y vecindario tenga como fuente precisa el tratamiento que el presunto padre haya dado al hijo; la locución "a virtud de aquel tratamiento" parece bastante a despejar cualquier duda sobre el punto.

Pero la ley no sólo fija el modo preciso por el cual ha debido formarse la fama o reputación de que se trata, sino que además regula ese vínculo del conocimiento determinando las circunstancias constitutivas del tratamiento paternal cuya naturaleza y juicio no deja a la libre elección de quienes forman el ambiente social: éste, según la norma dicha, no debe tener como tratamiento apto para los fines en referencia sino los actos del padre tendientes a proveer a la educación, subsistencia y establecimiento del hijo.

De las probanzas aducidas en el caso presente se destaca: a) que numerosos testigos afirman en forma acorde y con base en su conocimiento personal que Villegas ha sido reputado en Neira como hijo de Tobón por cuanto éste proveyó a la crianza, educación y establecimiento del primero; b) que obran igualmente varias atestaciones sobre el hecho de que Villegas pasó parte de su infancia al lado y en la casa de la señora madre de Tobón; c) que el testigo Benjamín Tobón confirmó lo aseverado por los testigos, a que se alude en el aparte a), con descripción pormenorizada de los aconte-

cimientos en que intervino y en cuyo recuerdo funda su dicho.

Si bien la forma como depusieron la gran mayoría de los testigos tanto en la primera como en la segunda instancia no satisface a cabalidad las condiciones que a este linaje de prueba impone la ciencia probatoria para que pueda tenerse como medio de convicción, ello escapa al juicio de la Corte como Tribunal de casación; acaso un estudio adelantado en las instancias desde puntos de vista más técnicos hubiera podido conducir a valorar el conjunto testimonial de que se trata en forma diversa de como se apreció; pero es bien sabido que sólo el error evidente de hecho, o el de derecho, permiten a la Corte apartarse del examen probatorio del Tribunal, y de sus conclusiones, no siendo bastante a permitirle esa conducta el modo como hubiera justipreciado la prueba si hubiera decidido la litis en instancia.

Error de hecho no se advierte en el juicio que el fallo recurrido contiene sobre los testimonios en cuestión; en realidad no puede presentarse una contraevidencia a lo concluído en él, ni es posible señalar un hecho que se tuviera como cierto sin haber sido afirmado por los deponentes; error de derecho tampoco se manifiesta pues, como ya se dijo, cualquiera que sea el concepto sobre el valor intrínseco de las declaraciones aludidas, legalmente forman prueba plena sobre lo aseverado en ellas; por otra parte los hechos que mencionan coinciden con la pauta que el art. 6º de la Ley 45 impuso para apreciar el tratamiento paternal que en esa misma norma se considera.

La permanencia de Villegas durante su infancia en la casa de la señora madre de Tobón es hecho significativo que comunica fortaleza a dicho conjunto probatorio, lo mismo que la detallada exposición de Benjamín Tobón quien, por sus vínculos con el actor, tuvo oportunidad de conocer circunstancias muy ilustrativas de lo asegurado por los demás deponentes.

En tal virtud este cargo no puede prosperar debiendo mantenerse, por ello, el fallo materia del recurso.

Con base en las consideraciones precedentes la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido o sea el pronunciado en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día trece (13) de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945).

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — CULPA DELICTUAL Y CUASIDELICTUAL. — CONDENA EN COSTAS

1.—La culpa delictual y la cuasidelictual son de naturaleza diferente. Para que la primera exista es, en resumen, indispensable que el demandado haya deseado verdaderamente que se realice el perjuicio y haya obrado con ese propósito. Para que se dé la segunda es apenas menester que incurra en imprudencia o negligencia, por acto u omisión, o sea "en un error de conducta en el que no habría incurrido un individuo colocado en las mismas circunstancias externas que el demandado". En aquella se considera subjetivamente la actuación del agente, lo que vale decir que se aprecia en concreto y en ésta se la compara con el tipo de buen padre de familia, o sea, que se aprecia IN ABSTRACTO. La no existencia de la última implica necesariamente la de la primera.

2.—Según el sistema del Código Judicial la condena en costas, salvo los casos excepcionalmente previstos en los numerales 3º y 4º del artículo 575 ibidem, no se pronuncia automáticamente contra el vencido en el juicio, por el mero hecho del vencimiento, pues ella está subordinada, además, a la temeridad o malicia con que se haya procedido en el sostenimiento de la acción u oposición y para apreciar esas circunstancias se ha considerado siempre por la jurisprudencia que los Tribunales gozan de una absoluta libertad de criterio en atención a que la ley no prescribe reglas para juzgar sobre los elementos subjetivos que crean la temeridad o la malicia. Por este motivo y en atención también a que lo ataneñero a la condenación en costas no es materia del debate sino una consecuencia procesal de él, o un accesorio del derecho principal deducido en el pleito, la Corte ha considerado de manera invariable que las cuestiones relativas a su reconocimiento son extremos que escapan al recurso de casación. Como también lo ha dicho la Sala, sólo excepcionalmente, en el concepto de ser una parte de la reparación del daño, puede la condena en costas dar lugar y materia al estudio de casación como cargo por violación legal contra una sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, febrero veinte de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda)

Julio César Patiño demandó por la vía ordinaria a Rómulo Guzmán, director propietario del radio-periódico "Ultimas Noticias", a Manuel J Gaitán, en su propio nombre y como concesionario de la estación radiodifusora "La Voz de la Víctor" y a la sociedad denominada "La Voz de Colombia S. A.", representada por su Gerente Dr Cipriano Ríos Hoyos para que se declarase, entre otras cosas, que los demandados están obligados solidariamente a indemnizarle, en su carácter de propietario y gerente de la empresa de productos "Arsenipur", los perjuicios materiales y morales que le ocasionaron con "las publicaciones falsas y tendenciosas que fueron transmitidas por las estaciones radiodifusoras, en cadena, en los días 13 y 14 de enero de 1942, durante las emisiones ordinarias del radio-periódico "Ultimas Noticias".

En los principales hechos fundamentales de esa demanda se afirma que las noticias radiodifundidas consistieron "en que los productos "Arsenipur" serían retirados del mercado por el Ministerio de Economía Nacional por virtud de concepto técnico conforme al cual esta droga constituía una amenaza para la ganadería; que por razón de muchas quejas de ganaderos del país llegadas al Ministerio se había podido establecer que los productos "Arsenipur" estaban causando cuantiosas bajas en la ganadería; que hechos los exámenes técnicos en el Ministerio de la Economía se había llegado a considerar que los componentes de "Arsenipur" hacían de esta droga un elemento tóxico o por lo menos inocuo y que mezclada con la sa no producía ningún efecto benéfico para los ga

nados"; que el Ministerio de Economía no había dictado providencia alguna encaminada a retirar del comercio dicho producto; que ni el Ministerio ni la Comisión de Especialidades Farmacéuticas dieron información alguna de carácter oficial sobre retiro del mismo del mercado ni de la licencia para su fabricación ni que su fórmula iba a ser revisada; que no existe concepto técnico que permitiera afirmar que dichos productos constituyeran una amenaza para la ganadería, fueran tóxicos o inocuos; que "con las noticias falsas y tendenciosas publicadas por el radio-periódico "Ultimas Noticias", se causó alarma entre expendedores y consumidores del producto; que se extendió la creencia de que tal droga podía ser perjudicial o dañina para los ganados, y que el buen nombre de los productos "Arsenipur" así como el crédito comercial del demandante fueron gravemente afectados "con las noticias falsas y tendenciosas" referidas.

Admitida la demanda, los demandados la contestaron negando los hechos y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas, y una vez que estuvo debidamente preparada la instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el 5º Civil del Circuito de Bogotá, le puso fin con la sentencia de 20 de noviembre de 1943, por la que absolvió a los demandados de todos los cargos que se les formularon, sin costas.

Ambas partes apelaron, y el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del recurso, lo decidió en sentencia de 30 de noviembre de 1945, la que reformó la apelada con el sólo fin de condenar al actor al pago de las costas de las dos instancias y la confirmó en todo lo demás.

Después de hacer recapitulación de las pruebas producidas por los litigantes, en el capítulo del fallo denominado "Parte legal" anota el Tribunal que las citas que hace la demanda se refieren a los artículos 2341, 2342 y 2344 del C. C. y a la Ley 98 de 1936, o sea a las disposiciones comunes sobre responsabilidad por los delitos y las culpas y a las relativas a telecomunicaciones, y al respecto observa que las últimas no consagran sobre la materia de la responsabilidad civil principio distinto del Código para determinarla y deducir la consiguiente obligación de reparar el daño causado con el uso de ese medio de comunicación, por lo cual estima "que esa relación jurídico patrimonial sólo puede estudiarse de acuerdo con los principios comunes de la ley civil concretados como se vió en el daño, la culpa y la relación de causalidad. Son pues estos elementos y no otros, los que han de informar la declaración judicial que imponga la obligación de reparar el daño causado".

Anota luégo que la culpa alegada en este juicio se ha hecho consistir en que "las noticias radiodifundidas habían sido falsas y tendenciosas" y estudiando el contenido de las emisiones del radio-periódico, encontró que en ellas se habían hecho en concreto las siete afirmaciones siguientes:

"1º La existencia de un informe que sería pasado a la Comisión de Especialidades Farmacéuticas daba base a la creencia de que Arsenipur sería retirado del mercado, informe que sería enviado el 13 de enero de 1942 a dicha Comisión";

2º Telegramas y cartas llegadas a "Ultimas Noticias" daban cuenta de los resultados perjudiciales en los animales producidos al darle el Arsenipur";

3º El doctor Rafael V. Reyes, técnico del Ministerio, dió la información al cronista";

4º La propaganda hecha por el propietario de Arsenipur hace aparecer la droga como un sanalotodo que no corresponde a la realidad";

5º En la preparación de Arsenipur se emplean drogas adulteradas";

6º Existe en la Comisión de Especialidades Farmacéuticas un expediente sobre revisión del producto Arsenipur"; y

7º De los resultados de la revisión puede resultar la suspensión y retiro del mercado de la droga dicha, no obstante la propaganda con que trate de engañarse al público". Para determinar la exactitud de esas afirmaciones las examinó a la luz del haz probatorio que había relacionado antes, llegando al respecto a la siguiente conclusión:

"De esta comparación minuciosa entre las noticias transmitidas de que da cuenta la copia de los periódicos radiodifundidos en los días 13 y 14 de enero de 1942, por "Ultimas Noticias", y las pruebas presentadas por el señor Rómulo Guzmán para justificar su conducta, aparece sin lugar a duda que el primero de los elementos, es decir, la falsedad atribuída a tales noticias no existe. Y no sólo no resultaron falsas las informaciones radiodifundidas sino que aparece establecido que tuvieron origen oficial, como que fueron suministradas por el Técnico de la Sección de Sanidad del Departamento de Ganadería del Ministerio de la Economía Nacional, y por el Secretario de la Comisión de Especialidades Farmacéuticas".

"Y si no son falsas las noticias relacionadas con

el producto farmacéutico Arsenipur, atribuídas por el demandante al radio-periódico "Ultimas Noticias", y si además tienen el origen que el reportero les atribuyó, no se ve cómo pueden ser tendenciosas, es decir, que el propósito de la publicación no fue otro que ocasionar perjuicio al dueño del específico".

"Desaparecidos los dos elementos previstos para configurar la forma jurídica de culpa: falsedad e intención dañada (tendenciosa), desaparece también la culpa alegada en la demanda, lo que vale decir que la acción queda sin base para la condenación pedida. Así como no hay obligación sin causa, sin culpa establecida, por presunción o prueba, no puede reconocerse judicialmente la existencia de la obligación de indemnizar, como que la causa de esa obligación no es otra que la culpa del agente productor del daño. Sin ese fundamento, es superfluo el estudio de los otros dos extremos que configuran el daño y la relación de causalidad".

Finalmente, halló que el demandante inició la presente acción "sin derecho ni fundamento apreciable y de manera maliciosa", por lo cual concluyó que debía ser condenado en las costas de ambas instancias.

Al actor se le concedió recurso de casación, el que tramitado en debida forma se procede a decidir.

Invoca el recurrente la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y con apoyo en ella formula su primer cargo en el que, resumido, dice lo siguiente:

1) Que al sostener el juzgador que no es falsa la primera afirmación hecha en el radio-periódico incurrió en error de hecho en la estimación de las pruebas, así:

"a) en la apreciación del oficio del Ministerio de la Economía, dirigido al del Trabajo, oficio Nº 3412 G., de 25 de septiembre de 1941, porque en parte alguna dicho oficio reza la afirmación de que va a retirarse el producto;

"b) en la apreciación del mismo documento, en cuanto el propietario del radio-periódico no dijo al lanzar las noticias, que lo hacía fundado en dicho oficio, el que, por lo demás, está lejos de contener la aludida afirmación;

"c) en la apreciación de la declaración del Dr. Rafael V. Reyes (f. 20v. Cuaderno Nº 2), quien informó al reportero sobre lo que ocurría, declaración en la cual no se atrevió el profesional a hacer tal afirmación: y

"d) en no haber apreciado la fotografía del tablero de "Ultimas Noticias", por medio del cual anuncia al público, en síntesis, las noticias del día y en el cual dió aquella empresa el aviso de que la droga iba a ser retirada".

"14) Estos errores de hecho llevaron al H. Tribunal a decir que no era falsa la noticia de que "Arsenipur" iba a ser retirado del mercado; declarándolo así tenía que negar necesariamente la culpa, ya que ésta, que puede existir aun en armonía con los hechos reales, no podía dejar de existir sobre la base de los hechos supuestos".

"15) Al incurrir el sentenciador en tales errores de hecho, negó la culpa y quebrantó los artículos 2341, 2342, 2344 y 2356 del C. C.".

2) En la segunda afirmación del radio-periódico se expresó, según la sentencia, que "telegramas y cartas llegados a "Ultimas Noticias" daban cuenta de los resultados perjudiciales en los animales producidos al darles "Arsenipur". El Tribunal encontró que aun cuando no se trajeron al juicio las cartas y los telegramas referidos, el hecho afirmado por el radio-periódico aparece comprobado mediante dicho de los testigos Manuel Gómez Rueda, Heliodoro Bonilla Guzmán (fl. 16, cuaderno Nº 2), médicos veterinarios y empleados del Ministerio de Trabajo, Julia Espinosa v. de Pérez (f. 15), Luciano Ramírez (f. 36), Carlos A. Puyo, (f. 50), Antonio Tamayo, (f. 50), Hernando A. Cárdenas (f. 51), Juvenal Viñas, (f. 63), Germán Arango (f. 63) y Manuel Ramírez (f. 64).

A este respecto dice el recurrente que de las citadas declaraciones no se sigue que "Ultimas Noticias" hubiese recibido "muchos telegramas y cartas", como se lee en las copias de las transmisiones; que los doctores Gómez y Bonilla no dicen haber visto ni dirigido carta o telegrama, al igual que los testigos Viñas, Arango y Ramírez; que sólo cinco de los aludidos declarantes expresan haber escrito a "Ultimas Noticias", pero aun cuando se hubiesen recibido, cinco misivas no son muchas y finaliza así la acusación:

"18) No está probado, por tanto, que "Ultimas Noticias" hubiese recibido "muchas cartas y telegramas". Incurrió por tanto, el juzgador, en error de hecho en la estimación de todos los testimonios de que da cuenta el punto E) de las pruebas del radio-periódico demandado (f. 31. Cuaderno Nº 4), comprendiento tanto los que callan sobre el particular, como los que hablan al respecto".

'19) Al afirmar el periódico el hecho de haber recibido "muchas cartas y telegramas", sin haber

probado que recibió una sola, y menos aún **muchas,** afirmó un hecho falso, fuera de que obró con manifiesta imprudencia, con notoria falta de previsión, y tendenciosamente desde luego, porque aun en el caso de que hubiese recibido cinco cartas, hubo de aumentar este número considerablemente con el adverbio, produciendo en los millares de radioescuchas la impresión de tratarse de una opinión general bastante a perjudicar la clausura de los mercados para el artículo".

"20) Al aceptar el H. Tribunal la existencia de **muchas cartas,** afirmó un hecho falso y negó en consecuencia, la culpa y quebrantó los artículos citados 2341, 2342, 2344 y 2356 del C. C.".

3) La tercera afirmación que, según la sentencia, hizo "Ultimas Noticias" la encontró el Tribunal comprobada no sólo con la propia declaración del doctor Reyes sino también con las del doctor Francisco Restrepo E. y de Luis Zornosa Falla.

Refiriéndose a este punto el recurrente transcribe parte de la declaración rendida por el doctor Reyes, y luego dice:

"Pero, no fue el doctor Reyes quien informó al reportero sobre todo lo que pregonó desde los micrófonos: luego al decir que fue dicho funcionario quien le informó sobre el retiro de la especialidad, entre otras cosas falsas e inexactas, tampoco dijo la verdad, y al aceptar el H. Tribunal lo contrario incurrió también en error de hecho que lo llevó a negar la culpa y a quebrantar los mismos textos del Código Civil antes citados".

4) Al referirse a la quinta afirmación del radio-periódico el recurrente transcribe parte de la declaración del doctor Reyes; dice que éste no expresa que las sustancias componentes de "Arsenipur" sean adulteradas, desde luego que habla en términos condicionales; y que en cambio el órgano radial hace una afirmación rotunda y perentoria sobre el particular, y concluye así:

"Al admitir el H. Tribunal tal afirmación como verdadera incurrió en error de hecho en la estimación de la expresada declaración del doctor Reyes, ya que ésta no contiene lo aseverado por "Ultimas Noticias". Tal error lo llevó a negar la culpa del periódico y consiguientemente a absolverlo, con infracción manifiesta de los ya citados preceptos del Código Civil".

5) El recurrente dice, refiriéndose a la séptima aseveración del radio-periódico que ésta es también una invención suya, "porque la fuente de información ninguna noticia le suministró sobre el retiró de la especialidad". Luego, correctamente, alguna debió dar al respecto; y al darla como la dió, obró con marcada imprudencia e imprevisión, por lo menos".

"26) Al aceptar el H. Tribunal sentenciador que fue cierto que se hubiese informado al periódico sobre retiro del específico, en las propias esferas oficiales, incurrió en error de hecho en la estimación de la declaración del doctor Reyes (f. 20 Cuaderno Nº 2), negó la culpa e infringió los citados preceptos legales del Código Civil".

Añade que la culpa aparece más de manifiesto si se consideran las últimas palabras de la citada afirmación: "'.. no obstante la propaganda con que se trata de engañar al público", porque el periódico no podía calificar en tales términos la conducta del actor, y que al no parar mientes el Tribunal en esa parte de la transmisión, absolutamente extraña a los informes oficiales, incurrió en error de hecho que lo llevó a quebrantar las ya citadas disposiciones.

6) Dice que el Tribunal rechazó la culpa del demandado fundándose en que la predicción de que sería retirado del mercado el producto Arsenipur, vino a confirmarse con las resoluciones oficiales que lo decretaron, lo cual no encuentra acertado, y sostiene que "al absolver de culpa al radio-periódico, **por haber predicho la suspensión,** así hubiera sido con un año de antelación (la Resolución respectiva es de enero 21 de 1943, y las emisiones de 13 y 14 de enero de 1942, f. 44 C. Nº 6), el Tribunal infringió los artículos 2341, 2342, 2344 y 2356 citados, por errónea interpretación, ya que estos preceptos no consagran ni admiten que la culpa deje de existir por circunstancias como la expresada".

7) Sostiene que la sentencia en cuanto apela al informe del Secretario de la Comisión de Especialidades Farmacéuticas, para decir que las noticias propaladas habían tenido origen en la información suministrada por dicho funcionario y negar la culpa apoyándose en ese informe, incurrió en error de hecho en su apreciación, ya que, como lo pretende demostrar con su transcripción y comentario, en él el Secretario de la Comisión no dijo nada de lo que propaló "Ultimas Noticias", y **violó** consecuencialmente las disposiciones del C. C. que vienen citadas.

Cargo segundo. — Dice que al afirmar el Tribunal en el aparte que del fallo aquí transcribe, que la culpa está configurada por la **falsedad** y **la voluntad torcida,** incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, ya que en ésta no

se demandó por **responsabilidad** propia del delito, del cual son aquellos sus elementos constitutivos, sino del cuasidelito, e incurrió en el quebranto consecuencial de los artículos 2341 y 2356 del C. C., ya que según las razones expuestas en el cargo anterior y que ahora nuevamente invoca en los autos está configurado y probado hasta la saciedad el cuasidelito.

Tercer cargo. — Se dice, en resumen, que el Tribunal, al condenar al recurrente al pago de las costas causadas en ambas instancias, incurrió en error de hecho en la interpretación de las pruebas que cita, con la consiguiente infracción del art, 575 del C. J.

La Sala considera:

Como una observación general y previa al estudio especial que habrá de hacerse sobre cada una de las acusaciones precedentes, debe anotar la Sala que el ataque del recurrente no se endereza a demostrar que hayan sido distintas o diversas de las que el sentenciador da como hechas, las afirmaciones que se desprenden de las informaciones suministradas al público por el radio-periódico, "Ultimas Noticias", pues las acusaciones arriba sintetizadas tienden sólo a demostrar que, al contrario de lo aceptado por el Tribunal, no son ciertas sino falsas esas informaciones. Esto se anota con el fin de dejar delimitada desde ahora la materia precisa del presente recurso, cuyo estudio se hará siguiendo el orden en que han sido presentados los cargos, sin perjuicio de las consideraciones generales que a propósito de algunos de ellos hará la Corte sobre la parte esencial de las noticias que el Tribunal dió como transmitidas.

1) Se sostiene aquí que el sentenciador al estimar que no es falsa la primera afirmación del radio-periódico, incurrió en error de hecho tanto en la apreciación del oficio del Ministerio de Economía como en la declaración del doctor Rafael V. Reyes, que vienen citados, porque ni en el uno ni en la otra se contiene la aseveración de que el producto "Arsenipur" iba a ser retirado del mercado. A este respecto es necesario observar que la primera afirmación que, según la sentencia, hizo "Ultimas Noticias" no expresa que la información sobre el posible retiro del producto hubiera tenido su origen en las fuentes a que se refiere el recurrente, por lo cual esta simple reflexión es de suyo suficiente para descartar el error alegado. El periódico se concretó a manifestar la creencia, de parte suya, "de que Arsenipur sería retirado del mercado", la cual desprendía de la existencia —no discutida por el recurrente y por lo demás evidenciada en autos— "de un informe que sería pasado a la Comisión de Especialidades Farmacéuticas". Pero no sólo había ese informe, pues también para la época en que se publicaron las noticias existía ya en la mencionada comisión un expediente sobre revisión de la droga, como así lo afirmó el periódico y lo tuvo por demostrado el sentenciador, sin que el recurrente haya pretendido en casación sostener lo contrario. Y esa actuación que tenía como finalidad legal decidir sobre aquel punto, culminó con la suspensión de la licencia para la elaboración de la droga y con la orden del decomiso del producto elaborado que se encontrara en el mercado para su venta. Estaba, pues, esa creencia fundada en los dos anotados antecedentes, y resultó, además, confirmada con los hechos que posteriormente se consumaron.

2) Dos razones se oponen a la prosperidad de este cargo, a saber: 1ª Que entre los hechos sobre que versa la litis no señaló la afirmación de que aquí se trata como una de las determinantes de la culpa que se imputó al demandado, por lo cual su examen está fuera del debate, al tenor de lo dispuesto en el artículo 471 del C. J.; y 2ª Que la afirmación que la sentencia tiene como hecha por el radio-periódico y demostrada en el expediente es la de que "telegramas y cartas llegados a "Ultimas Noticias" daban cuenta de los resultados perjudiciales en los animales producidos al darles "Arsenipur" y no la de que "Ultimas Noticias" hubiese recibido **"muchas** cartas y telegramas". Si el recurrente estima que fue ésta y no aquella la afirmación que se hizo ha debido acusar en primer término por error en la apreciación de las copias que obran a los folios 19 a 21 del Cuaderno Nº 5, que fueron las piezas de donde el Tribunal dedujo esa afirmación. Al no hacerlo así, la argumentación del recurrente queda sin base y es ineficaz, como que descansa precisamente sobre la trascendencia que él le da al adverbio "muchas" para inferir la culpa que imputa al demandado por haberlo empleado.

3) Lo que en la sentencia se sostiene es que "los cronistas de "Ultimas Noticias" obtuvieron informaciones de la Sección de Sanidad del Departamento de Ganadería del Ministerio de la Economía Nacional relacionadas con las consecuencias inocuas cuando no perjudiciales obtenidas con la aplicación de Arsenipur a los animales" y que "el doctor Rafael V. Reyes, técnico del Ministerio dió la información al cronista". Una simple lectura

de la declaración rendida por el citado doctor Reyes, (folios 20 y 21, Cuaderno Nº 2), convence que de sus términos sí se desprende la verdad de aquel hecho.

Siendo ese el concepto expresado y tenido como probado por el sentenciador, que como se ve es muy distinto del que el recurrente le atribuye para imputarle el error de hecho que alega, es manifiesto que la acusación está fuera de lugar.

Además, la demostración de lo afirmado por el Tribunal, la dedujo éste no sólo de la declaración del doctor Reyes sino también de las rendidas por el doctor Francisco Restrepo Echandía y por el cronista Luis Zornosa Falla, por lo cual el ataque parcial que el recurrente hace sobre una de las pruebas estimadas por el sentenciador con aquel fin es ineficaz para destruír la conclusión que es fruto de la apreciación global de todas ellas.

4) El Tribunal encontró que la 5ª afirmación del radio-periódico es verdadera y que resulta demostrada mediante el conjunto de los elementos de convicción que utilizó al efecto, tales como la declaración del doctor Reyes, los exámenes practicados por el Laboratorio Nacional de Samper Martínez, las posiciones absueltas por el recurrente las copias de las resoluciones en virtud de las cuales fue suspendida la licencia hasta cuando el recurrente estuviera en capacidad de dar al consumo el producto elaborado de acuerdo con la fórmula que le sirvió para obtenerla.

Y como el ataque que aquí se formula viene apenas concretado a la sola declaración del mencionado doctor Reyes, él resulta ineficaz por la misma razón expresada en el último aparte del punto anterior.

5), 6) y 7). Aun aceptando, como lo sostiene el recurrente, que la séptima información que, según la sentencia, se dió sea una afirmación exclusiva de "Ultimas Noticias", que no ha tenido origen en fuente oficial alguna, considera la Sala que al emitirla no se incurrió en culpa por parte del demandado, como así se desprende de las siguientes circunstancias comprobadas en el proceso:

1) A "Ultimas Noticias" se enviaron por varias personas informaciones sobre efectos perjudiciales y mortales producidos en perros, cerdos y ganado vacuno, como consecuencia de haberlos tratado con "Arsenipur". (Declaraciones de Julia Espinosa v. de Pérez, Luciano Ramírez, Carlos A. Mayo, Antonio Tamayo, Hernando Cárdenas, folios 15, 26, 50, 50v. y 51, respectivamente, cuaderno Nº 2).

2) El Secretario del Ministerio de Economía Nacional dirigió el 25 de septiembre de 1941 un oficio al Ministerio de Trabajo e Higiene, en que entre otras cosas se decía lo siguiente: "El producto Arsenipur según folleto que tenemos a la vista, editado en Medellín en este año, "es el preventivo más poderoso contra las pestes" y lo indica contra "asoleo, pestes y curso de ganado y de los animales domésticos"; términos vulgares éstos que no corresponden a una entidad patológica definida, porque vulgarmente las gentes llaman "peste" a casi todas las enfermedades del ganado, y "cursos" a todas las diarreas, microbianas, parasitarias o de cualquiera otra índole; en consecuencia, es otra indicación inaceptable. Ruego pues a usted se sirva dictar las providencias del caso para evitar el comercio de productos con tal suerte de indicaciones que seguramente no son las admitidas en la respectiva licencia". (Folios 26 v. y 27, cas se surtía, con audiencia del recurrente, una cuaderno Nº 2).

3) En la Comisión de Especialidades Farmacéuticas se surtía, con audiencia del recurrente, una actuación administrativa desde el año de 1940 sobre revisión de la licencia para la elaboración del producto "Arsenipur", cosa de la cual estaba enterado el demandado (fs. 44 a 52, cuaderno Nº 6 y 21, 22, 69 y 76, cuaderno Nº 2).

4) El doctor Rafael V. Reyes, siendo Jefe de la Sección de Sanidad Pecuaria del Ministerio de Economía Nacional, informó al reportero Zornosa, de "Ultimas Noticias" lo siguiente: "El producto Arsenipur de acuerdo con la fórmula suministrada por la Comisión de Especialidades Farmacéuticas y las dosis halladas en la propaganda no debe ser tóxico para animales grandes y medianos, pero, puede serlo para algunos pequeños o para aves. No tiene acción ninguna como purgante y es contraindicada su administración después del baño garrapaticida u otro de base arsenical. Con la sal y mezclas minerales su acción es inapreciable. No es preventivo de las pestes ni tampoco de la coccidiosis (disentería) de los terneros y de diversas diarreas verminosas. Si las drogas empleadas para la preparación no son puras o si las dosis son variadas podría ocasionar intoxicaciones en animales grandes, porque algunas sustancias que entran en la fórmula pueden contener arsénico. Al punto **Tercero:** Es verdad que en la propaganda del distribuidor del producto y en las etiquetas de sobres no aparecen las salvedades o advertencias

que anoto arriba, sino que lo aconsejan para toda clase de animales grandes y pequeños, cuadrúpedos y aves y lo señalan como purgante y preventivo de las pestes y las diarreas de los terneros. Me consta también personalmente que al pesar algunos sobres de Arsenipur obtenidos en el comercio se encontraron diferencias de peso hasta de un gramo y tuve también conocimiento del control efectuado por el Laboratorio Samper Martínez a solicitud de la Facultad de Medicina Veterinaria, control que también señaló diferencia de un gramo y más entre los varios sobrecitos de Arsenipur que examinó". (Folio 21, cuadreno Nº 2).

5) La actuación administrativa a que se hace referencia en el punto 3º) culminó con Resoluciones de la Comisión y del Ministerio de Trabajo e Higiene, proferidas en 1943 y 1944, por medio de las cuales se decretó la suspensión de la licencia por todo el tiempo que el propietario del producto necesite para ajustarlo a la fórmula autorizada por la Comisión; se prohibió darlo al mercado y se dispuso decomisarlo. De esas Resoluciones son los siguientes apartes: "Verificado el nuevo análisis de Arsenipur en el Laboratorio Nacional de Higiene, (folio 44), se encuentra que ninguna de las muestras analizadas, las del señor Patiño, Droguería Nueva York y Droguería Nacional, concuerda con la fórmula original del producto, ni en cuanto se refiere al peso neto de los paquetes ni en cuanto se refiere a la fórmula centesimal del producto. Se anota también que el envase, propaganda y dosis del producto (sobreçito que se encuentra en los folios 27 y 28 del expediente) no concuerda con las indicaciones concedidas por la Comisión al producto Arsenipur en la licencia número 5.063...".

"Es así que, según el fabricante, el producto sería una verdadera panacea, útil para casi todas las enfermedades del ganado. Esta es una tendencia absurda y anticientífica, pues es sabido que no hay ninguna droga que tenga acciones tan extensas...." ... "Es un hecho que los componentes de la fórmula no están correctamente dosificados, pues las cantidades son absolutamente ineficaces desde el punto de vista terapéutico"... "Lo evidente es que la fórmula con que se está fabricando Arsenipur no es la misma que se licenció al producto, y esto lo reconoce el señor apoderado a lo largo de su alegato. Y no se puede afirmar que la fórmula no ha cambiado porque sus componentes son los mismos. Una fórmula se altera no solamente al cambiar sus componentes sino al disminuír o aumentar alguno o algunos de ellos. S se aumenta el porcentaje de cierta sustancia e determinado producto, éste puede resultar tóxico si,por el contrario, se disminuye, puede resulta nula su acción terapéutica. Como se puede ver e los análisis de Laboratorio, no hay uno solo de lo componentes de la fórmula de Arsenipur que n haya sido alterado cuantitativamente".

En presencia de los antecedentes que quedan re latados, muchos de ellos conocidos, como está vis to, por el demandado cuando dió su informació radial y de los resultados con que culminó la ac tuación administrativa sobre revisión de la licer cia, cree la Sala que jurídicamente no es posibl sostener que aquel hubiere incurrido en culpa a hacer la afirmación séptima de que habla la sen tencia. Si estaba enterado de los resultados da ñosos que en algunos casos había producido el us de "Arsenipur"; si un funcionario oficial, Jefe d la Sanidad pecuaria del Ministerio de Economí y médico veterinario por añadidura, le suministr sobre la misma droga las graves informaciones ar tes insertas; si sabía de la existencia de la actua ción administrativa sobre revisión de la licenci si debía conocer la ley que otorga la facultad c suspender hasta oficiosamente las licencias con cedidas en los casos en que el producto dado a consumo no corresponda a la fórmula autorizad (artículo 4º, Ley 116 de 1937); si es notorio qu la industria pecuaria está vinculada estrechamen te a la economía nacional, como que en ella está comprometidos intereses respetabilísimos de m llares de colombianos de todas las capas sociale ricos y pobres, lejos de haber obrado culposamen te se encuentra que el deber del demandado con periodista no era callar, sino por el contrario d noticia de los graves hechos que conocía para tr tar de evitarle a los ganaderos muy posibles pe juicios: el interés social, que estaba de por med marcaba esa línea de conducta.

Además, los exámenes de laboratorio ya alud dos justificaron plenamente la aseveración del d mandado y dieron por resultado que la inferen de éste sobre la suspensión de la licencia y ret del mercado de la droga la confirmara la me cionada decisión de la autoridad competente en materia.

Finalmente, la frase "no obstante la propagan con que trata de engañar al público" con que t mina la afirmación séptima, es una consecuen meramente lógica de la afirmación cuarta, que Tribunal tuvo como "cuestión plenamente ac

ditada", sin que el recurrente la haya atacado en casación, por lo cual el cargo que respecto de aquella se formula es ineficaz.

Cargo segundo. — A la prosperidad de este cargo se oponen las siguientes circunstancias:

1ª) Las siete afirmaciones o noticias a que se refiere la sentencia las estimó el Tribunal como plenamente demostradas. Los cargos por error de hecho en la apreciación de las pruebas que al respecto propuso el recurrente no han prosperado, y como la controversia se planteó y trabó sobre la base de ser falsas tales noticias, es claro que el cargo, ante esa situación, carecería de eficacia.

2ª) Al hacer el estudio del cargo primero concluyó la Corte que el demandado no incurrió en culpa. Luego el error alegado no tendría incidencia en la parte resolutiva de la sentencia.

3ª) La culpa delictual y la cuasidelictual son de naturaleza diferente. Para que la primera exista es, en resumen, indispensable que el demandado haya deseado verdaderamente que se realice el perjuicio y haya obrado con ese propósito. Para que se dé la segunda es apenas menester que incurra en imprudencia o negligencia, por acto u omisión, o sea "en un error de conducta en el que no habría incurrido un individuo advertido colocado en las mismas circunstancias externas que el demandado". En aquella se considera subjetivamente la actuación del agente, lo que vale decir que se aprecia **in concreto,** y en ésta se la compara con el tipo de buen padre de familia o sea que se aprecia **in abstracto.** La no existencia de la última implica necesariamente la de la primera.

La sentencia no es lo suficientemente clara y precisa como para afirmar con certeza que el Tribunal situó la controversia en el campo de la culpa delictual o en el de la cuasidelictual, pues al paso que algunos pasajes del fallo dan a entender, por falta de una diferenciación adecuada, que se refiere a ésta, en otros, ya con más nitidez parece enfocar la cuestión por el aspecto de aquélla. Inclina la Sala a creer y aceptar que ocurrió lo último en el siguiente aparte de la sentencia:

"Y si no son falsas las noticias relacionadas con el producto Arsenipur, atribuídas por el demandante al radio-periódico "Ultimas Noticias", y si además tienen el origen que el reportero les atribuyó, no se ve cómo pueden ser tendenciosas, es decir, que el propósito de la publicación no fue otro que ocasionar perjuicio al dueño del específico".

"Desaparecidos los dos elementos previstos para configurar la forma jurídica de culpa, falsedad e intención dañada (tendenciosa), desaparece también la culpa alegada en la demanda, lo que vale decir que la acción queda sin base para la condenación pedida".

Empero aun siendo así las cosas, el cargo tampoco puede prosperar, porque el error alegado, de existir, no reviste la calidad de manifiesto como lo requiere el numeral 1º del artículo 520 del C. J. y lo consagra una copiosa jurisprudencia de la Corte.

La demanda, si no es que en verdad sitúa la controversia dentro del círculo de la culpa delictual, como así opina la Sala, al menos adolece de la misma ambigüedad de la sentencia. En efecto, como citas legales, se apoya en los artículos 2341 y 2344 del C. C. que tratan de la responsabilidad común por delito o culpa, y entre los hechos que le sirven de fundamento, se habla de "las noticias falsas y tendenciosas publicadas por el radio-periódico "Ultimas Noticias", como se ve en los marcados con las letras h), j) y k) y en el distinguido con la letra n) se dice lo siguiente:

"La radioemisión de noticias falsas y tendenciosas constituye además de un hecho punible por las leyes ordinarias, un hecho sancionable como infracción a lo prescrito en la Ley 198 de 1936 y sus decretos reglamentarios".

Lo anterior deja ver que cuando menos la cuestión sería dudosa, y como en donde hay duda no cabe el error manifiesto, por este último aspecto y por las demás consideraciones aquí enunciadas hay que concluír que el cargo es improcedente.

Cargo tercero. — Según el sistema del C. J., la condena en costas, salvo los casos excepcionalmente previstos en los numerales 3º y 4º del artículo 575 ibidem, no se pronuncia automáticamente contra el vencido en el juicio, por el mero hecho del vencimiento, pues ella está subordinada, además, a la temeridad o malicia con que se haya procedido en el sostenimiento de la acción u oposición y para apreciar esas circunstancias se ha considerado siempre por la jurisprudencia que los Tribunales gozan de una absoluta libertad de criterio, en atención a que la ley no prescribe reglas para juzgar sobre los elementos subjetivos que crean la temeridad o la malicia. Por este motivo y en atención también a que lo atañedero a la condenación en costas no es materia del debate sino una consecuencia procesal de él, o un accesorio del derecho principal deducido en el pleito, la Corte ha considerado de manera invariable que las

cuestiones relativas a su reconocimiento son extremos que escapan al recurso de casación.

Como también lo ha dicho esta Sala, sólo excepcionalmente, en el concepto de ser una parte de la reparación del daño, puede la condena en costas dar lugar y materia al estudio de casación como cargo por violación legal contra una sentencia; pero es obvio que aquí no se contempla ese caso de excepción, pues, la condena que al respecto se profirió contra el recurrente tiene como fundamento exclusivo la temeridad y malicia que en él encontró el Tribunal al haber iniciado la presente acción.

Por tanto no prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este negocio.

Condénase en costas al recurrente.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en Ppdad.

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR LESION ENORME. — VENTA DE BIENES RAICES. — VENTA DE MINAS.—DICTAMEN PERICIAL. — APRECIACION DEL DICTAMEN PERICIAL

1.—El contrato de venta, oneroso por esencia, es generalmente conmutativo y hasta puede tenerse como tipo de los de esta clase, porque las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde su celebración en forma que las partes pueden determinar el beneficio o la pérdida que van a reportar; comúnmente se estima que la cosa vale lo que por ella se paga. Sólo excepcionalmente puede asumir la venta la naturaleza de contrato aleatorio, en que la extensión de las obligaciones de los contratantes o la existencia de ellas dependa de un suceso futuro e incierto que les permita establecer inmediatamente la ganancia o la pérdida, tal como acontece cuando la venta tiene por objeto una cosa futura y se expresa o aparece de la naturaleza del contrato que se compró la suerte; o cuando el objeto de la venta es un derecho litigioso, o un derecho en una herencia en que no hay datos ciertos sobre los resultados de su liquidación. Aceptan los doctrinantes que también pueden tener esa calidad excepcional la venta de una mina propiamente dicha, sin elaboración ninguna y su consiguiente precio, pero no las que se vendan en estado de explotación, porque disponiéndose de noticias y datos utilizables para la determinación del precio y el ajuste de la economía contractual, se excluye el evento futuro que le comunica imprevisibilidad a los resultados del contrato. Cosa distinta de esta calificación jurídica del contrato dentro de la subclasificación de los onerosos es la naturaleza contingente que generalmente conllevan los negocios de explotación minera.

Una mina, esto es, una masa de substancias minerales o fósiles enterrados, repartidas en el subsuelo en forma que no coincida con la propiedad superficiaria, jurídicamente considerada es un bien inmueble susceptible de ser objeto de dominio, que puede corresponder a los particulares o al Estado y que está sometida a una reglamentación legal especial, según su naturaleza y las diferentes clases de minerales en el código de la materia. Como las minas son jurídicamente bienes distintos del terreno que las cubre, mientras su dueño no las enajene específicamente como minas propiamente dichas o haga reserva de su dominio al enajenar la propiedad del suelo, hay que considerarlas como parte integrante del terreno donde se encuentran.

2.—Invariablemente se ha sostenido que la calificación de las calidades de "explicado y debidamente fundamentado" que debe tener el dictamen sobre avalúo para reconocérsele su mérito probatorio, corresponde libremente al juez que estudia la prueba para pronunciar su sentencia, y que la Corte, como Tribunal de Casación, no puede desconocerla para variar su capacidad demostrativa sino en cuanto se demuestre que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca manifiesto en los autos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, febrero veinte de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca)

En libelo de fecha 25 de septiembre de 1942, repartido al Juzgado 3º del Circuito de Medellín, Gabriel Chalarca, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario a Alfonso Montoya V. para que se declare rescindido por lesión enorme el contrato de venta celebrado entre demandante y demandado de que da cuenta la escritura Nº 2243 otorgada el 4 de septiembre de 1940 en la Notaría 2ª de Medellín, y que, en consecuencia, el demandado está en la obligación de restituírle, seis días después de ejecutoriada la sentencia, la mitad indivisa del predio de Piedecuesta, que fue objeto

de la enajenación, junto con el valor de los frutos y productos de la cosa vendida, desde la notificación de la demanda hasta el día de la entrega, y que por parte del actor, éste cumple las obligaciones que le corresponden por la rescisión, con la devolución al demandado de la suma de $ 10.000, precio de la venta, con sus intereses legales correspondientes.

Por medio de la escritura pública precitada el demandante Chalarca vendió al demandado Montoya "el dominio sobre la mitad de una finca rural o lote de terreno, situado en el Distrito de Amagá, en el paraje de Piedecuesta, con su subsuelo carbonífero y todas las demás mejoras y anexidades de ese inmueble, excluyendo solamente las mejoras que corresponden a los cosecheros que tienen cultivos en lotes tomados en arrendamiento a la mitad, finca que linda así...". En la cláusula tercera se estipuló el precio así: "Que el precio de este inmueble en cuanto a la mitad vendida es la cantidad de $ 10.000 que el comprador cubre así: en cuanto a $ 5.420 en efectivo de contado, que el vendedor declara recibidos en esta misma fecha, a su entera satisfacción de manos del comprador; en cuanto a $ 4.000 que se cubren por la dación en pago que se hace adelante; y en cuanto a los $ 580 restantes que quedan en poder del comprador para que atienda al pago de igual cantidad que el vendedor adeuda al señor Rafael Acevedo, por $ 500 de capital y $ 80 por intereses garantizados con hipoteca sobre el inmueble vendido". Con respecto a la aludida dación, dice en la cláusula 5ª: "Que a título de dación en pago y para cubrir a su vendedor Gabriel Chalarca la cantidad de $ 4.000 resto del precio de venta, le transmite el dominio sobre un lote de terreno con sus mejoras, situado en el paraje de Piedrapelona, del Distrito de Amagá, que linda...".

Dice la demanda en sus hechos fundamentales que el bien que el actor "recibió como parte del predio no valía la suma de $ 4.000 a la fecha del contrato, y que en cambio, la mitad indivisa del fundo cuyo derecho de dominio transmitió Chalarca a Montoya valía al tiempo de la convención más de $ 20.000, por lo cual el vendedor fue víctima de lesión enorme en esta venta porque recibió como precio uno muy inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida", lo que es muy explicable, en concepto del demandante, porque en tanto que Montoya es hombre acaudalado, conocedor de tierras y muy hábil negociante, él era en aquella época joven inexperto, ajeno a los negocios y sin más patrimonio que la mitad del predio de Piedecuesta.

Contestó el demandado oponiéndose a la rescisión porque el precio que pagó es el que justamente corresponde a la mitad de la finca comprada, y alegando la excepción de inepta demanda por dirigirse contra persona diferente de la obligada a responder, fundada en que el predio vendido ya no pertenece en su totalidad a él por haber hecho ventas parciales.

Desenvuelta sobre estas bases la controversia fue decidida en primera instancia por sentencia del 22 de septiembre de 1944, en la cual se declara rescindido por lesión enorme el contrato de venta referido, y se dispone: "Dentro del décimo día de ejecutoria de esta sentencia el comprador Alfonso Montoya V. restituirá al vendedor Gabriel Chalarca, la cuota de mitad que le fue transmitida por medio de la escritura determinada en el numeral anterior. Dentro del mismo término de diez días anotado en el numeral anterior, el comprador Alfonso Montoya hará uso, en su caso, del derecho opcional que le confiere el art. 1948 del C. C., transcurridos los cuales sin haber optado por completar el justo precio de la cosa vendida, con deducción de una décima parte, se entenderá que consiente en la rescisión decretada en esta providencia. Consintiendo el demandado Montoya en intereses legales a contar del 7 de octubre de 1940 fecha de la notificación de la demanda hasta que el pago se verifique. En el evento anterior se cancelará la inscripción de la escritura ya citada, para lo cual se librará el correspondiente oficio a la oficina de registro respectiva. Caso de consentir el demandado en la rescisión, pagará al demandante los frutos civiles y naturales de la cosa, producidos desde el 7 de octubre de 1940, fecha de la notificación de la demanda hasta que la restitución se verifique y los cuales se regularán en la forma indicada en el art. 553 del C. J. Sin costas".

Sentencia acusada

En la segunda instancia a que dió lugar la apelación de ambas partes contra el fallo del Juzgado, surtida ante el Tribunal Superior de Medellín y en sentencia de fecha 12 de julio de 1946, se confirmó la recurrida, "con la adición de que si el demandado opta por completar el justo precio pagará intereses legales desde la notificación de la demanda, sobre el complemento. Sin costas".

Comienza por advertir el Tribunal que el de

mandado funda su defensa en la segunda instancia sobre la doble afirmación de que el demandante no ha probado la lesión, y que aunque la hubiera probado la acción no podría prosperar porque el contrato de compraventa de minas es aleatorio, y como tal no rescindible por lesión enorme. Acerca de esta última tesis, luego de referirse a la naturaleza y diferencias entre contratos conmutativos y aleatorios, concluye que "la compraventa de esta finca (Piedecuesta) no puede considerarse como contrato aleatorio porque el equivalente del precio que dió Montoya no consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida". No es ésta para el sentenciador una venta de mina, sino la enajenación común de un predio rural con su subsuelo carbonífero, que naturalmente se ha tenido en cuenta como elemento muy importante para su avaluación. Recuerda sin embargo a continuación, que la venta en derecho minero no es siempre y por sí misma un contrato aleatorio; pues si tal puede considerarse la venta de una mina sin elaboración ninguna porque entonces la equivalencia del precio es contingente, no lo es la de una explotación donde ya se pueden tener datos ciertos para fijar el precio. De considerar el caso presente como venta de mina habría que colocarlo en la última situación, que excluye la calificación jurídica de contrato aleatorio, "pues no se trata de una mina cuya capacidad productiva se desconozca; al contrario, el subsuelo carbonífero del inmueble de Piedecuesta es conocido hoy y lo era antes de 1940, según lo afirman varios declarantes, y si no se emprendió allí una explotación en grande, con anterioridad a aquel año, fue porque sus dueños, con excepción de Pedro Antonio Echeverri, no tuvieron medios económicos para hacerlo".

Deducida así la naturaleza conmutativa de la compraventa aludida y procedente, por tanto, la acción rescisoria por lesión, entra el Tribunal al estudio probatorio de la prueba pericial sobre avalúo de la finca vendida producida en ambas instancias, y después de un amplio análisis, discriminado y cuidadoso de los dictámenes, considera que el producido en el segundo grado no merece su acogida por la gran diferencia de cifras que excede en más de la mitad a la menor, cosa sospechosa de error por sí misma, y concluye: "La Sala encuentra que los dictámenes de la primera instancia están mejor explicados y fundamentados que los de ésta, por lo cual, procediendo como indica el art. 721 citado, hará la regulación con base en aquel peritazgo primero. Así debe procederse por la considerable diferencia que existe entre el avalúo fijado por Escobar y el que señalaron los otros dos peritos en esta instancia. Pero es claro que al acoger aquel dictamen de la primera instancia, también se tiene en cuenta todas las demás probanzas del juicio. Los testigos Joaquín Correa y Tulio Fernández dicen que el predio de Piedecuesta, a más de sus carbones conocidos y explotados, tiene una privilegiada situación, buenas aguas, fertilidad y una buena topografía y extensión, todo lo cual lo hace muy valioso. Los declarantes Luis Gonzalo Flórez y Leonidas Restrepo dicen que el año de 1940, todo el inmueble de Piedecuesta valía aproximadamente $ 50.000".

Se refiere la sentencia a otras pruebas de valor corroborante sobre que la finca se consideraba desde varios años anteriores a 1940 como muy valiosa y que para avaluarla se tenía en cuenta su subsuelo carbonífero, y concluye probatoriamente así, acogiendo lo pertinente de la sentencia del Juzgado de Circuito:

"El perito José Piedrahita fijó como valor de la mitad del inmueble vendido por Chalarca, a tiempo del contrato, la suma de $ 25.375; el perito Pedro Luis Echeverri fijó la suma de $ 118,850, y el perito tercero señor Restrepo Sánchez fijo la suma de $ 10.185. Todos estos expertos fundamentan y explican sus conceptos teniendo en cuenta la riqueza carbonífera del terreno y haciendo distinción entre el suelo y el subsuelo. No estuvieron acordes los peritos principales y el tercero se apartó del concepto de ellos. Mas la diferencia entre los dos extremos no excede de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, por ende es posible tomar el medio aritmético, según lo autoriza el art. 721 del C. J. La suma de las cantidades fijadas por los peritos es de $ 63.410, la que dividida por tres, da $ 21.136,66. Es éste, pues, el valor fijado por los expertos a la mitad del inmueble vendido por el demandante al demandado, con relación a la fecha de la compraventa, o sea, el 4 de septiembre de 1940. Chalarca vendió la mitad del inmueble que se delimita en la escritura Nº 2243 de 4 de septiembre de 1940, de la Notaría citada, por la suma de $ 10.000. Pero el justo precio de esa mitad en la misma fecha, según el promedio de los conceptos periciales, era de $ 21.136,66, de donde resulta que el precio de $ 10.000 recibido por el vendedor Chalarca fue inferior a

$ 10.568,33 que es la mitad de $ 21.136.66 justo precio de la cosa vendida...".

El recurso

La parte demandada interpuso contra la sentencia de segunda instancia el recurso de casación que hoy se decide al cabo de su tramitación legal.

Con apoyo en la primera de las causales legales de casación (art. 520 del C. J.) se formulan los cargos que en seguida se enuncian compendiadamente:

a) En el contrato de venta de Piedecuesta, en parte se trata de algo aleatorio y no rigurosamente conmutativo, porque allí hay una doble enajenación: la del suelo y la del subsuelo. En lo tocante a la primera, a sus anexidades y mejoras superficiales, claramente conocidas por las partes, como cosas aparentes, el contrato es naturalmente conmutativo, y las prestaciones de las partes deben considerarse como equivalentes; pero en lo relativo al subsuelo es especialmente aleatorio y sus prestaciones pueden ser desproporcionadas en cualquier medida sin que por eso pueda rescindirse, porque la suerte excluye el concepto de lesión. Habiéndose pagado un precio unitario por el inmueble a pesar de su doble aspecto, sin discriminar la cuantía de cada uno, es preciso analizar cuál era el valor real del suelo, única cosa conocida, para saber si algo queda del precio total "para atender a la prestación que el subsuelo exige, considerado separadamente". El suelo y subsuelo pueden jurídicamente considerarse en forma distinta y así los concibió el contrato aludido. Los avaluadores fijaron un precio global del suelo y el subsuelo carbonífero, sin hacer una mensura global sino simplemente calculada del terreno, y sin considerar sus diversas capas y configuraciones, pastos, cultivos, etc., teniendo por base una unidad de medida, como era necesario para que su dictamen fuera fundado y serio; sin embargo, teniendo en cuenta el valor promedial que podría corresponder a cada cuadra para descomponer la cifra total del avalúo, se puede concluír "que el precio del suelo pudo estimarse por los contratantes en $ 5.000, o más, sin llegar jamás a los $ 10.000, ni ocasionarse en tal caso causal de lesión enorme por excederse en el doble al pagado. Que para atender al precio del subsuelo, quedaba la otra cantidad hasta el completo de los $ 10.000, cuya cuantía puede no exceder de los $ 5.000, pero que tampoco pudo jamás estimarse en cero".

En el contrato que recoge la escritura públic Nº 2243 de 4 de septiembre de 1940 está compren dida la enajenación de una mina como cosa dis tinta del suelo o superficie, y la venta de ese sub suelo minero en que todo es un riesgo o aventura porque no se había explorado ni explotado hast septiembre de 1940, constituye un caso de vent aleatoria, no susceptible de rescindirse por lesión Al desconocerlo así el Tribunal y estimar que lo minerales carboníferos de Piedecuesta, habían sid objeto de exploración y sus rendimientos eran co nocidos, cometió error manifiesto de hecho al "ci tar avalúos fantásticos realizados en 1927 y 1935 años anteriores al del contrato pues los hechos tie nen que ser coetáneos", y en no tener en cuenta los testimonios de Luis Gonzalo Flórez, Leonidas Restrepo, Lorenzo Osorio, quienes hablan de una sola venta superficial conocida en 1940, y de Joaquín Correa sobre que en esa época nada de importancia en materia de explotación de carbones existía.

Como consecuencia de esos errores dice el recurrente que el Tribunal aplicó indebidamente los arts. 1946, 1947 y 1948 del C. C.

b) Aun en el supuesto de que el contrato de que se trata fuera totalmente conmutativo y no parcialmente aleatorio, el Tribunal violó, por aplicación indebida, los arts. 1946, 1947, 1948 y 1953 del C. C. como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió al estimar las pruebas periciales sobre el justo precio de la finca de Piedecuesta porque el avalúo por peritos practicado en el primer grado del juicio, que el Tribunal tuvo como base de justiprecio, no hace referencia a la fecha del contrato, y porque sus dictámenes "no son uniformes, están caprichosamente explicados e indebidamente fundados", de modo que no dan base para sacar de ellos un avalúo promedial. Largamente se extiende la demanda en torno de este punto, haciendo una minuciosa crítica del concepto de cada uno de los avaluadores, deteniéndose en el análisis de expresiones aisladas, enunciando numerosas operaciones previas y averiguaciones que han debido hacer los expertos en concepto del recurrente, para concluír que sólo en relación con el avalúo del suelo que pudieron ver, podría ser aceptable su dictamen, a pesar de sus muchas deficiencias; pero en lo tocante al subsuelo no tuvieron fundamentos serios y científicos y no podían medir minas, que si las hay, están a mucha profundidad, por lo cual sus avalúos resultan "cál-

ilos caprichosos, muy lejos de fundarse en la encia del perito".

Añade el recurrente que también incurrió el sen-nciador en error de hecho al apreciar las prue-as "de los demás hechos colaterales que el Tri-unal tiene en cuenta para afianzar las conclusio-es de los dictámenes y darles el valor legal pro-torio, incontraproducentes o inoperantes, ya que r la época en que se cumplieron (como los ava-os que se hicieron de la finca casi al tiempo en ue compró Montoya), ya porque están mal apre-ados (como al aceptar las declaraciones que órez y Restrepo dan en el sentido de que el pre-o valía $ 50.000), o ya porque se prescindió de declarado por el actor y por Joaquín Correa".

c) Finalmente, se acusa la sentencia de ser vio-dora, por mala interpretación e indebida aplica-ón de los arts. 1948 y 1951 del C. C. porque ha-endo vendido el demandado Montoya antes de iciarse este juicio dos lotes del predio de Pie-cuesta, como consta en el proceso, ya no era pro-dente la acción rescisoria.

Se consideran los cargos:

a) El contrato de venta, oneroso por esencia, es neralmente conmutativo y hasta puede tenerse mo tipo de los de esta clase, porque las presta-nes a que da nacimiento se conocen ciertamen-desde su celebración en forma que las partes eden determinar el beneficio o la pérdida que h a reportar; comúnmente se estima que la cosa e lo que por ella se paga. Sólo excepcional-nte puede asumir la venta la naturaleza de trato aleatorio, en que la extensión de las obli-ciones de los contratantes o la existencia de s penda de un suceso futuro e incierto que no permita establecer inmediatamente la ganan-o la pérdida, tal como acontece cuando la ven-tiene por objeto una cosa futura y se expresa parece de la naturaleza del contrato que se mpró la suerte; o cuando el objeto de la venta un derecho litigioso, o un derecho en una he-cia en que no hay datos ciertos sobre los re-ados de su liquidación. Aceptan los doctrinan-que también pueden tener esa calidad excep-al la venta de una mina propiamente dicha, elaboración ninguna, esto es, sin datos más o os ciertos sobre su cantidad de producción y u consiguiente precio, pero no las que se ven-en estado de explotación, porque disponiéndo-ntonces de noticias y datos utilizables para la rminación del precio y el ajuste de la econo-mía contractual, se excluye el evento futuro que le comunica imprevisibilidad a los resultados del contrato. Cosa distinta de esta calificación jurídica del contrato dentro de la subclasificación de los onerosos, es la naturaleza contingente que generalmente conllevan los negocios de explotación minera.

Una mina, esto es, una masa de substancias minerales o fósiles enterradas, repartidas en el subsuelo en forma que no coincide con la propiedad superficiaria, jurídicamente considerada es un bien inmueble susceptible de ser objeto de dominio, que puede corresponder a los particulares o al Estado y que está sometida a una reglamentación legal especial según su naturaleza y las diferentes clases de minerales en el código de la materia. Dejando de lado lo relativo a la propiedad minera nacional, que ninguna relación tiene con el caso de estudio, se advierte que el subsuelo carbonífero del fundo de Piedecuesta, no pudiendo catalogarse entre las **contratables** pertenecientes a la Nación por estar en terrenos baldíos o en baldíos adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873, es un bien de propiedad particular, perteneciente al dueño del suelo. Como estas minas son jurídicamente bienes distintos del terreno que las cubre, mientras su dueño no las enajene específicamente como minas propiamente dichas o haga reserva de su dominio al enajenar la propiedad del suelo, hay que considerarlas como parte integrante del terreno donde se encuentran.

Aplicando estas nociones a la convención en estudio claramente resulta la legalidad con que el Tribunal estimó el contrato solemnizado en la escritura Nº 2243 de 4 de septiembre de 1940, de la Notaría 2ª de Medellín, como la venta ordinaria de un inmueble, de que hacía parte naturalmente el subsuelo carbonífero, y no la enajenación separada de éste como una pertenencia minera. Si el suelo y subsuelo del fundo aludido no habían sido jurídicamente desenglobados o separados por un acto de enajenación que hubiera originado sobre ello dos dominios diferentes, eran dos inmuebles por naturaleza incorporados y constitutivos de un sólo y único objeto del contrato. Expresamente se dijo en la escritura que se vendía la mitad de la finca rural con su subsuelo carbonífero, pero no era necesario expresarlo para que así aconteciera, para que el comprador lo adquiriera al igual que las canteras y demás materiales de construcción en depósito, que también corresponden al dueño del suelo dentro de los términos

de su propiedad. Fuera de esta innecesaria advertencia nada en el contrato ofrece base ninguna para afirmar, como lo hace el recurrente, que el contrato referido contiene dos enajenaciones separadas, una cuyo objeto es la propiedad superficiaria, y la otra que recayó sobre el subsuelo para efectos de su riqueza mineral carbonífera. La unidad de su objeto, jurídicamente formado como elemento natural por suelo y subsuelo, y la unidad de su precio, no permiten desintegrar el contrato, fragmentarlo arbitrariamente, para tratar de ver en el juego de sus prestaciones, al lado de una venta conmutativa una aleatoria, con el fin de sustraer parte del precio para desquiciar los cálculos en que se funda la acción rescisoria de la venta por lesión.

Como lo hace notar el Tribunal, en diversas ocasiones anteriores a 1940 en que fue preciso avaluar la finca de Piedecuesta, siempre se hizo mención especial del subsuelo, como circunstancia que le comunicaba especial valor, esto es, que en su precio siempre se tuvo en cuenta su riqueza en carbón como cosa inseparable del predio mismo, que fue lo acontecido en la venta a que se refiere este pleito, pero sin dividir la unidad de su objeto ni su precio. No es posible discernir dentro del mecanismo de las estipulaciones que forman este contrato, el riesgo de ganancia o de pérdida tenido en cuenta por las partes y del cual depende esencialmente la existencia o la cuantía de sus correspondientes obligaciones, como sería indispensable para atribuírle la naturaleza de aleatorio. No puede decirse tampoco, en presencia de sus estipulaciones escritas sin ninguna ambigüedad, que se trata de un caso de contrato complejo por la inserción de alguna cláusula que pudiera imprimirle la calidad de aleatorio en alguna zona de su economía, porque por ninguna parte se ve el acontecimiento incierto cuyas consecuencias pudieran determinar resultados imprevistos sobre la extención de las prestaciones recíprocas y que en el momento de su celebración hiciera imposible determinar ciertamente la cuantía de las obligaciones para deducir el provecho o la pérdida que habrían de reportar los contratantes.

Descartada por las consideraciones que anteceden, la tesis de la venta minera y del contrato aleatorio, no insinuadas siquiera en la contestación de la demanda y que son las dos bases en que se hace reposar la primera acusación contra la sentencia, pierde toda importancia y queda sin objeto el análisis de las pruebas sobre el hecho de la existencia e importancia de las explotaciones de carbón en 1940, a que el Tribunal alude en forma secundaria, porque los cargos por error probatorio a este respecto se enderezan también a demostrar que la venta en cuestión es parcialmente aleatoria por referirse específicamente a la enajenación de una mina sin explotación que ofreciera datos ciertos para la determinación de su precio.

b) Al resumir la motivación de la sentencia acusada se dijo que el Tribunal realizó un detenido estudio analítico de los dos avalúos periciales practicados en las instancias con el objeto de deducir en cifras el fenómeno de la lesión enorme por contraposición del precio convencional con el justo precio de la finca de Piedecuesta en la época del contrato, y que hallando que la prueba pericial practicada en el segundo grado del juicio, por la gran diferencia injustificable de cifras fijadas por los tres avaluadores, no ofrecía por sí misma base aceptable de convicción, en aplicación del art. 721 del C. J., procedió a hacer la regulación que estimó equitativa, teniendo en cuenta especialmente el dictamen rendido por los avaluadores ante el Juzgado del Circuito, que consideró mejor explicados y fundados, y las demás pruebas que sobre el particular obran en el proceso. Atrás quedó transcrito el pasaje de la sentencia en que el Tribunal concretó sus conclusiones probatorias.

La circunstancia, ya anotada, de que siempre que fue necesario apreciar el fundo de Piedecuesta, en las diversas ocasiones que cita la sentencia se hiciera referencia separada al carbón del suelo como factor influyente en la determinación de su valor comercial, explica que los peritos avaluadores hayan tenido en cuenta, separadamente el suelo con su extensión, calidad de tierra, agua, etc., y el carbón del subsuelo, calculado con utilización de todos los datos que suministraron los trabajos de explotación hasta entonces realizados, el número de sus vetas superficiales, etc., pero con elementos de juicio e ilustración para el avalúo unitario y total del predio en la cuota de dominio a que se refiere la compraventa. No hay razón para atacar esta prueba disociando arbitrariamente sus fundamentos para aceptarla, y desecharla en lo referente a la riqueza carbonífera alegando que a este respecto sus fundamentos no son serios ni científicos ni se basan en la mesura de los minerales, como si se tratara de la venta de una pertenencia minera propiamente dicha y no de un

especial condición o atributo del inmueble que fue objeto único del contrato.

Invariablemente se ha sostenido que la calificación de las calidades de "explicado y debidamente fundamentado" que debe tener el dictamen sobre avalúo para reconocerle su mérito probatorio, corresponde libremente al Juez que estudia la prueba para pronunciar su sentencia, y que la Corte, como Tribunal de Casación, no puede desconocerla para variar su capacidad demostrativa sino en cuanto se demuestre que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos. No basta, como aquí sucede, que se afirme que los dictámenes "no son uniformes, están caprichosamente explicados e indebidamente fundados", porque en las extensas consideraciones que al respecto trae la demanda, de análisis literal especialmente, no encuentra la Sala la demostración manifiesta del error que dejara sin apoyo ninguno la cifra del avalúo. Desde luego, no son uniformes los dictámenes integrantes de la prueba pericial adoptada por la sentencia, esto es, no coinciden en la cifra del avalúo, y por no serlo fue precisamente por lo que de ellos se tomó el medio aritmético según la regla legal aplicable y aplicada al caso. Se dice que hay ignorancia en los peritos por carecer de las nociones e información necesarias para formarse un juicio acertado, especialmente en el avaluador Piedrahita, cuyo dictamen fue inútilmente objetado en la primera instancia; pero para que en casación pudiera tener operancia reparo de esta naturaleza, sería preciso también demostrar no sólo la ignorancia del perito sino el error del dictamen.

La Sala ve en el caso presente una cabal aplicación del art. 721 del C. J., según la explicación de la sentencia, atrás copiada. Dispone este precepto en lo atinente que si las tres cifras del avalúo son distintas y la diferencia entre los dos extremos excede de la mitad de la cantidad menor, tiene el juez la facultad legal para hacer la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe. Dispone el sentenciador en esta forma de una excepcional amplitud para la formación de su criterio y la regulación de la cifra del justiprecio, en forma que resulta especialmente difícil configurar el error de hecho que a través de la casación es indispensable para poder despreciar las conclusiones judiciales sobre el particular.

Acerca del reparo de que el avalúo pericial que el Tribunal usó como prueba central de su regulación no se refiere a la fecha del contrato, cosa que de ser cierta tendría gran importancia, se lee en la sentencia a raíz del estudio discriminado de los tres dictámenes: "Todos estos avalúos se refieren, como queda dicho, al 4 de septiembre de 1940, fecha del contrato celebrado entre Chalarca y Montoya y están debidamente explicados y fundamentados". Y la demanda está lejos de demostrar que esta aseveración del Tribunal no coincide con la realidad del proceso.

Infundado también es el cargo por error de hecho en la estimación de la prueba de los hechos colaterales en que el Tribunal afianza sus conclusiones sobre avalúo de la finca, que el recurrente enuncia y no demuestra. Dentro de las facultades finales del art. 721 del C. J., el Tribunal hizo referencia a más del dictamen pericial del primer grado, a otros elementos del proceso de fuerza demostrativa corroborante de la estimación que hizo del justo precio de Piedecuesta, y dice: "En la sucesión de don Pedro Antonio Echeverri, anterior dueño del inmueble, fue avaluada toda la finca en 1927, excluyendo algunas mejoras e incluyendo el subsuelo carbonífero, el cual se hizo especial mención, en $ 74.000. Don Sinforoso Correa remató dentro de ese sucesorio en el año de 1935, y para Gabriel Chalarca, la mitad del inmueble, es decir, lo mismo que éste vendió a Montoya en 1940, por la suma de $ 20.000. En esa venta se incluyeron expresamente los carbones del subsuelo. Como se ve, desde varios años antes a 1940, ya la finca era considerada como muy valiosa y para avaluarla se tenía en cuenta su subsuelo carbonífero... Los testigos Joaquín Correa y Tulio Fernández dicen que el predio de Piedecuesta, a más de sus carbones conocidos y explotados, tiene una privilegiada situación, buenas aguas, fertilidad y una buena topografía y extensión, todo lo cual lo hace muy valioso. Los declarantes Luis Gonzalo Flórez y Leonidas Restrepo dicen que en el año de 1940 todo el inmueble de Piedecuesta valía aproximadamente $ 50.000".

c) Se funda el último cargo, como se vió, en el hecho, demostrado en autos, de que el comprador Montoya vendió dos lotes de la finca de Piedecuesta, de donde deduce que el demandante no tiene derecho para pedir la rescisión del contrato al tenor del art. 1951 del C. C.

Este aspecto del litigio ha sido objeto de especial estudio en las dos sentencias del juicio por haber sido propuesto desde la contestación de la

demanda en forma de excepción perentoria, y en ambas decisiones se ha considerado sin fundamento legal. Examinadas por la Sala las razones que al respecto trae la sentencia acusada, iguales a las del Juzgado del Circuito, las encuentra ajustadas a la realidad del proceso y a los términos de la ley, porque aquí lo acontecido no es lo previsto y gobernado en la citada disposición del Código Civil.

Da fe el proceso con las copias de los instrumentos correspondientes que el demandado Montoya es hoy dueño de todo el inmueble de Piedecuesta por haber adquirido su otra mitad proindiviso en remate en el juicio de sucesión de Camila Toro de Echeverri, y que siendo ya el dueño de todo vendió dos lotes determinados, uno a Vicente Zapata, en que se excluye el carbón del subsuelo, y el otro a Ramón Mesa, por valor de $ 3.000.

En estas condiciones, aceptado como está jurisprudencialmente que la acción rescisoria por lesión procede en ventas de cuota determinada del dominio de un inmueble, y no habiendo duda de que en el patrimonio del comprador demandado Montoya existe la mitad de la finca que le vendió Chalarca, ningún inconveniente hay para la prosperidad de la acción y el cumplimiento de los efectos de la rescisión en el caso de que el demandado consienta en ella.

No siendo fundado ninguno de los reparos de ilegalidad que contiene la demanda, 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 Medellín el 12 de julio de 1946, materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca Pedro León Rincón, Srio en Ppedad.

PETICION DE RESTITUCION DE TERMINOS PARA LA DEMANDA DE CASACION

La actuación del recurso de casación, este mismo y consecuencialmente la jurisdicción de la Corte terminan habitualmente con la sentencia que desecha el recurso por no aparecer justificada ninguna de las causales aludidas (art. 537 C. J.) o con la sentencia que por prosperar el recurso infirma la recurrida y la reemplaza (art. 538). Pero si esto es lo procedente cuando se justifica alguna de las tres primeras causales del artículo 520, según el 539, si es otra la acogida, ya no se dicta esa sentencia, sino que se provee como manda el artículo 540, sin que por ello pueda decirse que dentro del recurso de casación, como tal, el negocio no ha quedado resuelto o que sigue en pie la jurisdicción de la Corte. Más todavía: tampoco puede decirse que la jurisdicción de la Corte siga vigente y que ella no ha resuelto el negocio cuando por no haberse suministrado papel sellado para repartir el asunto se declara ejecutoriada la sentencia recurrida (art. 353) o cuando por no haberse presentado dentro del término legal la demanda de casación, se declara el recurso desierto (Arts. 530 y 532).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, febrero veintiuno de mil novecientos cuarenta y ocho.

En el juicio reivindicatorio de Joel Carrillo contra Rizo Hermanas Limitada, que subió a la Corte en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, por haberse vencido sin demanda de casación el término legal correspondiente, se declaró desierto el recurso y se condenó al recurrente en costas por providencia de 17 de diciembre último que en su día quedó ejecutoriada.

Ya así las cosas, el abogado recurrente solicitó en escrito de 9 de febrero en curso la restitución del término para la demanda referida por haber estado gravemente enfermo desde octubre hasta los primeros días de diciembre del año pasado, solicitud que de plano se le negó por extemporánea en auto de 10 de este mes, del que pide reposición, recurso que no puede prosperar ante las disposiciones del Código Judicial que en seguida han de citarse.

El art. 372, que es el que establece el extraordinario recurso de restitución de un término que fuerza mayor o caso fortuito ha impedido usar, cierra la época de tal pedimento o lo impide o desautoriza cuando ya ha sido resuelto en definitiva el negocio.

El auto de 10 de febrero se dictó en el concepto de que esto último es lo que sucede, en fuerza de haberse dictado el de 17 de diciembre y de su ejecutoria. El petente sostiene que no quedó con ello producida la situación de estar el negocio resuelto en definitiva, porque la Corte nada ha resuelto en el fondo sobre el pleito mismo.

La actuación del recurso de casación, éste mismo y consecuencialmente la jurisdicción de la Corte terminan habitualmente con la sentencia que desecha el recurso por no aparecer justificada ninguna de las causales aducidas (Art. 537) o con la sentencia que por prosperar el recurso infirma la recurrida y la reemplaza (Art. 538). Pero si esto es lo procedente cuando se justifica alguna de las tres primeras causales del art. 520, según el 539, si es otra la acogida, ya no se dicta esa sentencia, sino que se provee como manda el art. 540, sin que por ello pueda decirse que dentro del recurso de casación, como tal, el negocio no ha quedado resuelto o que sigue en pie la jurisdicción de la Corte. Más todavía: tampoco puede decirse que la jurisdicción de la Corte siga vigente y que ella no ha resuelto el negocio cuando por no haberse suministrado papel sellado para repartir el asunto se declara ejecutoriada la sentencia recurrida (art. 353) o cuando por no haberse presentado dentro del término legal la demanda de casación, se declara el recurso desierto (art. 530 y 532).

Si se acogiera la opinión del petente, según la cual no se entiende el negocio resuelto en definitiva sino en los casos del art. 539 o en el del 537, se llegaría al absurdo de que el recurrente en ca-

sación, dueño de no suministrar el papel sellado o de no presentar su demanda para fundar el recurso en oportunidad, lo sería de dejar así abierto por tiempo indefinido la posibilidad de demandar restitución de los términos que tuvo para aquello. Y bien se ve que el legislador al autorizar la restitución de términos se cuidó de poner fin a la época en que esto es procedente. Ese fin lo señala la solución del negocio, y la calidad de definitiva que ésta ha de tener conforme al art. 372 no está condicionada por la clase de providencia que la contenga.

Así, pues, no tiene por qué requerirse que ella sea una sentencia definitiva como las contempla el art. 466 en su ordinal 1º, revestida de las formalidades del art. 471; y el auto de 17 dediciembre y su ejecutoria, aun sin estos detalles, por haber cerrado definitivamente lo tocante al recurso de casación, cerró la posibilidad de restituír un término de los correspondientes a la sustanciación de este recurso.

Por no ser sentencia definitiva, pudo ese auto ser reclamado; pero no lo fue, y su ejecutoria se produjo por el sólo transcurso del tiempo, como podría haberse producido por no haber prosperado los recursos que contra él pudieran haberse interpuesto, que aquí habría sido el de reposición, conforme al art. 488.

Limitada con esa ejecutoria la jurisdicción de la Corte a lo relativo a costas, condena que pronunció por ordenarla el art. 532, se procedió a tasarlas y a aprobar la tasación, previo el traslado del caso, durante el cual no hubo gestión alguna de las partes, tal como indican los autos de 26 y 27 de enero y de 3 de febrero. El 9 de este mes que se ejecutoriaba el auto aprobatorio, es la fecha del memorial de restitución de términos. El abogado reclamante observa que, por tanto, esta observación no tiene trascendencia alguna. La actuación sobre costas es algo que en nada desvirtúa la situación antedicha, o sea la que resulta de haberse dictado el auto de 17 de diciembre y estar ejecutoriado desde el 23 de enero, cuando el 9 de febrero se solicitó la restitución del término denegada en el auto del día 10 materia del recurso que aquí se decide.

Lo dicho lo sustenta y hace innecesario estudiar si el recurso interpuesto es el procedente, o si sólo lo era el de súplica, tal como establece el art. 511.

Por lo expuesto se niega lo pedido en el precedente memorial.

Notifíquese.

Ricardo Hinestrosa Daza.—Pedro León Rincón Srio. Ppdad.

ACCION DE REVISION DE UNA SENTENCIA DE EXCEPCIONES PROFERIDA EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, febrero veintiseis de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Gabriel Rodríguez Ramírez)

Por escritura Nº 936 de la Notaría 2ª de Bogotá, del 14 de junio de 1922, Leonardo Libernecht y Emilio Kaelber liquidaron la sociedad de hecho que tenían para la explotación de la industria de salsamentaria, en la fábrica "Turingia" de esta ciudad, haciéndose cargo el primero del activo y pasivo del negocio y reconociendo el segundo a su cargo la suma de tres mil pesos que debía pagar al primero al vencimiento de dos años, desde la fecha de la escritura, con interés del uno por ciento mensual, que se elevaría al dos por ciento en caso de mora en el pago del capital o de los intereses, al vencimiento de cada mensualidad. Liebernecht se obligó a la satisfacción de las deudas del negocio con todos sus bienes habidos y por haber, contándose entre los primeros, según el inventario protocolizado, la casa número 418 de la carrera 13 de esta ciudad, comprada por los dos y destinada a habitación y fábrica, y Kaelber quedaba libre de responsabilidad en relación con aquellas deudas.

Liebernecht demandó ejecutivamente a Kaelber, en noviembre de 1935, en el Juzgado 7º de este Circuito, para el pago de los tres mil pesos y sus intereses desde la fecha de la escritura, y el mandamiento de pago fue intimado el 21 de agosto de 1936 al curador **ad litem** de Kaelber, y el 4 de noviembre de 1936 al apoderado del mismo ejecutado.

Este opuso las excepciones de petición antes de tiempo o de un modo indebido, prescripción de la acción y pago, las que el Juzgado declaró no probadas en sentencia del 27 de noviembre de 1940, que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de fecha 17 de abril de 1941.

En mayo de 1943 Kaelber demandó a Liebernecht para que en vía ordinaria se revise la sentencia de excepciones y su confirmación, se declaren probadas las excepciones mencionadas, que no hay lugar al cobro ejecutivo de la deuda, que el demandado debe pagar las costas del juicio ejecutivo, los bienes trabados deben ser desembargados y la ejecución debe cesar definitivamente.

Se fundó en lo siguiente: 1º Que siendo bilateral, oneroso y conmutativo el convenio de liquidación, no está en mora de pagar la suma y sus intereses, ni le son exigibles capital e intereses, mientras su acreedor no haya pagado todo el pasivo de la sociedad de hecho, presentando todos los documentos debidamente cancelados, por lo cual es indebido o prematuro el cobro de su deuda por la vía ejecutiva; 2º Que habiendo pasado más de diez años entre el vencimiento de su obligación y la intimación del pago ejecutivo a su curador y a su apoderado, la acción ejecutiva había prescrito y a su acreedor le quedaba la acción ordinaria por otros diez años, para hacer efectiva la deuda que aún no se había extinguido, por lo que el demandante había ganado por prescripción la extinción de la acción ejecutiva y no había renunciado a la prescripción de la acción ordinaria, aunque él hubiera confesado la deuda con posterioridad al día en que había ganado la prescripción de la acción ejecutiva; 3º Que la causa de su obligación fue la existencia del pasivo de la sociedad de hecho y que por escritura número 15, otorgada el 11 de julio de 1932 ante el Cónsul de Colombia en Berlín, transfirió él a Libernecht la mitad de la casa número 418 de la carrera 13 por las obligaciones que éste había adquirido en la liquidación, o sea pagar el pasivo de la sociedad de hecho, de donde deduce que desapareció la obligación de ayudarle a pagar el pasivo y quedó sin causa la obligación del demandante, "o sea que con la parte del pasivo a mi cargo —dice en el libelo— queda pagada la cesión que se hacía...".

El demandado se opuso, desconoció todo derecho al demandante y negó que tuviera razón en la demanda, y aceptó la mayor parte de los he-

chos, negó unos pocos y a otros no dio respuesta categórica.

En fallo del 7 de septiembre de 1945, el Juzgado negó todas las peticiones de la demanda, absolvió al demandado de todos los cargos del libelo y condenó en costas al demandante. Este fallo fue confirmado, con costas a cargo del recurrente, por el de fecha 18 de junio de 1946, pronunciado por el Tribunal Superior de Bogotá a virtud de la alzada del demandante contra la sentencia del Juzgado. La misma parte ha recurrido en casación de este fallo confirmatorio y como el recurso ha sido debidamente sustanciado, la Sala de Casación entra a decidirlo mediante las consideraciones siguientes:

Para el Tribunal la existencia y exigibilidad de las obligaciones nacidas para una de las partes en un contrato bilateral, no dependen del cumplimiento que a las suyas haya dado la otra parte, y en el caso concreto el pago de los tres mil pesos no estaba sujeto a condición alguna según el contrato, sino a un plazo cierto y determinado, que ya había vencido; respecto de la prescripción estima que no están desvirtuadas las razones con que los fallos anteriores desecharon esta excepción, pues Kaelber reconoció la existencia de la deuda con posterioridad al lapso de los diez años necesarios para la prescripción de la acción ejecutiva, con lo cual renunció tácitamente a ese medio defensivo; por último hace notar que la excepción de pago es contradictoria de las de petición antes de tiempo y prescripción y que no hay comprobante alguno del pago que alega el demandante.

El recurrente invoca el motivo primero de casación, o sea la violación de ley sustantiva, ya directamente, ya por errores en la apreciación de cierta prueba. Se pasa a agrupar y resumir las alegaciones con que el recurrente pretende fundar sus diversos cargos, para en seguida entrar a considerarlos separadamente:

Es el primer cargo, que la sentencia violó directamente los artículos 1502 y 1609 del C. C.: el primero, porque la causa de la obligación de pagar los tres mil pesos y sus intereses, a cargo de Kaelber, fue la existencia del pasivo de la sociedad de hecho, y si Liebernecht pagó a Kaelber el traspaso que éste le hizo de la mitad de la casa de la carrera 13, con la obligación que había tomado en la liquidación, de pagar el pasivo social, la deuda de los tres mil pesos a cargo de Kaelber quedó sin causa, quedó pagada; y el segundo artículo fue violado directamente porque siendo bilateral el convenio de liquidación, Kaelber no está en mora de pagar los tres mil pesos mientras Liebernecht no haya cumplido la obligación por él adquirida de pagar el pasivo de la sociedad, presentando todas las obligaciones sociales debidamente canceladas.

Se considera:

En cuanto a la falta de causa —fenómeno que la parte demandante ha venido confundiendo con el pago— el Tribunal no hizo consideración alguna y por eso no pudo desconocer la existencia o el alcance de la regla legal que exige como requisito de la fuerza obligatoria de toda declaración de voluntad, la existencia de una causa lícita. Lo que sí dijo fue que ese pago de donde el demandado deduce la falta de causa, no está demostrado con comprobante alguno, y como esa conclusión ha de quedar en pie, como se verá al estudiar el cargo de la casa de la carrera 13, la acusación queda sin fundamento. Y si hubiera que estudiarla en el fondo, habría que observar que el demandado no ha aseverado siquiera que hubiera traspasado la mitad de la casa en pago de su deuda de tres mil pesos, que sería lo lógico dentro de las posibilidades jurídicas, sino que el demandante le pagó el traspaso con la obligación que éste tenía de pagar el pasivo social, lo cual es imposible por ilógico ya que así el demandado no adquiría como tradente, ningún valor nuevo; y sobre todo sería de notar que el pretendido pago del traspaso no tendría relación alguna con la deuda de los tres mil pesos, en orden a su extinción. En la escritura del traspaso de la mitad de la casa Kaelber no hizo sino cumplir con lo convenido en la liquidación de la sociedad, sobre la adquisición de todo el activo social por parte de Liebernecht quien asumía el pago del pasivo, y por eso en el instrumento expresó aquel tradente, aunque impropiamente en la forma, que el precio —o sea más bien la causa— era la obligación que el adquirente había tomado a su cargo en la liquidación, respecto de las deudas sociales, obligación que éste había venido cumpliendo satisfactoriamente. En esa escritura, número 15 del Consulado de Colombia en Berlín, nada dijo Kaelber que tuviera relación con su deuda de tres mil pesos, ni hizo constar, como habría sido del caso que esta deuda suya quedaba extinguida. No es aceptable, pues, el cargo.

Respecto de la falta de constitución en mora, se observa que el demandado no asevera, en los fu

damentos de hecho, que el demandante no haya pagado el pasivo de que se hizo responsable en su totalidad, sino que pretende que el demandante pruebe que lo pagó para que pueda cobrar los tres mil pesos. El punto no fue tratado por el sentenciador y así mal podía desconocer la regla contenida en el artículo 1609. Le bastaba al sentenciador considerar respecto de esta excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido, dirigida a impugnar el mandamiento ejecutivo, las condiciones que deba reunir la obligación resultante del título, según el artículo 982 del C. J., para que pudiera librarse la ejecución por la suma de dinero e intereses, y hallando que solamente era necesaria la prueba de una obligación expresa, clara y actualmente exigible, de pagar una cantidad líquida de dinero e intereses, que la existencia y exigibilidad de la obligación de pagar, a cargo de Kaelber, no dependía del cumplimiento de la obligación a cargo de Liebernecht, y que el pago de los tres mil pesos no estaba sujeto a condición sino a un plazo que ya había vencido, concluyó que la mencionada excepción no estaba demostrada; ahora bien, éste que es el verdadero fundamento del Tribunal en cuanto a dicha excepción, no se encuentra atacado en el recurso y por eso puede seguir sustentando su fallo. Por tanto, tampoco es aceptable este cargo.

También se acusa la interpretación errónea del artículo 2536 del C. C., que establece la prescripción de la acción ejecutiva por diez años y su conversión en ordinaria por otros diez años, y la aplicación indebida del artículo 2539 **ibídem,** sobre interrupción natural o civil de la prescripción extintiva, por haber creído el Tribunal que la confesión de su deuda por Kaelber, con posterioridad a los diez años siguientes al vencimiento, era una renuncia tácita de la prescripción, "porque hay que tener en cuenta —dice el recurrente— que la deuda u obligación no estaba extinguida —para efectos de la prescripción— ni la extinción por prescripción se alegó, para que el supuesto reconocimiento que alegó el Tribunal pudiera tenerse como una renuncia tácita de la prescripción, no de la deuda sino de la acción ejecutiva, pues esta prescripción ejecutiva era la que estaba ganada y la que se había alegado"; y para completar el cargo dice el recurrente que no hay prueba de un hecho que produjera la interrupción expresa o tácita de la prescripción.

Si se considera que el error sobre el contenido de una norma legal, sobre su significado o sentido, es lo que constituye la interpretación errónea de la ley como causal de casación y que para lograrla el recurrente debe poner de manifiesto la insuficiencia o el exceso en el juicio del sentenciador, por el desconocimiento o desvío de normas o principios interpretativos que debía aplicar; si se tiene en cuenta que en la demanda de casación no se anota cuál es el sentido en que ilógica o indebidamente tomó el Tribunal el artículo 2536, señalando el pasaje de la sentencia donde se encontraba el error sobre el sentido de esa disposición; y si por otra parte se anota que la demanda no señala ningún error sobre las circunstancias de hecho que la ley presupone para que haya interrupción de la prescripción extintiva, o sobre la diferencia o semejanza entre esa hipótesis de la ley y el caso concreto del pleito, para que pudiera deducirse aplicación indebida del artículo 2539, hay que concluír que la demanda en esta parte no se ajusta a las reglas que rigen el recurso extraordinario de casación y que por eso el cargo no puede prosperar.

A lo que se añade que si el Tribunal concluyó que el demandado había renunciado a la prescripción de la acción ejecutiva por el reconocimiento de su deuda con posterioridad a los diez años de inacción del acreedor, la acusación se ha debido enderezar a la demostración de la violación del artículo 2514, que fue el aplicado en el fallo de aquella corporación, y la demanda de casación no tiene capítulo alguno sobre este particular.

Por último, acusa el recurrente la apreciación errónea de la escritura número 1613 de la Notaría 3ª de Bogotá, del 17 de septiembre de 1923, que contiene la permuta de la casa número 418 de la carrera 13, la fábrica de salsamentaria y el nombre comercial "Turingia", de Leonardo Liebernecht, por unos lotes de terreno situados en San Javier y en Chapinero y que en cambio le traspasó Salomón Gutt. El error de derecho lo hace consistir en que el Tribunal llamó de arrendamiento ese contrato, siendo así que fue de permuta; y el error de hecho lo deriva de que el sentenciador, según dice, no estimó en su verdadero valor legal la citada escritura de la que resulta la aceptación de Liebernecht al traspaso que Kaelber le hizo de la mitad de la casa número 418 de la carrera 13, por la escritura del 11 de julio de 1923, ante el Cónsul de Colombia en Berlín, con lo que el tradente diz que quedó libre de la

obligación de pagar a aquél los tres mil pesos prometidos en la liquidación social.

La formulación de este último cargo también peca contra la técnica del recurso porque no se señalaron las disposiciones legales sustantivas que hubiera podido infringir el Tribunal a consecuencia de los supuestos errores en la estimación probatoria. Y aunque esta consideración bastaría para rechazar el cargo, no deja de observarse que el acusador confunde las nociones de error de hecho y error de derecho y por eso las aplica equivocadamente a las circunstancias en que se apoya; que tampoco evidenció la influencia que los vicios de valoración probatoria hubieran podido tener en la parte resolutiva, en cuanto decidió que no estaba probada la excepción de pago; y en fin, que el fundamento que trae la sentencia para negar el pago, o sea la falta de comprobante, no fue impugnado por el acusador y continúa sosteniendo esa decisión.

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá el dieciocho de junio de 1946, contra la cual se interpuso recurso de casación por parte del demandante Emilio Kaelber.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente. Tásense.

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

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez — Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

El artículo 545 del Código de Comercio se refiere a las acciones de terceros acreedores que tengan derechos contra la sociedad comercial colectiva, por deudas contraídas por ésta y de las que son solidariamente responsables los asociados. Ignorándose las razones que tuvo el legislador para reducir el plazo de la prescripción en la hipótesis del artículo 545, bastaría el tenor literal de esa disposición y su relación con las que le siguen en la sección de que forma parte, para concluír que las acciones a favor de la sociedad mercantil colectiva, o de un socio colectivo, por cesión de la sociedad, no prescriben por el lapso de tiempo sino conforme a las reglas generales del derecho común, a menos que haya alguna disposición especial en favor del deudor.

2.—La causal 1ª de casación se refiere a errores IN IUDICANDO, a la infracción de leyes sustanciales o de fondo, y la causal 6ª a los errores IN PROCEDENDO, al quebrantamiento de algunas leyes de forma.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

Ejercitando el poder especial que para el caso le otorgaron los herederos de don Hermenegildo Osorio, señores Luis Angel Osorio, María Luisa Osorio viuda de Vélez, María Celina Osorio de Jeira y Ana Rosa Osorio de Rincón, el doctor Luis A. Mariño Ariza, ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, demandó al señor Elías González H. para que previos los trámites de un juicio ordinario se le condenara a pagar a la sucesión del segundo de los nombrados, representada por los herederos citados, la suma de $ 326.126.60 papel moneda (o sean $ 3.261.32 m. cte.) y sus intereses a razón del 1½% mensual desde el 30 de diciembre de 1914 hasta el día del pago; y la suma de $ 38.746.08 papel moneda (o sean $ 387.46 m. cte.) y los respectivos intereses, al 6% anual. Fundó su demanda el apoderado de los actores en que Elías González H. reconoció, por intermedio de mandatario constituído por escritura pública, y a favor de la sociedad comercial Arbeláez y Osorio, las sumas que le cobra la demanda; y que posteriormente la sociedad dicha cedió a su socio D. Hermenegildo Osorio, los respectivos créditos, habiendo sido notificada la cesión al deudor, por el Juez del Circuito de El Fresno, el día 14 de mayo de 1918, como consta en el escrito que firmaron el señor Juez, su Secretario y el mismo deudor, escrito adjunto a los autos.

Notificada la demanda al apoderado sustituto del demandado apenas el 1º de febrero de 1938 (el juicio se inició el 21 de agosto de 1928), propuso "las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación cuyo reconocimiento se persigue, por cuanto el apoderado que dijo contraerla en representación del demandado careció de derecho o personería para ello, y de prescripción extintiva de la acción, puesto que transcurrió ya el tiempo que las leyes señalan para que se cumpla".

El Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá falló el negocio declarando probada la excepción perentoria de inexistencia de la obligación y absolviendo al demandado de los cargos del libelo. Apoyó el Juez su decisión en que el mandatario de González H. al declarar a éste deudor de la sociedad Arbeláez y Osorio por los créditos que se cobran en este juicio, no se ciñó rigurosamente a los términos del mandato conferido por González H.; y, siendo así, el señor González H. no podía quedar obligado por actos del mandatario que se extralimitó en el ejercicio de las cláusulas del mandato.

Apelado por los demandantes el fallo del Juez 2º del Circuito, tocó al Tribunal Superior de Bogotá conocer del negocio en segunda instancia. Y hallando éste que no era procedente la declaración de inexistencia de la deuda puesto que el mandante había ratificado en carta fechada el 25 de abril de 1916, dirigida a uno de los socios de la

entidad acredora, la obligación que a su nombre reconociera su mandatario en fecha anterior, por sentencia de 22 de octubre de 1945 revocó la del Juzgado. Pero en cambio declaró probada la excepción de prescripción de la acción motivo del pleito, y absolvió al demandado de los cargos de la demanda. Sin costas contra los demandantes en ninguna de las instancias.

Para llegar a esta conclusión se basó el Tribunal en que la obligación que contra Elías González H. tenía legalmente constituída a su favor la sociedad Arbeláez y Osorio, se hizo exigible desde el 25 de febrero de 1917, o sea desde que expiró el plazo concedido en la escritura en que reconoció la deuda el mandatario de aquél. Y que de entonces hasta la notificación de la demanda de cobro (1º de febrero de 1938) "transcurrieron veinte (20) años, once (11) meses y algunos días que constituyen un lapso más que suficiente para la consumación de la prescripción de la acción civil ordinaria, caso que se estime el crédito como civil, al tenor del artículo 2536 del Código Civil". Agrega el sentenciador que las demandas de las tercerías y sus notificaciones instauradas contra González H. por Arbeláez y Osorio primeramente, y después por su cesionario Hermenegildo Osorio, dentro del juicio ejecutivo seguido por Juan B. Pérez y Soto contra el mismo deudor, no interrumpieron civilmente la prescripción en favor de González H. por haberse declarado judicialmente la caducidad de la primera y la nulidad de la segunda.

También estudió el Tribunal el artículo 545 del C. de Co., relativo a la prescripción en cinco años de las obligaciones que contra los socios no liquidadores de sociedades colectivas tengan los terceros, para concluír que el caso **sub judice** podía encajar en tal disposición del C. de Co. "porque la pretensión de la parte actora, constituída al tiempo de trabarse este pleito por la sucesión del socio acreedor Hermenegildo Osorio, representado por María Luisa, Luis Angel, María Celina y Ana Rosa Osorios, al tenor del auto dictado por el Juez 1º del Circuito de Sogamoso con fecha cinco de abril de mil novecientos veintisiete, esa pretensión, se repite, no es otra en el fondo que la que correspondió al socio causante para reclamar su **haber** social al tiempo de la liquidación". Y que por cualquier aspecto legal que se mire la acción ventilada en el pleito, ha de concluirse que ya está prescrita.

Contra la sentencia del Tribunal recurrió en casación ante la Corte el apoderado de los demandantes, y como el recurso está debidamente sustanciado, la Sala entra a decidirlo.

I — En primer lugar alega el recurrente que hay violación directa, interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 545 del Código de Comercio porque esta disposición se refiere a obligaciones de los socios no liquidadores, de una sociedad colectiva de comercio, para con terceros a una sociedad deudora y no a una acreedora, como es la del caso presente; dice que hubo aplicación errónea del art. 2637 del C. C. porque ninguna inscripción de la clase que contempla ese artículo es la indicada en el mencionado art. 545 y que en la "sentencia recurrida se dejaron de aplicar los arts. 465, 468, 470 y 545 del C. de Co., en cuanto sean del momento, porque no se han presentado los extractos registrados y publicados de las escrituras de disolución y liquidación de la compañía Arbeláez y Osorio.

Se observa que el Tribunal, después de haber concluído que la acción personal ejercitada en la demanda se había extinguido por la prescripción civil ordinaria de veinte años, "caso que se estime el crédito como civil", entró a estudiar si también se había consumado la prescripción comercial de corto tiempo establecida en el art. 545, dió la razón de la reducción que esta disposición hace en el plazo de la prescripción, la que en su concepto se extiende a todas las prestaciones que se derivan de la participación de los socios en la sociedad, igualó después la pretensión de los herederos de Osorio en este juicio a la que correspondió a su causante, como socio, para reclamar su haber en la liquidación de Arbeláez y Osorio, y anotó que esta prescripción de corto tiempo tenía reglas especiales respecto de su interrupción. Nsacó el Tribunal la conclusión expresa de que los créditos cuya declaración se pide estén prescritos por el lapso de cinco años, según el art. 545, per implícitamente así lo decide, pues dice por último que si éste no es un cobro comercial, como lo cree, y no puede extinguirse por prescripción de cinco años, entonces está extinguido por la de veinte años, y por tanto, por cualquier aspecto legal que se considere, debe declararse la excepción.

No son necesarias largas consideraciones para admitir que el cargo tiene razón por el primer extremo que lo fundamenta, pues es evidente la indebida aplicación del art. 545 al caso del pleito como quiera que esa disposición se refiere a la

acciones de terceros acreedores que tengan derechos personales contra la sociedad comercial colectiva, por deudas contraídas por ésta y de las que son solidariamente responsables los asociados, y en el caso de este pleito se trata de la acción de condena al pago de unos créditos reconocidos a favor de la sociedad colectiva comercial Arbeláez y Osorio que ya entonces estaba disuelta y en estado de liquidación, créditos cedidos al socio Osorio en el acto de la liquidación. Ignorándose las razones que tuvo el legislador para reducir el plazo de la prescripción en la hipótesis del art. 545, que son las expuestas en la sentencia, bastaría el tenor literal de esa disposición y su relación con las que le siguen en la sección de que forma parte, para concluír que las acciones a favor de la sociedad mercantil colectiva, o de un socio colectivo, por cesión de la sociedad, no prescriben por el lapso del tiempo sino conforme a las reglas generales del derecho común, a menos que haya alguna disposición especial en favor del deudor. Y finalmente, la identificación del cobro de los créditos, por el socio cesionario contra el tercero deudor, con la reclamación que pudiera tener ese socio por su parte en el haber social, aparece enteramente infundada y resulta desacertada con la sola consideración de que ese reclamo tendría que ser dirigido por el socio contra el liquidador o contra sus consocios, nunca contra tercero alguno como en el primer caso, el cobro de un crédito que fue social.

Pero la violación en que incurrió el sentenciador no puede producir por sí sola la casación del fallo acusado, cuyo fundamento principal es que la acción se extinguió por la prescripción ordinaria de veinte años, por lo cual solamente en el caso de que este sostén también cayera por otro de los motivos aducidos en la demanda de casación, podría venir la invalidación completa que persigue el recurrente.

II — El segundo cargo que éste formula es la interpretación errónea y la aplicación indebida del art. 2539 del C. C. y la falta de aplicación del art. 2541 en armonía con los arts. 22 de la Ley 57 de 1887, 632 del C. J. y 1757 del C. C., a consecuencia de errores de hecho y de derecho en que incurrió el fallador por no haber apreciado la prueba de defunción de Hermenegildo Osorio y el estado civil de casadas de sus hijas Ana Rosa y María Celina, pues si hubiera apreciado esa prueba, la copia del auto del 5 de abril de 1927, del Juez 2º del Circuito de Sogamoso en el juicio mortuorio del mencionado Osorio, habría concluído que la prescripción de la acción estuvo suspendida en favor de Ana Rosa y María Celina por seis años, ocho meses y cuatro días, del 27 de abril de 1926 al 1º de enero de 1933.

Si pudieran acogerse los fundamentos del cargo, la deducción no sería ni la interpretación errónea del art. 2539 que habla de la interrupción de la prescripción extintiva, ni la falta de aplicación del art. 2541, sobre suspensión de la misma prescripción, sino violación del art. 2536, sobre prescripción extintiva de las acciones personales por veinte años, que fue el aplicado por la sentencia y que en tal caso habría sido aplicado indebidamente. No fue, pues, bien presentado el cargo.

Las pruebas principales del estado civil de casadas, de las señoras María Celina y Ana Rosa Osorios, o sean las certificaciones notariales o parroquiales que insertaran las actas de matrimonio, no figuran en autos. La copia de la providencia, cuya estimación fue omitida en la sentencia, no prueba sino que dichas personas son herederas de Hermenegildo Osorio, aunque se ignore en qué calidad. Las menciones incidentales que así hizo el Juez, cuando nombra a los cónyuges de dichas señoras diciendo que ellos también pidieron, que ellos las asisten, sin expresar que las partidas de matrimonio hubieran sido presentadas, a lo más les servirían de prueba supletoria, previa la demostración de la falta de las pruebas principales del estado civil de casadas, demostración que no aparece en autos (arts. 347, 395 del C. C.). No podía, pues, el Tribunal tener como casadas a dichas dos litigantes, para investigar si la prescripción opuesta por el demandado se había suspendido en favor de ellas.

Pero tampoco les hubiera bastado la prueba de su estado civil de casadas para beneficiarse de la suspensión temporal de la prescripción, porque de acuerdo con la doctrina de la Corte, expuesta en sentencia del 19 de octubre de 1912 y 9 de diciembre de 1925 (G. J. tomos XXII, pág. 37 y XXXII, pág. 141), les habría sido preciso acreditar que a ellas se les adjudicaron los créditos de que trata este juicio, en la mortuoria de Hermenegildo Osorio, porque sólo ellas pueden invocar el favor personal que se les concedería con la suspensión, y porque si los créditos se adjudicaron a los otros herederos, no habría lugar a la suspensión.

III — El tercer cargo fue presentado así por el apoderado recurrente: "Acuso la sentencia por pri-

mer motivo, violación de los artículos 2536, 2539 y 2524 del C. Civil. Violación de la ley por apreciación errónea de la prueba de documentos privados, con error de hecho que lo llevó al de derecho, tal como los artículos 645, 637 del C. Judicial".

Antes de fundamentar esta acusación, el recurrente expone una serie de hechos que le sirven para concluír que de parte de los acreedores primitivos, de su cesionario y de los herederos del cesionario, no hubo inercia o inactividad en el cobro del crédito, y que de parte del deudor nunca hubo oposición al cobro, de modo que ni en las tercerías ni en este juicio ordinario negó el derecho de los actores, ni produjo pruebas ni alegó nada en contra de las demandas, y lo que hizo fue solicitar una enmienda a la computación de intereses y reconocer tácitamente el derecho de los acreedores, y sólo a último momento alegó la prescripción, dando muestras de pudor al confesarse culpado.

Los documentos privados cuya falta de apreciación constituye el error de hecho acusado y la inaplicación de los artículos de la ley procesal, citados en la acusación, son dos cartas fechadas en Bogotá, la una el 16 de agosto de 1926 y la otra el 21 de junio de 1927 en donde el recurrente encuentra reconocimientos de la deuda por parte del deudor demandado, los cuales no fueron tenidos en cuenta por el sentenciador para deducir de allí la interrupción de la prescripción, con violación del art. 2539.

La primera carta está dirigida por el Dr. A. Suárez Murillo, apoderado de Hermenegildo Osorio, el acreedor cesionario, al Dr, Alcibíades Rincón, apoderado de todos los herederos de Osorio en el presente juicio, y en ella el suscriptor copia a su corresponsal una parte de una carta que había recibido del Sr. Uribe Venegas y que estaba fechada el dos de ese mes de agosto de 1926, en donde se manifiesta dispuesto a dar los cuatro mil pesos que les había ofrecido el Dr. Forero Aguilera, y añade el remitente que Uribe V. ofrecía pagar también los honorarios del apoderado y los gastos de la tercería.

Como el Dr. Suárez Murillo no reconoció su firma en esta carta, y como el silencio del demandado González H. y de su apoderado no pueden producir el reconocimiento presuntivo de la carta por no emanar el escrito o la firma de ninguno de estos señores, no puede tenerse como tal documento según los arts. 637 y 645 del C. J. Además, lo que podría ser medio probatorio del hecho que el recurrente se propone deducir, no sería la carta del doctor Suárez Murillo, sino la carta del señor Uribe Venegas, debidamente autenticada, y siempre que se hubiera probado que en la fecha tenía facultad para hacer reconocimiento o confesiones que perjudicaran al deudor González H.; pero esa carta original no fue presentada a los autos y la copia del doctor Suárez Murillo, aun demostrada la autenticidad de su firma, no prestaría fé del escrito parcial y demás declaraciones que le atribuye el señor Uribe Venegas, sin que esta negación resultante de las reglas probatorias de nuestro derecho, pueda constituír ni siquiera una duda de la veracidad personal del suscriptor de la carta.

La segunda carta está dirigida por una persona que firma Joaquín M. Uribe V. al propio abogado recurrente, doctor Alcibíades Rincón y allí le dice que ha recibido respuesta de don Elías González H. sobre el asunto del crédito que existe entre él y los herederos de Hermenegildo Osorio, que le place comunicarle que el señor González está muy bien animado para procurar un arreglo equitativo con base en las cuentas de don Pantaleón Arbeláez sobre el particular, entonces en poder del señor Pantaleón González Mejía, y que don Elías está listo para procurar ese arreglo y pagar a los herederos una parte de contado y el resto a cortos plazos y sin intereses.

Esta carta fue presentada por el apoderado de los demandantes el 30 de marzo de 1943, con su alegato de conclusión de segunda instancia, es decir, cuando ya habían pasado los términos para pedir y practicar pruebas, según informe del 11 de marzo de 1943 rendido por el secretario del Tribunal. Y no habiendo venido a formar parte del proceso en ninguno de los casos contemplados por el art. 597 del C. J., ni habiéndose producido en tiempo, con citación de la contraparte y con las demás formalidades prescritas para la administración de la prueba documental, la carta en cuestión no podía ser considerada por el Tribunal como medio de convicción, ni le podía atribuír valor probatorio alguno.

No hubo, por consiguiente, falta de apreciación o apreciación errónea de los documentos privados que señala el recurrente, relativos al reconocimiento de la deuda, ni violación consecuencial de ley sustantiva por no haber reconocido interrupción de la prescripción, derivada del supuesto reconocimiento.

IV — En el cuarto cargo el recurrente ataca la parte de la sentencia en que trata de la interrupción civil de la prescripción y saca la consecuencia de que no existe ese fenómeno porque la primera acción de tercería de Arbeláez y Osorio, en el ejecutivo de Pérez y Soto contra González H., caducó según declaración judicial y porque la actuación en la segunda tercería fue judicialmente anulada.

En efecto acusa el fallo por haber incurrido en error de hecho y de derecho en la apreciación del auto del 1º de actubre de 1921, del Juzgado 1º Civil de este Circuito que declaró la caducidad de la primera tercería, del auto del 13 de octubre de 1926 que declaró la nulidad de lo actuado en la segunda tercería, y de los autos de primero de octubre de 1929, 2 de septiembre de 1937 y 30 de noviembre de 1937, dictados en el presente juicio ordinario, de los cuales el primero ordena poner en conocimiento de las partes la nulidad proveniente de la ilegitimidad de la personería adjetiva del apoderado de la parte demandada, en el segundo confirma el Tribunal la providencia anterior y en el tercero el Tribunal declara nulo lo actuado en el presente juicio desde la notificación de la demanda a Joaquín M. Uribe V. (octubre 31 de 1928), en adelante.

Invoca la causal 1ª, en relación con la 6ª del art. 520 del C. J. y dice que hubo violación de los arts. 54, 233, 236 de la Ley 105 de 1890; 962, 813 a 818, 822, 356 y 357 del C. J. anterior; 161, 351, 352, 353, 324, 421, 827, 831 del C. J. anterior; 123, 125, 134, 115 de la Ley 105 de 1890; 448, 449, 450, 468, 474, 484, 234 del C. J. actual; 27, 2189, 2193 y 2539 del C. C.

Esta causal de casación no es la de nulidad del procedimiento, ni la parte recurrente podría invocarla por no ser ella la parte mal representada.

Tampoco puede apoyarse la acusación en una combinación de las causales 1ª y 6ª de casación, que no sería posible jurídicamente porque la causal 1ª se refiere a errores **in iudicando**, a la infracción de leyes sustanciales o de fondo, y la causal 6ª se refiere a los errores **in procedendo**, al quebrantamiento de algunas leyes de forma.

La acusación no puede tomarse sino como violación indirecta o consecuencial del art. 2539, sobre interrupción natural y civil de la prescripción extintiva, por virtud de error de hecho y error de derecho en la apreciación de las providencias judiciales que declararon la caducidad de la primera tercería, la nulidad de la segunda tercería y la nulidad de parte de lo actuado en este juicio ordinario.

Pero el cargo no está fundamentado como lo exigen las reglas del recurso, pues si bien determina las pruebas que dice mal apreciadas, no declara ni demuestra el error que pudo haber cometido el Tribunal, y sobre todo, no evidencia cómo pudo resultar violada la disposición sustantiva sobre interrupción de la prescripción, ni cuál fue la forma de la infracción, si directa, o por interpretación errónea o por aplicación indebida.

Todos los esfuerzos del recurrente se dirigen a demostrar que las mencionadas providencias judiciales son ilegales y pretende que la Corte así lo estime para que saque la conclusión de que sí hubo interrupciones civiles de la prescripción. Por eso que la casi totalidad de las disposiciones legales cuya violación acusa, son de carácter adjetivo o procedimental, cuya violación no da lugar a casación de un fallo por la causal 1ª. Pero la Sala no puede entrar por esa vía porque su misión es la declaración de la ilegalidad de la sentencia de segunda instancia, por alguno de los motivos taxativamente señalados como causales de este recurso y que sean denunciados y fundamentados debidamente por el recurrente y no puede conocer dentro del recurso, de las acusaciones de ilegalidad de providencias dictadas en otros juicios, o de las dictadas en el presente juicio pero que no son susceptibles de casación, ni pueden ser infirmadas sino por el motivo de nulidad restringidamente establecido en la causal 6ª del art. 520.

Las copias de los autos de caducidad y nulidad de las tercerías de Osorio en el ejecutivo de Pérez y Soto contra González H., pueden ser pruebas legales como documentos auténticos, pero la Sala no puede entrar en el estudio de la ilegalidad de las providencias que contienen esas copias, además de lo dicho, por el motivo de que en el presente juicio no es parte el ejecutante Pérez y Soto, interesado en el valor legal y subsistencia de esas providencias. Los autos dictados en este proceso ordinario no son pruebas que deben estimarse y en cuya valoración probatoria haya podido errar el sentenciador; ellos tienen todo su valor mientras no sean anulados, aunque sea en casación, a virtud de la aplicación de la causal 6ª, lo que no puede ocurrir en el presente caso, como atrás se hizo notar.

Este cargo, sustentado con alegaciones propias de instancia y con reproducciones de alegatos de

apelación, resulta inepto en su fondo y en su forma, y por eso debe ser rechazado sin más consideraciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el presente juicio ordinario de María Luisa Osorio v. de Vélez contra Elías González H. fechada el 22 de octubre de 1945.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca Pedro León Rincón, Srio. en Ppdad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS. — APRECIACION DE PRUEBAS. — REQUISITOS PARA QUE HAYA COSA JUZGADA

1.-Al determinar la responsabilidad y cuantía del resarcimiento del daño por el acto ilícito es necesario, en cada caso, establecer también la actitud del perjudicado en presencia de los hechos.

2.—La apreciación de las pruebas de toda clase corresponde al Tribunal sentenciador, y cuando versan sobre cuestiones de mero hecho debe estarse a esa misma apreciación, a no ser que el error sea notorio y conste de una manera evidente de elementos probatorios que obren en autos.

3.—El artículo 2357 del Código Civil deja al criterio del Juez la reducción en la apreciación de los perjuicios cuando existe imprudencia, descuido, etc., de parte del lesionado.

4.—Para que exista la situación jurídica de cosa juzgada se necesita 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. Se requiere, pues, la identidad de personas, cosas y acciones. (Art. 479 C. J.). Por causa se entiende en derecho procesal el motivo por el cual se demanda, "la narración del libelo, la relación del caso que ha originado los derechos y dado motivo a la reclamación en justicia". (Caravantes). La causa petendi es "el hecho jurídico" o el conjunto de ellos, en que el actor basa su pretensión de tutela jurídica. (Coviello). En derecho procesal se ha agitado una interesante controversia sobre la identificación de acciones, que se han resuelto a favor de la acogida de los elementos que como noción aceptada habían venido configurando esta situación jurídica especial. Al efecto, se ha afirmado que no se puede individualizar exactamente el objeto del proceso con la sola individualización del conflicto de intereses preexistentes al proceso, sino que es preciso determinar además en qué asume este conflicto de intereses el carácter de desacuerdo en torno a la existencia de una relación jurídica (causa petendi) y con qué providencia jurisdiccional pretenden las partes que el conflicto sea compuesto.

5.—El artículo 2350 del C. C. se refiere a daños a terceros. Cuando tal disposición expresa que el dueño de un edificio es responsable de los perjuicios que ocasione su ruina, se está refiriendo indudablemente a los daños que a otras personas distintas del propietario se infieran por esta causa. Mal puede entenderse que el legislador quiso decir que el dueño es responsable consigo mismo de los daños que sufra por sus actos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veinticuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas)

Antecedentes:

Por medio de apoderado legal el señor Elías Monroy presentó demanda ante el Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá contra la señora Florentina Forero de Kaelberg, para que mediante los trámites de un juicio ordinario, se le condenara a indemnizarle el valor de los perjuicios que le fueron causados por la referida señora y que se originaron en los hechos siguientes:

Que el reclamante es propietario de un inmueble situado en la carrera octava de esta ciudad, distinguido con los números 15-69 y 15-71, 15-73 y 15-75; que la demandada lo es del predio contiguo hacia el sur, en el cual levantó un edificio sin tomar las precauciones que la técnica aconseja, haciendo cortes horizontales y verticales en el muro medianero que quedó gravemente debilitado y afectado en sus cimientos; que como consecuencia de lo anterior, la casa del actor quedó desnivelada y en peligro de derrumbarse por las grietas en las paredes. Que advertidos por los inquilinos el peligro que los amenazaba, desocuparon

el bien, luego de cancelar sus contratos y que el el inmueble no se ha podido volver a ocupar. Que al demandante no se le ha cubierto el valor de las indemnizaciones a que tiene derecho por razón de la servidumbre de la medianería, ni se le ha satisfecho lo correspondiente por los perjuicios materiales y morales sufridos.

La demandada contestó el traslado del caso oponiéndose a que se hicieran las declaraciones exigidas: alegó como excepción perentoria la de cosa juzgada, proveniente de que entre las mismas partes se había ventilado con anterioridad un juicio posesorio sobre el mismo asunto. Propuso por separado demanda de reconvención contra Benrey, a fin de que se le condenara a indemnizarle el valor de los perjuicios que dice le fueron causados por el mal estado de los desagües, canales y techos de la casa de propiedad del actor.

Sentencia de primera instancia

Por el fallo de fecha 17 de diciembre de 1943, el Juez del conocimiento declaró a la señora Florentina Forero civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a la finca del actor, los que se estimaron en la suma de $ 10.000,00. En cuanto a la demanda de reconvención, se absolvió al señor Elías Benrey de los cargos en ella formulados.

La sentencia recurrida

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, el asunto subió al conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá. Al decidirse la segunda instancia del proceso, mediante fallo de fecha 6 de abril de 1945, esta Corporación reformó la providencia del inferior en el sentido de declarar a la señora Forero parcialmente responsable, por concurrencia de culpa con el actor Elías Benrey, de los perjuicios por éste reclamados. Se condenó, en consecuencia, a la citada señora a pagar al demandante solamente el valor de la mitad en que se estimaron los perjuicios materiales, o sea la suma de $ 6.960,00 monto líquido del 50% del daño patrimonial, reformándose en tal sentido el fallo de primera instancia. El Tribunal se abstuvo de reconocer perjuicios morales y negó los demás pedimentos. En cuanto a la contrademanda negó todos sus pedimentos.

En esta providencia se hizo un minucioso estudio del acerbo probatorio que obra en autos, del cual dedujo el sentenciador las siguientes conclusiones:

Que no se configuran los elementos que determinan la excepción de cosa juzgada porque la demanda del juicio posesorio tuvo como objeto especial la demolición de la nueva construcción que entonces estaba levantando la señora de Kaelberg y los perjuicios causados al demandante hasta ese momento; al paso que en la acción ordinaria materia del pleito se pide una indemnización amplia y completa de perjuicios derivados de los daños que la nueva edificación causó y sigue causando en el patrimonio del demandante.

Considera el Tribunal que en la producción del lucro cesante, como daño emergente, hubo culpa concurrente del actor lesionado, especialmente en la prolongación del tiempo (26 meses) en que estuvo improductiva la finca por demoras en su reparación, lo cual condujo a dividir entre las partes el monto de tales jerjuicios que apreciados en la suma global de $ 10.920, fueron distribuídos por partes iguales tocándole al demandado el pago de la suma de $ 5.460. Sumada esta partida a la que correspondió pagar en la misma proporción por el daño emergente, se obtuvo la cantidad de $ 6.960, monto de la condena.

El Tribunal hizo un estudio de los dictámenes periciales para concluír que en la producción del daño de que se querella el actor, no sólo influyeron los actos de la demandada por la forma imprudente y falta de técnica como se construyó el edificio vecino al lesionado, sino también el abandono en que el señor Benrey tenía su propiedad en la cual encontraron los peritos en mal estado los desagües, goteras que humedecían los muros infiltraciones en las cañerías y un estado general de abandono, situación ésta, que contribuyó agravar los perjuicios causados o a determinarlos. Que igualmente la demolición de algunos tabiques interiores en el edificio de Benrey para ampliar habitaciones, así como la demora en efectuar las reparaciones, unido a las circunstancias ya señaladas de mal estado de la casa, confluyeron a que los daños en la propiedad de Benrey fueran más graves.

Luégo dice la sentencia: "Esta culpa probada del señor Benrey, originada en que aquél dejó de hacer las reparaciones necesarias en su edificio, ha concurrido incuestionablemente con la culpa de la demandada señora de Kaelberg en la producción de los daños y perjuicios de que se trata en es

causa, según la extensa motivación que antecede y que debe influír en la decisión".

Razonando en tal forma llegó el Tribunal a considerar que habiendo estado desocupado el edificio de Benrey durante veintiseis meses y habiéndose realizado en tres su reparación, se evidencia la incuria o negligencia del propietario en haber dejado prolongar por tanto tiempo el estado improductivo del inmueble, atribuyendo por tal hecho la culpa concurrente del actor en la producción del daño.

No encontró el juzgador fundamento alguno para reconocer el daño moral, pues sólo está configurado el patrimonial.

El recurso de casación

Contra la anterior providencia recurrieron ambas partes en casación. El negocio sufrió en esta Corte el trámite correspondiente y pasa a ser decidido.

El apoderado del demandante señor Benrey ataca la sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas, lo cúal, á su entender, llevó al Tribunal a aplicar indebidamente al caso del pleito el art. 2357 del C. C. relativo a los efectos de la culpa concurrente.

Afirma que no hubo por parte de su cliente prolongación voluntaria de los perjuicios relativos al tiempo en que la casa estuvo improductiva, por no haberse efectuado con la debida diligencia, en sentir del Tribunal, las reparaciones necesarias para ponerla en estado de servir como antes. Que iniciada la construcción de su edificio por la señora Forero en septiembre de 1941, promovió su demandante con la mayor actividad un juicio de policía para ver si por este medio podía evitar los daños que le amenazaban. Que la Inspección Quinta Municipal propuso una conferencia amigable y a pesar de que el señor Benrey se manifestó listo a buscar un entendimiento cordial, no fue posible llegar a un acuerdo. Acto seguido buscó en un juicio especial de amparo de posesión, que no tuvo éxito, el logro de su intento. Posteriormente recurrió a la vía ordinaria, entablando el presente pleito. Que tan pronto como en éste se constataron los daños y se avaluaron, procedió a reconstruír su inmueble bajo la dirección del ingeniero Alberto Manrique y el maestro de obra Gabriel Cubides.

Que las deposiciones de éstos, aducidas al juicio, expresan que en firme la inspección y avalúo de los daños causados, inmediatamente se procedió a la reparación de la finca. Que es necesario recordar que en la exposición pericial relativa a los perjuicios sufridos se dejó constancia de que el edificio de Benrey lo que ha recibido es casi el derrumbamiento". Que la magnitud del daño requirió los oficios de un arquitecto y que en su reparación se emplearon cuatro meses, que juzga no ser excesivos.

Subraya que una elemental prudencia obligaba a su representado a no destruír la prueba fundamental de su derecho al reclamo, por lo cual no fue posible indicar las reparaciones sino una vez que los daños se constataron y justipreciaron debidamente en autos.

Sostiene que la única causa de los perjuicios fue el hecho o culpa de la demandada, que por no tomar las precauciones debidas en la construcción de su edificio, produjo el agrietamiento de la pared medianera, con desnivelamiento de varios muros del edificio de Benrey, colocándolo así en peligro de derrumbarse y haciéndolo inhábil para ser ocupado. Que tal fue la razón y origen del lucro cesante y no la existencia de goteras y desaseo en la casa, pues tales hechos cuando más pudieron recargar un poco las reparaciones. El Tribunal habría podido, en este caso, reducir la cuantía del daño emergente, pero no interpretar la prueba pericial y deducir de allí, que la existencia de goteras contribuyó a la prolongación del lucro cesante.

Señaló como pruebas mal apreciadas las inspecciones judiciales practicadas, las copias de los juicios de policía y posesorio propuestos y las declaraciones del ingeniero doctor Manrique Martín y del maestro señor Cubides.

Concluye afirmando que la errónea apreciación de tales pruebas, llevó al Tribunal a aplicar indebidamente el art. 2357 del C. C. y a violar los arts. 632 y 697 del C. J.

Se considera:

Ataca la sentencia el recurrente por error de hecho en la apreciación de ciertas pruebas, que llevaron al Tribunal a sostener en su fallo que la causa suministra elementos que permiten deducir culpa concurrente del demandante en la producción de los daños y en especial en cuanto a la prolongación de los perjuicios de que se queja.

Corresponde, pues, examinar si aparece tal error en el estudio y apreciación de las pruebas a fin de establecer si existe la concurrencia de culpas,

para dilucidar la cuestión y fijar en definitiva el monto de la indemnización.

Al determinar la responsabilidad y cuantía del resarcimiento del daño por el acto ilícito, es necesario en cada caso establecer también la actitud del perjudicado en presencia de los hechos.

Dando por establecida la culpabilidad de la demandada, intenta el actor demostrar, que contra lo aceptado por el Tribunal, entre los hechos que originaron los daños, no existe alguno que pudiera imputársele y determinar una concausa o concurrencia de culpa que justifique su decisión al condenar a la señora de Kaelberg a pagar al demandante simplemente la mitad de aquellos perjuicios.

En el problema en estudio fuera de los actos de la señora de Kaelberg en la construcción del edificio vecino al del señor Benrey, en que se demostró no sólo descuido, sino negligencia culpable y falta de técnica en la dirección de la obra, el Tribunal halló que la demanda de reconvención y las pruebas pertinentes de la causa suministran datos que permiten deducir culpa concurrente del actor señor Benrey en la producción misma del daño y en la prolongación de los perjuicios.

Es decir, que para el juzgador existió en el lesionado determinada conducta de negligencia y descuido que contribuyó a la producción de los perjuicios y a reagravarlos.

De los hechos imputados por el Tribunal al querellante, que configuran a su entender una concurrencia de culpas, la Sala hace la siguiente discriminación:

a) Hay circunstancias como el descuido en que se mantuvieron los desagües del edificio de Benrey, las infiltraciones de sus cañerías, las goteras, la demolición de muros interiores, el abandono, etc., que son faltas del lesionado que determinan su participación en los perjuicios sufridos y que llevan a la aplicación del art. 2357 del C. C.

El Tribunal hace el siguiente examen de la prueba pericial para deducir la culpa concurrente al actor: "El perito señor Franco asevera que "el derrumbamiento de los muros medianeros del edificio de Benrey obedece al mal estado en que se encuentran las conexiones de las bajantes de las aguas lluvias con la alcantarilla o servidumbre a que tiene derecho el señor Benrey, que debe estar bajo la vigilancia permanente de la señora de Kaelberg"; el perito Valderrama atribuye el estado de deterioro del edificio número 15-69 y 15-75 de la carrera 8ª principalmente al abandono en que se encuentra: "hay un estado general de desaseo que influye notoriamente en el mal aspecto de la casa", "el edificio ha podido ser habitable una vez que se presentaron las grietas, las que en mi concepto se han ido agravando por el abandono, hasta requerir un total recubrimiento, lo que tal vez no hubiera sido necesario si se hubieran atendido oportunamente. Actualmente el mismo estado de desaseo, las perforaciones hechas y las goteras que por las lluvias (sic) y la insuficiencia de las bajantes del canal, se han presentado, influyen mucho a presentar un estado de ruina, que es más de impresión que de inmediata gravedad"; "las canales del edificio del señor Benrey sí están en mal estado, pero ocasionan más daño a la propia casa del señor Benrey que al edificio del señor Kaelberg (sic)"; "las goteras del edificio del señor Benrey están causando perjuicio a esa misma casa"; "la humedad de la pared divisoria proviene de desagües en mal estado y que se filtran en la tierra y son absorbidos por los muros"; son afirmaciones de este perito; el perito doctor Escallón confirma "la existencia de goteras en la casa del señor Benrey las cuales perjudican exclusivamente dicho inmueble". También hay datos acerca de que en las grietas iniciales de la pared divisoria influyó la humedad producida por los defectos de conservación del edificio de Benrey que anotan los peritos y sobre la supresión de algunos tabiques para ampliar el local de la planta baja, supresión que debilitó la resistencia del muro divisorio por haberse realizado sin técnica alguna".

No encuentra la Corte error de hecho evidente que pudiera moverla a desechar la apreciación que el Tribunal hizo del referido dictamen pericial, ni el recurrente expresa en qué consistió el error en su admisión, ni de su estudio puede desprenderse una evidencia contraria.

La apreciación de las pruebas de toda clase corresponde al Tribunal sentenciador, y cuando versan sobre cuestiones de mero hecho, debe estarse a esa misma apreciación, a no ser que el error sea notorio y conste de una manera evidente de elementos probatorios que obren en autos.

b) No sucede lo mismo con el segundo de los elementos tenidos en cuenta por el Tribunal como causa concurrente del daño inferido o sea el hecho de que el propietario perjudicado no hubiera procedido oportunamente a hacer las reparaciones en su casa, porque es evidente que las circun

tancias a que aquí se alude como sobrevinientes al hecho mismo no pueden tener en el campo de la causalidad el carácter de culpa concurrente en la producción del daño como lo dice el art. 2357 del C. C., que es la disposición que en este cargo se señala como quebrantada, que fue debidamente aplicada por el Tribunal con base en los hechos antecedentes y coexistentes con el hecho imputado al demandado y que aparecen, según se vió, acertadamente calificados como una culpa de omisión concurrente.

Lo dicho es bastante para no dar acogida al cargo de violación del citado art. 2357 del C. C.

Al respecto dice el Tribunal: "La idea de culpa probada a cargo del propietario es la que resulta, pues, del artículo 2357 precitado. Esta especie de culpa probada por omisiones del señor Benrey en las reparaciones necesarias de su edificio existe y ha concurrido incuestionablemente con la culpa de la demandada señora Forero de Kaelberg en la producción de los daños y perjuicios de que trata esta causa, según la extensa motivación que antecede, y debe influir en la decisión".

No se podía hacer responsable único al demandado y cargarle el peso total de la indemnización correspondiente al lucro cesante, si el propietario lesionado se abstuvo de hacer las reparaciones necesarias hasta tanto que ellas hubieran sido indemnizadas por el responsable.

La indemnización no podía ser calculada sobre bases distintas del tiempo necesario durante el cual la propiedad estuvo en imposibilidad de utilizarse, es decir, abarca el tiempo normal requerido para el examen y constatación judicial de los daños, la consecución de los medios para hacerlo y la reparación consiguiente.

Por otro lado el art. 2357 del C. C. deja al criterio del juez la reducción en la apreciación de los perjuicios cuando existe imprudencia, descuido, etc., del lesionado.

Habiéndose, pues, apoyado la sentencia también en otras causas que quedaron en firme, no es posible casarla por el motivo que se deja expuesto.

Perjuicios morales

Alega el recurrente que se violó el art. 2341 del C. C., porque tal disposición que reglamenta el pago de perjuicios por los daños que se causen a otro, comprende también el daño moral el cual sufrió su defendido con los perjuicios que le ocasionaron a su propiedad y que sin embargo el Tribunal absolvió por tal aspecto.

Se considera:

Los hechos de que aquí se trata, constitutivos del daño propiamente patrimonial material, no son susceptibles por su propia naturaleza de generar indemnizaciones por perjuicios morales que según se ha dicho muchas veces, son los que nacen de hechos que hieren el llamado patrimonio moral de las personas.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Recurso del demandado

Los reparos del demandado se encaminan a pedir la infirmación del fallo por la causal primera del art. 520 del C. J. Divide su acusación en tres cargos que se sintetizan así:

a) Cosa juzgada.

Sostiene que se violaron los arts. 473 y 476 del C. J. con incidencia sobre los arts. 2341 y 2356 del C. C., porque aun cuando aparece de las pruebas aducidas por la parte demandada que ya sobre el mismo negocio en juicio de amparo de posesión se había decidido sobre tal asunto, el Tribunal no tuvo en cuenta la excepción de cosa juzgada que le fue propuesta. Que el juicio posesorio se decidió entre las mismas partes del actual pleito; que el objeto fue el mismo sobre que versa el presente, a saber: pago de perjuicios; y que igualmente la causa fue una misma en los dos negocios: indemnización de perjuicios por daños en la propiedad del demandante, todo lo cual ha debido conducir al fallador de segunda instancia a declarar probada la excepción propuesta.

b) Culpa del demandado.

En su segundo cargo afirma que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida de los arts. 2341 y 2356, inciso 1º, del C. C., y el 575, ordinal 1º del C. J.

Sostiene que no ha debido aplicarse el art. 2341 del C. C. sino el 2350 ya que la situación en estudio es la contemplada por esta última disposición que dice que "el dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia". Que como los daños en el edificio o casa de Benrey se debieron o se ocasionaron a virtud de que el mismo omitió reparaciones necesarias en su propiedad, ha debido aplicarse el art. 2350 y no como se hizo el 2341 del C. C. En la misma forma considera que ha sido violado el art. 2356 del C. C. La aplicación inde-

bida de estas disposiciones proviene de error en la apreciación del dictamen rendido por los peritos Franco, Valderrama y Escallón, sobre el mal estado del edificio de Benrey, y en la estimación de la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio posesorio, que obra como prueba en el ordinario sobre el mismo aspecto. Dichos elementos probatorios demuestran que existieron causas distintas que determinaron el agrietamiento de las paredes.

Considera, además, que hubo aplicación indebida del art. 575 del C. J. al condenar el Tribunal a su poderdante demandada al pago de las costas de la primera instancia, ya que no hubo en ella temeridad o malicia al oponerse a la demanda, como lo demuestra la misma sentencia que redujo a la mitad la indemnización solicitada.

c) Error en la estimación del lucro cesante.

Como tercer reparo contra la sentencia en estudio afirma que se cometieron al fallar ciertos errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba y en la falta de estimación de otras, que condujeron al juzgador a violar el art. 721 del C. J. con incidencia sobre la disposición sustantiva del art. 2341 del C. C.

Sostiene que se violó el art. 721 del C. J. al apreciar el dictamen de los peritos Franco, Valderrama y Escallón en el avalúo del lucro cesante originado en la imposibilidad en que estuvo el propietario lesionado para percibir el precio de los arrendamientos de su propiedad por consecuencia de los daños sufridos.

Habiendo estimado los arrendamientos por mes los peritos principales en las cantidades de $ 550 y $ 210 y el perito tercero en la de $ 500, el Tribunal expresó que dada la diferencia en más de un 50% entre el justiprecio de los peritos principales y habiendo divergencia en el concepto de los tres, no era posible tomar el medio aritmético y sin embargo lo tomó, sin dar razón justificativa de su determinación. "De manera, dice, que tal proceder lo llevó a una mala interpretación de la respectiva disposición civil sustantiva".

Afirma también que se violó el art. 2341 del C. C. en la apreciación de las declaraciones del ingeniero Manrique Martín y del maestro de obra Cubides que llevaron a cabo las reparaciones del edificio de Benrey, por cuanto no se tuvo en cuenta el tiempo empleado por ellos en las referidas reparaciones que es precisamente aquel al cual debe concretarse el lucro cesante, o sea, según lo confiesa el demandante y lo dicen los testigos, un término de cuatro meses.

Que la demandada no puede estar obligada a cubrir los arrendamientos por el lapso en que estuvo la finca desocupada por mera voluntad del propietario.

Por último se alega que se violó el art. 575 de C. J. por cuanto se condenó en costas a la demandada, siendo así que por parte de ésta no hubo la menor temeridad o malicia en la oposición a la demanda y que tan cierto fue esto, que no se le condenó al monto de los perjuicios reclamados por el actor en el libelo.

Se considera:

a) Para que exista la situación jurídica de cosa juzgada, se necesita que la nueva demanda tenga el mismo concepto y se funde en las mismas causas que la primera y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes. Se requiere pues, la identidad de personas, cosas y acciones (art. 479 del C. J.).

Por causa se entiende en derecho procesal el motivo por el cual se demanda, "la narración del libelo, la relación del caso que ha originado los derechos y dado motivo a la reclamación en justicia" (Caravantes). La causa petendi es "el hecho jurídico" o el conjunto de ellos, en que el actor basa su pretensión de tutela jurídica. (Coviello).

En derecho procesal se ha agitado una interesante controversia sobre la identificación de acciones, que se ha resuelto a favor de la acogida de los elementos que como noción aceptada habían venido configurando esta situación jurídica especial. Al efecto se ha afirmado que no se puede individualizar exactamente el objeto del proceso con la sola individualización del conflicto de intereses preexistentes al proceso, sino que es preciso determinar además en qué asume este conflicto de intereses el carácter de desacuerdo en torno a la existencia de una relación jurídica (causa petendi) y con qué providencia jurisdiccional pretenden las partes que el conflicto sea compuesto.

En el caso en estudio no cabe el reparo aludido contra la sentencia del Tribunal que negó la excepción de cosa juzgada, porque es evidente que la segunda demanda, la que ha dado origen al presente juicio ordinario, se funda en una causa completamente distinta de la que sirvió de base a la primera. En esta forma queda quebrantado uno de los extremos o soportes para que pudiera existir la cosa juzgada, de acuerdo con lo previs

to en nuestra legislación, o sea la identidad de causa exigida por el art. 471 del C. J.

En el primer juicio, el posesorio, el demandante señor Elías Benrey apoya su derecho en los arts. 909 a 913, 915, 986 y 990 del C. C. y en los arts. 888 a 891 del C. J. La causa la deduce del despojo o de la perturbación en la posesión que el demandante reclama sobre la pared medianera, así como en la existencia de perjuicios, que, desde luego, no son ni podrían ser los mismos cuya reparación se ventila en el presente pleito. El conflicto de intereses, el desacuerdo de las partes en el juicio posesorio, versó sobre la existencia de una perturbación sobre una pared que se reputaba medianera por el actor. Igualmente el objeto de los dos juicios no ha sido el mismo, como claramente se desprende de la simple comparación de la parte petitoria de las dos demandas.

Por otra parte el art. 886 del C. J. deja a salvo a los interesados que han intervenido en el juicio posesorio el derecho a demandar por la indemnización común que es la que se pretende en el presente pleito.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

b) La contrademandante señora Forero de Kaelberg pretende librarse de la indemnización que se le exige, atribuyendo los daños a su demandante por negligencia y descuido en el manejo de su propio edificio, pero ya se vió que en la decisión del negocio el Tribunal halló culpa tanto del actor como de la demandada, lo cual condujo a condenar a ésta en la mitad de los perjuicios establecidos.

El art. 2350 del C. C., que en el sentir del recurrente fue violado por no haberse aplicado al caso del pleito, debiendo serlo, se refiere a daños a terceros. Cuando tal disposición expresa que el dueño de un edificio es responsable de los perjuicios que ocasione su ruina, se está refiriendo indudablemente a los daños que a otras personas distintas del propietario se infieran por esta causa. Mal puede entenderse que el legislador quiso decir que el dueño es responsable consigo mismo de los daños que sufra por sus actos.

No hay que olvidar que los hechos imputados a la víctima, tales como mal estado de las conducciones de aguas, goteras, abandono, demolición de cabiques interiores, llevaron al juzgador a considerar que existió culpa del propietario en la producción de los daños de que se querella y que en ningún momento podrían llevar a la aplicación del citado art. 2350, ya que en el pleito no se logró establecer el perjuicio sufrido por la demandada en su nuevo edificio con esos mismos actos de omisión imputados al demandante.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

c) Repara también el recurrente que con desconocimiento de lo preceptuado por el art. 721 del C. J., el Tribunal tomó el medio aritmético en la estimación de los posibles productos de los locales lesionados, o sea la fijación del monto del lucro cesante.

No habiéndose puesto de acuerdo los peritos en tal apreciación y siendo la diferencia entre la cantidad mayor y la menor, superior en un 50%, el concepto pericial no hace plena prueba y el Juez puede hacer la regulación atendiendo al dictamen y a los demás elementos probatorios o nombrar nuevos peritos. Es decir: es facultativo del Juez y no obligatorio, buscar en un nuevo justiprecio la estimación del caso.

El perito del demandante fijó en $ 550.00 el lucro cesante por cada mensualidad; el perito de la demandada lo calculó en $ 210.00 por mes y el perito tercero, a razón de $ 500.00.

En esta situación el Tribunal, como claramente lo expresa adoptó el criterio de apreciación que indica el art. 721 del C. J., en su aparte segundo, y fue así como estimó en $ 420.00 mensuales el valor de la renta que Benrey ha dejado de ganar por causa de los daños que lo obligaron a la desocupación de su edificio.

El juzgador se atuvo a su propio criterio de apreciación y no obsta que al hacerlo así hubiera tomado una suma que coincidencialmente fuera el medio aritmético. Con claridad dice la sentencia que el juzgador adopta su propio criterio para el justiprecio.

Finalmente, respecto de la acusación formulada por la demandada sobre la condenación en costas la Sala se limita a reiterar su constante jurisprudencia de que esta clase de cargos no dan base suficiente por sí solos para que pueda cumplirse el objetivo del recurso de casación.

En consecuencia se rechaza el cargo.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por au-

toridad de la lèy NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha seis de abril de mil novecientos cuarenta y cinco, que ha sido materia del presente recurso de casación.

No hay lugar a la condenación en costas.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca Pedro León Rincón, Srio en Ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS Y DE REIVINDICACION.—BUENA FE. — VENTA DE COSA AJENA.— APRECIACION DE PRUEBAS. — APRECIACION DE LA PERSONERIA.—INTERPRETACION DE LAS LEYES 28 DE 1932 Y 68 DE 1946

1.—En desarrollo de los artículos 768 y 769 del Código Civil ha establecido la jurisprudencia que la buena fe es un elemento moral que pertenece al fuero interno, que se presume en los contratantes y en cuya apreciación los tribunales son soberanos. La estimación del sentenciador sobre hechos morales, ha dicho la Sala, no puede ser desatendida por la Corte en casación, sino por pruebas evidentes en contrario, desechadas por el fallador en segundo grado. Además, debe recordarse que el poseedor irregular, y así habría de calificarse a la persona que adquiere de quien no tiene justo título sobre la cosa que vende, puede ser de buena fe con arreglo a los arts. 764, 769 y 770 del C. C.

2.—Según el artículo 1871 del C. C. la venta de cosa ajena es válida y da origen a un título justo de dominio; por consiguiente, la venta que hace uno de los cónyuges de un bien perteneciente a la sociedad conyugal vigente para el 1º de enero de 1933, es un contrato válido, de acuerdo con la doctrina anterior. Algo muy distinto es que para el verdadero dueño de la cosa vendida no produzca efecto el contrato de compraventa, ya que conserva en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y las acciones correspondientes. Al verdadero dueño no le es oponible el título de adquisición del comprador de la cosa ajena.

3.—La estimación de pruebas es cuestión que está sometida al soberano criterio del juzgador, apreciación que no puede variarse por la Sala sino en el caso de que exista evidente error de hecho o que se haya incurrido en error de derecho en la sentencia al estimar los elementos probatorios.

4.—Para enmendar el error en que pudiera haber incurrido el sentenciador al apreciar la personería de las partes en el juicio, el legislador estableció entre las causales de casación señaladas por el artículo 520 del C. J. la relativa a la nulidad de los juicios, o sea, la señalada por el numeral sexto de ese artículo y no podría acusarse el fallo por la causal 1ª.

5.—Para enmendar el error en que pudiera haber incurrido el sentenciador al apreciar la personería de las partes en el juicio, el legislador estableció entre las causales de casación señaladas por el artículo 520 del C. J. la relativa a la nulidad de los juicios, o sea, la señalada por el numeral sexto de ese artículo y no podría acusarse el fallo por la causal 1ª.

6.—En cuanto a la capacidad legal concedida a la mujer por la ley 28 de 1932 y lo declarado en la 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 bien 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 primero de enero de 1933, cada uno de ellos tiene la libre disposición de los que por cualquier causa adquiera.

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

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas)

Se decide el doble recurso de casación propuesto por las partes en el ordinario seguido por Obdulia Tovar de Bermúdez y hermanos, contra Gilberto Tovar y otros, sobre nulidad de unos contratos y reivindicación de un inmueble.

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Ambalema, en el Departamento del Tolima, presentaron

demanda ordinaria Obdulia, Sixta Tulia, Evaristo y José Alfonso Tovar, contra Gilberto Tovar y la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, para que por sentencia definitiva se declare:

a) Que los demandantes son dueños exclusivos de la mitad proindiviso de la finca agrícola denominada **"Peñanegra"**, situada en la misma jurisdicción, por los linderos que se detallan, con todas sus anexidades, en determinadas cuotas para cada uno de los peticionarios.

b) Que la sociedad conyugal en liquidación por muerte del esposo, formada por el matrimonio celebrado entre Evaristo Tobar León y Obdulia Trujillo, que representan los demandantes, es dueña de la otra mitad.

c) Que carecen de valor y efecto los contratos de compraventa efectuados por Obdulia Trujillo de Tovar a favor de Carlos Tovar, y por éste a favor de Gilberto Tovar, mediante los instrumentos públicos números 311 de 14 de julio de 1934 y 52 de 8 de febrero de 1943, otorgados ambos en la Notaría de Ambalema.

d) Que el demandado Gilberto Tovar debe restituír a los demandantes y a la nombrada sociedad conyugal, el total de la finca con sus frutos, no sólo los percibidos, sino los que se hubieren podido percibir por los interesados teniendo la cosa en su poder, los cuales aprecian a razón de cien pesos ($ 100.00) mensuales. Igualmente demandaron por daños ocasionados a la finca.

e) Piden, además, que se ordene declarar sin valor el contrato celebrado por Carlos Tovar con la Compañía Shell, que aparece de la escritura pública número 479 de 21 de agosto de 1939, de la Notaría de Honda, por la cual aquél concedió una opción con limitaciones de dominio y gravámenes sobre el suelo y el subsuelo de la finca en referencia, a favor de la citada compañía, por el término de cuatro años.

f) Se demandó también la cancelación de las inscripciones de los traspasos escriturarios de que se ha hablado.

Como fundamentos de hecho, enumera los siguientes:

Evaristo Tovar y Obdulia Trujillo contrajeron matrimonio y dentro de éste tuvieron como sus hijos a los nombrados Obdulia, Sixta Tulia, Evaristo y José Alfonso Tovar Trujillo. En el año de 1925, vigente la sociedad conyugal, la esposa, con asentimiento del marido, compró la finca que más adelante se llamó "Peñanegra", objeto del presente litigio. En la escritura de adquisición se hizo constar que la compra se hacía con dinero de la exclusiva propiedad de la cónyuge. Valida ésta de tal circunstancia y sin que se hubiera liquidado provisionalmente la sociedad conyugal, conforme lo autoriza el art. 7º de la Ley 28 de 1932, y sin la intervención del marido, vendió a Carlos Tovar la finca en cuestión, según aparece del instrumento público número 311 de 14 de julio de 1934, de la Notaría de Ambalema.

El esposo, Evaristo Tovar León, murió en Lérida el 31 de marzo de 1936. Abierta su sucesión, se inventarió como de propiedad de la sociedad conyugal, la mitad de la finca de "Peñanegra", y tal parte se adjudicó a los herederos, los demandantes, según aparece de la escritura pública número 332 de 15 de julio de 1943, de la Notaría de Ambalema.

La otra mitad del referido predio no fue inventariada; por consiguiente, continuó como bien de la sociedad conyugal Tovar-Trujillo.

Por medio de la escritura número 479 de 21 de agosto de 1939, de la Notaría de Honda, Carlos Tovar había otorgado a la Compañía Shell, el derecho de opción de que se habla en una de las peticiones de la demanda.

Por último, por escritura número 52 de 8 de febrero de 1943, de la Notaría de Ambalema, Carlos Tovar traspasó la propiedad de la mencionada finca de "Peñanegra" a Gilberto Tovar, y desde entonces la maneja éste como señor y dueño.

Notificada la demanda, Gilberto Tovar la contestó aceptando algunos hechos y negando los demás. Sostuvo que la finca no entró al haber de la sociedad conyugal Tovar-Trujillo, sino al patrimonio particular de la esposa, por haberla comprado ésta mediante autorización del marido y con dineros de su exclusiva propiedad.

La Compañía Shell se limitó a denunciar el pleito a su contratante Carlos Tovar, quien no hizo gestión alguna a lo largo del proceso.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado del Circuito de Ambalema, por sentencia de fecha 30 de junio de 1944, decretó la reivindicación pedida, la invalidez de los contratos y la cancelación de los registros de los instrumentos públicos que los contienen, y se abstuvo de condenar por daños y perjuicios.

La sentencia recurrida

No conformes las partes con la decisión anterior, apelaron para ante el Tribunal Superior de

Distrito Judicial de Ibagué, donde se puso fin a la segunda instancia por fallo de fecha 11 de septiembre de 1945. En tal proveído se confirmó el de primer grado, en cuanto se decreta la reivindicación del inmueble demandado y se ordena la entrega, junto con los frutos naturales y civiles percibidos a partir de la presentación de la demanda, por no aparecer que los demandados fueran poseedores de mala fé; y se revocó en lo que respecta a la cancelación de las inscripciones de los registros de los traspasos escriturarios hechos por la señora Trujillo a Carlos Tovar y por éste a Gilberto Tovar, lo mismo que en lo relativo al contrato con la Compañía Shell.

En lo tocante a las excepciones propuestas declaró, como el Juzgado, que no estaban demostradas.

Como fundamento de su decisión, expresó el Tribunal que, aunque en la escritura de compra de la Trujillo a Rodríguez se dijo que el precio se cubría con valores propios de la esposa, no es posible por esta simple manifestación, aceptar que el inmueble adquirido por la mujer durante el matrimonio, quedó fuera de la comunidad social, al tenor del art. 1793 del C. C., ya que no consta que el dinero se hubiera destinado para tal objeto en las capitulaciones matrimoniales y porque la ley establece, en términos generales, que pertenecen al haber social el dinero y las cosas fungibles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o adquiriere durante él. (Art. 1781 numeral 3º del C. C.).

Que perteneciendo el bien a la comunidad social, a virtud de la Ley 28 de 1932, no le era posible a ninguno de los cónyuges disponer de él sin el consentimiento del otro. Que habiéndose liquidado la sociedad conyugal en parte con respecto al citado predio de "Peñanegra", era legal la demanda propuesta a favor de los herederos, en cuanto se les adjudicó la mitad del referido bien, y para la sociedad conyugal en la parte que continuó indivisa.

Al revocar la providencia apelada en lo relativo a la cancelación de las inscripciones de los registros de los contratos escriturarios, Trujillo-Tovar y Tovar-Shell, declaró el Tribunal que si bien es cierto que frente a la sociedad conyugal Trujillo-Tovar y frente a los herederos del cónyuge fallecido no pueden producir efectos jurídicos los contratos relacionados en las escrituras números 311, 479 y 52 ya mencionadas, ésto no quiere decir que los dejaran de producir entre los contratantes mismos y que hubieran quedado afectados de nulidad, pues en Colombia es válida la venta de cosa ajena. Al demandado Gilberto Tovar, al denunciado Carlos Tovar y a la Compañía de Petróleos Shell les queda a salvo el derecho de accionar por las sumas que pagaron a sus vendedores o arrendadores, con respecto al predio cuya reivindicación se demanda. Que si 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 tradición otros derechos que los trasmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada (art. 752 del C. C.).

El recurso de casación

Ambas partes interpusieron recurso de casación contra la providencia que se acaba de mencionar. Sustanciado en debida forma el negocio, la Sala pasa a decidirlo.

Recurso de los demandantes. — Con fundamento en la causal primera del art. 520 del C. J., los actores en el pleito acusan la sentencia en la siguiente forma:

Cargo a) El Tribunal consideró a los demandados como poseedores de buena fé y dispuso, en consecuencia, que éstos restituyeran los frutos percibidos a partir de la contestación de la demanda; el recurrente afirma que tal declaración viola directamente, por errónea interpretación, el art. 768 del C. C. en relación con el 766, ordinal 4º y el 764 **ibídem,** porque los demandados adquirieron la posesión del predio reivindicado por compra a la señora Trujillo de Tovar, quien sólo tenía un título putativo, ya que el inmueble, si aparentemente era de ésta, pertenecía en realidad a la sociedad conyugal que tenía con su esposo, lo que da a los compradores el carácter de poseedores de mala fé, al tenor de las disposiciones enumeradas. Que si los adquirentes padecieron error, tal error es materia de derecho, lo que también hace presumir la mala fé. Termina sosteniendo que, tanto por ausencia de buena fé, como por falta de justo título, los demandados no pueden ser tenidos como se dispuso en la sentencia.

Se considera:

La buena fé es la conciencia de haberse adquirido el dominio de las cosas por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. La buena fé se presume (arts. 768 y 769 del C. C.).

En desarrollo de estos preceptos, la jurisprudencia ha establecido que la buena fé, o sea la

persuasión de haber recibido las cosas de quien tenía la facultad de enajenarlas, es un elemento moral que pertenece al fuero interno, que se presume en los contratantes y en cuya apreciación los tribunales son soberanos. La estimación del sentenciador sobre hechos morales, ha dicho la Sala, no puede ser desatendida por la Corte en Casación, sino por pruebas evidentes en contrario, desechadas por el fallador en segundo grado. Además, debe recordarse que el poseedor irregular, y así habría de calificarse a la persona que adquiere de quien no tiene justo título sobre la cosa que vende, puede ser de buena fé con arreglo a los arts. 764, 769 y 770 del C. C., por lo cual no es posible sostener que don Gilberto Tovar es poseedor de mala fe, por el solo hecho de que su antecesor en el dominio de su vendedor carecía de título para transferir la propiedad discutida. Sería necesario que se hubiera demostrado la malicia del demandado al adquirir el bien que se demanda, cosa que no se probó.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo b) Violación del art. 963 del C. C. y de los arts. 697 y 721 del C. J., por indebida apreciación de pruebas.

Considera el recurrente que ha debido condenarse a los poseedores demandados al pago de los deterioros sufridos por el predio reivindicado, ya que las pruebas que pasan a enumerarse, configuran su responsabilidad.

Que con las declaraciones de testigos que cita, se estableció que el predio en cuestión tuvo hasta el año de 1934 fuentes y otras aguas vivas para su beneficio, y que los desmontes efectuados por el demandado, ocasionaron la disminución de las aguas y aun su extinción, que la prueba pericial que obra en los autos y que no se tuvo en cuenta, establece un perjuicio de mil seiscientos pesos ($ 1.600.00), por deterioros del inmueble. Que las declaraciones de los testigos son prueba eficiente, al tenor del art. 697 del C. J., lo mismo que el dictamen de los peritos, al tenor del art. 721 citado.

Se considera:

Es cuestión aún no establecida la que se dirige a afirmar que la tala de bosques es la causa inmediata de la disminución de las aguas. Existe la afirmación de que el fenómeno obedece a múltiples circunstancias, muchas aún desconocidas por quienes estudian estos problemas. Para el Tribunal, no se probó que se hubiera realizado en la finca un desmonte sistemático de los bosques, especialmente en los lugares que son considerados, por tratarse de hoyas hidrográficas, como de indispensable conservación.

En estas condiciones, apenas habrá para qué recordar que un recurso prospera por cargos sobre la apreciación de pruebas, según el art. 520 del C. J., numeral 1º, cuando se demuestra que el Tribunal incurrió en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

La prueba pericial practicada, referente al daño atribuído al demandado, queda sin efectos si se observa, como lo expresa la sentencia, que no se demostró el perjuicio que lo motiva.

Se desecha, pues, el cargo.

Cargo c) Sostiene el recurrente que en cuanto el Tribunal revocó la sentencia del inferior que declaró sin valor ni efectos jurídicos los contratos celebrados por la señora Trujillo con Carlos Tovar y por éste con Gilberto, así como el contrato de opción del segundo con la Compañía Shell, y decretó la cancelación de la inscripción de los mismos en el registro, violó el art. 789 del C. C., que dispone que para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, y el inciso 2º del art. 2652 en relación con el 2676, que determina la cancelación. Igualmente considera violado el art. 1871 del C. C., ya que contra los derechos del dueño de la cosa vendida, quien reclama la declaración judicial de que los dichos contratos no son capaces de producir efectos legales, los deja subsistentes, perjudicando los derechos del verdadero dueño.

Se considera:

Según el art. 1871 del C. C., la venta de cosa ajena es válida dando origen a un título justo de dominio; por consiguiente, la venta que hace uno de los cónyuges de un bien perteneciente a la sociedad conyugal vigente para el 1º de enero de 1933, es un contrato válido, de acuerdo con la doctrina que acaba de expresarse. En estas condiciones, resulta improcedente, lo considera el Tribunal, plantear con ocasión de actos de esta especie, cuestiones sobre nulidad que no podrían encontrarse porque no falta en ellas ninguno de los elementos de existencia, ni validez contractual que determina la ley.

Algo muy distinto es que para el verdadero dueño de la cosa vendida, no produzca efecto el contrato de compraventa, ya qué se conserva en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y las acciones correspondientes.

Al verdadero dueño no le es oponible el Título adquisición del comprador de la cosa ajena. 'Para que el modo de adquirir por tradición dominio de las cosas produzca el efecto de transir la propiedad, es necesario que ocurran cier- condiciones subjetivas, que miradas en la per- ıa del tradente consisten, como se ha dicho, en dueño de la cosa, en tener la facultad de ena- ıarla y en abrigar la intención de hacer la trans- encia. Repítese que no es tradente la persona e dice enajenar o quiere enajenar, sino aquella e por la tradición es capaz de transferir y trans- re el dominio de la cosa entregada, es decir, sujeto provisto de dominio, facultad e inten- n. De ahí que según los arts. 742 y 744 del C. C., tradición no es válida mientras no la efectúa n voluntad el tradente, o su mandatario o su re- esentante. Lo cual significa que la tradición no ede ser hecha válidamente sino por el dueño de cosa, hábil para disponer de ella y dispuesto enajenarla, o por quienes obren dentro de los nites de un mandato o de una representación le- l. Como si estos principios no fueran suficien- s, el legislador quiso sentar uno más perento- o, y así dijo en el art. 752 del Código que si el adente no es el "verdadero dueño" de la cosa ıe se entrega por él o a su nombre, no se ad- ıieren por medio de la tradición otros derechos ıe los transmisibles del mismo tradente sobre cosa entregada. No se habla aquí simplemente dueño sino de "verdadero dueño", para conde- r de una vez las enajenaciones hechas por due- s putativos o aparentes". (G. J. XLIII, páginas a 43).

Recurso del demandado

Se queja éste de la sentencia por error de hecho de derecho en la apreciación de la escritura nú- ero 352 de 15 de julio de 1943, de la Notaría de nbalema, que contiene la protocolización del icio mortuorio de Evaristo Tovar. Señala tam- én como deficientemente estimados los contra- s celebrados por Obdulia Trujillo de Tovar con rlos Tovar, y de éste con la Compañía Shell y n Gilberto Tovar.

Considera como violados los arts. 946, 949, 950, 59 y 1871 del C. C., en armonía con los arts. 632 633 del C. J.

Argumenta que en el juicio de sucesión de Eva- sto Tovar se inventarió, no la mitad de la finca "Peñanegra", sino los derechos originados en la acción procesal que le pudiera corresponder en vida al marido y ahora a su sucesión, para retornar al patrimonio común lo indebidamente vendido por la esposa, según la escritura número 311 mencionada.

Para el recurrente, los actores no son adjudicatarios de cuota en un bien singular, como lo es el predio de "Peñanegra", sino en un bien incorporal consistente en la mitad de los derechos que a la sucesión del causante le corresponden, originados en el contrato de compraventa que Obdulia de Tovar y Carlos Tovar llevaron a efecto, sin contar con la aquiescencia del marido.

El Tribunal, al entender que se había adjudicado cuotas en un bien corporal, sin que ésto se hubiera realizado, cometió error de hecho en la apreciación de las cartillas correspondientes y en la de la prueba del contrato de compraventa Trujillo-Tovar.

Que consecuencialmente, la indebida estimación de tales instrumentos lo condujo a violar el art. 1871 del C. C., que los obliga a tener a Gilberto Tovar como único dueño de la cosa, ya que éste acompañó como título de su propiedad la escritura número 52 de 8 de febrero de 1943. Que violó igualmente el art. 669 del C. C., al desconocerle al demandado el derecho de propiedad frente a los demandantes, que no han acreditado mejor derecho sobre aquel predio.

Se considera:

Al apreciar el juzgador la copia de la escritura de protocolización del juicio mortuorio de don Evaristo Tovar, aceptó que lo inventariado como de propiedad de la sociedad conyugal, había sido únicamente la mitad de la finca de "Peñanegra". El Tribunal entendió que tal determinación se había tomado por quienes intervinieron en tal acto, en consideración de la venta que la esposa había hecho del bien común sin anuencia del otro socio y a que se refiere la escritura número 311, ya citada.

Observa la Corte que la estimación de las pruebas es cuestión que está sometida al soberano criterio del juzgador, apreciación que no puede variarse por la Sala sino en el caso de que exista evidente error de hecho o que se haya incurrido en error de derecho en la sentencia, en la estimación de los elementos probatorios.

En el presente caso no aparece el error de hecho en la apreciación de la prueba, o sea de la escritura número 311; por el contrario, dados los antecedentes del asunto, es lógica la explicación que

da el Tribunal, al entender que se inventarió simplemente la mitad de la finca de "Peñanegra" por consecuencia de la venta efectuada por la mujer sin el consentimiento del marido, por medio de la escritura en cuestión. No dice el recurrente en qué consiste el error de derecho en la apreciación de tales instrumentos, ni lo encuentra la Sala, ya que el Tribunal dió a las copias de las escrituras públicas que se citan, el valor que les corresponde. Lo dicho es suficiente para declarar que no está acreditada la violación de las disposiciones mencionadas.

Cargo segundo. — Se acusa el fallo por error de hecho y de derecho en la apreciación del mandato conferido por Obdulia Tovar de Bermúdez y hermanos al doctor Carlos Rincón Bonilla, para la demanda que ha dado origen al presente pleito. Sostiene que tales errores llevaron al Tribunal a violar los arts. 2142, 2144, 2156, 2157, 2158, 2160 y 946 del C. C. y 269, 270 del C. J.

Que el mandato judicial confiere a quien lo acepta, la capacidad de comparecer en juicio en nombre del demandante y se sujeta en sus efectos jurídicos a las disposiciones civiles que lo reglamentan. Que el mandatario debe ceñirse estrictamente a los términos del mandato, máxime si éste es especial.

Para el recurrente, el doctor Rincón Bonilla no tenía autorización de pedir para los demandantes en su propio nombre, sino, como literalmente se expresa en el poder, para la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Evaristo Tovar y Obdulia Trujillo y que, sin embargo, al redactar su libelo, el apoderado asumió atribuciones que no se le habían conferido.

Que a pesar de la anterior, el Tribunal erradamente aceptó que el apoderado sí la tenía para demandar la reivindicación del predio en la forma que se contempla en el libelo, cometiendo error de hecho en la apreciación de los memoriales que contienen el mandato otorgado al doctor Rincón Bonilla, dándole un alcance que no tiene. Cometió igualmente error de derecho en la apreciación de los mismos documentos al atribuírle un valor probatorio distinto al que en realidad le corresponde.

Se considera:

Como puede deducirse del cargo propuesto, se ataca la sentencia, aun cuando era insuficiente la personería del apoderado de los demandantes, el Tribunal falló el proceso sin tener en cuenta que quien hablaba por ellos carecía de personería para pedir en la forma en que lo hizo.

Observa la Corte al respecto, que la ilegitimidad de personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o su representante, es causal de nulidad en todos los juicios, según el art. 448 del C. J. Pero para enmendar el error en esta materia en que pudiera haber incurrido un fallador de instancia, el legislador estableció entre las causales de casación señaladas por el art. 520 del C. J., la relativa a la nulidad de los juicios, o sea la señalada por el numeral sexto de la disposición mencionada, y no podría acusarse por la causal primera, puesto que las disposiciones citadas como violadas, no fueron materia del fallo, ni el Tribunal tuvo ocasión de darles vigencia en la parte resolutiva, ni de pronunciarse en algún sentido sobre el particular.

Sobre la materia, ha dicho esta Sala: "El punto de lo que comúnmente se llama personería adjetiva de las partes, escapa a la apreciación de la Corte en casación dentro de la causal primera del art. 520 ya citado, de violación de la ley sustantiva, ya directamente, ya indirectamente, a través de errores de hecho o de derecho. Esta cuestión en casación puede plantearse pero por su aspecto natural y obvio, de nulidad procedimental, mediante la causal sexta, que es el remedio que actualmente la ley ofrece para corregir, dentro del mismo juicio, irregularidades de tramitación capaces de afectarlo con nulidades, las que, de existir, en ningún caso inciden sobre la acción misma sino que, cuando más, posponen su discusión. (G. J. 1949 pág. 466).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo tercero. — Se acusa por violación de los arts. 1781 y 1789 del C. C., en armonía con el art. 191 del C. C. y 1º de la Ley 28 de 1932, directamente, por aplicación indebida o interpretación errónea, e indirectamente, por errores de hecho y de derecho relacionados con el cargo anterior.

Sostiene que la sociedad conyugal Tovar-Trujillo no tuvo, ni ha tenido a lo largo del proceso un mandatario judicial con capacidad suficiente para pedir para ella la reivindicación de la mitad de la finca de Peñanegra. Que el Tribunal no podía hacer declaración a su favor, ni reconocerle el dominio con aplicación del art. 1781 del C. C. que determina cuáles son los bienes sociales.

Que el Tribunal, dando por constituída en debida forma la personería a favor del doctor Rincón Bonilla, y con errada interpretación de la escritura pública número 412 de 24 de noviembre de 1925 (compra de Obdulia Tovar a Aristides Ra

mírez), llegó a declarar que la citada sociedad era dueña de la mitad del predio de "Peñanegra", y al obrar así, aplicó erradamente el art. 1781 del C. C. Que no estando la sociedad conyugal representada en forma legal, mal podría hacerse declaración alguna referente a su patrimonio y bienes, como lo hizo. Que tampoco podía reconocerse la acción reivindicatoria, como se hizo, con violación de los arts. 946, 949 y 930 del C. C., por indebida aplicación al caso del pleito. Que en cambio, el juzgador dejó de aplicar el art. 1º de la Ley 28 de 1932, que autoriza a los cónyuges para disponer de los bienes que por cualquier causa hayan adquirido o adquieran durante el matrimonio, y el art. 1789, inciso 2º, que reglamenta la subrogación de un inmueble a valores propios de uno de los cónyuges, disposiciones que violó por falta de aplicación y por error de hecho y de derecho en la apreciación de la escritura número 412 citada.

Que dados los términos de la Ley 68 de 1946, art. 1º, en relación con la Ley 28 de 1932, sobre régimen patrimonial en el matrimonio, y teniendo en cuenta la plena capacidad de la mujer casada, a partir del 1º de enero de 1933, débese concluír que Obdulia Trujillo de Tovar bien pudo vender su inmueble, a pesar de que cuando lo adquirió, hubiera entrado a formar parte de los bienes comunes, dada la capacidad legal conferida en el nuevo estatuto, que le permite disponer de los bienes que adquiera, con tal que figuren en su propio nombre, como acontece con la finca materia del pleito.

Se considera:

En la escritura de compra de la finca de "Peñanegra", realizada por la señora Trujillo de Tovar en el año de 1925, estando ya casada con don Evaristo Tovar, se hizo constar que la compra se hacía con dinero de la exclusiva propiedad de la esposa, y siendo el negocio realizado bajo el antiguo régimen patrimonial de la mujer casada, el marido autorizó el contrato.

En estas consideraciones, era necesario estudiar el carácter de la adquisición. El Tribunal sostuvo, con razón, que no era dable suponer que el inmueble quedó excluído de la comunidad social por virtud de las excepciones establecidas en el art. 1783 del C. C., porque no consta que el dinero con que se adquirió el bien se hubiera destinado en las capitulaciones matrimoniales para hacer una adquisición a favor exclusivo de la mujer; ni tampoco podría entenderse que con la compra, se había efectuado una subrogación con respecto a otro bien de la esposa, pues era necesario para que tal fenómeno se operara que se hubiera expresado el ánimo de subrogar en la respectiva escritura (art. 1789 del C. C.).

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 bien 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 primero de enero de 1933, cada uno de ellos tiene la libre disposición de los que por cualquier causa adquiera.

Tratándose, pues, de una compra hecha por la esposa en el año de 1925, y no habiéndose demostrado que la adquisición se hizo para subrogar otro bien de la mujer, ni que ese dinero fuera destinado en las capitulaciones matrimoniales para tal compra, lo habido por la esposa en tales condiciones, se entiende que lo fue para la sociedad conyugal, máxime si de acuerdo con el art. 1781 del C. C., inciso 3º, si la esposa hubiera aportado a la sociedad conyugal el dinero de la compra, éste vendrá a formar parte del haber social.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cuarto cargo. — Para sustentar el cargo, dice el recurrente: "Error de hecho y de derecho en la apreciación de la inspección ocular practicada con fecha 18 de marzo de 1944 por el Juez Municipal de Lérida, error de hecho en la apreciación de la petición primera de la demanda en donde se singulariza la cosa objeto del pleito, error de hecho y de derecho en la apreciación de la escritura número 312 de 24 de noviembre de 1925, Notaría de Ambalema, por la cual adquirió Obdulia Trujillo de Tovar, la finca sobre la cual pretenden derechos los demandantes; y error de hecho y de derecho en la apreciación de la escritura número 311 de fecha 14 de julio de 1933, Notaría de Ambalema, por la cual compró Carlos Tovar la finca de "Peñanegra", y de la escritura número 52 de fecha 8 de febrero de 1943, Notaría de Ambalema, por la cual adquirió mi poderdante la finca Peñanegra, por compra que de ella le hizo al señor Carlos Tovar; errores todos que indujeron al Tri-

bunal a violar los arts. 946, 949, 964, 950, 1751 y 1781 del C. C., en concordancia con los arts. 724, 632 y 730 del C. J.

Sostiene que no se estableció la identidad de la cosa demandada, que el Tribunal erradamente la da por realizada, por medio de inspección ocular que practicó el Juzgado Municipal de Lérida con ocasión del avalúo y justiprecio de las mejoras plantadas en la finca materia del pleito, y que la demostración del hecho respectivo ha debido darla el actor, lo que se deduce del art. 1757 del C. C.

Que la identidad de la cosa se establece mediante el recorrido y examen prolijo de los linderos, con vista de los títulos de propiedad respectivos y la correspondiente identificación de sus términos y demás circunstancias indispensables para adquirir la convicción perfecta; cosa que no pudo realizarse con la inspección practicada en el pleito de que se ha hecho mérito, ya que no se recorrieron los linderos, ni se confrontaron éstos con los que aparecen en los títulos relativos a la finca, o sea la copia de la escritura de compra realizada por la señora Tovar y la venta a Carlos Tovar, y por éste al actual poseedor del inmueble. Ni se compararon los linderos allí consignados con los expresados en la demanda, con respecto a los cuales existe notoria disparidad.

Que de los arts. 946, 947, 949 y 950 del C. C., que configuran la acción reivindicatoria, se deduce la necesidad, no sólo de que se demande una cosa singular, sino la de que aparezca en debida forma su identidad; que al no haberse atenido a lo ordenado en tales disposiciones, el Tribunal las violó, lo mismo que los arts. 724 y 730 del C. J. que reglamentan y valoran la prueba de la inspección ocular.

Que los mismos preceptos se violaron, al considerar el Tribunal que hay identidad entre los linderos de la demanda, con los que aparecen en los títulos de adquisición del predio, a pesar de las diferencias existentes, y que detalla.

Se considera:

El recurrente acusa el fallo por no haberse llenado uno de los requisitos indispensables para que pueda decretarse la reivindicación, o sea la identidad entre los demandadores y la cosa poseída por el demandado.

La identidad del bien reivindicado no se ha puesto en duda en el proceso. Aparece, en primer lugar, de la contestación de la demanda en que el señor Tovar afirma que está en posesión del predio que se reivindica, que la finca materia del pleito fue adquirida por la señora Trujillo de Tovar y vendida a Carlos Tovar, y que éste la traspasó al demandado, quien la ha poseído y plantado en ella mejoras. La confesión del demandado releva de prueba. El acuerdo de las partes al respecto durante el proceso le resta importancia al cargo. Por lo demás, sería un medio nuevo inadmisible en casación.

Lo expuesto es suficiente para rechazar el cargo.

Causal segunda. — También se acusa el fallo por la causal segunda, que la hace depender el recurrente de que desde la primera instancia, el apoderado del demandado en el pleito, presentó las excepciones perentorias de petición de un modo indebido, ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante y prescripción adquisitiva ordinaria. Que el Juzgado sólo estudió la de prescripción y que el Tribunal, a pesar de haber insistido el demandado sobre las referidas excepciones a lo largo de la segunda instancia, en su providencia, se limitó a expresar que, además de lo dicho en su fallo para desvirtuarlas, reproducía los argumentos del Juez **a quo**, por encontrarlos adecuados.

Observa que, si bien el fallo parece indicar que se estudiaron las excepciones, tal cosa no se realizó. Que ni en la primera, ni en la segunda instancia se hicieron las declaraciones que el caso requería.

Que ninguna de las defensas propuestas mereció la atención del Tribunal; que frente a las pretensiones del demandado, vinculadas a los medios exceptivos alegados, el Juzgado guardó silencio y que de haberse estimado en forma legal aquéllos, se hubiera producido como consecuencia inevitable el insuceso de la acción.

Se considera:

Encuentra la Sala, respecto de este cargo, que en realidad el Juzgado, al referirse a las excepciones, tuvo en cuenta exclusivamente la de prescripción, seguramente por haber sido ésta motivo de especial alegación y haberse presentado para demostrarla, un grupo de testigos.

Mas, con todo, el Tribunal implícitamente falló sobre los demás medios de defensa alegados, ya que consideró y aceptó que se había demandado la reivindicación total de la finca, que en la entrega de la cosa se pedía: la mitad para la sociedad conyugal y el resto para los actores, en nombre propio.

Declara el sentenciador, para rechazar las excepciones, que el estudio hecho del negocio lo lleva a ello y, además, considerando adecuados los

argumentos del inferior sobre el particular, los da por reproducidos.

Por otra parte, fueron decretados favorablemente los pedimentos de la demanda, que las excepciones intentan enervar. Por ejemplo, al examinar la personería de los demandantes, el Tribunal encontró que la acción fue propuesta, en parte para la sociedad conyugal y en parte para los actores en persona, y observó que se habían acompañado las partidas de estado civil que acreditaban, con respecto a los demandantes, el carácter de hijos del cónyuge fallecido.

La excepción de ilegitimidad de personería del abogado representante de los actores, no fue propuesta en ninguna de las etapas del juicio, pero si tal carencia de personería hubiera existido, el pleito sería nulo y ha debido entonces acusarse la sentencia por la causal sexta del art. 520 del C. J., o sea por haberse incurrido en alguna de las causales de que trata el art. 448 del C. J., ya que entre las taxativamente señaladas en tal disposición, se encuentra la expresada en el inciso 3º de tal artículo, o sea la de ilegitimidad de personería. Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Sentencia

Careciendo, por lo expuesto, de fundamento legal todas las acusaciones formuladas en este recurso doble, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el once de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, que ha sido materia del presente recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernan Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en Ppdad.

SALA DE CASACION PENAL

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

El nuevo Código de Procedimiento Penal reglamentó íntegramente el problema relativo a impedimentos y recusaciones que pueden presentarse en el proceso penal, y en la enumeración taxativa que trae el artículo 73 no se encuentra erigida como causal de este género el motivo expuesto por el doctor Camargo Sierra, o sea el de haber intervenido como perito avaluador de daños y perjuicios el padre legítimo del Magistrado.

Es evidente que el Código Judicial en su artículo 435 consagra como causal de impedimento, para el juez o magistrado que conoce del negocio, el hecho de haber intervenido como PERITO en el juicio, pero este impedimento no se refiere a los parientes dentro de los grados de consanguinidad previstos por la ley, sino al juez o magistrado que habiendo intervenido como perito en el asunto, con posterioridad a este acto, le corresponda fallar el negocio. Por tanto, en este caso, no es aplicable lo dispuesto en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, pues lo concerniente a impedimentos y recusaciones fue réglamentado expresamente por dicha obra.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena remite este proceso para que se decida del impedimento manifestado por el doctor Camargo Sierra, Magistrado de la Sala Penal de aquel Tribunal, impedimento que, conforme a lo dispuesto en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, le corresponde definir a esta entidad Judicial.

El doctor Ricardo Camargo Sierra, en auto de diciembre 12 de mil novecientos cuarenta y seis se declaró impedido para conocer de este negocio que se le adelanta a Santos Leones Barrios por el delito de falso testimonio, exponiendo como motivo que el señor Remigio Camargo Morante, padre legítimo del Magistrado, intervino como perito avaluador de daños y perjuicios.

El Magistrado que le sigue en turno declaró infundado el impedimento y las razones de esta negativa se expresaron así:

"Es de observar que esa designación de perito se hizo por el fallador de primera instancia y que fue en el trámite de aquella donde actuó el designado. La Sala no está revisando una decisión del señor don Remigio Camargo Morante, sino un fallo del Juez Promiscuo del Circuito de El Carmen, señor Doctor Arquimedes Mercado Robles. Pensó el suscrito y continúa en ese criterio que podría mediar impedimento, no para que el doctor Camargo fallara, sino para que el señor don Remigio Camargo Morante actuara como perito, si esta Sala fuera la entidad o funcionario que hiciera tal nombramiento. No se ha encontrado en la serie de causales que la ley marca, ésta aducida por el Magistrado impedido".

Se considera:

El nuevo Código de Procedimiento Penal reglamentó íntegramente el problema relativo a impedimentos y recusaciones que pueden presentarse en el proceso penal, y la enumeración taxativa que trae el artículo 73 no se encuentra erigida como causal de este género el motivo expuesto por el doctor Camargo Sierra o sea el de haber intervenido como perito avaluador de daños y perjuicios el padre legítimo del Magistrado.

Es evidente que el Código Judicial en su artículo 435 consagra como causal de impedimento, par

el Juez o Magistrado que conoce del negocio, el hecho de haber intervenido como **perito** en el juicio, pero este impedimento no se refiere a los parientes dentro de los grados de consanguinidad previstos por la ley, sino al juez o magistrado que habiendo intervenido como perito en el asunto, con posterioridad a este acto, le corresponda fallar el negocio. Por tanto, en este caso, no es aplicable lo dispuesto en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal; pues lo concerniente a impedimentos y recusaciones fue reglamentado expresamente por dicha obra.

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, que es infundado el impedimento manifestado por el doctor Camargo Sierra con el fin de que se le separe del conocimiento del proceso adelantado contra Santos Leones Barrios por un delito "de falso testimonio".

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DENUNCIO DE DELITOS

El desarrollo de una investigación criminal no puede llevarse a efecto sino mediante el supuesto de que se hubiera cometido una infracción de la ley penal. El denuncio se subordina al principio de la existencia del delito que es la base de la investigación, y el conocimiento de un hecho que posiblemente quebranta el orden social puede ser oficial o privado; oficial, cuando es un funcionario el que por cualquier medio sabe o tiene conocimiento de que se violó la ley, y privado, cuando el hecho es conocido por cualquier habitante del territorio colombiano mayor de veintiún años. En ambos casos —fuera de las excepciones establecidas por la ley —existe la obligación de denunciarlos para que las autoridades adelanten la respectiva investigación a fin de comprobar los hechos e imponer a su autor la correspondiente sanción.

Pero la investigación no puede adelantarse con perjuicio manifiesto de los presuntos sindicados, cuando el denunciante no hace ninguna imputación clara y expresa, contra aquellos que supone posibles infractores de la ley penal. En estos casos es necesario dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal por ausencia de un cargo que constituya delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, junio once de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de abril veintitrés de mil novecientos cuarenta y cinco, el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Buga, condenó a Jeremías Salamando Segura a la pena principal de veinte años de presidio y accesorias consiguientes, por los delitos de homicidio, falsedad en document y estafa; el Tribunal confirmó la sentencia d Juzgado con fecha octubre veintitrés del mism año.

Antecedentes

Estas providencias dieron lugar para que Sal mando Segura, denunciara al Juez Superior Buga, al Fiscal que intervino en la causa, y a l Magistrados que conocieron del negocio. Con los hechos expuestos en memorial de agosto on de mil novecientos cuarenta y seis, no fueran suficientemente claros, se dispuso que al jurar denuncio, se advirtiera al denunciante, que co cretara los cargos, pero en esa diligencia, veri cada ante el Juez Penal del Circuito de Palmi no se hizo ninguna imputación contra los Magi trados del Tribunal, sino únicamente se dijo q en el proceso adelantado en el Juzgado Superi de Buga, fue sustraída una diligencia de car habida entre él y el telegrafista de Palmira.

Al sumario se allegaron los acuerdos de no bramientos y las correspondientes actas de pos sión de los Magistrados doctores Ramón Suár Candela, José María Villegas y Saulo Victo Viveros, con las cuales se demuestra la calidad funcionarios de la rama jurisdiccional.

Por auto de mayo veintiseis de mil novecien cuarenta y siete, se dispuso correr traslado negocio al Procurador Delegado en lo Penal, pa que manifestara si en su concepto había prue que practicar o si era el caso de dar aplicació lo dispuesto en el artículo 153 del Código de P cedimiento Penal.

En esa providencia se dijo:

"Como los cargos que se hicieran a los Mag trados del Tribunal no fueron lo suficienteme claros y concretos, se pidió que el denuncia los determinara. En la diligencia de octubre 2 1946 ante el Juez Penal del Circuito de Palmi el denunciante **no hace ninguna imputación** c tra los Magistrados del Tribunal, sino contra Juez y Fiscal que intervinieron en la causa.

"No se ordena recibir declaración indagat

a los Magistrados del Tribunal, por ser innecesaria para los fines de esta actuación".

Concepto del Procurador

La Procuraduría en su vista de mayo 31 del presente año, pide se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, porque los Magistrados no cometieron delito alguno, con la actuación llevada a cabo por ellos, y al efecto dice:

"Si el hecho de que el Tribunal conociera en segunda instancia de la sentencia condenatoria dictada contra Salamando Segura, quiere convertirse en cargo contra los Magistrados, es obvio que la acusación, así planteada, sería pueril, pues esa es una de las funciones que la ley otorga al Tribunal.

"En resumen, en este negocio no hay siquiera materia para un estudio".

Se considera:

El desarrollo de una investigación criminal no puede llevarse a efecto sino mediante el supuesto de que se hubiera cometido una infracción de la ley penal. El denuncio se subordina al principio de la existencia del delito que es la base de la investigación, y el conocimiento de un hecho que posiblemente quebranta el orden social puede ser oficial o privado; oficial, cuando es un funcionario el que por cualquier medio sabe o tiene conocimiento de que se violó la ley, y privado, cuando el hecho es conocido por cualquier habitante del territorio colombiano mayor de veintiún años. En ambos casos —fuera de las excepciones establecidas por la ley— existe la obligación de denunciarlos para que las autoridades adelanten la respectiva investigación a fin de comprobar los hechos e imponer a su autor la correspondiente sanción.

Pero la investigación no puede adelantarse con perjuicio manifiesto de los presuntos sindicados, cuando el denunciante no hace ninguna imputación clara y expresa, contra aquellos que supone posibles infractores de la ley penal. En estos casos es necesario dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal por ausencia de un cargo que constituya delito.

Por las consideraciones expuestas la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto favorable de su colaborador, declara que el hecho imputado no ha existido, y en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento contra los doctores Ramón Suárez Candela, José María Villegas y Saulo Victoria Viveros.

Remítanse las presentes diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, para que resuelva lo que sea legal, en relación con los cargos que se hacen contra los otros funcionarios que intervinieron en este proceso, y para cuyo conocimiento sea competente.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

RECURSOS EN EL PROCESO PENAL. — APODERADOS Y DEFENSORES

Contra las providencias que dictan los funcionarios de la rama jurisdiccional, la ley otorga los recursos de reposición, apelación y consulta, y estos derechos deben invocarse por las partes, antes de que los términos legales concluyan para ejercitarlos. Si una de las finalidades de la notificación es buscar la perfección de un acto, si con ella se pretende dar estabilidad a las resoluciones del juzgador para imprimirle efectos compulsivos y de ejecución, es obvio que esos resultados no pueden llevarse a término sino mediante el conocimiento que de esas providencias se da a las partes interesadas por el acto de la notificación. Es en este evento, cuando los particulares lesionados, deben oportunamente y dentro de los términos legales, hacer sus reclamos para que sus derechos no sufran quebranto y menoscabo.

En el proceso hay constancia de que la notificación del auto que declara la nulidad fue notificado personalmente a la procesada y por medio de anotación en estados a su defensor; si tanto aquélla como éste, no hicieron reclamo alguno, si no ejercitaron los recursos consagrados por la ley contra la providencia —que dicen— lesionaba sus derechos, es lógico suponer que asistieron a ella y tácitamente reconocieron como fundada la determinación del Tribunal. El asentimiento expreso o tácito, sobre la nulidad declarada, le imprime a la providencia que hoy se censura, el carácter de inmodificable y sus consecuencias perjudiciales o favorables no pueden modificarse, porque la nulidad tiene como poder intrínseco la virtud de volver las cosas al estado en que se encontraban antes de haberse incurrido en ella.

El pensamiento del legislador al crear y reglamentar la institución de apoderados y defensores en el proceso penal, no fue otro, sino el de que el sindicado o procesado estuviera asistido por hombres entendidos en las disciplinas del derecho, para que la defensa de sus intereses sea benéfica y eficaz. Los derechos que la ley confiere al apoderado o defensor son los mismos que le otorga al sindicado o procesado, y en ejercicio de éstos, tanto el uno como el otro, conjunta o separadamente —dentro de las restricciones legales— pueden formular peticiones, e interponer los recursos legales contra las providencias que dictan los funcionarios de la rama jurisdiccional. De manera que la intervención del apoderado o defensor no se reduce al acto material de firmar notificaciones, sino al de ejercer los derechos legales que crean convenientes a la defensa de los intereses de la persona que representa.

Si en el ejercicio de esa función piden la aplicación de una ley más favorable, con prescindencia de otra, restrictiva o desfavorable, su petición no necesita estar procedida de la autorización del representado, y el acto realizado o cumplido, en uso de ese derecho es legal, y la resolución del funcionario creada por ese acto tiene fuerza compulsiva dentro de las actuaciones procesales y contra ellas no vale alegar causal de nulidad por el hecho de no haber sido previamente consentida por el procesado. Así, pues, la nulidad constitucional alegada, no existe.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio once de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

En sentencia de junio siete de mil novecientos cuarenta y seis, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó a Isabel Hernández de Valenzuela a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones cometidos en las personas de Matilde Roa y Orosia Pulido de Roa.

Contra esta sentencia el defensor de la procesada interpuso recurso de casación.

Antecedentes

El once de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en el caserío de "Reventones", jurisdicción del Municipio de Anolaima, cuando Matilde Roa se hallaba en casa de Angel María Díaz, en espera de un vehículo que la condujera a la ciudad de Facatativá, se presentó Isabel Hernández de Valenzuela, quien después de entrar, por breves momentos, al interior de dicha casa, salió al corredor y sorpresivamente atacó con un cuchillo a Matilde Roa causándole algunas lesiones que posteriormente le produjeron la muerte. Cuando la Hernández atacaba a Matilde Roa, Orosia Pulido intervino en defensa de su hija y también fue lesionada.

El Juzgado Tercero Superior calificó el mérito del sumario en providencia de mayo cuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro, corrigió el error que motivó la nulidad en cuanto a la fecha en que se realizaron los hechos y afirmó que ellos se ejecutaron el día once de mayo de mil novecientos cuarenta y uno. Como esta providencia fuera apelada el Superior en auto de diciembre dos de mil novecientos cuarenta y cuatro confirmó la del Juzgado adicionándola con la cita del Capítulo, Título y Libro del Código Penal referente al delito de lesiones personales.

El nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, se celebró la audiencia pública y en ese acto el Jurado negó la circunstancia de la alevosía para el homicidio y afirmó la responsabilidad de la procesada en relación con los delitos de lesiones personales y homicidio en estos términos:

"Sí, determinada por la pasión de los celos infundados".

En desarrollo de este veredicto el Juzgado con fecha octubre veintitrés de mil novecientos cuarenta y cinco, sancionó a Isabel Hernández de Valenzuela con la pena principal de ocho años y quince días de presidio. Pero el Tribunal al revisar la providencia de junio siete de mil novecientos cuarenta y seis reformó la sentencia aumentando la pena a ocho años y seis meses de presidio, en vez de la fijada por el Juez.

No se alude a la actuación cumplida en el proceso penal, con anterioridad a la que se deja transcrita, porque no tiene ningún valor jurídico la relación de actos que no existen por efecto de la nulidad, y sobre esa actuación procesal la Corte, no puede hacer ningún estudio, como lo pretende el recurrente en la demanda que en seguida se examina.

Demanda

El recurrente impugna la sentencia por las causales 4ª y 7ª del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta

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

Dos son los motivos de nulidad alegados por el recurrente:

Primero.—El Tribunal en providencia de agosto 20 de 1946, declaró nulo lo actuado desde el auto de proceder fechado el 24 de septiembre de 1941 —inclusive en adelante— por haberse incurrido en error relativo a la época en que se cometió el delito.

En esa providencia se dijo que los hechos se realizaron el 12 de mayo de 1941 en vez del 11 del mes y año citados. Fecha ésta en que se cometieron los delitos.

Esta circunstancia —dice el recurrente— no es constitutiva de nulidad y el Tribunal al reconocer este hecho como causal de nulidad "violó lamentablemente, no sólo la Ley, sino también la Constitución, en detrimento de toda norma de justicia, redundando en gravísimo perjuicio para mi representada, y desde luego, llegándose a una monstruosa injusticia como en efecto sucedió".

Y posteriormente expone:

"Parece que el atenuante que se reconociera a mi defensa en el primer Jurado, le fue desconocido por el segundo, o al menos así se interpretó por el Juez de la causa en su sentencia en que condenó a la Hernández de Valenzuela a la pena principal de ocho años, quince días de presidio y accesorias. (Cuaderno 1º, fls. 213 a 224)".

"Surtido el recurso de apelación contra la sentencia referida, el Tribunal Superior estimó procedente REFORMAR, corrigiendo un nuevo **error** del Juez fallador, y condena a la Hernández de Valenzuela a la pena de **ocho años, seis meses de presidio** y consiguientes. **(Sentencia junio 7 de 1946. Cuad. 3, fls. 7 a 15)".**

"Estas, honorables Magistrados, las consecuencias para Isabel Hernández de Valenzuela, con motivo y por razón de la nulidad declarada por

el Tribunal Superior de Bogotá, en lo referente a la EPOCA en que se cometió el delito, **nulidad** que declaró en auto de fecha **agosto 24 de 1943 a fls. 7 del Cuad. 2".**

"Si la actuación procesal, señores Magistrados, se ajustaba en un todo a las normas legales, hasta el momento en que el Tribunal declaró NULO, lo que no lo era, quiero preguntaros: ¿Qué validez tiene la actuación posterior a esa declaratoria de NULIDAD inexistente?".

"Ninguna, absolutamente. Y esta posterior actuación (auto de proceder—Jurado—Sentencia 1ª Inst. Sentencia de 2ª Inst., esa **segunda actuación** de que antes hice mención, **si que es absolutamente nula.** Y el fallo que ante vosotros acuso, **violó**, no solamente la causal 4ª de Casación del artículo 467 del C. de P. P...."

En apoyo de su tesis transcribe varios apartes de la Jurisprudencia de la Corte, en la cual se reconoce que el cambio de un día por otro, error en la época del delito, no es motivo de nulidad.

Se considera:

Es cierto que —la Corte ha dicho— no es lo mismo error en la **época** del delito que error en la **fecha** del mismo, que el primer vocablo se emplea en su acepción corriente que significa "período de tiempo que se señala por los hechos históricos durante él acaecidos" o, "por extensión", "cualquier espacio de tiempo". Y que fecha en su significación corriente equivale "a la palabra latina DATA y es entonces la expresión del día, mes y año en que se ha verificado un suceso". Pero la ley, precisamente, para evitar esa posible confusión entre fecha o día en que se realiza determinado suceso, que en muchas ocasiones puede ser de difícil señalamiento, usó la palabra época, para determinar un espacio más o menos largo de tiempo en el cual pueden tener ocurrencia ciertos actos de la vida humana. En contraposición a la fecha o tiempo concreto en que se realiza el hecho.

Pero el error en el cual incurrió el Tribunal al declarar la nulidad, no puede subsanarse por la Sala, en recurso extraordinario de casación, porque el acto de corregir o subsanar una nulidad relativa, no está dentro de la potestad jurisdiccional de la Corte, por ser función privativa de los juzgadores de instancia.

Contra las providencias que dictan los funcionarios de la rama jurisdiccional, la ley otorga los recursos de reposición, apelación y consulta, y estos derechos deben invocarse por las partes, antes de que los términos legales precluyan para ejercitarlos. Si una de las finalidades de la notificación es buscar la perfección de un acto, si con ella se pretende dar estabilidad a las resoluciones del juzgador para imprimirle efectos compulsivos y de ejecución, es obvio que esos resultados no pueden llevarse a término sino mediante el conocimiento que de esas providencias se hace a las partes interesadas por el acto de la notificación. Es en este evento, cuando los particulares lesionados, deben oportunamente y dentro de los términos legales, hacer sus reclamos para que sus derechos no sufran quebranto y menoscabo.

En el proceso hay constancia de que la notificación del auto que declara la nulidad fue notificado personalmente a la procesada y por medio de anotación en estados a su defensor; si tanto aquélla como éste, no hicieron reclamo alguno, si no ejercitaron los recursos consagrados por la ley contra la providencia —que dicen— lesionaba sus derechos, es lógico suponer que asintieron a ella y tácitamente reconocieron como fundada la determinación del Tribunal. El asentimiento expreso o tácito, sobre la nulidad declarada, le imprime a la providencia que hoy se censura, el carácter de inmodificable y sus consecuencias perjudiciales o favorables no pueden modificarse, porque la nulidad tiene como poder intrínseco la virtud de volver las cosas al estado en que se encontraban antes de haberse incurrido en ella.

Si la actuación procesal —como lo afirma el recurrente— era legal, si la irregularidad proveniente del cambio de fecha, doce de mayo en vez de once, la interpretó el Tribunal como causal de nulidad y así la declaró, la actuación posterior al acto que la acepta y reconoce, es válida, y ante la ley no está desprovista de carácter legal, por esto el juzgador tiene que apreciarla para pronunciar su fallo, porque ella no viola las garantías procesales ni constitucionales consagradas en beneficio de la procesada.

En resumen —la nulidad— que puede considerar la Corte en casación es la que se pueda encontrar en la nueva actuación que se repuso y no en la anterior que hay que considerarla como no existente en el proceso.

En consecuencia el motivo alegado no prospera.

Segundo motivo

Alega el demandante la existencia de una nulidad constitucional proveniente del hecho de que

en este proceso se dio aplicación a las normas de la ley 4ª de 1943, en vez de las normas del Código de Procedimiento Penal, vigentes a la época en que se realizaron los acontecimientos.

Antes de verificarse la audiencia pública el defensor de la procesada en memorial de octubre 9 de 1945, pidió al Juzgado se diera aplicación preferente a las normas de la ley 4ª de 1943, sobre reunión, juramento, deliberación y respuesta del Jurado a los cuestionarios redactados de acuerdo con el artículo 28 de la mencionada Ley.

Como el veredicto fue contrario a las pretensiones de la procesada, ésta en memorial de octubre 23 de 1945, pidió se declarara nulo lo actuado por no haber sido consultada, previamente, para que expresara si la ley favorable era el Código de Procedimiento Penal, vigente en la época del delito, o las normas de la ley 4ª de 1943 que regía en el momento de celebrarse la audiencia pública.

Las razones expuestas ante los Jueces de instancia, sirven al recurrente para alegar la nulidad, y para desvirtuar los fundamentos jurídicos creados por la petición del defensor —hoy demandante ante la Corte— por lo cual se hizo la manifestación de que la ley más favorable, para juzgar a la procesada, era la 4ª de 1943 con exclusión de las normas del Código de Procedimiento Penal. Se argumenta que ese derecho no puede ejercerlo ni el Juez ni la defensa, sino el agente activo del delito.

"Estimo —dice el recurrente— que no está en manos de la defensa ni del juzgador, en el caso de autos, acoger una u otra de las disposiciones sobre cuestionarios. Si el C. de P. P. o la Ley 4ª de 1943. Si como lo dice el Tribunal son estas disposiciones de orden público, quien pudiera pedirlo, salvando el orden jurídico, sería el procesado. La misión de la defensa no llega hasta impedir al procesado expresar su pensamiento, máxime cuando a su juicio y con razón consideró que ha debido tomársele parecer por el Juzgado, como sí se procedió en casos similares".

Se replica:

La aplicación de las leyes adjetivas a los procesos penales, cuando no contienen preceptos de orden sustantivo, sino de mera formalidad son de cumplimiento inmediato, porque la finalidad de la ley procedimental radica en el ejercicio y efectividad de la acción penal ya que con ellas se busca la represión del delito mediante la imposición de una pena. Si la nueva ley no restringe, los sistemas defensivos otorgados al procesado, sino al contrario, los amplía o aumenta, ésta en su ejercicio y aplicación es de orden imperativo e inmediato. Pero cuando la nueva ley dentro de sus normas contiene preceptos de carácter sustantivo, su aplicación, se subordina al principio de derecho universal de que en materia penal la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior al acto que se imputa se aplica de preferencia a la ley restrictiva o desfavorable.

La aplicación de la ley permisiva o favorable —ha dicho la Corte— en el tránsito de una legislación a otra no puede sujetarse a las consecuencias del fallo, sino al ejercicio del derecho dentro de los trámites de la ley. Esa oportunidad se presenta cuando el Juez, en presencia de la nueva ley, aprecia que objetivamente es más favorable a las pretensiones del procesado, o cuando éste o su defensor estiman que la nueva reglamentación encarna mejores medios defensivos para sus intereses. Pero en esta hipótesis, la invocación de ese derecho debe hacerse antes de verificarse la audiencia o en los momentos en que se desarrolla ésta, pero de ninguna manera después de dictada la sentencia de segundo grado".

Si el defensor o el apoderado por mandato del artículo 108 del Código de Procedimiento jura cumplir con los deberes que le impone el cargo, y si por otra parte, lo representa en todos los actos del proceso es lógico que la intervención de éste, bien sea en el sumario o en la causa, no necesita autorización previa de la persona que representa, porque no existe precepto legal que así lo ordene, pues, de no ser así, el cargo de apoderado o defensor no tendría ninguna importancia ante la ley y las disposiciones que lo reglamentan serían inoperantes; de nada serviría esa representación, si todas las actuaciones deben estar precedidas de la autorización de la parte a quien representa.

El pensamiento del legislador al crear y reglamentar la institución de apoderados y defensores en el proceso penal, no fue otro, sino el de que el sindicado o procesado estuviera asistido por hombres entendidos en las disciplinas del derecho, para que la defensa de sus intereses sea benéfica y eficaz. Los derechos que la ley confiere al apoderado o defensor son los mismos que le otorga al sindicado o procesado, y en ejercicio de éstos, tanto el uno como el otro, conjunta o separadamente —dentro de las restricciones legales— pueden formular peticiones, e interponer los recur-

sos legales contra las providencias que dictan los funcionarios de la rama jurisdiccional. De manera que la intervención del apoderado o defensor no se reduce al acto material de firmar notificaciones, sino al de ejercer los derechos legales que crean convenientes a la defensa de los intereses de la persona que representa.

Si en el ejercicio de esa función piden la aplicación de una ley más favorable, con prescindencia de otra, restrictiva o desfavorable, su petición no necesita estar precedida de la autorización del representado, y el acto realizado o cumplido, en uso de ese derecho es legal, y la resolución del funcionario creada por ese acto tiene fuerza compulsiva dentro de las actuaciones procesales y contra ellas no vale alegar causal de nulidad por el hecho de no haber sido previamente consentida por el procesado. Así, pues, la nulidad constitucional alegada, no existe.

Por estos motivos la causal cuarta debe rechazarse.

Causal séptima

Dictarse la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Dice el recurrente que en el proceso se halla demostrado que la procesada ejecutó el hecho "en momentos de ira, provocada por grave e injusta provocación por parte de la occisa" y que el veredicto del Jurado desconoció esa evidencia y que al ser aceptado en esa forma por el Juzgador se incurrió en la causal 7ª de casación.

En relación con este cargo dice la Procuraduría:

"Aparte de que el cargo envuelve una simple afirmación, sin estar seguida de las demostraciones jurídicas correspondientes que son de rigor en la técnica de casación, hay que decir a este respecto que lo que el recurrente pretende es suscitar ante la Corte la contraevidencia del veredicto. Pero este tema es extraño a la casación, por haber sido excluído de ella por el nuevo Código de Procedimiento Penal. Lo atinente a la injusticia del veredicto es materia que sólo compete a los juzgadores de instancia".

"Además, la injusticia del veredicto es cosa muy distinta a la contradicción del mismo, modalidad esta última que el demandante no alega".

El cargo, pues, es infundado y no prospera.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA la sentencia de fecha junio siete de mil novecientos cuarenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se condenó a Isabel Hernández de Valenzuela a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales ejecutados en las personas de Matilde Roa y Orosia Pulido de Roa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

TENTATIVA DE DELITO

La tentativa de delito en el Código Penal Colombiano, está integrada por estos factores:

a) Propósito de cometer un delito determinado; el propósito supone el concepto intencional de realizar por medio de actos externos e idóneos, un delito previamente tipificado en el Código de las Penas.

b) Actos de ejecución en orden a realizar el fin propuesto; es decir, traducción o prolongación de la voluntad criminal al mundo exterior por medio de actos de ejecución que concretan el fin dentro de la esfera de consumación del delito.

c) Falta de realización material del hecho criminoso, no dependiente del agente activo del delito sino de circunstancias ajenas a su voluntad.

Cuando en la realización de un hecho determinado se llenan los factores que se dejan expuestos, surge la figura jurídica de la tentativa, pero cuando falta uno de ellos, el pensamiento delictuoso puede transformarse o el hecho puede salirse de la órbita penal. Ni el propósito o la intención criminal ni los actos de ejecución en orden al fin propuesto, ni la falta de realización del objeto perseguido por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, independientes unas de otras, constituye la tentativa, es necesario que los tres factores se encuentren unidos para que se perfile esa figura.

Cuando el delincuente obra bajo el impulso de una pasión, no puede afirmarse con certeza, que la intención de cometer un delito esté previamente determinada en el ánimo del agente. En estos delitos que se denominan de "dolo de ímpetu" la pasión perturba las facultades psíquicas del agente, la rapidez de la acción producida por la exaltación del ánimo ofusca la mente para pensar en las consecuencias del hecho. En estos casos no puede afirmarse con precisión que el fin perseguido sea distinto del que se realiza. Por este motivo, el resultado debe ser la norma que sirve al juzgador para calificar el delito.

La ley 48 de 1936 en sus puntos esenciales se funda en el Decreto-Ley Nº 1863 de 1926. Sus normas se encaminan principalmente a reprimir estados antisociales y de peligrosidad, pero no por esto, se puede afirmar que todos los hechos por ella sancionados son constitutivos de estados antisociales. Existen disposiciones que en forma expresa señalan los hechos que no tienen el carácter de contravenciones sino de delitos; la circunstancia de que esas infracciones de la ley penal estén contenidas en el Decreto no les quita el carácter de delitos, para convertirlos en simples contravenciones.

El artículo 2º del Decreto-Ley, en sus numerales 1º, 2º, 3º y 4º dá el calificativo de rateros a las personas que hubieran sufrido tres o más condenas de policía por delitos contra la propiedad, por hurtos o robos cometidos en casas, habitaciones, almacenes o tiendas.

Los hechos sancionados en virtud de estas disposiciones son verdaderos delitos y éstos no pierden su entidad aunque la sentencia que los reconoce y declara haya sido dictada por un funcionario de policía en desarrollo de las normas del Decreto-Ley, porque tanto en la vigencia de los códigos anteriores como en los actuales, la policía tiene competencia para conocer de los delitos contra la propiedad, y esos fallos por reprimir delitos deben tenerse en cuenta para efecto de computar las reincidencias.

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal— Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Juzgado Primero del Circuito Penal de Medellín, en sentencia de veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, condenó a **Ana Teodora** o **Teodoro Arroyave Atehortúa** a la pena principal de tres años y ocho meses de presidio, como responsable de las lesiones personales causadas a Berta Emilia Martínez García.

Contra esta providencia, se interpuso recurso de apelación, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial, en sentencia de diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco la reformó en el sentido de condenar a Ana Teodora o Teodoro Arroyave, a la pena principal de tres años de presidio en lugar de tres años y ocho meses a que había sido condenada por el Juzgado.

En memorial de diez y seis de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, el Agente del Ministerio Público interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal, y oportunamente formuló la respectiva demanda de casación.

El Procurador Delegado en lo Penal, pide se rechacen las causales invocadas por el Fiscal; amplía la demanda y alega como causal de casación la segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos:

Berta Emilia Martínez García, vivía en la ciudad de Medellín, en casa de María de Vélez, ubicada en la calle de la Paz, entre carreras Cundinamarca y Carabobo; dice la ofendida que desde hace unos dos meses mantenía amistad con una mujer de nombre Ana Teodora Arroyave, y que por motivo de estas relaciones su amante Guillermo Zapata la había abandonado; como la Arroyave se creía poseedora de un poder mágico y las pasaba de experta en prácticas supersticiosas o de hechicería, su amiga Berta Emilia, le confió su conflicto sentimental, y aquélla le prometió hacer volver a su lado a su antiguo amante.

Las relaciones continuas y el trato diario, crearon un estado de afectividad sentimental que se tornó en pasión amorosa de la Arroyave para con Berta Emilia, estado de ánimo que se exteriorizó más tarde con las expresiones de que le gustaba mucho, que se encontraba profundamente enamorada, y de que no la hiciera sufrir tánto porque se estaba muriendo. Posteriormente su estado pasional la llevó al extremo de pedirle a Berta Emilia se le entregara para la realización del acto sexual, oferta que fue rechazada.

Pero la Arroyave impelida por su intensa pasión, buscaba por todos los medios la posesión y el veinticinco (25) de mayo de mil novecientos cuarenta y tres (1943) llegó a casa de Berta Emilia, la requirió de amores, le puso de presente su estado sentimental, le expresó, nuevamente, que se estaba muriendo por ella, que si no accedía al acto sexual se mataría y que si todo esto no le daba lástima. Berta Emilia rechazó las proposiciones y le manifestó que la dejase tranquila, pero Ana Teodora Arroyave, sorpresivamente sacando un cuchillo que portaba entre las ropas, le dió numerosas puñaladas dejándola en estado agónico.

Realizado el delito, Ana Teodora se presentó voluntariamente a la Inspección de Policía y manifestó: "que acababa de dar de puñaladas a la mujer Berta Emilia Martínez, en su casa de habitación y cree se halle expirando".

Relación procesal

Esta relación se deduce de la prueba de los testigos presenciales, Luis E. Arboleda, William Velásquez Vélez y Graciela Maya, de la confesión de Ana Teodora, quien se declara autora del hecho, pero manifiesta que lo ejecutó para defenderse de los ataques de Berta Emilia de quien dice le "mentó la madre", le pegó una palmada en la cara y la hirió con una cuchilla, modalidad explicativa, que no tuvo ninguna confirmación en el proceso.

La ofendida fue reconocida por los médicos legistas, quienes dicen:

"Presenta: dos heridas penetrantes del hipocondrio izquierdo y flanco del mismo lado, de tres (3) y cuatro (4) centímetros de longitud, que interesaron piel, tejido celular subcutáneo, músculos y peritóneo. Estas heridas causaron tres perforaciones del cuerpo uterino y gran hemorragia abdominal. Hubo también una perforación del intestino delgado, tres del mesenterio y otra del ligamento ancho izquierdo. Por estar la lesionada en período de embarazo hacia el 5º mes, hubo necesidad de hacer cesárea abdominal, con extracción de un feto vivo, que duró pocos minutos. Tres heridas de la región lumbar izquierda de uno, dos y tres centímetros de longitud que interesaron la piel, tejido celular subcutáneo y músculos de la región. Una herida de la región mamaria derecha de un centí-

ıetro, que interesó piel y tejido celular subutáneo. Cuatro (4) heridas del miembro superior zquierdo de uno (1), tres (3), dos (2) y seis centímetros de longitud, que interesaron piel, tejido elular subcutáneo y músculos de la región. Tres 3) heridas de la región toráxica de dos (2) centímetros de longitud, cada una, que interesaron piel y tejido celular subcutáneo".

En el reconocimiento practicado con fecha junio veintidos (22) de mil novecientos cuarentá y tres 1943) dicen:

"En el día de hoy fue reconocida **Berta Emilia Martínez,** en quien cesó la incapacidad, la que fue le veintisiete (27) días. Le quedó defecto funcioıal leve, permanente, consistente en la menor reistencia de las paredes uterinas, debido a las heridas que le fueron causadas en este órgano; y a a herida operatoria de la cesárea, y la menor reistencia de la pared abdominal".

Comprobados los elementos materiales y subjetivos del delito, el Juzgado, en auto de noviembre veintisiete (27) de mil novecientos cuarenta y tres (1943) calificó el mérito del sumario y llamó a responder en juicio a Ana Teodora Arroyave Atehortúa por un delito de lesiones personales.

El Tribunal, con ponencia del Magistrado doctor Angel Martín Vásquez, en una pieza jurídica digna de encomio, confirmó el auto de proceder con esta conclusión:

"Confirma el auto de revisión, objeto de alzada, con la adición de que el procesado responde a los nombres de Ana Teodora Arroyave Atehortúa o Teodoro Arroyave, como se designa él mismo al firmar las últimas notificaciones que le han hecho".

Adelantada la causa sin que en el curso de ella se allegaran pruebas tendientes a modificar la responsabilidad, cumplidos los trámites procesales, el Juzgado dictó sentencia con fecha marzo veinticuatro (24) de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), por la cual condena a la persona procesada a la pena de **tres años y ocho meses** de presidio y accesorias consiguientes.

Tanto el defensor como el procesado apelaron de la resolución del Juzgado, y el Tribunal en sentencia de diez y siete (17) de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), confirmó en parte el fallo del inferior y lo reformó en el sentido de condenar al agente delictuoso a la pena de tres años de presidio, en lugar de la de tres años y ocho meses impuesta por el Juzgado.

Contra esta sentencia el Fiscal del Tribunal interpuso recurso de casación.

Personalidad del delincuente

Antes de estudiar la demanda es importante destacar la personalidad de quien figura como responsable, aclarar el sexo, para lo cual se tendrá como pauta el concepto de los médicos legistas.

Antecedentes hereditarios

Ana Teodora o Teodoro Arroyave, nació el seis (6) de agosto de mil novecientos doce (1912) en el Departamento de Antioquia, en la población de Angostura, donde recibió las aguas del bautismo. Sus padres son Antonio Arroyave y Rosa Emilia Atehortúa, en quienes no existen taras alcohólicas ni demenciales. Tiene tres hermanos, Jesús Antonio de quien se dice que en su juventud sufrió ataques epilépticos, su hermana Rosa Elvira que es casada, y Ana Débora que según se desprende del examen de los médicos legistas es "seudo-hermafrodita masculino". Débora y Ana Teodora fueron fichadas en los prontuarios judiciales en el año de 1936 por imputárseles un delito de robo, por el cual fueron condenadas a la pena de un año de prisión.

Antecedentes personales.

Por las declaraciones de Carlos Enrique Henao, Luis Bernardo Monsalve, Eleázar Parra, Margarita Vélez, Pedro Díaz Mora y Roberto Henao, se sabe que **Ana Teodora o Teodoro Arroyave,** es persona a quien le gustan las mujeres; que sus inclinaciones predominantes en sus relaciones sexuales son por las mujeres, que en sus trabajos, a pesar de haberse dedicado a los quehaceres domésticos, tiene mayor atracción por aquellas labores agrícolas a las cuales se dedican los hombres y que trabaja como éstos "echando azadón".

Que en sus relaciones amorosas cuando ellas son obstaculizadas, se caracterizan con actos de agresión impulsiva: así, en Angostura forzó la puerta de la casa de habitación de Carmen Rosa Arroyave, para que ésta se le entregara, que en la plaza de la misma ciudad dió de puñaladas a Zoila Calle, porque ésta se negó a hacer vida marital; que poseyó carnalmente y mediante violencia a la menor Ariza Parra, hecho cumplido en presen-

cia de su hermana Débora Arroyave, cuando eran escolares; que a Margarita Atehortúa le causó diez (10) puñaladas porque se negó a continuar las relaciones amorosas.

El sujeto pasivo de la acción penal, se cree poseedor de un poder de magia para "causar daños o proporcionar favores" resultados que manifiesta conseguir con solo rezar una oración, acompañada de algunos sortilegios y conjuros que en algunos casos consisten en arrojar papeletas de yodoformo, o líquidos de diversos colores que lleva en frascos, y después de pronunciar la oración se retira diciendo "yo soy hechicera". Fue condenada a un (1) año de reclusión por hurto y vagancia, y el veinticinco (25) de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) ingresó al penal de mujeres por las lesiones causadas a Berta Martínez García, porque ésta se negó a la entrega carnal. Pero por causa de las manifestaciones violentas y explosivas "de la sindicada en sus amores seudohomoxesuales hacia sus compañeras de prisión" la Directora del establecimiento solicitó su traslado a la cárcel de hombres.

Error de sexo

Para mayor claridad del punto que se examina y por tratarse de una prueba de carácter netamente científico se transcribe literalmente el concepto de los médicos: doctores Julio Ortíz Velásquez y Germán Díaz López.

Examen físico

"En posición de pié y descalza, su talla es de 1.63 centímetros, braza 1.69, circunferencia cefálica 52, diámetro biacromial 1.06, diámetro bitrocanteriano o de las caderas 0.93 centímetros, perímetro toráxico 0.86 centímetros. Hay pues en el sujeto examinado una marcada predominancia de los diámetros masculinos. Asimetría facial de dominancia izquierda; frente fugaz; pómulos salientes; ligera sombra de bigotes; voz, de tono grave con características de la del hombre, cuello corto y ancho. Tórax ancho, con mamelones muy separados, sin que haya en ese lugar glándulas mamarias ni tejido-adiposo que haga relieve. Cuando se le hizo desvestir por el enfermero, se halló en el lugar que debieran ocupar las glándulas mamarias, dos (2) almohadillas de género que daban la apariencia de glándulas mamarias. Tiene vellos en la vecindad de los mamelones. Su respiración es abdominocostal".

"Pelvis angosta, 93 centímetros de diámetro, y los huesos coxales con los caracteres masculinos; muslos y piernas fuertes, sin la movidez femenina y con hipertricosis, pies grandes con uñas gruesas; tiene manchas de carate en toda la superficie del cuerpo. Brazos bien musculados, con vellos, y con los caracteres masculinos, dientes grandes e irregularmente implantados. Abdómen deprimido; sistema piloso pubiano o monte de venus muy desarrollado, de dominancia masculina, extendiéndose hasta el ombligo, y vellos en muslos y piernas".

"Pulsaciones 64 por minuto; al comprimir los glóbulos oculares sólo se encuentran 42. Respiraciones 20; ligero temblor de los dedos de las manos, y reflejos patelares y plantares-normales".

Examen Ginecológico

"En posición ginecológica se comprueba en el sujeto examinado, la presencia de un testículo de 5 centímetros de largo por 3 centímetros de grueso o diámetro, alojado en el gran labio que le sirve de bolsa en el lado derecho".

"En la ingle izquierda se palpa el otro testículo, criptórquideo, del tamaño de un grano pequeño de cacao".

"Con los muslos juntos, se tiene la impresión de hallarse el observador en presencia de unos órganos femeninos; la impresión cambia al separarlos".

"Se vé de arriba hacia abajo; un órgano con apariencia de clítoris, el cual, observado con detención se comprueba que es un pene con su glande descubierto, sin prepucio, muy desarrollado, de 6 centímetros de largo en estado de reposo, por 1 centímetro y medio de diámetro, y sin meato urinario; está fijado por una brida de piel con los caracteres de prepucio, cuyos bordes derecho e izquierdo se dirigen hacia abajo y hacia dentro, para unirse en el centro del periné, formando así un orificio que simula una vagina en miniatura".

"El orificio vulvo-vaginal, en apariencia, está formado por la brida acabada de describir y por la piel de los grandes labios y en especial por el izquierdo, porque la del derecho dá abrigo al testículo del mismo lado, que como se dijo es de volumen más que normal y tiene todos los caracteres tactiles de tal glándula".

"La piel del esbozo de la vagina es lisa, rojiza,

ıave, húmeda al tacto, sin orificio uretral, el cual : halla situado en la cavidad de la seudo-vagina, ı su cara anterior y en su entrada".

"Con una sonda uretral exploré la pequeña cadad vaginal, separando los repliegues que simuın los grandes labios; se detiene la sonda a una rofundidad de dos centímetros; y en su pared : halla, como ya expresé, el orificio de la uretra".

"Con lo anteriormente anotado, queda aclarado l sexo correspondiente. Se trata de un seudo-herıafroditismo masculino, androginoide, con una ıal-formación congénita, que se denomina hiposadia perinéo-escrotal o vulviforme de Duges, deominada así, por la apariencia de vulva que adıiere la deformación ocasionada por la falta de nión y desarrollo de los brotes genitales del emrión".

"Hay que tener presente que con los adelantos e la cirugía, esta mal-formación es susceptible e corrección, mediante la intervención quirúr-ica".

"Los signos acabados de describir, nos permien afirmar que la mal-formación existente en **Ana eodora Arroyave Atehortúa,** denominada hiposadia perinéo-escrotal, nos llevan a la conclusión e que no pertenece al sexo femenino, y que a esar de su apariencia de mujer, de su indumenaria, su vida de sirvienta, y de sus aparentes inlinaciones homosexuales, pertenece al sexo masulino".

"La errónea designación que se le dió en la pila autismal catalogándola con nombre de mujer; su ida de mujer, educada como mujer, dedicada a s oficios domésticos con lo que ha atendido a us diarias necesidades; buscando siempre la comañía exclusiva de las mujeres, intimando en el rato con ellas, dándose quizás cuenta exacta de u preferencia, todo esto, ha sido debido a la exisencia de su mala formación congénita. Es un sueto con los atributos y caracteres del sexo masulino, y como tal, es un varón".

"A su ingreso al manicomio, y después del exahen, en el cual se descubrió su predominancia nasculina, los encargados del establecimiento no nsideraron prudente que este sujeto quedara nviviendo con las mujeres. Tampoco podían dearlo en el salón de los hombres, vestido de muer; optaron, pues, por recortarle el pelo y vesrlo de conformidad con lo que indicaba el reultado de su examen, es decir, como hombre, y n el departamento o pabellón de los hombres fue locado".

"Ha sido este cambio brusco de vestidos y medio social, la más grande tragedia de su vida. Se siente abatida, vencida de la vida, y se dá perfecta cuenta de su horrible tragedia biológica. Pide, suplica, exige, que se le conduzca de nuevo a la cárcel de mujeres; implora que no se le mande a la cárcel de hombres, porque allí tiene parientes y paisanos que la han conocido como mujer, desde su niñez; suplica además se le permita vestir su traje femenino, y se la conduzca en automóvil cerrado para no exponerla a las miradas curiosas, ya que se le ha recortado su cabello; y como si estas súplicas fueran muy modestas, nos dice en su profunda depresión, que le quitemos la vida, cortándole la cabeza; ya para qué vida si todo le cansa, si no le tiene apego a ella. La brusca revelación de su horrible miseria fisiológica y biológica la ha sumido en una depresión".

"Seudo-hermafrodita masculino, tenido hasta hoy como mujer, y educado como tal, natural es que la procesada se sienta inclinada a las mujeres, y muestre una repugnancia invencible al comercio con los hombres. Sus tres últimos rozamientos con la justicia, el primero en Angostura cuando apuñaleó a Zoila Rosa Calle porque no quiso irse a vivir maritalmente con ella; el 2º en septiembre de 1938 en que le causó diez heridas también con cuchillo a Margarita Atehortúa, porque no se prestaba a sus requerimientos amorosos; y el último el 25 de mayo del corriente año, que hirió a Berta Emilia Martínez, han obedecido a sus amores rechazados, o desdeñados, por las mujeres a quienes había dedicado sus afectos, y con las cuales parece haber tenido alguna intimidad".

"No han existido pues, en la procesada, amores homo-sexuales como erróneamente pudieran considerarse. Vestida durante toda su existencia de mujer, viviendo entre mujeres y amando a las mujeres como hombre, ahí está la aparente paradoja de sus amores homo-sexuales, pues a pesar de su indumentaria femenina, siente como hombre, y sus inclinaciones amorosas son netamente hetero-sexuales".

"El conflicto sentimental, que arrastró a la procesada al delito el día 25 de mayo último, entregándola por consiguiente a la justicia, ha servido para descubrir el error de su sexo, que ha ocultado hasta hoy por temor a escarnio. Y quizá para mayor facilidad en sus conquistas amorosas".

"El interés médico-legal del presente caso es tan trascendental, que con la determinación del sexo que acabamos de hacer, corrigiendo así el error

involuntario de sus padres desviándola de sus verdaderos instintos, considero de justicia que los Tribunales le devuelvan los derechos civiles a que es acreedora por su sexo, pues dejarle en la vaga posición en que se encuentra hoy con su partida bautismal, equivale a declararlo, un vivo muerto".

"Con fecha 18 de junio del p. p. (de 1942) enviamos al señor Inspector un oficio, en el cual le expresábamos la conveniencia de retirar a la **Arroyave** del Manicomio donde había sido enviada con el fin de observación, y ordenar su traslado a la cárcel. Anotamos allí, que a la cárcel de mujeres seguramente no se podría mandar, porque su predominancia es masculina, como lo ha demostrado en los diversos actos de su vida, y además su carácter impulsivo, con su apetito sexual impetuoso, la hacen temible".

"Quedaba pues, como único lugar de detención, la cárcel de Varones, y allí fue enviada, aunque no se nos oculta que ésto puede ser para ella su gran derrumbamiento sentimental, al verse cambiada bruscamente a otro medio distinto a aquel en el cual ha estado acostumbrada a vivir y a actuar". (Entre mujeres).

"Por lo expuesto, y respondiendo a lo solicitado por el señor Inspector Primero Municipal, deducimos":

"**Primero.** — No hay constancia en el proceso, de que existan o hayan existido alienados en los ascendientes o colaterales de **Ana Teodora Arroyave Atehortúa**".

Segundo. — Solamente, como dato importante, anotamos que su hermana Ana Débora, quien en 1939 se hallaba en Gómez Plata, con el nombre de Jesús María Arroyave, es también seudo-hermafrodita masculino, y ha tenido tres rozamientos con la justicia".

Tercero. — Ana Teodora Arroyave Atehortúa es un seudo-hermafrodita masculino, y como tal, es un varón".

Cuarto. — Ana Teodora Arroyave Atehortúa, nó es alienada; existe, sí, en ella, una ligera debilidad mental de conformidad con su degeneración física congénita, pero sin que, en lo que respecta al delito que se le imputa, pueda apreciarse en ella como perturbación psíquica primitiva del libre albedrío, como las exigidas por el art. 29 del Código Penal".

Quinto. — Ana Teodora Arroyave Atehortúa es de baja extracción social, sin cultivo mental, extremadamente agresiva y peligrosa".

En posterior concepto expresaron:

"Por petición de dicho sujeto, éste ha sido sc metido a dos intervenciones quirúrgicas, las cua les han sido hechas por el doctor Joaquín Arist zábal, Cirujano de la Sala de Urgencia del Hos pital de San Vicente de Paúl de esta ciudad".

"En la primera intervención se hizo el descens del testículo izquierdo, que estaba ectópico, el cua fue colocado dentro del gran labio del mismo lado en la segunda se le quitaron las bridas del seudc clítoris, dándole así a éste último una longitu mayor, y se trajo la uretra hacia la base de ést última, cerrando a continuación el bosquejo d vagina".

"Piensa el Cirujano para una tercera interven ción, hacer una autoplasia en el nuevo pene, colo cando allí un pedazo de safena para completar e canal uretral".

"Debo anotarle que después de estos tratamien tos quirúrgicos, el sujeto en mención dice sentirs "más macho", y manifiesta que no ha tenido re laciones intersexuales, por falta de oportunida debido a su prisión, pero que sí se ha mastur bado".

"En el supuesto de que con la nueva interven ción que se proyecta, el sexo masculino aument con una unidad más capacitada para dar la vida queda el sombrío interrogante para la sociedad a pesar de restituírle un derecho individual, ¿n se habrá cometido un error al poner a este suje to en actitud de engendrar seres, que quizá trai gan la misma anomalía orgánica con que a él, a uno de sus hermanos, los tatuó la naturaleza?"

"No debe olvidarse además, que se trata de u delincuente que ha tenido varios rozamientos co la justicia, ha apuñaleado a tres mujeres indefen sas por cuestiones sexuales, y además tiene amé nazados de muerte a su persona y al suscrito, po la intervención que cada uno en su ramo hemos te nido en su último proceso, así como también a l Reverenda Madre Directora del Manicomio, quie ordenó el cambio de sus vestidos femeninos po masculinos y al médico general del mismo esta blecimiento, quien de acuerdo con el médico Di rector hizo su primer examen y ordenó la cortad de sus cabellos".

La personalidad de Arroyave no puede consi derarse —para el caso de estudio— por una sol de las manifestaciones que presenta en su psiquis mo, o en sus reacciones orgánicas o físicas. Es personalidad debe considerársela integrada por tc dos los componentes tanto psíquicos y orgánicos como físicos, y sus manifestaciones no pueden se

n ningún caso el producto de una sóla de esas nformaciones, sino el resultado de su propia ersonalidad y del ambiente en que actuó, porue el estudio del acto que infringe la ley penal de la correspondiente sanción, debe, necesariaente, estar precedida del examen de la personalidad del delincuente, índice revelador de una ayor o menor peligrosidad contra la cual debe ıscarse una defensa social adecuada.

El error de sexo daría lugar a una confusión bre la verdadera personalidad del delincuente, por tanto, podría pensarse que el acto fuera el sultado de una aberración sexual, o que él fue cometido por un anormal, circunstancias éstas ue llevarían a modificar la sanción por este aspecto.

"Despejado, pues, —dice la Procuraduría— el rror de sexo en que se tuvo a Ana Teodora Arroave, aparece claro que ella no es una invertida homosexual, sino que su líbido se manifiesta recisamente de acuerdo con la génesis biológica hormonal de su masculinidad. Por tanto, el heho delictuoso que cometió en la persona de Ber Emilia Martínez no fue el resultado de una abeación sexual, sino el estallido de una pasión morosa de un hombre por una mujer, reacción gravada naturalmente por el temperamento impulsivo de Teodoro".

"Esta conclusión sirve también para que, de aho en adelante, la Procuraduría siga aludiendo al rocesado con el nombre verdadero de varón que corresponde".

Pero como lo afirman los médicos legistas, sólo trata de un seudo-hermafroditismo interno-masulino, en el cual las glándulas genitales internas n masculinas con una deformación externa de pariencia femenina, en estos casos como dice el xpositor Uribe Cualla: "el pene es poco desarrolado, y forma un órgano corto con glande imperrado. El orificio uretral se abre en la base de te pene; los pliegues del escroto no se unen, y rman entre sí una hendidura más o menos pronda y tapizada de una mucosa. Los testículos ueden ser ectópicos. Así que es muy parecido aspecto femenino, porque el pene atrofiado se arece al clítoris; la hendidura interescrotal pace la vulva; los rodetes genitales parecen los randes labios".

Demanda de casación

Dos son las causales de casación que invoca el scal recurrente, o sean las de los numerales 1º y 4º del Código de Procedimiento Penal, y ellas se sustentan en unos mismos fundamentos jurídicos.

Causal cuarta

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

El Fiscal demandante sostiene que —en el caso de estudio— no se trata de un delito de lesiones personales, sino de un delito imperfecto de homicidio, en su grado de tentativa.

Fundamenta el cargo así:

"Al sindicado se le ha deducido una responsabilidad por lesiones personales, cuando, en mi sentir, se le ha debido situar dentro del terreno de una responsabilidad por homicidio imperfecto. A través de los autos tuve oportunidad de sostener que el caso de Teodoro Arroyave no era ni podía ser otro que el de una tentativa de homicidio. Para ello a folios 221 y siguientes dí mis razones, las que no he podido modificar, pese a la sentencia de la H. Sala a quien correspondió decidir sobre el particular".

Posteriormente analiza los elementos jurídicos de la tentativa en relación con la idoneidad del arma empleada, sitio anatómico lesionado, número de heridas causadas, y manifestaciones concomitantes y subsiguientes al hecho imputado, para concluír que el propósito del agente activo del delito no fue el de causar simplemente unas lesiones personales, sino el de matar.

El Procurador Delegado en lo Penal, no acepta las conclusiones del Fiscal recurrente, manifestando que ellas no pueden prosperar y que por lo mismo deben rechazarse.

Delito imperfecto de homicidio.

Cuando los elementos objetivos y subjetivos del hecho delictuoso han tenido su consumación, existiendo relación de causalidad entre el fin propuesto y el resultado, se está en presencia de un delito perfecto, pero cuando estos elementos estructurales del delito son diferentes, entonces, surge el problema de saber si es una tentativa o una frustración. Estos casos contemplados por diversas disposiciones de la ley penal, sólo se diferencian en el desarrollo de los actos externos, cuestión fácil de distinguir en el terreno teórico o de la idea,

pero de difícil solución en la apreciación práctica y objetiva de los hechos.

El Código Penal Colombiano siguió de cerca el criterio de la escuela positiva italiana en el Proyecto de Ferri de 1921, pero no adoptó el criterio unificado sobre delito imperfecto, sino que apartándose de él, consagró en artículos distintos los casos referentes a la tentativa y al delito frustrado, dejando con esto subsistente el problema cuya solución es difícil en los delitos de homicidio frustrado o intentado en donde la responsabilidad se afirma o se niega por los Tribunales de conciencia, que por lo general se integran por personas sin ninguna versación en las disciplinas del derecho, ocurrencia en la cual la separación es más difícil de hacer, para saber si en determinado caso concreto se trata de una tentativa de delito frustrado. Abolida la distinción el legislador puede dar mayor facultad al juzgador para aplicar el máximo o mínimo de la disposición violada teniendo en cuenta la peligrosidad y la personalidad del agente.

El artículo 16 del Código Penal dice:

"El que con el fin de cometer un delito diere principio a su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado".

Del contexto de la disposición citada, se concluye, que la tentativa de delito en el Código Penal Colombiano, debe estar integrada por estos factores:

a) Propósito de cometer un delito determinado, el propósito supone el concepto intencional de realizar por medio de actos externos e idóneos, un delito previamente tipificado en el Código de las Penas.

b) Actos de ejecución en orden a realizar el fin propuesto; es decir, traducción o prolongación de la voluntad criminal al mundo exterior, por medio de actos de ejecución que concretan el fin dentro de la esfera de consumación del delito, y

c) Falta de realización material del hecho criminoso, no dependiente del agente activo del delito, sino de circunstancias ajenas a su voluntad.

Cuando en la realización de un hecho determinado se llenan los factores que se dejan expuestos, surge la figura jurídica de la tentativa, pero cuando falta uno de ellos, el pensamiento delictuoso puede transformarse o el hecho puede salirse de la órbita penal. Ni el propósito o la intención criminal, ni los actos de ejecución en orden al fi propuesto, ni la falta de realización del objeto per seguido por circunstancias ajenas a la voluntad de agente, independientes unas de otras, constituye la tentativa, es necesario que los tres factores s encuentren unidos para que se perfile esa figura Un paso más avanzado se dá para constituír el de lito frustrado, cuando a los elementos de la tenta tiva antes descritos, se agregan los actos de con sumación, sin que el fin propuesto se realice po circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Dice el recurrente que —en el caso de estudio— se trata de un delito imperfecto de homicidio, no de un delito de lesiones personales, porque e propósito o intención del agente fue el de causa la muerte de la ofendida.

La cuestión primordial radica en saber, si efec tivamente, el acto ejecutado por Teodoro Arroyav estuvo alentado por el propósito de causar la muer te a Berta Emilia Martínez. Si este factor se lleg a demostrar, el hecho sería un delito imperfect de homicidio en su grado de tentativa; y como es intención o propósito no puede desentrañarse sin mediante el examen de los hechos exteriores, ha brá que buscarlo en el acerbo probatorio que tra el proceso, y a ello se procede.

En su declaración indagatoria el procesado n manifiesta que la intención al ejecutar el acto hu biera sido el de matar a Berta Emilia, o únicamen te la de causarle las lesiones o simplemente el d amedrantarla, su confesión sólo demuestra la d ser autor del hecho realizado, confesión cualifica da, en el sentido de exculparse, por haber comet do el hecho en momentos de recibir ultrajes d palabra y de obra, modalidad ésta que no se acre ditó.

La circunstancia de que posteriormente al he cho manifestara ante el Inspector, que se presen taba a dar aviso porque pensaba que había muer to a la Martínez, no es prueba de que en su ánim existiera el propósito de matar, puesto que ese con cepto formado **a posteriori** al acto no sirve com punto inicial para demostrar esa intención. El fi propuesto de acuerdo con principios universale que informan la idea del delito imperfecto de ho micidio, necesariamente debe ser anterior; su con cepción no surge de los hechos cumplidos, sino d pensamiento que en realidad anime al autor ant de proceder a darle vida externa mediante la ex teriorización de la voluntad por actos claramen dirigidos a conseguir la finalidad propuesta.

"En la tentativa, —dice la Procuraduría— la i

tención directa de cometer el respectivo delito debe estar completamente formada en el alma del agente cuando pone en acto el proceso ejecutivo de la infracción; ese propósito específico no puede, por lo tanto, surgir después de realizado el hecho criminoso, porque ello equivaldría a admitir el absurdo de que la causa es posterior al efecto".

"En este argumento, de irrebatible fuerza ontológica, se funda la Procuraduría para destacar el propósito homicida que pudiera derivarse de las manifestaciones hechas por el acusado después de haber herido a Berta Emilia".

La ofendida en su declaración de veinticinco (25) de mayo de mil novecientos cuarenta y tres (1943), no dice que Arroyave le hubiera manifestado que la mataría si no accedía a sus deseos libidinosos, ésta declara sobre su amistad con el procesado, su negativa a tener relaciones sexuales, y la ofuscación y exaltación que provocaba en el ánimo de Teodoro las negativas para verificar el contacto carnal y fue, precisamente, cuando le manifestó que buscara otra persona y la dejara tranquila, cuando Arroyave "sin darme lugar a nada, de modo inesperado y alevoso sacando un enorme cuchillo que portaba bajo sus ropas me dió numerosas puñaladas en el vientre, en el costado izquierdo, en el pecho, en los brazos y en otros lugares que no sé determinar". De manera que este testimonio por sí sólo no es concluyente para determinar la intención, fin, o propósito de causar la muerte.

¿Pero se puede argüir que el número de heridas y la situación de ellas, es prueba demostrativa del propósito de matar? A esto se responde, que la multiplicidad de las lesiones cuando el delincuente obra bajo el impulso de una pasión, son síntomas demostrativos del estado psicológico del agente, en el que el poder de la voluntad pierde su control y las reacciones son el producto de un ímpetu emocional o de un estado de anomalía psíquica, caracterizado "por debilidad mental" que llevó a Teodoro a reaccionar impulsivamente ante las negativas de Berta Emilia, para verificar el acto sexual. Esta forma impulsiva de actuar dentro de las crisis amorosas del procesado, no revelan el propósito de matar, porque sus actos se caracterizan por una agresión impulsiva difícil de controlar.

"Es sabido que la impulsión —dice el Procurador Delegado en lo Penal— es la tendencia al reflejo puro, automático, que se exterioriza en forma de explosión motriz. La impulsión se distingue entre otras cosas, por su fuerza e imperio (incoercibilidad) y por la ausencia de voluntad; de ahí que no sean susceptibles de inhibición o de control psíquico. Este factor involuntario es, como dice Regis, el que domina a todos porque constituye la esencia de la impulsión y tiende a sustraer la solicitud inicial de los procesos cerebrales de inhibición, para actualizarla en forma de puro reflejo".

"Así, pues, impulsos en las reacciones delictuosas del procesado, de una parte, y ausencia de prueba completa sobre la intención de matar que tuviera Arroyave al herir a Berta Emilia, de la otra, son los dos obstáculos supremos que aquí se presentan para admitir la figura del delito imperfecto de homicidio que alega el señor Fiscal".

¿Pero el propósito de matar puede deducirse de las declaraciones de los testigos William Velásquez, Luis E. Arboleda, María Restrepo, Graciela Maya, Mercedes Velásquez y Blanca Lilia Lopera Penagos? Nó, porque estos testigos no deponen sobre ningún acto externo de los cuales el juzgador pudiera deducir la convicción de que el propósito que animó a Teodoro era el de matar, ellos con exclusión de Velásquez, sólo dan cuenta del acto realizado; y de estas declaraciones, no se puede deducir claramente que el fin propuesto por el agente fuera el de matar.

El testimonio del menor William Velásquez en cuanto afirma que la morena le dijo a la ofendida "a que te mato" y a la réplica de Berta Emilia que dice "es que le vas a quitar el poder a Dios" y la circunstancia de que la morena "sacó un cuchillo y le untó sebo", y que posteriormente la atacó, son modalidades que se hallan desprovistas de veracidad porque circunstancias tan objetivas en la ejecución del delito, no pueden pasar inadvertidas para quien contempla la amenaza de un daño contra su integridad personal. Pero como los sucesos no se desarrollaron en la forma imaginaria que los relata el menor, la ofendida no declaró sobre este particular.

"Conocida esta situación anímica —dice el colaborador— de Berta Emilia para con Teodoro, de desconfianza y de temor, resulta sencillamente inverosímil que aquella sostuviera con éste un franco diálogo sobre amenazas de muerte, y mucho menos esperar tranquilamente, con fría impasibilidad ajena a su psiquis, que Teodoro sacara el oculto cuchillo y lo engrasara de sebo, como para hacerlo más dañoso y letal en la carne de Berta. De haber sido ello así, seguramente la tragedia

no hubiera ocurrido, porque Berta habría emprendido rápida fuga y demandado auxilio oportuno de Luis Arboleda que se hallaba en la cocina, y de los vecinos de la casa".

Por este aspecto el testimonio del menor no sirve como punto de referencia para deducir el fin que animaba a Teodoro en la ejecución del delito.

El Tribunal negó la tesis del Fiscal en relación con el delito imperfecto de homicidio, y afirmó la responsabilidad del procesado en cuanto a las lesiones personales, fundado en la teoría de Carrara que dice:

"Para que exista la figura jurídica de la tentativa es necesario que el agente obre con dolo específico, esto es, con el propósito de causar un mal determinado y concreto".

"Por ello Carrara estructuró una doctrina que todavía no ha sido modificada, como que ella tiene por fundamento, aparte de la gran autoridad de su eminente autor, datos psicológicos que la ponen en toda la integridad de su contenido científico. El maestro citado, en su admirable obra "Teoría de la tentativa y de la complicidad", enfoca el problema de esta manera: "En los casos de dolo de ímpetu repentino no se puede calificar como tentativa el hecho cuando ha sido premeditado". Otro tanto, afirma la Sala, puede decirse respecto del delito frustrado, cuando esta figura jurídica, como sucede en el derecho penal colombiano a diferencia de otros códigos extranjeros, está contemplada como independiente de aquélla en la ley".

"Los fundamentos de esta doctrina pueden resumirse así: cuando el agresor obra en virtud de un ímpetu o de una excitación repentina, puede decirse que su estado de ánimo le impide un conocimiento exacto y completo de las consecuencias del hecho que ejecuta, del cual, cuando más puede conocer únicamente los resultados en forma genérica, pero sin discriminar las diferentes especies de actos que se encuentran en ese género. Pero aun aceptando que ello pudiera ocurrir, la falta de elementos para comprobar el dolo específico que se precisa jurídicamente en la existencia de la tentativa, haría necesario que se atendiese a los solos resultados del acto para poder castigarlo. De esta suerte solo los efectos producidos serían susceptibles de determinar la punición de hechos de esa índole y es manifiesto que si estos efectos apenas traducen un delito de lesiones, es éste el que debe merecer la sanción, ya que las mismas circunstancias del delito implican la imposibilidad de indagar el propósito del agente, dado el ímpetu con que procediera, la causa que lo determinara y, en una palabra, el estado pasional exaltado de agente, impediría un conocimiento siquiera aproximado de hechos que escapan a toda apreciación por caer dentro de las fronteras de la simple intención, y ésta no producirse en actos externos que denoten un propósito criminal más depravado y de resultados más perversos".

Naturalmente que en la tentativa, la responsabilidad, cuando se halla demostrada, no se deduce del daño causado por la acción, sino de la intención que tuvo el agente de violar un determinado derecho, porque de aceptar lo primero, no se configuraría la tentativa por la intención de cometer un delito específico, sino por el resultado obtenido, y es bien sabido que el propósito, en la tentativa, no surge con posterioridad al hecho consumado sino con anterioridad a éste.

Cuando el delincuente obra bajo el impulso de una pasión, no puede afirmarse con certeza, que la intención de cometer un delito esté previamente determinada en el ánimo del agente. En estos delitos que se denominan de "dolo de ímpetu" la pasión perturba las facultades psíquicas del agente la rapidez de la acción producida por la exaltación del ánimo ofusca la mente para pensar en las consecuencias del hecho. En estos casos no puede decirse con precisión que el fin perseguido sea distinto del que se realiza. Por este aspecto, el resultado debe ser la norma que sirve al juzgado para calificar el delito.

La calificación de lesiones personales dada por el Tribunal al hecho cometido por Arroyave es jurídica, pues, la alegada por el Fiscal, delito imperfecto de homicidio, no llena las condiciones exigidas por el artículo 16 del C. P.

Por estas razones la causal cuarta no prospera y como la causal primera se alega como consecuencia de la anterior, tampoco es pertinente.

Ampliación de la demanda de casación

El Procurador Delegado en lo Penal, representante del Ministerio Público ante la Corte, en ejercicio de los derechos otorgados por la ley, amplía la demanda de casación, y alega como motivos los de los numerales 2º y 1º del art. 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda.

Si por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les atribuye una valor probatorio que no tienen, o se les niega el que verdaderamente tenía.

Sostiene el demandante que el fallo de 10 de febrero de 1936 dictado por la Alcaldía Municipal de Angostura, no reprime un estado predilectual de los contemplados en el Decreto-Ley Nº 1863 de 1926, sino un verdadero delito, de aquellos, que están previstos en los numerales 2º, 3º, 4º y 5º del mencionado Decreto, que se refiere a infracciones de la ley penal y no a simples contravenciones.

Afirma que en ese Decreto al igual que en la Ley 48 de 1936 se consideran dos clases de hechos, unos que generan simples contravenciones, y otros, delitos específicos; como el acto cometido por Arroyave no fue una contravención sino un delito, el Tribunal se equivocó en la apreciación de esa prueba para efectos de aplicar la sanción, y la sentencia —por este motivo— debe casarse.

Respalda su tesis en los conceptos expuestos en fallo de 4 de febrero de 1944 proferido por la Corte y concluye así:

"La anterior doctrina es también aplicable al Decreto Nº 1863, sobre vagos y rateros, porque éste, a semejanza de la Ley 48 de 1936, se inspiró en un criterio de prevención y defensa social contra esa clase de pre-delincuentes y delincuentes; y estatuyó en sus normas contravenciones y delitos".

"En el presente caso, la condenación policiva de Arroyave se fundó en hechos claramente constitutivos de hurto, que es delito y no contravención, pues lesiona directamente el derecho patrimonial de las personas; y por haber sido también condenado aquél "por delito de hurto de unas prendas de vestir".

Se considera:

La Ley 48 de 1936 en sus puntos esenciales se funda en el Decreto-Ley Nº 1863 de 1926. Sus normas se encaminan principalmente a reprimir estados antisociales y de peligrosidad, pero no por esto, se puede afirmar que todos los hechos por ella señalonados son constitutivos de estados antisociales. Existen disposiciones que en forma expresa y concreta señalan los hechos que no tienen el carácter de contravenciones sino de delitos; pues la circunstancia de que esas infracciones de la ley penal estén contenidas en el Decreto no les quita el carácter de delitos para convertirlos en simples contravenciones.

El artículo 2º del Decreto-Ley, en sus numerales 1º, 2º, 3º y 4º dá el calificativo de rateros a las personas que hubieran sufrido tres o más condenas de policía por delitos contra la propiedad, por hurtos o robos cometidos en casas, habitaciones, almacenes o tiendas.

Los hechos sancionados en virtud de estas disposiciones son verdaderos delitos y estos no pierden su entidad aunque la sentencia que los reconoce y declara haya sido dictada por un funcionario de policía en desarrollo de las normas del Decreto-Ley, porque tanto en la vigencia de los códigos anteriores como en los actuales, la policía tiene competencia para conocer de los delitos contra la propiedad, y esos fallos por reprimir delitos deben tenerse en cuenta para efecto de computar las reincidencias.

La Sala, por este aspecto, reafirma su doctrina de que no todos los hechos previstos en el Decreto-Ley Nº 1863 de 1926, como los de la Ley 48 de 1936, sean constitutivos de simples contravenciones; pues existen disposiciones que sancionan verdaderos delitos. Ahora que el procedimiento empleado para reprimirlos sea el del Código de Procedimiento Penal, o las normas establecidas en el Decreto-Ley, es cuestión que no puede examinar la Corte, en el recurso de casación, por ser materia de otra controversia.

La sentencia de 10 de febrero de 1936 en su parte motiva dice:

"No cabe duda, pues según las pruebas que aparecen en el expediente, las que ya se han comentado, que la señora Ana Teodora... son mujeres perniciosas, que sólo piensan en la manera de sustraerse lo ajeno contra la voluntad de su dueño, siendo por tanto dignas de alguna corrección".

Y en la parte resolutiva se le impone un año de concierto "por violación de los numerales 3º y 2º de los artículos 1º y 2º del Decreto Ejecutivo Nacional Nº 1863 de 1926".

Si el fallo de carácter policivo dictado contra Arroyave, sanciona de modo expreso un delito de hurto, éste no pierde su naturaleza propia para convertirse en contravención por la circunstancia de haberse pronunciado de conformidad con las normas del Decreto-Ley. Así, pues, el hecho siempre conserva su carácter de delito y la sentencia condenatoria hay que considerarla como elemento demostrativo de la primera reincidencia, máxime, cuando el nuevo delito se comete antes de transcurrir diez años de ejecutoria de la primera condena.

Pero se puede argüir que de conformidad con el artículo 35 del Código Penal, el fallo de 10 de febrero de 1936, no es apto para computar la reincidencia, por ser Arroyave menor de edad cuando

se dictó. El argumento de ser cierto tendría una conclusión afirmativa, pero en este caso no tiene valor alguno porque el penado era mayor de diez y ocho años a la fecha de la condena. En efecto: en la partida de nacimiento expedida por el Cura Párroco de Angostura, consta:

"En la Iglesia Parroquial de Angostura a diez y ocho de agosto de mil novecientos doce. El Presbítero Francisco de Paula Tamayo mi coadjutor bautizó solemnemente a una niña de seis días de nacida a quien nombró Ana Teodora, hija legítima de Pedro Antonio Arroyave y Rosa Emilia Atehortúa... doy fé, Mariano de Jesús Euse Cura. Es copia".

La lectura de este documento prueba la afirmación de que cuando se dictó el fallo que condenó a Arroyave como responsable de un delito contra la propiedad, no era menor de edad como equivocadamente se dice en la sentencia de 10 de febrero de 1936, sino mayor de diez y ocho años. Por otra parte, la identidad de Arroyave como la persona que cometió el delito anterior, y el que actualmente se juzga, está expresamente aclarado en las pruebas del proceso.

En conclusión, demostrada la mayor edad y la entidad del procesado, y comprobada la reincidencia, la pena debe aumentarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 del Código Penal.

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"La sentencia del Tribunal Superior —dice la Procuraduría— incurrió en errónea aplicación de la ley penal por dos aspectos distintos: 1º Porque dejó de computar en contra del acusado la reincidencia a que se refiere la causal segunda antes sustentada; y 2º Porque en la aplicación de la pena no tuvo en cuenta todos los elementos mensuradores de ella que consagra el art. 36 del Código Penal, pues omitió considerar la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y la personalidad del delincuente, siendo aquí el caso de estimarlos".

"El Tribunal violó, por consiguiente, los artículos 34, 35 y 36 del estatuto penal en relación con el 376, inciso 2º, de la misma obra".

Como primer motivo, alega el hecho de que el Tribunal dejó de computar la reincidencia, proveniente de la condena de 10 de febrero de 1936, violando con esto, el contenido de los artículos 34 y 35 del Código Penal, disposiciones que no se tuvieron en cuenta en la imposición de la correspondiente sanción.

Si la causal segunda prospera, la invocación de la causal primera por violación de los artículos 34 y 35 del Código Penal, también es procedente por ser una consecuencia lógica de la anterior. El Tribunal, al individualizar la pena debió valorar la sentencia de 10 de febrero de 1936, como elemento demostrativo de la condena por el primer delito, y al no hacerlo violó las disposiciones ya citadas.

Segundo motivo

La Procuraduría impugna la sentencia porque en la aplicación de la sanción, el Tribunal no tuvo en cuenta los elementos determinados por el art. 36 del Código Penal, referentes a la gravedad y modalidades del hecho criminoso y a la personalidad del delincuente.

La gravedad y modalidades del hecho delictuoso las deduce de estos factores:

a) Del número de lesiones y de las consecuencias por ellas producidas.

b) De la pérdida de un feto que había traspasado la mitad del período de la gestación, modalidad que afecta de manera directa la gravedad del mismo delito;

c) De la personalidad del delincuente.

En la ejecución de un hecho delictuoso pueden presentarse consideraciones de orden objetivo y subjetivo que hacen más gravoso el acto, ya en relación con el daño causado, ya también con las condiciones morales de quien lo ejecuta. Estas circunstancias no varían la denominación genérica del delito pero sí lo agravan; quien comete un delito por lesiones personales cuyas consecuencias no causan perturbación alguna, no puede ser sancionado con la misma pena del que realiza el hecho con varias heridas y a consecuencia de ellas quedan perturbaciones funcionales o psíquicas transitorias o permanentes o bien peligra la vida de la persona ofendida.

Berta Emilia, según lo dicen los médicos legistas, sufrió diez y seis heridas, dos de ellas penetrantes que le causaron perforaciones del cuerpo uterino y del intestino delgado y gran hemorragia abdominal. Tres heridas en la región lumbar izquierda, una en la región mamaria derecha, cuatro heridas del miembro superior izquierdo y tres heridas en la región toráxica. Como consecuencia

de ellas, se sometió a la ofendida a una operación cesárea con extracción de un feto vivo que duró pocos minutos. Quedando "con un defecto funcional leve permanente consistente en la menor resistencia de las paredes uterinas".

Teniendo en cuenta la forma como se desarrollaron los acontecimientos, el número de heridas, las consecuencias de ellas y el peligro corrido por la víctima, la sanción no puede ser simplemente la del artículo infringido, sino la que corresponde a la disposición violada en relación con la gravedad y modalidades del hecho, circunstancias que a pesar de haber sido enunciadas por el Tribunal, no se tuvieron en cuenta.

Otro de los factores no considerados en la sentencia, es el relativo a la personalidad del delincuente:

Los dictámenes científicos individualizan a Teodoro Arroyave como un sujeto agresivo, y peligroso en sus reacciones impulsivas sobre todo en aquellas de carácter sexual, su temperamento e inclinaciones antisociales lo conducen con frecuencia a la ejecución de delitos no sólo contra la propiedad, sino también contra la integridad personal, tendencias éstas demostrativas de una personalidad peligrosa, contra la cual hay que buscar una medida de defensa social adecuada a ese temperamento.

"Arroyave, dadas sus condiciones de inferioridad física y psíquica, es indudablemente un ser desgraciado; pero en cambio ese fondo degenerativo que en él hay lo hace temible y dañino en grado sumo para la colectividad, por lo cual ésta debe reaccionar en forma enérgica y eficaz ante las manifestaciones delictuosas de Arroyave, no sin omitir, claro está, esfuerzos por readaptarlo a la vida social".

Es indudable que los elementos que se dejan puntualizados dan al delito una gravedad especial y por otra parte la demostración de ser el delincuente una persona impulsiva con tendencias al crimen lo destacan como sujeto de una gran peligrosidad antisocial. Como estos factores no se consideraron en la sentencia según lo dispone el artículo 36 del Código Penal, su omisión y falta de valoración por el Tribunal hizo que se violara la ley sustantiva en la disposición citada.

En consecuencia la causal alegada es fundada y prospera.

Fallo

El agente del Ministerio Público insinúa como medida de represión la pena de cinco (5) años, cuatro por violación del artículo 376 en relación con el 36 y 37 del Código Penal y uno por la reincidencia con aplicación del artículo 35 de la obra citada, y explica su pensamiento así:

"Esta sanción no es excesiva, tanto mas si se repara en que las dos condenas anteriores sufridas por Teodoro, sólo una de ellas se ha tenido en cuenta, porque la otra, la concerniente a las lesiones consumadas en Zoila Rosa Calle o Vélez, por un defecto de las copias, no se pudo computar como elemento de reincidencia, ni como circunstancia de mayor peligrosidad. Además, el otro grave delito de lesiones consumado por Arroyave en la persona de Margarita Atehortúa quedó impune a causa de la prescripción, según se informa al folio 118v.".

La Sala acoge la petición del colaborador en relación con la cantidad de pena que debe imponérsele al delincuente.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, oído el concepto de su colaborador y de acuerdo con él, INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en cuanto por ella se condena a Ana Teodora o Teodoro Arroyave a la pena de tres años de presidio, y en su lugar lo sanciona con la de **cinco años** de la misma pena. En cuanto a la pena accesoria de interdicción de derecho y funciones públicas, su duración será igual al de la pena principal que por este fallo se impone. En lo demás queda en firme.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello, Srio.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Como la imputación que se hace al ex-Juez doctor Saladén no es de aquellas que tienen como sanción privativa de la libertad una pena de veinte años, ni mayor de cinco, ni menor de veinte, la acción sobre prescripción de la acción se rige por la norma del inciso 3º del art. 105 del Código Penal y como desde la fecha en que se dice haberse realizado el hecho —demoras— hasta cuando se dictó auto materia de la consulta han transcurrido más de cinco años, el fenómeno de la prescripción de la acción está cumplido, siendo por tanto pertinente la aplicación del art. 153 del Código de Procedimiento Penal, en vez del art. 437 de la misma obra.

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal— Bogotá, julio dos de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena consulta la providencia de diez y seis de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, en virtud de la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Carmelo Saladén.

Hechos

El 30 de noviembre de 1939 Casto R. González, denunció al dotor Carmelo Saladén M., quien desempeñaba las funciones de Juez Superior de Cartagena, por las demoras cometidas en el sumario que se adelantaba contra Héctor Moncada "por un delito de rapto —de mujer casada—" ejecutado en la esposa del denunciante. Afirma González que el negocio, en su tramitación, no se ajustó a las normas trazadas por la ley y que agotó todo esfuerzo "para que se imprimiera al negocio la actividad que requiere la investigación de un acto delictuoso".

Relación procesal

El Tribunal ordenó adelantar la investigación, y comisionó para su perfeccionamiento al Juzgado 2º Superior desempeñado por el doctor Saladén M. Para comprobar la veracidad de los cargos imputados, el 19 de agosto de 1940, se practicó una diligencia de inspección ocular sobre el negocio a que hace referencia el denunciante.

Al sumario se allegaron los Acuerdos de nombramientos y Actas de posesión para demostrar la calidad de Juez Primero Superior que en ese entonces tenía el sindicado, y el certificado del Alcalde del Distrito de Cartagena para comprobar el ejercicio del cargo.

Sobreseimiento definitivo

El agente del Ministerio Público solicitó se diera aplicación a lo dispuesto en el art. 153 del Código de Procedimiento Penal, porque en el negocio se había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal. Pero el Tribunal se apartó del concepto de su colaborador y en vez de acceder a esa petición (prescripción de la acción) dictó auto de sobreseimiento definitivo de conformidad con el art. 437 de la obra citada.

El sobreseimiento definitivo se funda en las comprobaciones que se deducen del acta de inspección ocular, pues, de conformidad con esa diligencia —dice el Tribunal— "el negocio siguió su curso con diligencia y esmero por parte del entonces Juez Primero Superior doctor Carmelo Saladén y por los comisionados para el adelantamiento de la instructiva. Solo en los primeros meses del siguiente año sufrió algún retardo la marcha del asunto pero no se debió ello a negligencia o descuido del Juez del conocimiento, sino a la imposibilidad de allegar a los autos declaraciones de la esposa raptada, cuyo paradero era ignorado, según se desprende "de informes y datos que constan en esa inspección ocular...".

Esas demoras no pueden imputarse "al ex-Juez Primero Superior sino a razones desconectadas de su voluntad y ajenas a intenciones suyas para demorar o retardar el cumplimiento de sus deberes".

Concepto de la Procuraduría

El Procurador comparte la tesis del sobreseimiento definitivo y pide se confirme la providencia consultada, y al efecto dice:

"El Tribunal ordenó la apertura de la investigación correspondiente y comisionó al Juez 2º Superior para adelantarla. Este funcionario procedió a practicar una inspección ocular sobre el expediente materia de la queja. De tal diligencia se desprende que, aunque el sindicado durante el tiempo que permaneció al frente del Juzgado 1º (sic) Superior no pudo adelantar la investigación en la forma que hubiera sido de desear, con todo, sí practicó varias actuaciones que lo ponen a salvo del cargo formulado. La demora se debió propiamente a dificultades ajenas a la voluntad del Juez".

"En tal virtud, aunque en el presente caso está cumplido el fenómeno de la prescripción de la acción penal, lo más prudente y equitativo es el sobreseimiento para que no quede ninguna sombra o sospecha contra el funcionario acusado. Así lo decidió el Tribunal, y esa es, por otra parte, la doctrina de la H. Corte".

Demoras

Dos son las demoras que se anotan en la diligencia de inspección ocular:

1º — Desde el auto de 18 de octubre de 1938 por el cual se negó el reconocimiento del apoderado doctor Luis Gavalo, para representar al acusador particular, hasta el 8 de febrero de 1939 en que, nuevamente el negocio permaneció en suspenso por espacio **de 3 meses, 28 días; y**

2º — Desde el 13 de marzo de 1939 en que el Juzgado reconoció a R. González como acusador particular y ordenó recibirle juramento legal, hasta el 11 de agosto de 1939, la acusación estuvo demorada por un espacio **de 4 meses, 28 días.**

Se considera:

En el acta de inspección ocular no consta qué las demoras se ocasionaron debido "a la imposibilidad de allegar a los autos declaraciones de la esposa raptada cuyo paradero era ignorado", ni que ellas se debieron a "razones desconectadas de la voluntad del Juez y ajenas a intenciones suyas para demorar o retardar el cumplimiento de sus deberes". Los conceptos del Tribunal, serían aceptables para confirmar el sobreseimiento definitivo, si estuvieran probados, pero siendo otra la realidad deducida de la prueba y sobre todo no habiéndose interrogado en indagatoria al procesado mal se puede hablar de cargos sobre los cuales no se le preguntó, entonces hay que aceptar la tesis de la prescripción invocada por el Fiscal.

Como la imputación que se hace al ex-Juez doctor Saladén no es de aquellas que tienen como sanción privativa de la libertad una pena de veinte años, ni mayor de cinco, ni menor de veinte, la acción sobre prescripción de la acción se rige por la norma del inciso 3º del art. 105 del Código Penal y como desde la fecha en que se dice haberse realizado el hecho —demoras— hasta cuando se dictó el auto materia de la consulta han transcurrido más de cinco años, el fenómeno de la prescripción de la acción está cumplido, siendo por tanto pertinente la aplicación del art. 153 del Código de Procedimiento Penal, en vez del art. 437 de la misma obra.

Demoras en este sumario

El Tribunal por auto de febrero 18 de 1941, comisionó para perfeccionar el sumario adelantado contra el ex-Juez doctor Carmelo Saladén, al Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena, éste con fecha 25 de febrero de 1941, dictó auto por el cual se obedece y cumple lo dispuesto por el Superior. Con fecha marzo 6 del mismo año, el Secretario puso en el expediente la anotación de "vuelva al Despacho del señor Juez, el presente negocio". De esta fecha hasta el mes de abril de 1942 no existe actuación alguna y el negocio permaneció demorado por espacio de un año, 19 días; (fojas 17).

El sumario fue devuelto al Tribunal, y éste en auto de 13 de mayo de 1942 dispuso comisionara nuevamente al Juez 1º Penal del Circuito para que dé "estricto cumplimiento a lo ordenado por ese despacho", fijando como término de la comisión, treinta días. El 2 de junio de 1942 el Juzgado dictó auto de obedecimiento a la comisión impartida, ordenó citar al doctor Saladén, y oficiar al Alcalde Municipal de la ciudad para que expida copia del acta de posesión del sindicado. La boleta de citación lleva la misma fecha del auto. Desde el día 3 de junio de 1942 hasta el 19 de mayo de 1944 no se practicó ninguna diligencia retardándose la investigación por espacio de un año, once meses.

Vencido el término de la comisión, el Tribunal reclamó el negocio, y en auto de julio 5 de 1944 dijo:

"En vista de que el Juez comisionado no dió cumplimiento a lo dispuesto por esta Corporación, ni al auto fechado en 2 de junio de mil novecientos cuarenta y dos, comisiónase al Juez 2º Superior para que practique tales diligencias".

El 12 de julio de 1944 el Secretario informó al Juez del recibo del sumario, pero este funcionario no dictó providencia alguna, hasta el 16 de agosto de 1946, en que ordenó la devolución del negocio en suspenso por espacio **de un año, diez y ocho (18) días.**

Las demoras que se dejan anotadas no tienen justificación alguna. En las constancias procesales no existe informe o explicación que ponga a salvo la conducta de los Jueces comisionados, y como estos hechos son constitutivos de una infracción de la ley penal, se dispone adelantar la correspondiente investigación para que se averigue la responsabilidad en que hubieren incurrido los funcionarios que desempeñaron los cargos de Juez 1º Penal del Circuito y Juez Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del colaborador,

Resuelve

Revoca el auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena con fecha 10 de febrero de 1947, y en su lugar declara extinguida la acción penal por prescripción; en consecuencia se ordena cesar el procedimiento contra el doctor Carmelo Saladén M.

De conformidad a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia, el Tribunal ordenará sacar las copias pertinentes para averiguar las demoras en que hubieren incurrido los funcionarios que actuaron en la presente investigación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 29 DEL CODIGO PENAL

Cuando al tiempo de cometer el hecho —dice el art. 29 del C. P.—, se hallare el agente en estado de enajenación mental, o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padece de grave anomalía psíquica, se aplicarán las medidas fijadas en el capítulo II del Título III de este Libro.

De esta disposición ha dicho el doctor Jorge Gutiérrez Gómez, en sus "Comentarios al Código Penal", que al incluír la frase "grave anomalía psíquica" incurrió en una redundancia que sólo habrá de servir para producir perturbaciones en la aplicación de la justicia penal, por la imposibilidad en que habrán de hallarse los falladores para precisar cuándo existe ese estado de grave anomalía, diversa naturalmente de la enajenación mental de que se habla al principio del mismo artículo (pág. 142, obra citada).

En realidad no carece de fundamento la crítica, aún cuando la confusión la despeje la medicina legal, porque en la grave ANOMALIA PSIQUICA —dice el doctor Guillermo Uribe Cualla— en su obra "Medicina Legal y Psiquiatría Forense", pág. 394—, se comprenden muchas psicosis y muchas perturbaciones mentales que están muy lejos de ser "verdaderas locuras o demencias".

El nuevo Código Penal no habla de locos ni de dementes, y ello parece más acorde con la moderna terminología médico-forense. Porque el sustantivo LOCO no es tolerado actualmente por la ciencia psiquiátrica, y el calificativo DEMENTE (mente captus) que traduce un estado de mentecatez, tiene en psiquiatría un significado mucho más reducido que el que le dan los Códigos Penales (clasificación de las enfermedades mentales en orden a las necesidades médico-legales. Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología, Tomo 2º, pág. 109).

Pero en donde la duda ofrece más resistencia para ser disipada es en la cuestión relativa a la aparente redundancia, o sea, el incluír al enajenado mental y al normal psíquico dentro de un mismo cuadro patológico, porque —y esta es una consideración que surge a simple vista— si la PSIQUE es el alma, la mente o el espíritu, según el punto de vista filosófico del intérprete, es claro que al encontrarse perturbada esa potencia directora de las acciones humanas, el sujeto que la padece no es normal, como lo es el enajenado mental.

De esta palabra (psique) arrancan etimológicamente todas las denominaciones conocidas para designar las diversas alteraciones de la mente (psicopatía). Ejemplos: Psicoparesis (debilidad mental); psiconosema (desorden mental); psiconeurosis (trastorno nervioso de origen mental); psiquinosis (enfermedad nerviosa funcional), etc.

Sin embargo, el mismo hecho de no ser correspondientes en medicina legal las expresiones ENAJENACION MENTAL Y ANOMALIA PSIQUICA, está indicando la necesidad de no dejar por fuera el caso del afectado de esta última. Porque si en el examen pericial del delincuente advierten los peritos que no es un enajenado mental, pero que sí sufre de una grave anomalía psíquica, una psiconeurosis, v. gr., al no existir en el Código incluída esa categoría (anomalía psíquica) el procesado tendría que ser sometido a un género de represión que no se compadece con el estado de sus facultades mentales, y la justicia no cumpliría sus altos fines. Más bien que cumplirlos estaría quebrantando el principio de la individualización, que es canon de la conciencia penal moderna.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En la audiencia pública celebrada el veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cin-

co en el Juzgado 4º Superior de Bogotá, con el fin de definir el grado de responsabilidad correspondiente a **Víctor Manuel Benavides Guerrero** por la muerte de Leonardo Gualteros, el Jurado respondió de manera simplemente afirmativa las dos preguntas que tuvo a su consideración, las cuales dicen:

1º "¿El acusado Víctor Manuel Benavides Guerrero, es responsable de haber causado a Leonardo Gualteros una herida hecha con arma de fuego, perforante del abdómen y que le ocasionó una peritonitis, causa única de su fallecimiento, hecho que tuvo su consumación el día primero de enero del año de mil novecientos cuarenta y cinco, en el Municipio de Cajicá y dentro de la comprensión de este Distrito Judicial?"

2º "¿Al realizar los hechos de que trata la cuestión anterior, el acusado Víctor Manuel Benavides Guerrero se hallaba dentro de un estado de grave anomalía psíquica de carácter transitorio y producida por el alcohol?"

El Juez, a pesar del reconocimiento de la "grave anomalía psíquica" que padecía el procesado al tiempo de cometer el delito, aplicó el artículo 362 del Código Penal e impuso a Benavides Guerrero la sanción principal de ocho años de presidio.

Esta determinación está precedida de un estudio acerca del concepto pericial que, planteó una equivocada situación en el proceso, en sentir del Juez, quien, por otra parte, creyó que por no estar considerada en el artículo 29 del Código Penal **la anomalía transitoria,** no era del caso tener en cuenta dicho artículo. En otros términos, que no siendo el procesado un intoxicado crónico, su embriaguez no podía estimarse sino como aguda, y entonces la pena debía señalarse de conformidad con la disposición primeramente citada (art. 362).

Otro fue el parecer del Tribunal. Ahí, por mayoría, se aceptó en su integridad el veredicto del Jurado y se le dió a la expresión "grave anomalía psíquica" el alcance que tiene en el artículo 29 del C. Penal, sin entrar en distinciones sobre su permanencia o transitoriedad.

Así, pues, con el salvamento de voto de un Magistrado de la Sala (Dr. Rito Quintero Díaz), el Tribunal, en sentencia de 22 de agosto de 1946, condenó a Víctor Manuel Benavides Guerrero a ser recluído en un manicomio criminal por un período mínimo de dos años y "a prestar su trabajo en las obras o empresas públicas que el Gobierno designe por un período de cinco años", una vez que hubiese cesado la reclusión impuesta.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el señor Fiscal 3º del Tribunal Superior de Bogotá, quien en la respectiva demanda invoca y sustenta la causal 1ª del art. 567 del C. de Procedimiento Penal.

En síntesis, el recurrente, en un todo de acuerdo con la tesis expuesta en el salvamento de voto del Magistrado Quintero Díaz, solicita que se invalide la sentencia del Tribunal y que se restablezca la del Juez del conocimiento.

Pero esta demanda no ha sido prohijada por el Jefe del Ministerio Público. Por el contrario, combate la argumentación del Fiscal recurrente, porque, en su opinión, el Tribunal aplicó al acusado medidas de seguridad con base en el veredicto, que a su vez, no hizo otra cosa que reconocer que el procesado delinquió hallándose dominado por una grave anomalía psíquica, estado que tuvo amplio respaldo probatorio.

Para llegar a esta conclusión, el señor Procurador Delegado en lo Penal elaboró un interesante estudio del punto, materia del debate en casación, y por eso la Sala va a intentar un resumen o compendio de esa tesis, y en donde no logre reflejar el nítido pensamiento del exponente se valdrá de sus propias locuciones.

Principia el colaborador de la Sala por referirse al modo como se perpetró el hecho (cuadro de un delito sin escena) y a fijar la atención en un delincuente que actuó sin antecedentes, sin motivos determinados claros, libre de incentivo extraño que moviera los resortes de su reacción. Un ebrio, en la mitad de una vía pública (carretera de Cajicá) que dispara su revólver sobre un pacífico ciudadano y lo hiere mortalmente, como final episodio de una actitud que no hacía esperar tal resultado (Víctor Manuel Benavides Guerrero había estado solicitando sin éxito los servicios de un vehículo que lo condujera a Zipaquirá).

Antes de concretar su criterio sobre el problema jurídico propiamente dicho, el señor Procurador Delegado en lo Penal hace hincapié en los términos de los dictámenes periciales. Porque una de las primeras medidas del funcionario investigador fue la de que se practicara el examen del sindicado Benavides Guerrero por los señores médicos legistas, quienes aún cuando afirmaron que no estaban en presencia de un caso de alcoholismo crónico avanzado, sí había en el procesado señales de vicio alcohólico, lo que dedujeron del temblor fibrilar de los dedos del acusado y de otros sínto-

mas (imprecisión en los recuerdos, comprensión lenta, coordinación retardada, etc.). Y, por último, no sin hacer predominar la afirmación de que Víctor Manuel Benavides Guerrero no era un alcoholado crónico ni padecía de anomalía psíquica permanente, aseveraron que el primero de enero de mil novecientos cuarenta y cinco había sufrido "una intoxicación alcohólica aguda que alteró sus facultades intelectuales al extremo de producirle grave anomalía psíquica".

Este concepto se incluyó en el auto de proceder en el cual quedó —trazada por anticipado— la pauta penal, según se vé en el siguiente pasaje de dicha providencia:

"No importa lo anterior" (exposición pericial) "para que el sindicado no deba responder" (sic) en el juicio ante Jurado, sólamente ello se refiere a que en el caso de una condenación le sean aplicables medidas de seguridad".

Otra anotación que figura en la demanda de la Procuraduría es la de que el señor Fiscal pidió en la audiencia a los jurados que reconocieran la grave anomalía psíquica de Víctor Manuel Benavides Guerrero.

De modo, pues, que no sólo aparecen enfrentados los criterios de los juzgadores de instancia (Juez 4º Superior y Tribunal), sino también las opiniones de los representantes del Ministerio Público (Fiscal del Juzgado y Fiscal del Tribunal), con la circunstancia muy particular de que ni el Juez 4º atendió la petición de su colaborador, ni el Tribunal la del suyo.

Ahora se trata de resolver la que el Jefe del Ministerio Público le ha formulado a la Corte en casación.

El veredicto —dice el señor Procurador— es la fuente inmediata de la sentencia. Si él no se ajusta a la verdad procesal, debe rechazarse, oportunamente; pero si se acoge, no es permitido mutilarlo, pues de esta manera se rompería su unidad y no sería ya expresión del tribunal popular el resultado del juicio, sino que habría una determinación a medias, algo así como una decisión híbrida.

No son estas las exactas palabras que emplea el señor Procurador para argumentar en sostenimiento de su tesis, pero sí reflejan ellas la idea que ha querido traer a esta discusión, que él plantea sobre un terreno limitado: el de la unidad del veredicto.

Y razona, más o menos así: el pronunciado en la causa de Víctor Manuel Benavides Guerrero contiene dos afirmaciones rotundas e inevitables: 1ª, que dicho individuo es responsable del homicidio ejecutado "dentro de un estado de grave anomalía psíquica de carácter transitorio"; y 2ª, esa grave perturbación anímica "fue producida por el alcohol".

Por consiguiente, resulta arbitrario —arbitrariedad que conduciría a poner en pugna la sentencia con la determinación del jurado— prescindir de una parte sustancial del veredicto (grave anomalía psíquica), para aceptar únicamente lo relativo a la embriaguez. Que ella, la embriaguez aguda, sea cosa distinta de la grave anomalía psíquica, no es cuestión discutible. Pero de eso no se trata, sino de desarrollar el veredicto de acuerdo con las normas legales, dice el señor Procurador, quien continúa así:

"No desconoce la Procuraduría la tesis general según la cual la intoxicación crónica producida por el alcohol en el agente activo del delito es la que contempla especialmente el artículo 29 del Código Penal como determinante de medidas de seguridad, y que la simple embriaguez aguda está considerada por el mismo estatuto con alcance distinto, esto es, como circunstancia de menor peligrosidad, cuando el sujeto no ha podido prever sus consecuencias delictuosas; como también reconoce este despacho el peligroso abuso en que están incurriendo los jueces populares al calificar como delincuentes enfermos de la mente a quienes sólo proceden en estado de borrachera común. Este abuso es precisamente uno de los tantos vicios del jurado que perturban la justicia penal y que imponen la necesidad de suprimirlo, si no totalmente, al menos en el conocimiento de los llamados delitos técnicos y de aquellos otros en que la apreciación de la personalidad del delincuente requiere un juicio previo de los especialistas en psiquiatría, como sucede con los anormales.

"Pero mientras subsista tal institución, a los jueces de derecho sólo les queda, como ya se dijo, el único recurso de declarar la contraevidencia del veredicto en los casos de manifiesta injusticia de él; más no recurrir al sistema legal de aceptar lo qué estiman acorde al derecho y de rechazar la parte que no lo fuere.

"Además, no resulta jurídico sostener la tesis absoluta y definitiva de que la mera embriaguez aguda no pueda demostrar en el sujeto que delinque en ese estado una grave anomalía psíquica. La realidad palpitante de la vida dice lo contrario. En efecto, la experiencia médica enseña que cier-

tos alcoholes malos, ingeridos por personas taradas y de personalidad premorbosa, causan en éstas verdaderos derrumbamientos psíquicos, a tal punto que son determinados a obrar en forma antisocial por la presión insuperable de un impulso o de otra clase de explosión patológica. En estos casos, el alcohol no es más que el medio o la ocasión para revelarse la personalidad psicopática del sujeto y su consiguiente peligrosidad. Y entonces no sería acertado darles más importancia a la circunstancia ocasional de la embriaguez aguda, que a las causas biológicas y constitucionales que actuaron principalmente en la dinámica criminosa del sujeto".

Más adelante ilustra su concepto con citas de profesores (Triboulet y Mignon, y Vivert), respecto del fenómeno de la embriaguez, sus reacciones condicionadas al estado fisiológico del embriagado, las consecuencias de la misma en los individuos tarados, etc., para concluír así:

"Lo que quiere decir que la embriaguez del acusado en el día del homicidio, no era de las comunes u ordinarias, sino de aquellas otras mucho más graves y morbosas de que nos habla el profesor Vibert y que pertenecen al campo de la psiquiatría. Por donde se vé que ni los médicos legistas, ni el jurado, ni el Tribunal anduvieron descabellados al calificar el hecho delictuoso cometido por Benavides como ejecutado en el momento de padecer grave y transitoria anomalía psíquica".

"Y así las cosas, está más acorde con la personalidad del procesado el someterlo al tratamiento de las medidas de seguridad, que al régimen penitenciario de los delincuentes comunes. Benavides es un sujeto muy peligroso cada vez que se embriaga, por defectos de su organismo y por el uso frecuente que ha tenido de bebidas alcohólicas; y entonces para la realización de él, como es obvio, resulta inadecuada la pena de ocho años de presidio que pide el demandante...

"En consecuencia, la causal primera invocada por el Fiscal no puede prosperar".

Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Penal amplía la demanda (más bien la sustituye) la del señor Fiscal recurrente, e invoca también la causal 1ª, la cual enuncia así:

"Pero si la sentencia del Tribunal no es vulnerable por el aspecto en que la ha atacado el recurrente, en concepto de la Procuraduría, el fallo sí contiene una indebida aplicación de la ley penal, por haber adaptado al procesado la medida de internamiento en un manicomio criminal, en vez de la Colonia Agrícola Especial, que es la pertinente en este caso".

En la sustentación de sus puntos de vista recuerda el señor Procurador que las medidas indicadas en el artículo 61 del C. Penal para los enfermos de la mente: reclusión en manicomio criminal o en Colonia Agrícola Especial, libertad vigilada, trabajo obligatorio y prohibición de concurrir a determinados lugares públicos, no pueden aplicarse indiscriminadamente; puesto que si el art. 63 estatuye que el manicomio criminal se destina para recluír a los alienados que cometen delitos reprimidos con presidio o cuando sean especialmente peligrosos, fácilmente se comprende que ahí (al manicomio) no deben ir quienes delinquen en otras condiciones, porque "dentro de la clasificación de las enfermedades mentales que establece el Código Penal... hay que reservar el estado de enajenación mental o de intoxicación crónica grave para aquellos trastornos psíquicos extremos, en que se presentan manifestaciones contradictorias, tumultuarias, caóticas, y absurdas de la personalidad, por un desorden intensísimo de sus zonas instintiva, afectiva e intelectual; y la grave anomalía psíquica para aquellos estados intermedios de anormalidad del espíritu que no se traducen por un desequilibrio completo de la individualidad, sino por perturbaciones que fluctuan entre la verdadera demencia o locura y el tono normal".

En consecuencia, si según el dictamen de los médicos legistas Benavides Guerrero no es un loco ni un intoxicado por el alcohol, y su grave anomalía psíquica sólo se manifiesta cuando está bajo los efectos del alcohol, no se justifica respecto de él la reclusión en un manicomio criminal sino en una Colonia Agrícola, sin que su liberación pueda operarse automáticamente al transcurrir el tiempo que se le señale, sino que ella debe otorgarse condicionalmente, mediante decisión judicial, con audiencia del Ministerio Público y previa declaración de los peritos de que ha desaparecido el peligro y que está asegurada la posterior conducta normal del sancionado.

Esta opinión del señor Procurador viene acompañada de la transcripción de una doctrina de esta Sala de la Corte (Sentencia de 31 de julio de 1946, casación de Leonor González de Rodríguez, homicidio).

Finalmente, advierte el señor Procurador que si en la Colonia Agrícola el procesado está sujeto no

lo a observación científica, sino también obliga- a ejecutar trabajos industriales o agrícolas, re- lta injusto y redundante recargarle a Benavi- s la sanción que él solicita (reclusión y Colonia grícola Especial por un término mínimo de un o) con la otra que contiene la sentencia acusada inco años de trabajo en obras públicas), la cual be suprimirse del fallo.

Se considera:

Tanto cuando la Corte procede como Tribunal instancia, como cuando decide de recursos de competencia, o ejercita la función constitucio- l consagrada en el artículo 314 de la Carta, quien presenta ante ella al Ministerio Público es el rocurador General de la Nación, por sí o por me- o de alguno de sus Delegados, Civil o Penal.

Por consiguiente, el recurso de casación que in- rpone un Fiscal de Tribunal, queda en cierta rma sujeto a la aprobación de quien es la máxi- a autoridad en esa dependencia del Estado. Así ha entendido esta Sala de la Corte en los asun- s de su incumbencia.

Quiere decir esto que si el Procurador encuen- a que la demanda presentada por un funciona- o del Ministerio Público no es procedente, bien rque no se ajusta a la técnica legal, o porque rece de fundamento, o porque no conviene a los tereses de la justicia, puede hacer una solicitud ntraria a la que ella contenga. En este caso debe tenderse que no hay demanda, porque quien te- a el derecho de sostenerla ante la Corte la com- tió o, simplemente, no la autorizó.

Puede también ocurrir que el Procurador re- erce los puntos de la demanda. En este supues- hay una ampliación de ella. Pero si al mismo mpo que el Procurador se aparta de lo pedido r el Fiscal demandante, elabora otro pliego de gos contra la sentencia, entonces lo que ya hay sustitución de la demanda. En tal ocurrencia, e es precisamente de la que ahora se trata, la isación que debe estudiar la Sala es la de la ocuraduría, pues la del Fiscal 3º del Tribunal perior de Bogotá fue eliminado en el debate, y como si no existiera.

Mas como el señor Procurador al rechazarla no hace de cualquier manera sino razonadamente, conveniente examinar esas razones que tienen doble interés de ser muy claras y de referirse n aspecto nuevo en estas materias doctrinarias.

Cuando al tiempo de cometer el hecho —dice el ículo 29 del C. Penal—, se hallare el agente en estado de enajenación mental, o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padece de grave anomalía psíquica, se aplicarán las medidas fijadas en el capítulo II del Título II de este Libro.

De esta disposición ha dicho el doctor Jorge Gutiérrez Gómez, en sus "Comentarios al Código Penal", que al incluír la frase "grave anomalía psíquica" incurrió en una redundancia que sólo habrá de servir para producir perturbaciones en la aplicación de la justicia penal, por la imposibilidad en que habrán de hallarse los falladores para precisar cuándo existe ese estado de grave anomalía, diversa naturalmente de la enajenación mental de que se habla al principio del mismo artículo (pág. 142, obra citada).

En realidad no carece de fundamento la crítica, aún cuando la confusión la despeje la medicina legal, porque en la grave **anomalía psíquica** —dice el Dr. Guillermo Uribe Cualla— en su obra "Medicina Legal y Psiquiatría Forense", pág. 394— se comprenden muchas psicosis y muchas perturbaciones mentales que están muy lejos de ser "verdaderas locuras o demencias".

El nuevo Código Penal no habla de locos ni de dementes, y ello parece más acorde con la moderna terminología médico-forense. Porque el sustantivo **loco** no es tolerado actualmente por la ciencia psiquiátrica, y el calificativo **demente** (mente captus) que traduce un estado de mentecatez, tiene en psiquiatría un significado mucho más reducido que el que le dan los Códigos Penales (clasificación de los enfermedades mentales en orden a las necesidades médico-legales. Segundo Congreso Latinoamericano de Criminalogía. Tomo 2º, pág. 109).

Pero en donde la duda ofrece más resistencia para ser disipada es en la cuestión relativa a la aparente redundancia, o sea, el incluír al enajenado mental y al normal psíquico dentro de un mismo cuadro patológico. Porque —y esta es una consideración que surge a simple vista —si la **psique** es el alma, la mente o el espíritu, según el punto de vista filosófico del intérprete, es claro que al encontrarse perturbada esa potencia directora de las acciones humanas, el sujeto que la padece no es normal, como no lo es el enajenado mental.

De esta palabra **(psique)** arrancan etimológicamente todas las denominaciones conocidas para designar las diversas alteraciones de la mente (psi-

copatía). Ejemplos: Psicoparesis (debilidad mental); psiconosema (desorden mental); psiconeurosis (trastorno nervioso de origen mental); psiquinosis (enfermedad nerviosa funcional), etc.

Sin embargo, el mismo hecho de no ser correspondientes en medicina legal las expresiones **enajenación mental y anomalía psíquica,** está indicando la necesidad de no dejar por fuera el caso del afectado de esta última. Porque si en el examen pericial del delincuente advierten los peritos que no es un enajenado mental, pero que sí sufre de una grave anomalía psíquica, una psiconeurosis, v. gr., al no existir en el Código incluída esa categoría (anomalía psíquica), el procesado tendría que ser sometido a un género de represión que no se compadece con el estado de sus facultades mentales, y la justicia no cumpliría sus altos fines. Más bien que cumplirlos estaría quebrantando el principio de la individualización, que es canon de la ciencia penal moderna.

No está ahí, es necesario advertirlo, el aspecto sustancial del problema que ha planteado la demanda, sino en saber estas dos cosas: si cuando la anomalía es transitoria y cuando además ella proviene de la embriaguez, queda el delincuente cobijado con la disposición del artículo 29.

Sobre el primer punto es preciso observar que la ley guardó silencio, es decir, que no distinguió, y esto es ya suficiente para que sea permitido interpretar el artículo en forma amplia, que no es lo mismo que extensiva, ni entrar tampoco en distinciones, porque si la ley no las hizo el juzgador no debe hacerlas.

Además, muy pocas serán las anomalías psíquicas permanentes. Para la ley ellas no lo son, puesto que prescribe medidas temporales, confiando en su eficacia. De manera que esta primera dificultad desaparece; y porque se afirme que la enajenación mental o la anomalía psíquica de un determinado infractor es de carácter transitorio, no deja de ser esa persona ni un enajenado ni un anómalo para la ley, que atiende al punto de partida de su quebrantamiento, es decir, a la condición del sujeto al tiempo de cometer el delito.

El segundo punto, o sea, que la anomalía psíquica provenga de excesos etílicos, como quien dice de una embriaguez en su estado agudo, el señor Procurador Delegado en lo Penal, lo ha tratado con indiscutible acierto.

Es verdad que parece que el artículo 29 al hablar de "grave anomalía psíquica" después de haber mencionado la intoxicación crónica produci por éste, sobre todo si se recuerda que la embri guez voluntaria, cuando el agente no haya podi prever sus consecuencias delictuosas figura ap nas como una circunstancia de menor peligrosid en el Código Penal Colombiano y en muchos otr no obstante la acre censura de Ferri, quien la c lifica de "escandalosa atenuante".

¿Pero qué va a hacer el Juez con un veredic que al tiempo que afirma que el procesado pad cía de grave anomalía psíquica, añade que el fue producida por la embriaguez? ¿Aplicar —c mo lo dijo el señor Procurador— sólo una par de ese veredicto y rechazar la otra?

No se le escapa a la Sala el triple peligro de e ta solución. Por una parte se desvertebraría el v redicto, perdiendo así su natural armonía y co catenación; por la otra, se pondría en pugna sentencia con la determinación del jurado; y nalmente, por defender una tesis que descansa muy buena lógica, pero cuyos fundamentos ju dicos no son inconmovibles, se podría cometer u injusticia de consecuencias mucho más graves q las que resultarían de conceder que el Jurado e tendió una prueba técnica del proceso (la pe cial) en su sentido más llano y claro.

Si estuviera averiguado que la embriaguez ningún caso perturba las facultades mentales, se habría presentado este problema. Pero otra la realidad. Se sabe que el alcohol obra en m diferente grado en los individuos que lo ingier según las taras que en ellos existan, y que, a cuando excepcionalmente, bien por la calidad licor o por la constitución orgánica de quien liba, produce trastornos tan graves que convi ten al ebrio en un verdadero enajenado mental lo enmarcan en esa vasta zona de los estados an males cuya sinomimia es ciertamente muy nut rosa: locura moral (Pritchard, Kraff Ebing, Lo broso); insania moral (Pritchard); debilidad n ral, imbecilidad moral (Despine); daltonismo n ral, perversidad moral, perversiones instinti (Dupré); delirio de actos, invalidez moral (M ret); inmoralidad constitucional (Tanzi); per nalidad perversa (Delmas); idiotismo moral (Gr mann); locura afectiva (Maudesley); monoma instintiva (Georget); delincuencia nata (Lomb so).

Y no hay que olvidar que en el proceso a lantado en el homicidio de Leonardo Gualte se tuvo siempre al autor Víctor Manuel Benavi como un enfermo o sujeto no normal; y que en

uto de proceder quedó registrada esa conducta. e manera que al finalizar con una sentencia (la e segunda instancia) en que se le imponen al nfractor medidas de seguridad, no hizo el falla- or otra cosa que ceñir esa decisión de derecho al eredicto del jurado, el que, a su vez, se apoya n una prueba pericial no rebatida.

Todo lo cual quiere decir que el señor Procu- ador Delegado en lo Penal procedió acertada- ente al no prohijar los argumentos consignados n la demanda del Fiscal 3º del Tribunal Supe- or de Bogotá.

Demanda de la Procuraduría

Alega el Jefe del Ministerio Público que el Tri- unal aplicó mal la ley al indicar como medida decuada para el reo la reclusión en un manico- nio criminal y la obligación de prestar su trabajo n las obras o empresas públicas que el Gobierno esigne por un período de cinco años".

Es muy atendible la razón que dá el deman- ante para sostener que el manicomio criminal se estina muy especialmente para los enajenados entales, y la Corte así lo ha resuelto en la sen- ncia citada por el señor Procurador, en la cual dice:

"...Por eso, para la más grave como la enaje- ación mental se ha indicado y señalado dentro de receptos científicos el manicomio criminal. Las ras, en cambio, comprenden esa extensa zona de nomalías que en casos concretos y típicos pueden nsiderarse como graves y los cuales son estima- os en algunas leyes como casos de semi-respon- bles, o semilocos, tal como se enuncian por al- nos autores. Es dentro de algunas formas espe- ficas, por la aparente normalidad que revelan s sujetos activos de infracciones penales, en las ales se pueden colocar los sujetos que delinquie- n en evidente estado de anomalía psíquica o de cura transitoria y que recobraba su conciencia y plenitud de sus poderes intelectuales, ni alcan- n el grado de enajenados ni tampoco el de anor- ales...".

"Parece suceder que en previsión de estos casos de anomalía psíquica de carácter transitorio el legislador haya creado también teóricamente las llamadas Colonias Agrícolas Especiales..."

Pero la circunstancia de que en la Colonia Agrícola el internado en ella deba trabajar, no es razón valedera para suprimir de la sentencia la sanción de cinco años de trabajo en empresas y obras públicas. También los recluídos en los manicomios criminales deben trabajar. Mas el hecho es que ese trabajo no se cumple en tales establecimientos, y es precisamente el mantener ocupados a los que han delinquido la medida más eficaz, quizá la única eficaz, para alejarlos de la posibilidad de reincidir y para readaptarlos, pues el ocio está reconocido como fuente inagotable de delincuentes.

La Sala invalidará, por lo tanto, parcialmente la sentencia; o sea, que condenará a Víctor Manuel Benavides Guerrero a ser recluído en una Colonia Agrícola Especial por el término de un año. En lo demás la dejará en firme.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, atendida en parte la demanda de su colaborador Fiscal, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el veintidós de agosto del año próximo pasado en cuanto en ella se dispone recluír en un manicomio criminal por el término mínimo de dos años al procesado **Víctor Manuel Benavides Guerrero;** y en su lugar dispone que este mismo procesado sea recluído en una Colonia Agrícola Especial por el término mínimo de un año. En lo demás deja en firme la sentencia acusada.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

RECURSO DE CASACION POR PERJUICIOS EN MATERIA PENAL

El recurso de casación a que se refiere el artículo 559 del C. de P. P. no se otorga en consideración a la disposición penal violada, sino en atención a la cuantía, monto o valor de la indemnización impuesta en la sentencia. Si este recurso —casación de perjuicios— se concediera en atención a la pena sería inútil su repetición por estar ya consagrada en disposiciones anteriores (arts. 556 y 557). El pensamiento de la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal fue claro y explícito sobre el particular: el recurso se concede por la determinación de los perjuicios y no por la pena.

Cuando se recurre en casación por perjuicios, la Corte no puede examinar problemas referentes a la responsabilidad del delincuente o a la agravación de la pena principal, porque ese tema es propio de la casación por pena privativa de la libertad. De allí que la casación por perjuicios se rige por el procedimiento y causales de la casación civil. Si en casación con base en la indemnización de perjuicios se pudieran examinar puntos que inciden en la responsabilidad o en la agravación de la pena principal, el legislador hubiera consagrado un sistema adecuado para tal fin, pero como expresamente se determinó que las partes en el proceso y especialmente la civil tiene derecho a interponer recurso de casación en lo referente a perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos, lógico es que para tal fin no se tiene en cuenta la cantidad de la pena privativa de la libertad.

La cita de los artículos 556 y 557 a que hace referencia el art. 559 del C. de P. P. no se hizo para vincular la casación por perjuicios a la pena principal, sino para determinar la clase de sentencias que están sujetas a este recurso o sea las sentencias de segunda instancia qué dictan los Tribunales en causas de que hayan conocido los Jueces Superiores o de Circuito y en donde la pena impuesta por perjuicios sea o exceda de tres mil pesos.

La Sala afirma su competencia para con
cer en casación por perjuicios, siempre
cuando que esa acción sea una consecuenc
directa de la responsabilidad de un delito
culpa penal, y la acción privada por perju
cios, se haya ventilado dentro del proce
penal. Cuando la acción por perjuicios pr
venientes de una infracción de la ley pen
se ventila por separado, la Corte —Sala P
nal— no tiene competencia para conocer d
negocio —en casación— porque no puede i
vadir una órbita ajena a su ramo que el l
gislador le atribuyó expresamente a una S
la distinta.

La competencia que le otorga la ley a
—Sala Penal— en lo referente a perjuicios
cuando esta acción se ejercita en el proce
penal, y su fundamento lo deriva del cará
ter de ACCION PUBLICA que el legislad
le atribuyó a la acción de perjuicios. Tan
el Código Penal como el de Procedimien
le dieron a esta acción un doble carácter
pública o privada; en este caso, la acción
vil aunque de carácter privado está reforz
da por una razón de carácter público de
vada de la naturaleza especial del delito q
sirve de fundamento al daño privado.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación P
nal— Bogotá, cuatro de julio de mil novecie
tos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M

Vistos:

Por sentencia de nueve de marzo de mil nov
cientos cuarenta y cinco, el Juzgado 5º Penal c
Circuito, absolvió al doctor José María Sarmier
de los cargos que se le imputaron en el auto
proceder.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de B
gotá, al revisar la sentencia del Juzgado revo
el fallo absolutorio, y en su lugar condenó al pr
cesado como responsable de un delito de lesion
personales —culposas— a la pena principal

seis meses de prisión, multa de cincuenta pesos a favor del Tesoro Nacional, y pago de perjuicios estimados en la cantidad de catorce mil setecientos setenta y cinco pesos ($ 14.775) y otorgó al sentenciado la gracia de la condena condicional.

Recurso de casación

En memorial de 12 de diciembre de 1946 el doctor José María Sarmiento, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, petición que fue negada por estas razones:

a) Porque el delito a que se refiere la causa (lesiones personales culposas) de acuerdo con las normas penales aplicadas en el fallo respectivo, sólo tiene como sanción máxima la de tres años de prisión, es decir, la pena privativa de la libertad personal en su máximo no es ni excede de cinco años, y

b) Porque no basta que en la sentencia se condene a pagar perjuicios por la suma de catorce mil setecientos setenta y cinco pesos, sino que también es necesario que el delito esté reprimido con una pena cuyo máximo sea o exceda de cinco años. Sólo cuando se unen estas dos circunstancias es procedente el recurso.

Reposición

De esa providencia oportunamente se pidió reposición, la cual fue negada, por auto de catorce de mayo por estos motivos.

"Como el hecho criminoso porque se juzgó al acusado, es de carácter culposo, para determinar la sanción máxima que pudiera aplicársele, se tomó el máximo fijado por el inciso segundo del artículo 374 del Código Penal, que es el de seis años de presidio, disminuída de la mitad, que según el citado artículo 7º de la Ley 164, es la pena máxima imponible para tal delito, siendo esa pena máxima la de tres años de presidio, que se aplica en prisión de conformidad con la norma antes mencionada".

En relación al recurso de casación por perjuicios expresó: que éste se concede cuando el delito tiene una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años y a la vez el monto de la indemnización sea o exceda de tres mil pesos (arts. 557 y 559 del Código de Procedimiento Penal).

Recurso de hecho

La parte agraviada recurrió de hecho, previamente dió cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 513 y 514 del C. J. y en el término legal ante la Corte, fundó el recurso.

Las razones expuestas por el recurrente pueden sintetizarse así:

Las disposiciones violadas con el ilícito son dos: el art. 374 inciso 2º del Código Penal, y el art. 7º de la Ley 164 de 1938 que ordena disminuír de tres cuartas partes a la mitad la penalidad prevista en la disposición anterior. Si en la sentencia se estimó que estas normas fueron violadas, para negar el recurso de casación, no se puede tener como infringida, únicamente, una de ellas con prescindencia de la otra, es su valoración conjunta la que fija la base para el recurso.

En la sentencia de segunda instancia dictada por los Tribunales en las causas en que hayan conocido los Jueces Superiores o de Circuito, el recurso de casación por perjuicios se concede cuando la cuantía es o excede de tres mil pesos sin consideración a la pena que merezca el delito.

Parte civil

El apoderado de la parte civil impugna la tesis del defensor, porque el Tribunal, no condenó a Sarmiento por el delito previsto en el art. 374 inciso 2º del Código Penal, sino por el art. 7º de la Ley 164 de 1938 que reprime las lesiones personales culposas, como este fue el cargo que se formuló al procesado en el auto de proceder "no puede existir la menor duda, ni cabe siquiera plantear discusión sobre el hecho incuestionable de que jamás se ha tratado aquí de un delito que merezca cinco años o más de pena privativa de la libertad".

Dice que no es susceptible la casación por perjuicios, porque este recurso se concede para las sentencias de segunda instancia, dictadas por los Tribunales en causas cuyo conocimiento haya correspondido a los Jueces Superiores o de Circuito por delitos que tengan una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años y que la condena por perjuicios sea o exceda de tres mil pesos.

En síntesis el apoderado de la parte civil, comparte la tesis del Tribunal.

Se considera:

Es evidente que el cargo formulado al procesado en el auto de proceder fue el de lesiones personales previsto en el Título 5º Capítulo 2º Libro 2º del C. P. pero en la parte motiva se especificaron las condiciones de la imputación y allí se dijo: "Y en el caso presente esto último fue lo que sucedió

al sindicado, previó los efectos nocivos de su acto, pero confió imprudentemente en poder evitarlos... El Tribunal encuentra que es legal el procesamiento del sindicado por el delito de lesiones personales culposas".

Esto no quiere decir que la apreciación que hace el juzgador de las circunstancias que especifican el delito, no puedan cambiar en el juicio y que, necesariamente el fallador tenga que ceñirse estrictamente a los cargos formulados en el auto de proceder. De ser cierta la afirmación el término probatorio del juicio no tendría ninguna importancia para las partes que en él intervienen. En el curso del juicio pueden allegarse elementos probatorios que modifiquen la naturaleza específica del delito, y de esta manera, lo que se especificó como un delito intencional, puede en virtud de las pruebas, adquirir el carácter de culposo o viceversa.

Lo inmodificable del auto de proceder no es la parte motiva sino la resolutiva "...es por eso por lo que el art. 413 del C. de P. P. —ha dicho la Corte— ordena hacer el llamamiento a juicio en dos formas: en la parte motiva debe hacerse la calificación **genérica** del hecho que se imputa al procesado con las circunstancias conocidas que lo especifiquen" mientras que en la parte resolutiva debe hacerse la calificación únicamente **genérica,** pero sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca. Por otra parte dá el artículo citado una pauta muy clara para distinguir el género de la especie de los delitos, diciendo que la denominación que le dá el Código Penal al delito en el respectivo Capítulo o en el correspondiente Título cuando éste no se divida en capítulos es el género. Por ejemplo, homicidio, lesiones personales, robo, estafa. De manera que las clases de hechos distintos indicados en los artículos del respectivo capítulo o título, según el caso constituyen las especies".

El hecho por el cual fue condenado el doctor Sarmiento, es un delito de lesiones personales (culposas) sancionado por el art. 7º de la Ley 164 de 1938. No es como lo afirma el recurrente en el memorial de reposición —ante el Tribunal— un delito específicamente sancionado por el art. 374 inciso 2º del Código Penal (lesiones intencionales).

Las infracciones de la ley penal previstas en estas disposiciones son sustancialmente distintas; la primera, configura un hecho integrado por elementos propios que lo tipifican como un delito **per se.** La culpa negación del dolo caracteriza al delito culposo como figura autónoma delictual; la segunda, tipifica un delito intencional para cuya existencia es indispensable la concurrencia del dolo. De esta distinción depende el que las penas en su duración y calidad sean diferentes, y que las sanciones de los primeros no sean las mismas que la de los segundos.

En este caso las lesiones no están sancionadas por la disposición del art. 374 del Código Penal, inciso 2º sino por el art. 7º de la Ley 164 de 1938 que es el que reprime las lesiones personales por culpa. La simple referencia que en el fallo se hace a la disposición del Código Penal no implica vinculación de la pena señalada a la culpa con la del delito intencional; se hace únicamente para buscar, dentro de las diversas modalidades que pueden presentar las lesiones, la pena imponible de conformidad con la disposición especial que sanciona la culpa, porque ésta no es una circunstancia modificadora de la responsabilidad sino un elemento que configura un ilícito especial.

La cita de las dos disposiciones no es argumento valedero para sostener que la disposición que contempla la pena privativa de la libertad es la del Código Penal (art. 374 inciso 2º) y no la de la Ley 164 (art. 7º) porque establecida la diferencia en las dos entidades delictuales no se puede tomar como disposición violada la que ocasiona el delito intencional sino la que verdaderamente reprime el delito de lesiones culposas y como esa pena en su máximo no es ni excede de cinco años el recurso de casación por la gravedad de la pena no es procedente.

Casación por perjuicios

Dice el art. 559 del C. de P. P. que el Agente del Ministerio Público, el procesado y la parte civil pueden interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias a que se refieren los arts. 556 y 557 en lo **referente** a indemnización de perjuicios cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos.

El recurso de casación a que se refiere el artículo anterior, no se otorga en consideración a la disposición penal que se supone violada, sino en atención a la cuantía, monto o valor de la indemnización impuesta en la sentencia. Si este recurso —casación por perjuicios— se concediera en atención a la pena sería inútil su repetición por estar ya consagrado en disposiciones anteriores (arts

556 y 557). El pensamiento de la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal fue claro y explícito sobre el particular: el recurso se concede por la determinación de los perjuicios y no por la pena.

Cuando se recurre en casación por perjuicios, la Corte no puede examinar problemas referentes a la responsabilidad del delincuente o a la agravación de la pena principal, porque este tema es propio de la casación por pena privativa de la libertad. De allí que la casación por perjuicios se rige por el procedimiento y causales de la casación civil. Si en casación con base en la indemnización de perjuicios se pudieran examinar puntos que inciden en la responsabilidad o en la agravación de la pena principal, el legislador hubiera consagrado un sistema adecuado para tal fin, pero como expresamente se determinó que las partes en el proceso y especialmente la civil tiene derecho a interponer recurso de casación en lo **referente a la indemnización de perjuicios,** cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos, lógico es que para tal fin no se tiene en cuenta la cantidad de la pena privativa de la libertad.

La cita de los artículos 556 y 557 a que hace referencia el art. 559 del C. de P. P. no se hizo para vincular la casación por perjuicios a la pena principal, sino para determinar la clase de sentencias que están sujetas a este recurso o sea las sentencias de segunda instancia que dictan los Tribunales en causas de que hayan conocido los Jueces Superiores o de Circuito y en donde la pena impuesta por perjuicios sea o exceda de tres mil pesos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, concede al doctor José María Sarmiento el recurso de casación interpuesto por él y su defensor contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis que lo condenó por el delito de lesiones personales culposas en cuanto hace referencia a los perjuicios y niega el recurso en relación con la pena privativa de la libertad.

Pídase al Tribunal Superior de Bogotá la remisión del expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

NO SE REPONE EL AUTO RECLAMADO

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—Bogotá, tres de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M).

Vistos:

El apoderado de la parte civil en memorial de julio 15 del presente año, pide se reconsidere la parte resolutiva del auto de dos de julio, por el cual la Corte concede recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 27 de noviembre de 1946 que condena al doctor José María Sarmiento por el delito de lesiones personales (culposas) a la pena principal de seis (6) meses de prisión, y entre otras, a pagar en calidad de perjuicios la suma de **catorce mil setecientos setenta y cinco pesos ($ 14.775)** que es la parte, precisamente, objeto del recurso y que en ello se ha concedido.

Reposición

Las razones para pedir la reposición del auto proferido por la Sala, se fundan en la interpretación que se dá al art. 559 del Código de Procedimiento Penal, del cual deduce el peticionario tres condiciones como indispensables para conceder o negar el recurso de casación, razones que se sintetizan así:

a) Que se trate de una sentencia condenatoria.

b) Que la cuantía de los perjuicios sea o exceda de tres mil pesos, y

c) Que el delito tenga señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años (art. 557).

"...el auto de la H. Corte —dice el apoderado— reduce estas tres condiciones a dos, a saber: primera, que se trate de sentencia condenatoria; segunda, que la cuantía de los perjuicios sea de tres mil pesos o más. Y con esto es con lo que, modestamente, me encuentro en total desacuerdo. ¿Por qué se le suprime esa frase al artículo? ¿Por qué ha de considerarse no escrita una condición o requisito tan claro? Con más veras, si se considera, como debe considerarse, que la casación, por expresa definición del legislador, es recurso **extraordinario,** vale decir, que es preciso para concederlo que se cumpla a cabalidad y sin lugar a duda todos y cada uno de los requisitos que el mismo legislador estableció".

"Lo esencial, aquí, es que la H. Corte dá por suprimida una frase del artículo, una frase muy clara y enfática. Esta: "en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557". Puede la H. Corte suprimirla, o darla por no escrita?

"Y lo accidental, que resulta no menos importante, es que el legislador fue sumamente lógico al disponerlo así: al disponer que si la sentencia no merece casación penal, si no es susceptible de casación penal, entonces no hay lugar a casación referente a los perjuicios. Que es condición indispensable, para que una sentencia tenga el recurso extraordinario de casación en lo referente a la cuantía de los perjuicios, que esa misma sentencia sea susceptible del recurso de casación por lo que respecta a la materia penal".

Se considera:

¿Puede la Corte conocer de un recurso de casación por perjuicios provenientes de un delito o culpa, sin tener en cuenta la cuantía de la pena?

La Sala afirma su competencia para conocer en casación por perjuicios, siempre y cuando esa acción sea una consecuencia directa de la responsabilidad de un delito o culpa penal, y la acción privada por perjuicios, se haya ventilado dentro del proceso penal. Cuando la acción por perjuicios provenientes de una infracción de la ley penal se ventila por separado, la Corte —Sala Penal— no tiene competencia para conocer del negocio —en casación— porque no puede invadir una órbita ajena a su ramo que el legislador le atribuyó expresamente a una Sala distinta.

La competencia que le otorga la ley a la —Sala Penal— en lo referente a perjuicios es cuando esta acción se ejercita en el proceso penal, y su fun-

damento lo deriva del carácter de **acción pública** que el legislador le atribuyó a la acción de perjuicios. Tanto el Código Penal como el de Procedimiento, le dieron a esta acción un doble carácter de pública y privada; en este caso, la acción civil aunque de carácter privado está reforzada por una razón de carácter público derivada de la naturaleza especial del delito que sirve de fundamento al daño privado.

La acción civil cuando se ejercita conjuntamente con la penal, busca una finalidad, la tutela del orden social por medio de la cual permite la ley la reparación de los perjuicios económicos causados por el delito. La sentencia que declara la responsabilidad y como consecuencia de ella impone una sanción, es el presupuesto esencial que sirve de base a la condena civil por perjuicios. Establecido este requisito y reconocido expresamente en la sentencia, la acción por perjuicios mantiene su carácter de acción pública para los efectos del recurso de casación, aunque la sentencia por la calidad de la pena no sea susceptible del mismo recurso.

"La cita de los artículos 556 y 557 a que hace referencia el art. 559 del C. de P. P. —expresó la Sala— no se hizo para vincular la casación por perjuicios a la pena principal, sino para determinar la clase de sentencias que están sujetas a este recurso o sea las sentencias de segunda instancia que dictan los Tribunales en causas de que hayan conocido los Jueces Superiores o de Circuito y en donde la pena impuesta por perjuicios sea o exceda de tres mil pesos".

Si el pensamiento del legislador hubiera sido el de sujetar la sanción por perjuicios a la pena, expresamente, lo hubiera establecido al final del art. 559 diciendo "cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos" y el delito tenga una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

¿Pero se puede argüir que no era necesaria esta adición por estar consagrada en una disposición anterior? No, porque la disposición del artículo 557 que contiene la expresión que dice el memorialista suprimió la Sala, rige el recurso de casación en cuanto a la pena, y la disposición del art. 559 regula especialmente la casación por perjuicios en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito y Superiores.

Hay además una observación que aclara el punto que se está debatiendo: consiste ella en que el interesado en la reposición ha citado en forma trunca el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal. Porque esta disposición se refiere no solo al artículo 557 (ibidem), es decir, a procesos penales que hayan sido fallados en primera instancia por Jueces de Circuito cuando los delitos correspondientes tengan señalada en la ley una sanción privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años, sino también al artículo 556, o sea, a aquellos procesos de conocimiento de los Jueces Superiores **cualquiera que sea la sanción para los delitos de esa competencia.** Y de paso se advierte que hay varios (arts. 367, 370, 323, 325, 349, etc.) cuya sanción de la calidad de que se está hablando no alcanza a cinco años.

Por consiguiente si el artículo 559 no dijera sino lo que el apoderado pretende que es su texto total, para que un proceso fallado en primera instancia por un Juez Superior fuera susceptible del recurso de casación, tendría que estar sujeto a las condiciones que como bases fundamentales se han citado en el memorial a que esta Sala se está refiriendo: cinco años como mínimo de sanción privativa de la libertad, más de tres mil pesos por perjuicios y ser condenatoria la sentencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO REPONE el auto de fecha dos de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

DESISTIMIENTO

"El desistimiento de un recurso— ha dicho la Corte— puede llevarse a efecto en cualquier estado del juicio, y para que sea procedente debe reunir los requisitos legales. Cuando la solicitud se hace por intermedio de apoderado o defensor, estos mandatarios deben tener autorización especial para ello, porque de lo contrario, su petición no produce ningún efecto por prohibición expresa de la ley. Pero si el desistimiento se hace por una de las partes interesadas en los resultados o consecuencias del juicio o proceso, la entidad ante quien se haga la petición debe decretarlo".

"El desistimiento del recurso para que la Corte se abstenga de revisar o estudiar la sentencia que por medio de dicho recurso se trata de impugnar, necesariamente, implica abandono o renuncia del derecho que la ley otorga en beneficio exclusivo de las partes interesadas. Si el procesado —parte en el proceso penal—, a quien afecta de manera directa el resultado favorable o desfavorable del recurso, es la persona que desiste, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad o poder para desistir del recurso de casación y como consecuencia de ello aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual interpuso el recurso".

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, veintidos de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de veintiuno (21) de marzo del corriente año, condenó a **Alfonso Montañez Rojas** a la pena principal de **ocho años de presidio,** como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Marcos Fuentes.

Contra esta sentencia en su debida oportunidad, el procesado interpuso recurso de casación, el cual fue admitido por auto de tres de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

En memorial de julio 11 del presente año se lee:

"Yo, Alfonso Montañez Rojas, sentenciado en segunda instancia por el Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial, a la pena de ocho (8) años de presidio por el supuesto delito de "homicidio", atentamente manifiesto a esa alta entidad, que desisto del recurso de casación que interpuse contra la sentencia mencionada".

Se considera:

"El desistimiento de un recurso —ha dicho la Corte— puede llevarse a efecto en cualquier estado del juicio, y para que sea procedente debe reunir los requisitos legales. Cuando la solicitud se hace por intermedio de apoderado o defensor, estos mandatarios deben tener autorización especial para ello, porque de lo contrario, su petición no produce ningún efecto por prohibición expresa de la ley. Pero si el desistimiento se hace por una de las partes interesadas en los resultados o consecuencias del juicio o proceso, la entidad ante quien se haga la petición debe decretarlo".

"El desistimiento del recurso para que la Corte se abstenga de revisar o estudiar la sentencia que por medio de dicho recurso se trata de impugnar, necesariamente, implica abandono o renuncia del derecho que la ley otorga en beneficio exclusivo de las partes interesadas. Si el procesado —parte en el proceso penal—, a quien afecta de manera directa el resultado favorable o desfavorable del recurso, es la persona que desiste, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad o poder para desistir del recurso de casación y como consecuencia de ello aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual interpuso el recurso".

"Si el memorial de desistimiento llena formalidades legales, el funcionario o entidad que tiene jurisdicción para revisar la providencia contra la cual se ha interpuesto el recurso, es el competente para resolver sobre la solicitud del desistimiento".

Como la petición de Alfonso Montañez Rojas reúne los requisitos exigidos por la ley, debe decretarse lo pedido.

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:

Resuelve:

Admitir el desistimiento del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y siete dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se condena a **Alfonso Montañez Rojas** a la pena principal de **ocho años de presidio** como responsable del delito de homicidio.

2º Declárase ejecutoriada la sentencia a que hase referencia el punto anterior, por causa del desistimiento del recurso de casación interpuesto contra dicha providencia, y

3º Condénase en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüllo R., Srio.

APRECIACION DE LA RIÑA EN EL PROCESO PENAL.—EL PARENTESCO

La riña 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 son 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 se calla lo concerniente a la imprevisión, elemento esencial que la califica, para catalogar el hecho en la disposición del artículo 384 del Código Penal, es porque el Jurado 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 substancial 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 Jurado debe pronunciarse sobre ellas en los términos consagrados por la misma ley. No se peca de formulismo cuando se inquiere por los motivos que el delincuente 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 difícil para los jueces de conciencia afirmar —en cada caso concreto— si la riña se suscitó de un modo imprevisto, o si por otra parte, la imprevisión es factor que influye en la individualización de la correspondiente sanción.

El parentesto de que habla la ley penal para computarlo como circunstancia de mayor peligrosidad no es el parentesco espiritual o eclesiástico, sino el parentesco de consanguinidad legítimo o ilegítimo, o de afinidad legítima o ilegítima o el parentesco civil que resulta de la adopción. Los vínculos de sangre que pueden existir entre el delincuente y el ofendido, las consideraciones especiales que esas relaciones imponen, el respeto de esos lazos familiares, y los sentimientos afectivos que nacen en virtud de ese parentesco, es lo que la ley tiene en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad.

El simple parentesco espiritual derivado de los sacramentos, si bien es verdad que en ciertos casos crea determinadas obligaciones, en la generalidad de ellos no producen relaciones de afecto, de obediencia o respeto tan fuertes y duraderas para que el legislador las tuviera en cuenta como circunstancias de mayor peligrosidad. Cuando los vínculos de sangre se vulneran por la persona ligada a ellos mediante lazos afectivos, permanentes y sentimentales, el quebrantamiento de esos deberes morales y sociales es demostrativo de peligrosidad.

El reconocimiento que del parentesco espiritual haga el agente activo del delito no es motivo suficiente para agravar la pena, cuando por otra parte, en el proceso no existe prueba suficiente que lleve al ánimo del juzgador la convicción de que por causa de ese parentesco espiritual surgieron o se crearon relaciones sociales o deberes especiales de aquellos que la ley tiene en cuenta para computarla como circunstancia de mayor peligrosidad.

Pero si la manifestación que hace el delincuente se respalda en elementos probatorios que demuestren que por virtud de ese parentesco surgieron deberes especiales y relaciones sociales que traen por consecuencia natural un trato íntimo, confidencial, de respeto y cariño, hasta el punto de que los

demás los consideran como miembros de una misma familia, la violación de esos sentimientos y el quebrantamiento de esas relaciones afectivas es lo que la ley considera como circunstancia de mayor peligrosidad.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, veintidos de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Juzgado Tercero Superior en sentencia de mayo diez y ocho (18) de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) condenó a **Manuel Antonio Almonacid,** a la pena de seis años de presidio como responsable de un delito de homicidio cometido en la persona de Isaías Roldán.

De la anterior providencia el defensor del procesado interpuso recurso de apelación y el Tribunal al revisar la sentencia la reformó en el sentido de condenar al reo a la pena principal de nueve años de presidio.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación, y en su debida oportunidad se formuló, la correspondiente demanda de casación que se pasa a estudiar.

Demanda

El apoderado del procesado invoca como causal de casación la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Estima el recurrente como violadas las disposiciones de los arts. 362, 39 y 384 del Código Penal y las alegaciones hechas en orden a demostrar el quebrantamiento de estos preceptos sustantivos, las plantea en cuatro cuestiones que pueden sintetizarse así:

Cuestión primera

En la sentencia de mayo 18 de 1945 el Juzgado condenó a Antonio Almonacid a la pena de seis años de presidio, fallo que se dictó de acuerdo con el veredicto del Jurado. En la fijación de la pena se tuvieron en cuenta las condiciones de mayor y menor peligrosidad del procesado "destacando entre las de menor peligrosidad la de haber ocurrido el hecho en riña imprevista para el procesado".

Cuestión segunda

Dice el recurrente que el Tribunal apreció como circunstancia de mayor peligrosidad, para hacer un aumento de pena, los deberes especiales que imponen las relaciones de parentesco entre la víctima y el victimario, y "no se vé cómo el Tribunal tomó en cuenta esta circunstancia para apreciarla, cuando no existe ni obra en autos una prueba legalmente constituída".

Pero que aun en el caso de aceptar esa relación de parentesco, es necesario saber dónde puede influír ese vínculo religioso, entre las personas que se encuentran unidas por dicho parentesco "no tomándose única y exclusivamente como índice para apreciar las circunstancias de mayor peligrosidad la materialidad de ese vínculo sino de manera principal, el elemento moral y psicológico que obliga a un hombre a sentir, a pensar, a obrar en tal o cual forma". Elemento subjetivo que en este caso no está determinado.

Cuestión tercera

Que el Tribunal para aumentar la pena de nueve años de presidio, prescindió de las circunstancias que le dan una modalidad especial al delito al no aceptar que las lesiones que determinaron la muerte de Roldán fueron ocasionadas en riña imprevista para el agresor.

Respalda esta afirmación en la sentencia del Juzgado, que reconoce la riña declarada por el Jurado; cuyo veredicto responde a la realidad de los hechos pues en el proceso no se ha demostrado que el delito se hubiera cometido en circunstancias distintas de aquella. Si los testigos no han precisado quién fue el que primero atacó, la modalidad de la riña debe favorecer al reo en virtud del principio universal de que toda duda debe resolverse en favor del acusado.

Cuestión cuarta

En este punto plantea un resumen de las alegaciones anteriores, y cita las disposiciones violadas por el Tribunal, ora porque tuvo en cuenta

como circunstancia de mayor peligrosidad un parentesco que no está probado, para aumentar un año al mínimo de la pena, ya también porque "el hecho por el cual se llamó a Almonacid a responder en juicio, ocurrió en riña imprevista para éste, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 384 del Código Penal" y como conclusión de lo anterior, dice:

"Los ocho años que podrían corresponderle como pena al procesado deben reducirse a la mitad dada la circunstancia de la riña".

Se considera:

En el auto que calificó el mérito del sumario se llamó a responder en juicio al procesado por un delito de homicidio simplemente intencional, sin que en dicha providencia se determinara la existencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad, pues en ella se afirma que el delincuente "de manera sorpresiva y cuando menos lo esperaba atacó" al ofendido, y la imputación que hizo el Juzgado fue confirmada por el Tribunal en estos términos:

"Está bien que se haya considerado la actividad antisocial del mentado Almonacid como homicidio simplemente voluntario, pues no hay circunstancia de que este individuo hubiere sido provocado o injuriado por el ofendido y, en cambio, sí aparece que aquél guardaba rencor contra su padrino".

La situación planteada por los juzgadores de instancia en relación con los cargos imputados al procesado no fue modificada durante el término probatorio del juicio, ésta la razón para que se sometiera a la consideración del Jurado el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Manuel Antonio Almonacid es responsable de haber causado a Isaías Roldán heridas con instrumento cortante y punzante que le produjeron una peritonitis y que fueron causa única y determinante de su muerte, hecho ocurrido en las primeras horas de la noche del ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y tres en un camino de la vereda de "Quibita Arriba" jurisdicción municipal de Manta y de la comprensión de este Distrito Judicial?".

La respuesta de los jueces de conciencia fue dada en estos términos:

"Sí, pero en riña y bajo la influencia del alcohol".

El Juzgado interpretó el veredicto, en la parte que se refiere a la **riña**, como una circunstancia modificadora de la responsabilidad, y en la sentencia se hizo la correspondiente atenuación de la pena, pero el Tribunal rechazó la modalidad y consideró el hecho como un delito simplemente intencional, porque el Jurado no reconoció de manera expresa esta circunstancia.

Riña imprevista

La riña 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 se calla lo concerniente a la imprevisión, elemento esencial que la califica, para catalogar el hecho en la disposición del artículo 384 del Código Penal, es porque el Jurado 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 substancial 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 misma ley. No se peca de formulismo cuando se inquiere por los motivos que el delincuente 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 difícil para los jueces de conciencia afirmar —en cada caso concreto— si la riña se suscitó de un modo imprevisto, si por otra parte, la imprevisión es factor que influye en la individualización de la correspondiente sanción.

"La imprevisibilidad de la riña es lo que da al homicidio o a las lesiones que a consecuencia de ésta se produzcan, el carácter de circunstancias modificadoras, con las consecuencias prácticas con-

siguientes, como son la disminución excepcional de la pena en los términos previstos por el artículo 384 del Código Penal y, precisamente, la posibilidad de excarcelación para el sindicado que pruebe haber actuado dentro de los límites de esta especie atenuada de homicidio o de lesiones personales según el caso".

"Tratándose, por consiguiente, de una circunstancia modificadora es al Jurado en su caso a quien corresponde responder y apreciar este aspecto de la cuestión del hecho delictuoso; en cuanto se refiere a la responsabilidad conforme a nuestra legislación, tiene por Juez único al Jurado quien afirma o niega su existencia". (Casación de Carlos José Espinal. — Sentencia de 28 de marzo de 1947).

Aunque la causal alegada debería ser la tercera, desacuerdo de la sentencia con el veredicto, sin embargo para evitar dudas, sobre la interpretación de la riña imprevista, se estudiaron los motivos de la cuestión en que el recurrente plantea este tema.

Circunstancias de mayor peligrosidad

El artículo 37 del Código Penal en su numeral 4º establece como circunstancias de mayor peligrosidad el de las relaciones especiales creadas entre el delincuente y el ofendido provenientes del parentesco.

"Como hemos visto —dice el Tribunal— entre el procesado y su víctima existían especiales relaciones sociales o de parentesco espiritual de notoriedad tal, que por sus amigos y relacionados se les consideraba de la misma familia. Los deberes provenientes de esas relaciones fueron bien recordados por Almonacid aún en el mismo momento en que se resolvió a agredir a don Isaías, pero no le sirvieron de freno a su intento criminoso, indicando así la mayor peligrosidad contemplada en el numeral 4º del artículo 37 del C. P.".

El parentesco de que habla la ley penal para computarlo como circunstancia de mayor peligrosidad no es el parentesco espiritual o eclesiástico, sino el parentesco de consanguinidad legítimo o ilegítimo, o de afinidad legítima o ilegítima o el parentesco civil que resulta de la adopción. Los vínculos de sangre que pueden existir entre el delincuente y el ofendido, las consideraciones especiales que esas relaciones imponen, el respeto de esos lazos familiares, y los sentimientos afectivos que nacen en virtud de ese parentesco, es lo que la ley tiene en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad.

El simple parentesco espiritual derivado de los sacramentos, si bien es verdad que en ciertos casos crean determinadas obligaciones, en la generalidad de ellos no producen relaciones de afecto, de obediencia o respeto tan fuertes y duraderos para que el legislador los tuviera en cuenta como circunstancias de mayor peligrosidad. Cuando los vínculos de sangre se vulneran por la persona ligada a ellos mediante lazos afectivos, permanentes y sentimentales, el quebrantamiento de esos deberes morales y sociales es demostrativo de peligrosidad.

El reconocimiento que del parentesco espiritual haga el agente activo del delito no es motivo suficiente para agravar la pena, cuando por otra parte, en el proceso no existe prueba suficiente que lleve al ánimo del juzgador la convicción de que por causa de ese parentesco espiritual surgieron o se crearon relaciones sociales o deberes especiales de aquellos que la ley tiene en cuenta para computarla como circunstancia de mayor peligrosidad.

Pero si la manifestación que hace el delincuente se respalda en elementos probatorios que demuestren que por virtud de ese parentesco surgieron deberes especiales y relaciones sociales que traen por consecuencia natural un trato íntimo, confidencial, de respeto y cariño, hasta el punto de que los demás los consideren como miembros de una misma familia, la violación de esos sentimientos y el quebrantamiento de esas relaciones afectivas es lo que la ley considera como circunstancia de mayor peligrosidad.

"... en el presente caso, —dice la Procuraduría— el mismo procesado se encargó de confesar el cariño que él le profesaba a su padrino, y, consiguientemente, los especiales deberes que ello le imponía para respetar la vida de él".

En la indagatoria dice así Almonacid:

"...yo no le tiré a mi padrino, ni supe quién sería, porque es un padrino que he querido toda la vida, ni hubo disgusto antes entre los dos". (Fs. 6, cuaderno primero).

Y en la audiencia expresó:

"Nunca tuvimos disgusto alguno, pues yo le quería por ser mi padrino". (Fs. 169 del mismo cuaderno).

La afirmación que hace el colaborador se respalda en las declaraciones de Francisco Mahecha (fjs. 14), Alfredo y Tobías Gómez (fjs. 15 y 18) y

Melquisedec Guerrero (fjs. 19). Los testigos están acordes en sostener que entre Manuel Antonio Almonacid e Isaías Roldán, existían relaciones cordiales, que se profesaban cariño y se trataban íntimamente y que eran considerados como miembros de familia, es decir, existía en el medio en que actuaban los protagonistas de la tragedia una categoría de relaciones superiores a aquellas que se derivan de la simple amistad.

Y es que en esta clase de delitos actúa con mayor intensidad el principio de que al reo hay que juzgarlo con un criterio esencialmente subjetivo proveniente de la gravedad de la infracción y de los sentimientos antisociales del delincuente y cuando ese cúmulo de ideas, de deberes y de afectos, factores integrantes de la personalidad se rompe por la comisión de un delito, el hecho es síntoma revelador de peligrosidad criminal respecto de la persona que lo ejecuta.

En consecuencia la causal alegada por este motivo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador, de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha dos de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, que condenó a **Manuel Antonio Almonacid** a la pena principal de **nueve años** de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable de la muerte de Isaías Roldán.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

DELITOS DE RESPONSABILIDAD

Los delitos oficiales o de responsabilidad son los que se cometen por los funcionarios públicos, por razón o por motivo de funciones inherentes al cargo que desempeñan, en tanto que, los delitos comunes son los que se realizan sin tener en cuenta —para nada— la calidad de empleado o las atribuciones de las cuales se halla investido; en estos casos, el delito se configura por la simple violación de la norma legal, en tanto que, en los otros, la infracción penal se caracteriza por la violación de la ley condicionada a la cabalidad de la persona —empleado público— y al ejercicio de funciones derivadas de dicho cargo.

La consideración abstracta del delito como entidad jurídica independiente del agente activo del mismo, no es lo que configura propiamente el delito de responsabilidad, es la relación y valoración conjunta de esos elementos —delito y persona revestida de funciones públicas— la que en cada caso concreto determina el delito oficial. En tratándose de cargos de responsabilidad la ley penal no puede violarse sino por la persona que ejerce determinadas funciones y a pesar de que la infracción propiamente no esté tipificada en las disposiciones penales que reprimen los delitos de responsabilidad, el hecho cae dentro de esa escala por consideración especial de la persona —funcionario público— que lo ejecuta y a quien la ley lo ha revestido de un fuero especial.

orte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, diecinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En memorial de 5 de septiembre de 1945 dirido al Juez 2º Superior de Barranquilla, la sera Francisca Barros v. de Carbonell y el doctor Santiago Rozo, formularon denuncia criminal contra el doctor Alberto Pumarejo, en ese entonces Gobernador del Departamento del Atlántico; a esa petición acompañaron un ejemplar del periódico "Protesta Liberal" que contiene la carta dirigida por la denunciante al Director de dicho Semanario en el cual se especifican los cargos.

Posteriormente en memorial de 21 de marzo de 1946 dirigido a la Corte, reafirma los cargos expuestos ante el Juzgado y pide se adelante la correspondiente investigación.

Hechos

El 28 de mayo de 1931, en la Notaría 2ª de Barranquilla fue protocolizado el Testamento otorgado por el señor Francisco Carbonell Wilches casado en segundas nupcias con la señora Francisca Barros; en ese documento público en sus cláusulas quinta y séptima, se dispuso de algunos bienes en favor de la demandante.

En el Juzgado 2º del Circuito de Barranquilla se declaró abierto y radicado el juicio de sucesión de Francisco Carbonell W. y Concepción González intestada en cuanto a la segunda y testada en relación con el primero. El juicio finalizó con la partición verificada el 13 de octubre de 1933, aprobada por auto de 17 de octubre del mismo año y en providencia de febrero 18 se declaró ejecutoriada.

Francisca Barros v. de Carbonell no se conformó con la partición y por conducto de su apoderado doctor Rozo presentó demanda de nulidad por lesión enorme en la partición de los bienes de la sucesión por violación de algunas cláusulas testamentarias que favorecían a la esposa del causante Francisco Carbonell Wilches.

En esta demanda expresamente se pidió se diera cumplimiento al artículo 42 de la Ley 57 de 1887 y que se enviara al Registrador de Instrumentos Públicos el aviso correspondiente, con la relación de los bienes citados en la demanda "para que por virtud del mencionado registro, en el Libro de Demandas Civiles, los referidos inmuebles

quedaran fuera del comercio y no puedan ser gravados ni enajenados".

Al final de dicho oficio, según consta en la diligencia de inspección ocular, hay una constancia que dice: "Que dicha inscripción está vigente porque no ha sido cancelada".

Estos hechos dieron lugar para que se imputara al doctor Alberto Pumarejo el cargo de que en su calidad de Gobernador compró para el Departamento por escritura pública número 1277 de fecha 4 de octubre de 1944 un lote de terreno por valor de cuarenta y cinco mil seiscientos sesenta pesos ($ 45.660.00), inmueble que según afirman los denunciantes es el mismo a que se refiere el numeral b) de la demanda de nulidad y que por virtud del registro, dicho bien estaba fuera del comercio, en esta forma y a sabiendas se estafó al Departamento por la suma que figura como precio de venta.

Competencia

El Agente del Ministerio Público en su vista de julio 8 de 1947 dice:

"Planteados así los hechos a que se refiere este sumario, le surge a la Procuraduría una seria duda sobre la naturaleza de la infracción investigada y, por consiguiente, sobre la competencia de la H. Corte para conocer del proceso.

"En efecto, al ex-Gobernador doctor Pumarejo, lo mismo que a los vendedores del lote de terreno comprado por el Departamento, se les ha acusado por estafa, que es un delito común, aunque en él intervenga un funcionario o empleado público. Por otra parte, en ninguna de las disposiciones penales que dan lugar a los llamados juicios de responsabilidad está previsto de manera especial el hecho que se le imputa al procesado.

"De tal suerte que en casos como éstos, la calidad oficial de uno de los que intervienen en la comisión de un delito común no altera la sustancia de éste, y, por lo tanto, esa calidad sólo puede computarse como circunstancia de mayor peligrosidad, al tenor del artículo 37, numeral 15, del Código Penal, y no como factor constitutivo de una infracción que dé lugar a juicio de responsabilidad.

"Sobre el particular es también muy precisa la jurisprudencia de la H. Corte. Merecen destacarse las siguientes doctrinas:

"El nuevo estatuto procedimental se atuvo, par fijar la competencia legal de la Corte, **exclusiva mente a la naturaleza del hecho juzgable.**

"Si se trata de un delito común, el juzgamient del asunto no corresponde a la Corte sino a lo jueces ordinarios aun cuando el sindicado hay ejecutado el hecho siendo magistrado y aun cuan do conserve tal carácter al tiempo en que se le vay a juzgar". (**Gaceta Judicial** números 1996 y 199 pág. 326).

"Si se trata de delitos comunes, el juzgamient no corresponde a la Corte sino a los jueces ordi narios, aun cuando el sindicado haya ejecutado e hecho en ejercicio de una función que le dier competencia a la Corte". (**Gaceta** números 202 2030, 2031, pág. 183).

"El Código de Procedimiento Penal atribuy competencia a la Corte —Sala Penal— para cono cer de las causas que por motivos de responsabi lidad, por infracción de la Constitución o las le yes, o por mal desempeño de funciones, se pro muevan contra los Gobernadores de los Departa mentos, pero esa competencia se refiere **exclus vamente a los delitos de responsabilidad y no los delitos comunes que dichos funcionarios pue dan cometer aunque se hallen investidos de auto ridad proveniente de un cargo público.**

"...El fuero especial de que gozan los Gober nadores **no es para los delitos comunes** sino par los de responsabilidad, y como el hecho imputad (calumnia), en el supuesto de que existiera, ca dentro de la jurisdicción de los primeros la com petencia es de los jueces de Circuito". (Auto d 15 de abril de 1947. Proceso por calumnia contr Pedro Claver Aguirre).

Se considera:

El artículo 194 de la Constitución Nacional de termina las atribuciones del Gobernador, y entr otras señala de manera expresa en su numeral 3 la siguiente:

"Llevar la voz del Departamento y represen tarlo en los negocios administrativos y judiciale pudiendo delegar esta representación conforme la Ley".

Por virtud de este mandato el Gobernador un representante legal del departamento en l negocios administrativos y judiciales, no es u apoderado o mandatario judicial, porque su r

resentación no la deriva de un acto convencional sino de la Constitución y la ley, y todos los actos que ejecuta en calidad de funcionario público aprovechan o perjudican a la entidad que epresenta.

Sólo los particulares —dice la Carta— son responsables ante las autoridades por violación de la Constitución y las leyes, pero los funcionarios públicos fuera de esta responsabilidad común, responden por extralimitación de funciones o por la misión proveniente del ejercicio de las mismas. Si esa representación legal de que se halla investido el Gobernador no ha sido delegada en la forma autorizada por la ley, los actos que ejecute en alidad de Gobernador con relación y por motivo e dichas funciones, pueden ser violatorios de la ey penal y le acarrean responsabilidad.

Los delitos oficiales o de responsabilidad son os que se cometen por los funcionarios públicos, or razón o por motivo de funciones inherentes al argo que desempeñan, en tanto que, los delitos omunes son los que se realizan sin tener en cuenta —para nada— la calidad de empleado o las tribuciones de las cuales se halla investido, en stos casos, el delito se configura por la simple iolación de la norma penal, en tanto que, en los tros, la infracción penal se caracteriza por la iolación de la ley condicionada a la calidad de a persona —empleado público— y al ejercicio de unciones derivadas de dicho cargo.

La consideración abstracta del delito como entidad jurídica independiente del agente activo del ismo, no es lo que configura propiamente el delito de responsabilidad, es la relación y valoración onjunta de esos elementos —delito y persona revestida de funciones públicas— la que en cada aso concreto determina el delito oficial. En tratándose de cargos de responsabilidad la ley penal o puede violarse sino por la persona que ejerce eterminadas funciones y a pesar de que la infracción propiamente no esté tipificada en las disposiciones penales que reprimen los delitos de esponsabilidad, el hecho cae dentro de esa escala por consideración especial de la persona —funcionario público— que lo ejecuta y a quien la ley ha revestido de un fuero especial.

En la escritura pública número 1677 otorgada nte el Notario 2º del Circuito de Barranquilla, n la cláusula 5ª se lee:

"Presente en este acto el señor doctor Alberto umarejo, varón, mayor de edad, con cédula de ciudadanía número 1209 de Bogotá, vecino de esta ciudad, actualmente Gobernador del Departamento del Atlántico, de cuyo cargo oficial doy fe, a quien yo, el Notario, conozco personalmente, dijo: que en su carácter dicho y debidamente autorizado por las Ordenanzas número diez (10) y setenta (70) del año en curso, acepta para el Departamento del Atlántico la presente escritura y la venta que por ella se le hace".

Lo anterior demuestra que el Gobernador obraba oficialmente, y a nombre del Departamento adquiría los bienes a que se refiere la escritura pública ya mencionada. De manera que si por motivo de su intervención oficial y por consecuencia de ella violó la ley penal, el hecho por el cual debe responder —si fuere el caso— no es un delito común sino de responsabilidad, ya que no se puede separar, para determinar la clase de infracción, la entidad jurídica (delito) de la persona que lo ejecuta, porque en este caso la compra no se realizó por un particular sino por un funcionario público.

En este proceso ha prevalecido la calificación inicial de los denunciantes que atribuyen al doctor Alberto Pumarejo la comisión de un delito de estafa, pero la Sala advierte que es perfectamente indiferente a esa calificación, pues la denominación jurídica que pueda darse al delito sólo puede hacerse en una decisión de fondo. Pero como a la Corte compete el conocimiento de los hechos realizados por determinados funcionarios públicos sólo entrará a conocer de las actuaciones atribuídas al doctor Alberto Pumarejo en cuanto puedan constituír un hecho que lo haga responsable por la ejecución de un acto realizado como funcionario público, por motivo o razón de funciones inherentes a su cargo.

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, dispone pasar las presentes diligencias al señor Procurador Delegado en lo Penal para que conceptúe si del contenido de la averiguación se deduce un hecho que constituya delito de responsabilidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NULIDADES DEL PROCESO PENAL

La nulidad del artículo 198, numeral 4º del C. de P. P., incide directamente en la actuación de la primera instancia del juicio, no en la segunda, pues es en la primera etapa del proceso en donde es imperiosa la exigencia de la notificación personal para que el interesado pueda aducir los elementos de prueba tendientes a desvirtuar los cargos que se le hicieron en el auto de llamamiento a juicio. Pero cuando el procesado tiene conocimiento no sólo del auto de proceder sino que ha intervenido en el curso de la causa allegando pruebas pertinentes a su defensa, la falta de notificación, en la segunda instancia, del auto por el cual se ordena poner en conocimiento de las partes el negocio para que manifiesten si tienen pruebas qué aducir, no es motivo de nulidad, porque en el artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, el legislador suprimió implícitamente esta causal de nulidad, o sea la última parte del artículo 444 que es la que la consagra cuando dice: "para que manifiesten si tienen o no pruebas qué pedir".

El numeral 4º del artículo 198 del C. de P. P. erige como causal de nulidad el hecho de "no haberse notificado en debida forma el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen o no hechos qué probar en el juicio" y el artículo 444 correspondiente al Título II que trata de la PRIMERA INSTANCIA en el Capítulo I al hablar sobre el término de prueba dispone que devuelto el expediente por el Agente del Ministerio Público, se ordenará ponerlo a disposición de las partes por un término no mayor de diez días "para que manifiesten si tienen o no pruebas qué pedir".

La relación armónica de estas disposiciones demuestra claramente que la nulidad por falta de notificación sólo se produce cuando se quebranta o se omite alguna de las formalidades determinadas en estas normas que regulan la tramitación de los pr cesos en LA PRIMERA INSTANCIA DI JUICIO, pero la pretermisión de la noti cación personal, del auto que dicta el Trib nal en obedecimiento a lo dispuesto por artículo 541 del C. de P. P. no la conside la ley como nulidad, ya que este precep rige la actuación del juicio en la SEGUNI INSTANCIA y no vincula estrictamente tramitación del proceso al contenido del n meral 4º del artículo 198 de la obra citad En este caso, la falta de notificación pers nal al procesado detenido (artículo 171) la providencia que dicta el Tribunal con s jeción al artículo 541, puede constituir u irregularidad procedimental, pero no un m tivo de nulidad que afecte las formas su tanciales del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casaci Penal—Bogotá, diecinueve de agosto de mil n vecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M

Vistos:

El Juzgado Penal del Circuito de Tuluá, sentencia de agosto veintisiete de mil novecient cuarenta y cinco, condenó a Marco Aurelio Pér o García, como responsable de un delito de hurt a la pena principal de veintisiete meses de pr sión, y a la de relegación a una Colonia Agríco Penal por cinco años.

El Tribunal al revisar la sentencia, por recur de apelación, la reformó en el sentido de aume tar la pena de relegación a una Colonia Agríco Penal a siete años en vez de cinco.

Contra esta providencia se interpuso recurso casación y como se hallan cumplidas las form lidades legales, se procede a su estudio.

Demanda

El apoderado del recurrente invoca como ca sal única de casación la del numeral 4º del a tículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta

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

Dice el demandante:

"Por auto de fecha 24 de septiembre de 1945 y visible a folio 106, se dispuso que la causa seguida contra Marco Aurelio Pérez permaneciera en la Secretaría a disposición de las partes para que manifestasen si tenían pruebas qué solicitar. Este auto... no fue notificado ni al preso, ni al defensor, contrariando lo preceptuado en los artículos 168 y 171, numeral a) del Código de Procedimiento Penal.

"Así que, con tal procedimiento, los medios de defensa consagrados por la ley se limitaron, ya que no se dio cumplimiento a las prescripciones legales que imponen la obligación de **notificar personalmente** "el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen hechos qué probar".

"Resulta, pues, que el fallo en casación se dictó en un juicio viciado de nulidad taxativamente previsto por la ley, y por ello, es procedente la declaración solicitada".

Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público reconoce la gravedad del problema, y afirma que anomalías de este género son constitutivas de nulidades constitucionales, pero sostiene que en este caso no se puede decretar la nulidad alegada por ser "un cargo de última hora que no fue planteado en las instancias del juicio, y sin este requisito esencial resulta extemporáneo en casación".

Los fundamentos jurídicos de ello los ha expuesto ya reiteradamente la H. Corte, y esa jurisprudencia no ha sido rectificada".

Se considera:

El planteamiento de nulidades en el proceso penal crea un conflicto entre dos derechos, uno de interés público de conveniencia social representado por el Estado que busca la represión del delito sin obstáculos en el procedimiento; y otro, de carácter particular que radica en la defensa del procesado que pide se le juzgue mediante el cumplimiento de las formalidades propias del juicio.

En presencia de un conflicto de derechos originado por la existencia de nulidades, la prevalencia de este o aquel interés sin sujeción a norma legal alguna, no sería la expresión exacta de la justicia, bien porque prime sobre el derecho del procesado el libre arbitrio del juzgador, ora porque el interés social se supedite al interés privado, de allí que el legislador hubiera determinado expresamente los hechos constitutivos de nulidades y la forma de declararlas.

El Código de Procedimiento trae una división de las nulidades en subsanables e insubsanables; en las primeras están entre otras la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería y algunas de las llamadas constitucionales, nulidades que se declaran de oficio en cualquier estado del proceso en que el Juez o Tribunal advierta su presencia; en las segundas, se comprenden aquellos hechos constitutivos de nulidades que se subsanan por el transcurso del tiempo o por el consentimiento expreso o tácito de las partes, nulidades que se declaran a petición del interesado.

Las nulidades consagradas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal son taxativas, su existencia se condiciona al reconocimiento previo que de ellas hace la ley, y el Juez no tiene facultad para deducir nulidades de hechos que la ley no los ha considerado como generadores de ellas. Lo anterior no excluye la posibilidad de que fuera de los hechos contemplados en los artículos citados existan casos, como en verdad los hay, que sin estar catalogados en esas disposiciones son constitutivos de nulidades, como por ejemplo, la falta de representación legal del menor de veintiún años (artículo 104) o la ausencia del defensor en el proceso penal, nulidades que se reconocen a pesar de no estar comprendidas en la enumeración taxativa del capítulo sexto de la ley procedimental que trata de las nulidades, porque merman las garantías que concede la Constitución Nacional a todos los ciudadanos cuando comparecen ante la justicia.

La ley consagra como causal de nulidad el hecho de no haberse notificado en debida forma el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen hechos qué probar, auto que debe notificarse personalmente al procesado detenido y a su defensor, pero esta nulidad de carácter relativo o formal es subsanable; bien porque el interesado no notificado intervenga en el proceso y solicite pruebas; o ya también, por la citación personal que se le haga para la práctica de alguna de ellas, pero si dentro de los tres días siguientes a esta notificación no so-

licita que se retrotraiga el procedimiento al estado en que se encontraba cuando ha debido hacerse la notificación omitida, la nulidad se subsana.

La nulidad del artículo 198, numeral 4º del C. de P. P., incide directamente en la actuación de la primera instancia del juicio, no en la segunda, pues es en la primera etapa del proceso en donde es imperiosa la exigencia de la notificación personal, para que el interesado pueda aducir los elementos de prueba tendientes a desvirtuar los cargos que se le hicieron en el auto de llamamiento a juicio. Pero cuando el procesado tiene conocimiento no sólo del auto de proceder sino que ha intervenido en el curso de la causa allegando pruebas pertinentes a su defensa, la falta de notificación, en la segunda instancia, del auto por el cual se ordena poner en conocimiento de las partes el negocio para que manifiesten si tienen pruebas qué aducir, no es motivo de nulidad, porque en el artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, el legislador suprimió implícitamente esta causal de nulidad, o sea la última parte del artículo 444 que es la que la consagra cuando dice: "para que manifiesten si tienen o no pruebas qué pedir".

La explicación de esta omisión es muy clara, pues la persona que ha sido llamada a responder en juicio y ha intervenido en la primera instancia, bien sea personalmente o por conducto de su defensor agotando en el término probatorio del juicio todas las pruebas pertinentes a su defensa, no puede invocar como causal de nulidad —en casación— un hecho que sólo tiene valor como nulidad en la primera instancia del juicio. De aceptar la causal de nulidad invocada, se llegaría a la conclusión de que el resultado final del juicio estaría subordinado a la voluntad de las partes, quienes sabiendo que se ha omitido una formalidad que puede ser alegada como causal de nulidad, la callan para invocarla en casación y éste no fue el criterio que inspiró el artículo comentado.

En efecto: el numeral 4º del artículo 198 del C. de P. P. erige como causal de nulidad el hecho de "no haberse notificado en debida forma el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen o no hechos qué probar en el juicio" y el artículo 444 correspondiente al Título II que trata de la **primera instancia** en su Capítulo I al hablar sobre el término de prueba dispone que devuelto el expediente por el Agente del Ministerio Público, se ordenará ponerlo a disposición de las partes por un término no mayor de diez días "para que manifiesten si tienen o no pruebas qué pedir".

La relación armónica de estas disposiciones demuestra claramente que la nulidad por falta de notificación sólo se produce cuando se quebranta o se omite alguna de las formalidades determinadas en estas normas que regulan la tramitación de los procesos en la **primera instancia del juicio,** pero la pretermisión de la notificación personal, del auto que dicta el Tribunal en obedecimiento a lo dispuesto por el art. 541 del C. de P. P. no la considera la ley como nulidad, ya que este precepto rige la actuación del juicio en la **segunda instancia** y no vincula estrictamente la tramitación del proceso al contenido del numeral 4º del art. 198 de la obra citada. En este caso, la falta de notificación personal al procesado detenido (art. 171) de la providencia que dicta el Tribunal con sujeción al art. 541, puede constituír una irregularidad procedimental, pero no un motivo de nulidad que afecte las normas sustanciales del proceso.

Tampoco puede alegarse que al reo se le ha juzgado sin las formalidades propias del juicio (art. 26 de la C. N.), porque ellas se cumplieron a cabalidad; desde el momento en que al procesado se le nombra un defensor para que lo asista en la causa tiene un representante judicial que está en la obligación de conocer todos los incidentes que ocurran en la tramitación del proceso, y si por otra parte, se notificó personalmente al defensor como al reo el auto por el cual se ordena que el juicio se abra a prueba en la primera etapa, no se ve la razón para que esa misma notificación personal tenga que repetirla el Tribunal, cuando la ley omitió esa formalidad para la segunda instancia.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA el fallo del Tribunal del Distrito Judicial de Buga, proferido con fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, por la cual se condena a **Marco Aurelio Pérez** a la pena principal de veintisiete (27) meses de prisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

APRECIACION DE LA AMISTAD INTIMA Y DE LA ENEMISTAD GRAVE

No se puede emitir una opinión en concreto sobre los elementos que en determinado caso pueden servir de guía para precisar los conceptos de la amistad íntima y de la enemistad grave de que habla la ley, porque correspondiendo estas expresiones a factores subjetivos, de orden interno, su valoración no puede deducirse del simple postulado que sirve de base a la causal de impedimento, sino de los hechos o manifestaciones que exterioricen ese estado afectivo de la amistad íntima.

Las relaciones de trato, comunicación o correspondencia que imponen los deberes de la sociedad o las provenientes de la vida de negocios, si bien es verdad que originan un estado de amistad, no son precisamente la amistad íntima que de acuerdo con la ley produce el impedimento. En la amistad íntima se busca y se realiza una compenetración de ideas y sentimientos espirituales que identifican en estas relaciones a las personas que la profesan, y en las manifestaciones exteriores, se traduce por la demostración recíproca de un afecto personal, desinteresado, no egoísta, que lleva a intimar con el amigo, "para la confidencia de sus secretos y el depósito de sus recónditos estados sentimentales, de su problema, de sus aspiraciones, desencantos, proyectos, tristezas y alegrías".

De manera que la determinación del impedimento por AMISTAD INTIMA con alguna de las partes que intervienen en el proceso no se deduce por la simple manifestación que de ella se haga, sino de los motivos o causas —existentes— que lleven al magistrado a hacer la afirmación de ese estado, para que el superior que decide pueda apreciarlas, y con fundamento en ellas concluír negando o aceptando el impedimento.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, veinticinco de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Gaceta—13

Vistos:

El doctor Máximo H. Martínez, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en auto de junio treinta de mil novecientos cuarenta y siete, se declara impedido para conocer del negocio adelantado contra la señora Concepción Altamirano v. de Ramírez por existir **amistad íntima** entre éste y el denunciante doctor Evangelista Quintana R. o sea la causal del numeral 5º del art. 73 del Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal en auto de julio nueve del presente año, al calificar el impedimento dijo:

"No es posible convenir en la legalidad de la manifestación hecha por el distinguido colega de esta Sala doctor Martínez, y, en consecuencia, se declara infundado el impedimento por él manifestado y se dispone remitir el negocio a la H. Corte Suprema de Justicia para que decida de plano la cuestión, al tenor del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal".

Se considera:

No se puede emitir una opinión en concreto sobre los elementos que en determinado caso pueden servir de guía para precisar los conceptos de la amistad íntima y de la enemistad grave de que habla la ley, porque correspondiendo estas expresiones a factores subjetivos, de orden interno, su valoración no puede deducirse del simple postulado que sirve de base a la causal de impedimento, sino de los hechos o manifestaciones que exterioricen ese estado afectivo de la amistad íntima.

Las relaciones de trato, comunicación o correspondencia que imponen los deberes de la sociedad o las provenientes de la vida de negocios, si bien es verdad que originan un estado de amistad, no es precisamente la amistad íntima que de acuerdo con la ley produce el impedimento. En la amistad íntima se busca y se realiza una compenetración de ideas y sentimientos espirituales que identifican en estas relaciones a las personas que la profesan, y en las manifestaciones exteriores, se traduce por la demostración recíproca de un afecto personal, desinteresado, no egoísta, que lleva

a intimar con el amigo "para la confidencia de sus secretos y el depósito de sus recónditos estados sentimentales, de su problema, de sus aspiraciones, desencantos, proyectos, tristezas y alegrías".

De manera que la determinación del impedimento por **amistad íntima** con alguna de las partes que intervienen en el proceso, no se deduce por la simple manifestación que de ella se haga, sino de los motivos o causas —existentes— que lleven al magistrado a hacer la afirmación de ese estado, para que el superior que decide pueda apreciarlas, y con fundamento en ellas concluír negando o aceptando el impedimento.

Como en la manifestación hecha por el doctor Martínez no se expresan los motivos o razones en los cuales se funda la amistad íntima con una de las partes, la no aceptación del impedimento por parte del Tribunal se acomoda a las exigencias legales.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que NO EXISTE EL IMPEDIMENTO manifestado por el doctor Máximo H. Martínez para conocer de las diligencias adelantadas contra la señora Concepción Altamirano v. de Ramírez. En consecuencia, debe continuar conociendo de dicho negocio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio

INTERPRETACION DEL ARTICULO 29 DEL CODIGO PENAL

a) La Sala está en desacuerdo con la interpretación que el Tribunal da al art. 29 del Código Penal. Esta disposición comprende o cataloga tres estados de enfermedades de la mente: enajenación mental propiamente dicha; intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier otra sustancia; y grave anomalía psíquica, que abarca la zona de estados intermedios o fronterizos entre la enajenación mental —locura— y la normalidad absoluta, estados que se caracterizan por deficiencias mentales o psíquicas.

b) Al hablar de la grave anomalía psíquica el legislador omitió hacer una clasificación de categorías en —permanente o transitoria— de manera que no existiendo disposición legal que sirva de base para hacer esa distinción cuando en un proceso se reconozca o declare la existencia de la grave anomalía psíquica, no debe hacerse distinción, para con ese criterio rechazar la una y aceptar la otra, sino que interpretando en forma amplia (no extensiva) el contenido del art. 29 del C. P., debe admitirse el estado de la grave anomalía psíquica con el fin de individualizar la sanción correspondiente.

1º — La embriaguez común u ordinaria se caracteriza por tres grados diferentes: período de excitación en que predomina el estado eufórico, con exuberancia de alegría y jocosidad; período de depresión que se determina por una especie de ataxia física e intelectual, depresión, tristeza, decaimiento, temblor y titubeo, expresión lenta, difusa, e ideas confusas; y período de sueño comatoso que sigue a la depresión que se manifiesta por un sueño largo y profundo acompañado de sudores profusos y el "coma" o sea cuando el alcohol ha dominado al individuo completamente.

2º — La embriaguez patológica se produce en individuos tarados o debilitados por el ancestro patológico y en sus reacciones, se manifiesta con tola la brutalidad porque su mente no está en condiciones de ponerse a tono con el mundo exterior. "La embriaguez patológica no se presenta sino en los tarados, temperamentos enfermos y nerviosos. No se emborracha patológicamente el que quiere sino el que puede".

3º — Establecida la diferencia entre la embriaguez que se produce en individuos normales, y la embriaguez patológica que opera en personas taradas, en las cuales el alcohol, en pequeñas o grandes cantidades, no es sino un medio o vehículo para que explosione una individualidad enferma y se revele la peligrosidad del delincuente; no parece acertado darle "más importancia a la circunstancia referente a la embriaguez aguda, que a las causas biológicas y constitucionales que actuaron principalmente en la dinámica criminosa del delincuente".

c) Si el veredicto como lo dice el Tribunal "se ajusta a la realidad procesal" su obligación era la de interpretarlo de acuerdo con la ley. Si el Jurado reconoció igualmente el estado de anomalía psíquica, esa declaración debió acomodarla dentro del artículo 29 del Código Penal que reconoce esa situación, porque la respuesta del Jurado, es la norma de interpretación para acomodar esas declaraciones al contenido de la ley en cuanto al hecho y la responsabilidad; por eso se dice que el veredicto es la fuente inmediata de la sentencia, y los hechos son el fundamento principal que sirve al Jurado para emitir su respuesta.

d) La interpretación en sentido contrario rompe la unidad del veredicto, le quita su natural armonía y concatenación, pues si se acepta la embriaguez como incidental —en persona normal— y se prescinde de la parte sustancial, la grave anomalía psíquica transitoria —que fue lo que reconoció el Jurado— se pone en pugna la sentencia con la determinación del Jurado.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Se ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictada el 14 de diciembre de 1946, por la cual se condena a **Alfonso Cárdenas Jaramillo** a la pena principal de **ocho años de presidio,** como responsable del homicidio cometido en la persona de Carlos Vicaría Luna.

Como se hallan cumplidos los trámites que rigen el recurso, se procede a su estudio.

Prenotandos

Desde el 31 de diciembre (tres de la tarde) de 1944, hasta la madrugada del día siguiente, 1º de enero de 1945, Alfonso Cárdenas Jaramillo acompañado de Alfredo Restrepo se dedicaban a ingerir licor en uno de los Cabarets de esta ciudad. A las seis menos cuarto del día 1º de enero de 1945 abandonaron el Cabaret Monte Carlo y se encaminaron hacia la calle 20 con carrera 7ª con el fin de tomar un taxi o un tranvía que los condujera a su casa de habitación. No encontrando vehículo que los transportara resolvieron buscar hotel para dormir, y con tal fin penetraron a la Pensión Pradilla, en donde se celebraba una reunión con motivo del Año Nuevo. Restrepo solicitó una habitación, pero se les dijo que no había ninguna disponible, entonces pidió se los dejara bailar y se les respondió negativamente porque se trataba de una fiesta familiar. Esta respuesta produjo cierta indignación en el ánimo de Cárdenas, actitud que obligó a los concurrentes a tomar algunas medidas para retirarlos ya que no querían hacerlo voluntariamente. Parece que debido al estado de embriaguez, Cárdenas al bajar las escaleras cayó al suelo, entonces dice el procesado: "ví que todos venían encima y que probablemente nos quebraríamos los brazos al caer por las escaleras y observé que uno de ellos se metió la mano al bolsillo no sé para qué, puesto que no le ví arma de ninguna clase y como mi estado de embriaguez era tánto yo me llené de nervios e hice dos disparos al aire con una pistola". Uno de los proyectiles hizo blanco en la persona de Carlos Vicaría Luna; quien fue hospitalizado en la Clínica Central de esta ciudad, y a consecuencia de dicha lesión falleció a las dos de la tarde del día 1º de enero de 1945.

Auto de proceder

Con fecha junio diecinueve de mil novecientos cuarenta y cinco, el Juzgado 3º Superior calificó el mérito del sumario; llamó a responder en juicio con intervención del Jurado a Alfonso Cárdenas Jaramillo, por un delito de homicidio previsto y sancionado en el Título XV, Capítulo I, Libro II, del C. P.

El auto de proceder definió la imputabilidad penal de Cárdenas Jaramillo en relación con las afirmaciones del dictamen médico-legal. Aunque el Juzgado no acoge en su integridad las conclusiones del dictamen, sin embargo, no rechaza la hipótesis de que el delito se cometiera cuando el procesado se encontraba "en estado de anomalía psíquica grave de carácter transitorio", y plantea para los jueces de conciencia la decisión de la responsabilidad del acusado así:

"Si la intoxicación alcohólica lo hubiera colocado transitoriamente en el grave estado de anomalía psíquica transitoria que los médicos reconocen, lo más seguro hubiera sido que una amnesia claramente definida hubiera hecho imposible a Cárdenas el relatar en forma pormenorizada y con visos tan arbitrariamente favorables, los hechos que culminaron con la trágica muerte del desventurado Vicaría. El dictamen pericial por otra parte y según la norma legal no obliga al funcionario de derecho y solo se tiene como elemento auxiliar para fundamentar la sentencia. En este caso en que han de ser los jueces populares quienes definan la responsabilidad penal del acusado, ese elemento de prueba será normalizado en forma ponderada por los ciudadanos que han de fallar el caso en conciencia".

Veredicto

Dos son las cuestiones absueltas por el Jurado:

"Cuestión primera "

"¿El acusado Luis Alfonso Cárdenas Jaramillo es responsable de haberle causado al señor Carlos

Vicaría Luna, una herida de naturaleza mortal, producida con arma de fuego, la que le ocasionó una anemia aguda, causa única y determinante de su fallecimiento, hecho que tuvo consumación durante las primeras horas del día primero de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, en la Pensión Pradilla de esta ciudad, dentro de la comprensión del distrito Judicial de Bogotá?".

"Contestó: Sí, pero cometió el hecho cuando se hallaba en estado de grave anomalía psíquica de carácter transitorio".

"Cuestión segunda"

"¿A tiempo de cometer el hecho a que se refiere el cuestionario anterior Luis Alfonso Cárdenas Jaramillo se hallaba en estado de anomalía psíquica grave de caracter transitorio?".

Respuesta: "Sí".

En la audiencia pública el vocero y el defensor sustentaron la tesis de que el reconocimiento de la "grave anomalía psíquica" conllevá la afirmación de la irresponsabilidad del acusado. El argumento puede sintetizarse en estos términos: El art. 11 del C. P. establece que la persona que infringe la ley penal es responsable, salvo los casos exceptuados por la ley, y el art. 12 dice que las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en el artículo 29, son intencionales o culposas; como Cárdenas Jaramillo está dentro de las prescripciones del art. 29 del C. P. su acto no es producto de la intención ni de la culpa, luego no es responsable.

El Agente del Ministerio Público y el apoderado de la parte civil impugnaron los argumentos de la defensa y sustentaron —por su parte— la tesis de la responsabilidad legal para todos aquellos que infringen la ley penal sean sean normales o anormales.

El doctor Luis Jaime Sánchez, explicó el concepto pericial en relación con la anomalía psíquica de carácter transitorio y sobre el estado de embriaguez patológica, para concluír con la afirmación de que el acusado en el momento de cometer el hecho se encontraba en estado de grave anomalía psíquica.

Sentencia

En desarrollo del veredicto se dictó la sentencia. En esa providencia se analiza el problema de la responsabilidad frente a los nuevos estatutos penales. Se rechaza la tesis de la defensa y se acoge la del Ministerio Público en estos términos:

"La exégesis de la ley penal sustantiva, sus antecedentes legislativo y doctrinario, conducen a la conclusión neta e inobjetable de que en Colombia los enajenados mentales, los intoxicados crónicos y los que padecen grave anomalía psíquica en el momento de cometer un delito, **son responsables, aunque sus infracciones no son ni intencionales ni culposas.** Pues sean normales o anormales, sean intencionales o culposas o no lo sean sus infracciones".

En el estudio de la sanción se emplea un sistema de exclusión, así: No es aplicable el artículo 362 por reprimir esta disposición el delito de homicidio intencional; ni la libertad vigilada porque esta sanción no se impone como pena principal (art. 68); ni el trabajo obligatorio en obras o empresas públicas, pues de conformidad con el art. 65 esta medida se impone en los casos de infracciones leves o de contravenciones; ni la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos, porque esta medida se impone en las mismas condiciones del artículo 65 y concluye: "luego por exclusión debe aplicarse el manicomio criminal o dejar sin sanción el delito".

Finalmente hace algunas consideraciones sobre el criterio que deben adoptar los juzgadores en la imposición de la pena y en la parte resolutiva del fallo dando aplicación al art. 29 del C. P. se dispone:

Recluír a Cárdenas Jaramillo en un manicomio criminal por un tiempo mínimo de dos años, la obligación de trabajar en obras públicas por un período de tres años y la prohibición de concurrir a establecimientos donde se expendan bebidas alcohólicas, por un tiempo no menor de cinco años.

Segunda instancia

Para que el Tribunal revisara dicha providencia, el defensor del reo interpuso recurso de apelación.

Ante esta entidad el Fiscal del Tribunal pide se reforme la sentencia en el sentido de declarar que la sanción imponible a Cárdenas Jaramillo es la de reclusión en una Colonia Agrícola Espe-

cial, en vez de manicomio criminal que contempla la sentencia apelada.

El Tribunal no comparte los puntos de vista de la sentencia, sino que se aparta de la tesis de su colaborador, rechaza el veredicto de los jueces populares en cuanto declara que el procesado al momento de realizar el hecho se encontraba en estado de grave anomalía psíquica, e interpreta el veredicto como el reconocimiento de un estado de embriaguez voluntaria, y en providencia de 14 de diciembre de 1946, con salvamento de voto de un magistrado reforma la providencia apelada, y con aplicación de los artículos 362 y 39 del C. P. condena a Alfonso Cárdenas Jaramillo a la pena principal de ocho años de presidio y accesorias consiguientes.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación.

Demanda de casación

Se impugna la sentencia por las causales de los numerales 1º y 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal tercera

Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

Dice el demandante que el veredicto del Jurado escalonó la responsabilidad de Cárdenas Jaramillo en el grupo de los delincuentes enfermos de la mente del artículo 29 del Código Penal. Declaración que se funda en los conceptos médico-legales, y siendo esto evidente, no es aplicable la pena de presidio del artículo 362 del C. P. sino las medidas de seguridad del Capítulo II, Libro I de la obra citada, y agrega:

"No es lícito al Juzgador apartarse caprichosamente de las normas procedimentales y de la realidad procesal, pues él como encargado de aplicar estrictamente la ley no puede separarse de su carril y de la norma trazada por él; si en el caso de autos el Honorable Tribunal no estaba de acuerdo con lo resuelto por los Juzgadores de conciencia en vez de proceder como procedió, ha debido declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos y de acuerdo con el artículo 537 del C. de P. P. ordenar la convocatoria de un nuevo Jurado".

Se considera:

El Tribunal, al reformar la sentencia que impone medidas de seguridad por estar el delincuente catalogado entre los—enfermos de la mente—del artículo 29 del Código Penal, afirma que esta disposición en materia de estados alcohólicos sólo comprende a aquellos que son verdaderamente crónicos y explica:

"Si el Legislador hubiera querido referirse y comprender dentro de esta norma **los estados agudos de embriaguez** no solamente lo hubiera dicho expresamente, sino que no hubiera empleado el calificativo "crónico" para referirse a las intoxicaciones de este origen, y aún más, no hubiera expresamente colocado esta circunstancia de "embriaguez voluntaria" que lleva a la intoxicación aguda, dentro de las circunstancias que demuestren menor peligrosidad y atenúan la responsabilidad. (Artículo 39)".

La Sala está en desacuerdo con la interpretación que el Tribunal da al artículo 29 del Código Penal. Esta disposición comprende o cataloga tres estados de enfermedades de la mente: enajenación mental propiamente dicha; intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia; y la grave anomalía psíquica que abarca la zona de estados intermedios o fronterizos entre la enajenación mental —locura— y la normalidad absoluta, estados que se caracterizan por deficiencias mentales o psíquicas.

Al hablar de la grave anomalía psíquica el Legislador omitió hacer una clasificación de categorías —permanente o transitoria— de manera que no existiendo disposición legal que sirva de base para hacer esa distinción; cuando en un proceso se reconozca o declare la existencia de la grave anomalía psíquica, no debe hacerse distingos, para con ese criterio rechazar la una y aceptar la otra, sino que interpretando en forma amplia (no extensiva) el contenido del artículo 29 del C. P., debe admitirse el estado de la grave anomalía psíquica con el fin de individualizar la sanción correspondiente.

Estima el Tribunal que el reconocimiento de la grave anomalía psíquica —en el caso **sub judice**— fue motivada por la embriaguez incidental del acusado y no como consecuencia de una embriaguez patológica que se produce en individuos tarados y de temperamento morboso. Pero la afirmación está fuera de la realidad, y las citas de fallos de algunos Tribunales del país no son procedentes en este proceso, pues en aquellos casos se trataba simplemente de la embriaguez que opera en temperamentos normales, embriaguez

que, por una parte, no sirve de excusa en la comisión de un delito, y por otra, no sirve para catalogar al agente en la clasificación del artículo 29 del Código Penal.

Los médicos legistas sostienen que Cárdenas Jaramillo es "de constitución ciclotímica y vagotónica, que hay épocas en las cuales "se torna irritable, colérico, con tendencia al mutismo, antisociable, comunicativo, afectuoso" y aunque no revela al examen psiquiátrico ninguna alteración de sus facultades mentales "sí presenta un recargo de taras psicopáticas debidamente comprobadas que producen un terreno también psicopático" que un individuo que tiene taras psicopáticas muy recargadas bajo la influencia de la intoxicación alcohólica se descontrola por completo e interpreta falsamente los movimientos de las personas que lo rodean, de allí que "sintiéndose en manifiesta inferioridad por su decadencia física e intelectual por efecto de la embriaguez" echó mano de su pistola reaccionando en forma violenta e inusitada. "Que siendo un individuo tarado tolera menos fácilmente el alcohol" y se descontrola con facilidad frente a situaciones conflictivas "más cuando existe un relajamiento de los frenos inhibitorios por efectos de la intoxicación etílica", y como conclusión dice:

"Alfonso Cárdenas Jaramillo, cuando disparó su revólver en un acto de insólita agresividad, dados sus antecedentes de terreno psicopático, y habiendo ingerido alcohol en grandes cantidades y por bastante tiempo, desde la tarde del día 30 de diciembre de 1944, hasta las seis de la mañana del día 1º de enero de 1945, y habiéndose dormido profundamente poco tiempo después de este acto, se encontraba en un estado de anomalía psíquica grave de carácter transitorio, que correspondía al segundo período del alcoholismo agudo, en el cual hay incoherencia, automatismo, incoordinación motora, impulsos, agresiones, y durante el cual existe ya pérdida de la conciencia".

Los doctores Luis Jaime Sánchez y Hernando García Losada, como consecuencia del examen practicado en el reo, dicen:

"El señor Cárdenas Jaramillo en ese estado (embriaguez) no era plenamente consciente de sus actos y sus facultades intelectuales de voluntad y raciocinio estaban intensamente opacadas por los efectos del alcohol. Por lo tanto creemos que el señor Alfonso Cárdenas Jaramillo obró en estado de grave anomalía psíquica de carácter transitorio".

En la audiencia pública el doctor Luis Jaime Sánchez explicó el alcance de los conceptos periciales e hizo la distinción entre los efectos que produce la embriaguez común, en individuos de temperamento normal, y la embriaguez patológica, que actúa en personas taradas y de temperamento enfermo y nervioso.

La embriaguez común u ordinaria se caracteriza por tres grados diferentes: períodos de excitación en que predomina el estado eufórico, con exuberancia de alegría y jocosidad; período de depresión que se determina por una especie de ataxia física e intelectual, depresión, tristeza, decaimiento, temblor y titubeo, expresión lenta, difusa, e ideas confusas; y período de sueño o comatoso que sigue a la depresión que se manifiesta por un sueño largo y profundo acompañado de sudores profusos y el "coma" o sea cuando el alcohol ha dominado al individuo completamente.

La embriaguez patológica se produce en individuos tarados y debilitados por el ancestro patológico, y en sus reacciones, se manifiesta con toda la brutalidad porque su mente no está en condiciones de ponerse a tono con el mundo exterior. "La embriaguez patológica no se presenta sino en los tarados, temperamentos enfermos y nerviosos. No se emborracha patológicamente el que quiere sino el que puede", y agregó que la embriaguez de Cárdenas Jaramillo era de esta clase por estas razones:

1º Por "la extrema irritabilidad o reacción violenta".

2º Por "la desproporción entre el estímulo alcohólico y su reacción: interpretación de las palabras a manera de ofensa;

3º Por "la excitación que casi llega hasta la locura por estímulo directo de la embriaguez"; y

4º Por "la somnolencia fácil".

Los conceptos anteriores concuerdan con lo que los expositores exponen sobre el particular así: Mira y López, en su tratado de psiquiatría (edición de 1946) dice: "en sujetos predispuestos genotípicamente "psicópatas, comiciales latentes" es posible que se observe una intolerancia "cualitativa" para el alcohol que dé lugar a la denominada "embriaguez patológica", aún después de haber ingerido dosis relativamente pequeñas de bebidas espirituosas y más adelante agrega:

"Generalmente el síndrome de la embriaguez patológica se caracteriza por una violenta liberación de tendencias agresivas, antisociales, de naturaleza criminal o sexual; pero hay casos en los

que se observa también un polimorfo delirio alucinatorio, de tipo persecutorio, que lleva al sujeto a la autolesión o a la heteroagresión defensiva. El diagnóstico diferencial con la embriaguez normal (mal denominada fisiológica) o con la simulación sólo puede hacerse, **a posteriori,** recurriendo a una anamnesis cuidadosa y al estudio objetivo y minucioso de los actos (y de su posible o probable motivación) que son materia de la inculpación. En efecto, en la embriaguez patológica existe casi siempre una conciencia crepuscular que impide al sujeto una conducta ordenada e inteligente, le ocasiona una amnesia ulterior no absoluta (salvo raras ocasiones) y le deja un período de tránsito y perplejidad angustiosa (muy difícil de simular) de breve duración".

Establecida la diferencia entre la embriaguez que se produce en individuos normales, y la embriaguez patológica que opera en personas taradas, en las cuales el alcohol, en pequeñas o grandes cantidades, no es sino un medio o vehículo para que explosione una individualidad enferma y se revele la peligrosidad del delincuente; no parece acertado darle "más importancia a la circunstancia referente a la embriaguez aguda, que a las causas biológicas y constitucionales que actuaron principalmente en la dinámica criminosa del delincuente".

Con estos antecedentes, teniendo en cuenta la personalidad psicopática de Cárdenas Jaramillo no puede concluirse —como lo hace el Tribunal— que el hecho realizado por el delincuente sea el acto de un hombre que goza de facultades normales ligeramente obnubiladas por el alcohol, sino el producto de un organismo tarado con hondas perturbaciones en sus zonas intelectuales y afectivas. "Es decir —dice la Procuraduría— su acto delictuoso no puede equipararse al del hombre normal que se embriaga incidentalmente y en ese caso se vuelve delincuente, sino al de un enfermo de la mente".

El veredicto del Jurado reconoció explícitamente que el acusado consumó el homicidio "cuando se hallaba en estado de grave anomalía psíquica de carácter transitorio", conclusión que toma mayor fuerza al contestar la segunda pregunta del cuestionario, que plantea concretamente el caso con un "Sí" escueto, y no otra podía ser la respuesta porque los reconocimientos científicos hechos por peritos y las explicaciones del especialista Luis Jaime Sánchez, por lógica consecuencia los llevó a hacer esas afirmaciones.

"Siendo, pues —dice la Procuraduría— tan rotunda la afirmación del Jurado en este sentido, la sentencia del Tribunal aparece en un manifiesto desacuerdo con el veredicto. Si dicha corporación estaba convencida de que los jueces de conciencia se equivocaron al admitir el desorden mental del procesado, por motivo de la embriaguez, la ley le daba el camino para enmendar el yerro, declarando el veredicto contrario a la evidencia de los hechos. Pero lo que no podía hacer era rechazar esa calificación del Jurado para acomodarla, en su criterio, en una determinada casilla del Código Penal, apreciando el delito en puro derecho".

Si el veredicto del Jurado es la base inmediata de la sentencia y si el Tribunal popular es quien en definitiva califica los hechos y determina la responsabilidad, el Juez de derecho en la sentencia debe ceñirse a los términos del veredicto, o si encuentra que éste es contrario a la evidencia de los hechos, así lo declara, pero en ningún caso puede completar o suplir el pensamiento del Juri para interpretar sus respuestas en sentido contrario a lo que ellos expresaron, porque desnaturalizaría la esencia del juicio en que interviene el Jurado. Una interpretación caprichosa o distinta a aquella que contiene el veredicto por más fuertes que sean los argumentos para llegar a esa conclusión, no le es permitida al Juez de derecho por ser contraria a la ley y no estar autorizada por la misma.

"Los señores Jueces de conciencia —dice el Tribunal— obligados a reconocer los hechos, y sometidos a una pregunta que técnicamente no es de su incumbencia, contestaron afirmativamente sobre **responsabilidad** del sindicado y reconocieron igualmente su estado de anomalía psíquica. **Su veredicto se ajusta a la realidad procesal,** pero sus palabras no pueden ser normas de interpretación legal. Con ellas dan una pauta para que el Juzgador de derecho amolde esas circunstancias a preceptos legales únicamente. De otra manera sobrarían los unos o el otro".

Aquí radica uno de los errores fundamentales del Tribunal: las preguntas que se sometieron al Juri son —precisamente— de su incumbencia; en los juicios de esta naturaleza los jueces de conciencia son los que aprecian los hechos y determinan la responsabilidad, verdad sabida y buena fe guardada, y la pregunta referente al estado de la grave anomalía psíquica transitoria, imperativamente debió formularla el Juzgado por man-

dato expreso del artículo 28 de la ley 4ª de 1943, que dice:

"Si el procesado se hallare en estado de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en el artículo 29 del Código Penal se agregará el siguiente cuestionario: '¿A tiempo de cometer el hecho a que se refiere el cuestionario anterior N. N. se hallaba en estado de enajenación mental?, ¿de intoxicación crónica?, ¿o padecía de anomalía psíquica?' "

Si el veredicto, como lo dice el Tribunal, "se ajusta a la realidad procesal", su obligación era la de interpretarlo de acuerdo con la ley. Si el Jurado reconoció igualmente el estado de anomalía psíquica esa declaración debió acomodarla dentro del artículo 29 del Código Penal que reconoce esa situación, porque la respuesta del Jurado, es la norma de interpretación para acomodar esas declaraciones al contenido de la ley en cuanto al hecho y la responsabilidad, por eso se dice que el veredicto es la fuente inmediata de la sentencia, y los hechos son el fundamento principal que sirve al Jurado para emitir su respuesta.

La interpretación en sentido contrario rompe la unidad del veredicto, le quita su natural armonía y concatenación, pues si se acepta la embriaguez como incidental —en persona normal— y se prescinde de la parte sustancial, la grave anomalía psíquica transitoria— que fue lo que reconoció el Juri— se pone en pugna la sentencia con la determinación del Jurado.

En este caso es más procedente declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, ya que con la tesis del Tribunal automáticamente se reemplazaría al Jurado de derecho invadiendo un campo de jurisdicción que la ley no le confió, sino a los jueces populares, quienes son los que en definitiva determinan la responsabilidad del acusado.

Al reconocer el Juri que Cárdenas Jaramillo dio muerte a Vicaría Luna cuando se hallaba en estado de grave anomalía písquica, declara la responsabilidad legal del acusado, pero naturalmente no como individuo normal, sino como un delincuente anormal a quien debe imponérsele medidas de seguridad y no penas como lo hizo en la sentencia el Tribunal.

Por estas razones la causal tercera de casación prospera.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Esta causal se invoca como consecuencia directa de la anterior. Si el Jurado afirmó que Cárdenas Jaramillo al momento de realizar el acto (homicidio) se encontraba en estado de grave anomalía psíquica, la pena imponible no es la del artículo 362 del Código Penal sino una medida de seguridad de las contempladas por el artículo 29 en relación con el Capítulo II, Título II, Libro I, o sea la reclusión en un manicomio criminal o en una Colonia Agrícola Especial.

"Como la anomalía psíquica grave —dice el recurrente— fue de carácter transitorio y como de acuerdo con el dictamen médico... mi poderdante actualmente está en estado normal, debe aplicársele a él la reclusión en la Colonia Agrícola Especial por un término de un año".

No hace estudio especial para sostener la tesis anterior por cuanto este problema fue estudiado por la Sala en fallo de 31 de julio de 1946, al cual se remite.

Se observa:

El artículo 29 del Código Penal —como antes se expresó— establece tres clases de enfermedades de la mente: la enajenación mental propiamente dicha; la intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia; y la grave anomalía psíquica, y para cada uno de esos estados la ley establece medidas de seguridad de diverso orden que corresponden a esas anormalidades psíquicas.

"Para las más graves—ha dicho la Corte—como la enajenación mental, se ha indicado y señalado dentro de preceptos científicos el manicomio criminal. Las otras, en cambio, comprenden esa extensa zona de anomalías que en casos concretos y típicos pueden considerarse como graves y los cuales son estimados en algunas leyes como casos de semi-responsables, o semi-locos, tal como se enuncian por algunos autores. Es dentro de estas últimas formas específicas, por la aparente normalidad que revelan los sujetos activos de infracciones penales, en las cuales se pueden colocar los sujetos que delinquieron en evidente estado de grave anomalía psíquica o de locura transitoria y que recobraba su conciencia y la plenitud de sus poderes intelectuales, ni alcanzan el grado de enajenados ni tampoco de normales. En pre-

visión de estas situaciones, el Proyecto de Código Penal ideado por Ferri en Italia, creó una medida de seguridad que no tiene el nuéstro, a pesar de haberse inspirado en esa obra; se trata de las Casas de Custodia, en las que se recluyen para observarlos, y someterlos a un tratamiento adecuado a su condición personal. Nuestro Código asimiló las Casas de Custodia del Proyecto Ferri a los establecimientos que más apropiadamente deben estar destinados para intoxicados, como son las Colonias Agrícolas Especiales. Cabe, pues, suponer que es a esos sitios a donde se deben remitir para su readaptación los delincuentes que sin ser enajenados delinquieron en estado de grave anomalía psíquica".

"Es natural que, conforme a las prescripciones de la ciencia médica, los delincuentes de esta especie serán sometidos a un tratamiento más que todo de observación y de trabajo con la finalidad de que al restituírlos a la sociedad se pueda afirmar de ellos con alguna probabilidad, que ha desaparecido la causa de su perturbación y que ya no ofrecen peligro alguno".

"Ahora bien, si los institutos de readaptación de carácter técnico, tales como los manicomios criminales o las Colonias Agrícolas Especiales, o medidas como la libertad vigilada son de difícil cumplimiento por inexistencia de los mismos o por dificultades económicas imponderables, ello es un problema que no corresponde examinar a los jueces que deben limitarse a cumplir las disposiciones de la ley, sino a la administración que debe dar aplicación a las órdenes y medidas que los jueces señalan".

Así, pues, para los individuos que cometen delitos en estado de enajenación mental o intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, la ley ordena que debe recluírseles en un manicomio criminal, porque sus actos son manifestaciones de temperamento morboso o el resultado de trastornos psíquicos de intensa gravedad que afectan la personalidad en su vida afectiva intelectual o instintiva, y para aquellos individuos que padecen de grave anomalía psíquica —diversos estados intermedios comprendidos entre la enajenación mental y la normalidad absoluta— debe imponérseles la reclusión en una Colonia Agrícola Especial, pues su peligrosidad es menor que la de los primeros.

Cárdenas Jaramillo según los conceptos médicos, no es un loco ni un enajenado mental, ni tampoco se le ha clasificado como un intoxicado crónico por el alcohol; su grave anomalía psíquica sólo se revela cuando obra bajo la influencia de bebidas espirituosas, es entonces cuando su organismo tarado, en sus manifestaciones exteriores imprime a la personalidad el signo de peligrosidad, por ese aspecto y como la grave anomalía psíquica es de carácter transitorio debe imponérsele una medida de seguridad, que no es la del manicomio criminal sino la reclusión en una Colonia Agrícola Penal.

"Además —dice la Procuraduría— por tratarse de un delito de homicidio que tuvo bastante gravedad, debe imponérsele también al acusado la sanción accesoria de trabajo obligatorio en las empresas u obras públicas que designe el Gobierno, por un período de tres años (art. 65 del C. P.)".

"Con estas medidas represivas se garantizan los derechos de la sociedad y los del procesado".

El demandante no está de acuerdo con la manifestación del Agente del Ministerio Público, y en la audiencia pública expresó: que el trabajo en obras públicas a que se refiere el art. 65 del C. P. se impone a los intoxicados crónicos; como Cárdenas Jaramillo no es un intoxicado crónico sino un sujeto que delinquió en estado de grave anomalía psíquica transitoria, la disposición aplicable es la del art. 76 que prohibe entrar por un término de seis meses a tres años a cualquier lugar o establecimiento donde se expendan bebidas alcohólicas.

Olvida el recurrente que esta medida accesoria por mandato del artículo 65 puede imponerse para "los intoxicados que salgan del manicomio o de la Colonia Agrícola Especial" y como la pena que se impondrá al delincuente es la de reclusión a una Colonia Agrícola Penal, el Juzgador en guarda de los intereses de la sociedad puede imponer la medida que solicita el Procurador. El art. 76 sólo es aplicable como pena accesoria para los delitos que se cometen por causa o motivo del uso inmoderado de bebidas alcohólicas, pero no para aquellos casos en que el alcohol constituye el medio o estímulo para la manifestación en sus diversas reacciones de una personalidad tarada y de temperamento morboso.

Pregunta el apoderado de Cárdenas Jaramillo, ¿si el trabajo en obras públicas comporta la privación de libertad, y si ese trabajo es remunerado o nó?

Se contesta:

Es claro que el trabajo en obras públicas no comporta la privación de la libertad del delin-

nte sino una restricción al ejercicio de su ac-
idad. No es atribución de la Corte determinar
el trabajo en obras públicas es o nó remunera-
esa función es privativa del Gobierno quien
medio del Director General de Prisiones (De-
tamento General de Establecimientos de De-
ción, Penas y Medidas de Seguridad) señala en
obras debe prestarse ese trabajo, y si él es re-
nerado o nó.
In consecuencia la causal primera de casación
spera.

Fallo

In mérito de lo expuesto, la Corte Suprema
ala de Casación Penal—, administrando justicia
nombre de la República y por autoridad de la
, oído el concepto del señor Procurador Dele-
lo en lo Penal, de acuerdo con él, INVALIDA
sèntencia del Tribunal Superior del Distrito
dicial de Bogotá, por la cual se condenó a Al-
fonso Cárdenas Jaramillo a la pena de ocho años de presidio como pena principal, y en su lugar dispone:

Recluír a Alfonso Cárdenas Jaramillo en una Colonia Agrícola Especial por el término mínimo de **un año.** Una vez que por decisión judicial (art. 64 del C. P.) salga de la Colonia Agrícola Especial, impónese como medida de seguridad accesoria el trabajo obligatorio en obras o empresas públicas que el Gobierno determine por un lapso de **tres años.**

No se decreta la libertad provisional mientras el delincuente no cumpla con los requisitos señalados por el art. 64 del C. P.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Dice el artículo 75 del C. de P. P. en su parte pertinente: "Cuando el impedimento o recusación se refiere a un Magistrado, CONOCERA DEL ASUNTO el Magistrado de la misma Sala que le sigue en turno; si hubiere necesidad de completar la Sala, se sorteará con-juez".

Esta disposición determina al Magistrado que debe conocer del negocio después de FALLADO EL INCIDENTE, por esto dice que cuando falte alguno de los Magistrados se sorteará conjuez para integrar la Sala de Decisión que debe conocer del asunto (art. 44); pero el artículo, no determina qué Magistrado debe calificar el impedimento o recusación, y si éste se resuelve con anuencia de los Magistrados restantes de la Sala, o por decisión de uno solo de ellos; por consiguiente, para cumplir esa deficiencia y llenar el vacío de la ley, hay que aplicar las disposiciones del C. J. por mandato expreso del art. 7º del C. de P. P.

El art. 442 del C. J. ordena que del incidente de recusación de un Magistrado conocen los demás que forman la Sala respectiva, o sea, "los dos que le siguen en turno al ponente, según el artículo 70 del mismo Código", es decir, que el auto que califica el impedimento por mandato de la ley, lo dictan los dos Magistrados que integran la Sala de aquél que se declara impedido y no uno solo de ellos. Si el Código de Procedimiento Penal hubiera determinado en forma clara el funcionario que debe fallar el impedimento o recusación, naturalmente que no se podrían aplicar las disposiciones que rigen a los jucios civiles.

La Corte en la interpretación del numeral 4º del art. 73 del Código de Procedimiento Penal, acepta como causal de impedimento el hecho de que el Juez o Magistrado haya manifestado su opinión en providencia de fondo, distinta de aquella del numeral 7º, cuando con posterioridad a dicha providencia el mismo funcionario, revestido de una dignidad jerárquica de superior categoría, tiene que conocer del negocio en segu instancia.

Quien apela de un negocio pretende el superior revise la providencia del i rior, para saber si ella está o nó de acue con la ley y así confirmarla o revocarla. se cumpliría una de las finalidades del curso, si el Juez o Magistrado que debe llar el negocio en la SEGUNDA INST CIA, es el mismo funcionario que con a rioridad a la interposición de la apela dictó el correspondiente auto de procede emitió concepto sobre temas referentes imputabilidad o responsabilidad del proc do. Quien emite opinión sobre puntos fundamentales del proceso, en cierto m se vincula a sus conceptos y es casi di que se aparte de ellos, cuando por circu tancias especiales —ascensos en la rama risdiccional— tenga que revisar sus pr dencias dictadas como funcionario de I MERA INSTANCIA. En estos casos, para telar los derechos del procesado y ev cualquier sospecha de parcialidad contr Juez o Magistrado debe admitirse el in dimento, ya que el estudio del negocio las dos instancias por distintos funciona constituye una de las mejores garantías p los intereses del procesado y de la socie

El impedimento que hoy estudia la S no comprende al Juez o Magistrado que nuncia el auto de detención, sino a ac llos funcionarios que dictan providencias fondo y que posteriormente adquieren tro de la rama jurisdiccional un puesto mayor categoría y por tal motivo tienen conocer del negocio en SEGUNDA INST CIA. Este es el pensamiento consignado la Corte en las providencias a que ante hizo mención; y no la que el Tribunal tende deducir cuando afirma que "el Superior a quien le hubiere tocado revo oficiosamente o por apelación, un auto s libertad proferido por el funcionario in tigador, estaría impedido para calificar teriormente el mérito del sumario". La

no ha hecho esa afirmación ni podría hacerla porque ello implica un desconocimiento absoluto de la ley.

te Suprema de Justicia —Sala de Casación Pe-al— Bogotá, septiembre doce de mil novecien-os cuarenta y siete.

agistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

n providencia de agosto veintiuno de mil no-ientos cuarenta y siete el Tribunal Superior del trito Judicial de Buga, declaró infundado el edimento manifestado por el doctor Cayetano gifo Illera, para conocer del negocio que se lanta contra Carlos Rómulo Cruz Roldán, por delitos de falsedad en documentos, abuso de fianza y otras defraudaciones; y ordenó remi-el negocio a esta Entidad para que se dé cum-niento a lo dispuesto por el artículo 74 del C. P. P.

Impedimento

l Magistrado Rengifo Illera invoca como cau-de impedimento la del numeral 4º del art. 73 Código de Procedimiento Penal, que dice:

Haber sido el Juez o Magistrado apoderado o ensor de alguna de las partes, o contraparte de lquiera de ellas, o haber dado consejo o ma-stado opinión sobre el asunto materia del pro-o".

n auto de junio 7 de 1947, dictado por el Ma-rado Rivera, negó el impedimento, y acogió esis expuesta —por la Corte— en auto de julio de 1946, en el cual se considera como causal de edimento, no sólo la opinión emitida fuera de función jurisdiccional, sino también la opinión resada por funcionarios en autos que preceden sentencia como el auto de proceder, y dijo:

Si las providencias a que alude el señor Magis-lo hicieran relación al auto de vocación a jui-sí era jurídico el impedimento alegado y via-ubicarlo en la causal 4ª del artículo 73 del C. P. Penal. Ya tratándose del auto de proceder pinión emitida por el Juez o Magistrado sí es damental, y por ello el impedimento se hace ifiesto".

omo el impedimento fue resuelto por uno solo os magistrados, la Sala ordenó volver el nego-para que se calificara en forma legal.

En auto de agosto 6 de 1947, el Magistrado Rivera afirma: no ser aplicables en la calificación de los impedimentos en el ramo penal, las disposiciones de los artículos 442 y 70 del C. J., porque el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal determina expresamente que del impedimento conoce y falla el Magistrado que le sigue en turno.

Posteriormente el Tribunal en auto de agosto 7 de 1947, no aceptó el impedimento manifestado por el doctor Rengifo Illera, por razones distintas a las que se dejan transcritas, modificó su pensamiento porque, en su concepto, el impedimento del art. 73, numeral 4º del C. de P. P., sólo hace referencia a la opinión emitida fuera de la función jurisdiccional.

Se considera:

Dice el artículo 75 del C. de P. P. en su parte pertinente: "Cuando el impedimento o recusación se refiere a un Magistrado, **conocerá del asunto** el Magistrado de la misma Sala que le sigue en turno, si hubiere necesidad de completar la Sala, se sorteará con-juez".

Esta disposición determina el Magistrado que debe conocer del negocio después de **fallado el incidente,** por esto dice: que cuando falte alguno de los Magistrados se sorteará con-juez para integrar la Sala de Decisión que debe conocer del asunto (art. 44); pero el artículo, no determina qué Magistrado debe calificar el impedimento o recusación; y si éste se resuelve con anuencia de los Magistrados restantes de la Sala, o por decisión de uno solo de ellos, por consiguiente, para suplir esa deficiencia y llenar el vacío de la ley, hay que aplicar las disposiciones del C. J. por mandato expreso del art. 7º del C. de P. P.

El art. 442 del C. J. ordena que del incidente de recusación de un Magistrado conocen los demás que forman la Sala respectiva, o sea, "los dos que le siguen en turno al ponente, según el art. 70 del mismo Código", es decir, que el auto que califica el impedimento por mandato de la ley, lo dictan los dos Magistrados que integran la Sala de aquél que se declara impedido y no uno solo de ellos. Si el Código de Procedimiento Penal hubiera determinado en forma clara el funcionario que debe fallar el impedimento o recusación, naturalmente que no se podrían aplicar las disposiciones que rigen a los juicios civiles.

La Corte en la interpretación del numeral 4º del art. 73 del Código de Procedimiento Penal,

acepta como causal de impedimento el hecho de que el Juez o Magistrado haya manifestado su opinión en providencia de fondo, distinta de aquella del numeral 7º, cuando con posterioridad a dicha providencia el mismo funcionario, revestido de una dignidad jerárquica de superior categoría, tiene que conocer del negocio en segunda instancia.

Las razones que sirven de base a la anterior afirmación, fueron expuestas por la Sala en auto de marzo 22 y julio 7 de 1946, pero independientemente de esas consideraciones, existe otra de orden jurídico y conveniencia social, que se deriva del principio de las instancias en el proceso penal.

Quien apela de un negocio pretende que el superior revise la providencia del inferior, para saber si ella está o nó de acuerdo con la ley y así confirmarla o revocarla. No se cumpliría una de las finalidades del recurso, si el Juez o Magistrado que debe fallar el negocio en la **segunda instancia,** es el mismo funcionario que con anterioridad a la interposición de la apelación dictó el correspondiente auto de proceder y emitió concepto sobre temas referentes a la imputabilidad o responsabilidad del procesado. Quien emite opinión sobre puntos tan fundamentales del proceso, en cierto modo se vincula a sus conceptos y es casi difícil que se aparte de ellos, cuando por circunstancias especiales —ascenso en la rama jurisdiccional— tenga que revisar sus providencias dictadas como funcionario de **primera instancia.** En estos casos, para tutelar los derechos del procesado y evitar cualquier sospecha de parcialidad contra el Juez o Magistrado debe admitirse el impedimento, ya que el estudio del negocio en las dos instancias por distintos funcionarios constituye una de las mejores garantías para los intereses del procesado y de la sociedad.

El impedimento se funda en el hecho de haber dictado el auto de detención, pero la opinión que se expresa en esa decisión, no es definitiva ni vincula el resultado final del juicio a los puntos de vista expuestos en esa providencia; esa situación puede cambiar, y los motivos o razones que vieron de base al auto de detención pueden d litarse, o perder su valor inicial por los nue elementos de prueba que se alleguen al proc en tal forma que el estudio de ellos lleve a la c clusión de su revocatoria; entonces, esa opir —la del auto de detención— no implica un c cepto de fondo sobre la apreciación definitiva los elementos del delito y por consiguiente, puede invocarse como causal de impedimento.

El impedimento que hoy estudia la Sala no c prende al Juez o Magistrado que pronuncia el a de detención, sino a aquellos funcionarios que tan providencias de fondo y que posteriorme adquieren dentro de la rama jurisdiccional puesto de mayor categoría, y por tal motivo tie que conocer del negocio en **segunda instancia.** E es el pensamiento consignado por la Corte en providencias a que antes se hizo mención; y nc que el Tribunal pretende deducir cuando afir que "el Juez Superior a quien le hubiere toc revocar, oficiosamente o por apelación, un auto bre libertad proferido por el funcionario inve gador, estaría impedido para calificar poster mente el mérito del sumario". La Sala no ha cho esa afirmación ni podría hacerla porque implica un desconocimiento absoluto de la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Casación Penal—, administrando justicia en nc bre de la República y por autoridad de la DECLARA infundado el impedimento manifes do por el Magistrado Cayetano Rengifo Illera, consecuencia debe seguir conociendo del nego que por falsedad en documentos, abuso de c fianza y otras defraudaciones se adelanta con Carlos Rómulo Roldán.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bru Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jimér Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., S

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

El impedimento de un Magistrado de Tribunal, lo mismo que la recusación, deben resolverlo los dos Magistrados restantes de la misma Sala, según lo ordena el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por mandato del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Ordena ese artículo que el incidente de recusación —y lo mismo cabe decir del de impedimento— conozcan "los demás (Magistrados) que forman la Sala respectiva", esto es, "los dos que le siguen en turno" al ponente, según el artículo 70 del mismo Código.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en providencia de agosto primero del presente año, calificó el impedimento por el Magistrado doctor Carlos Alberto Olano, para conocer del negocio que por **varios delitos** se adelanta contra **Noe Puerto, Luis Fernando Segura, Tomás Cárdenas y otros,** impedimento que se funda en el artículo 73 numeral 7º del Código de Procedimiento Penal.

Se considera:

El impedimento fue calificado por uno solo de los Magistrados que componen la Sala de Decisión del Tribunal, por lo cual la Corte —Sala Penal—, no tiene jurisdicción para revisar el auto que resuelve el incidente.

"El impedimento de un magistrado de Tribunal, lo mismo que la recusación, deben resolverlo los dos Magistrados restantes de la misma Sala, según lo ordena el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por mandato del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Ordena ese artículo que el incidente de recusación —y lo mismo cabe decir del de impedimento— conozcan "los demás (Magistrados) que forman la Sala respectiva", esto es, "los dos que le siguen en turno" al ponente, según el artículo 70 del mismo Código".

—

"Decidir un impedimento o recusación constituye una resolución interlocutoria (artículo 156, ordinal 2º del C. de P. P.) y los autos interlocutorios en materia penal no pueden ser dictados en los Tribunales sino en la Sala de Decisión (art. 161 ibidem), Sala que se compone del "ponente y los dos que le siguen en turno" (artículo 70 del C. J.), con la salvedad ya indicada de que estos incidentes deben ser resueltos en Sala Dual, según el precepto antes invocado del Código de Procedimiento Civil, (auto de 12 de diciembre de 1945)".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de conocer del auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, con fecha primero de agosto del presente año y ordena devolver el presente negocio para que se califique el impedimento en la forma que se deja expuesta en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

APLICACION DE LAS PENAS

Puede decirse —afirma Carnelutti— que el Derecho Penal, como política o como ciencia, está sobre todo dominado por la dificultad de este problema: el eterno contraste entre la individualización y la desindividualización de la pena. Y a la aplicación adecuada de éste convergen todas las escuelas desde sus diversos puntos de vista, pero todos mirando a que sea justa o proporcional, concepto éste último demasiado relativo, porque bien puede referirse a la gravedad del delito (escuela clásica), o al deber violado (teoría de Rossi), o a la SPINTA criminosa, (teoría de Rogmanossi), o a la temibilidad del delincuente (teoría de Garófalo). Fue este autor quien hizo el primer ensayo de un Código Penal positivista, aun cuando en realidad en el siglo XX el primer Código oficial de estas tendencias que se expidió fue el Noruego de 1902, que traía como una novedad para el ambiente de estudio del medio europeo, la aplicación en ciertos casos de la sentencia indeterminada. Pero la temibilidad no es otra cosa que la consecuencia de la peligrosidad, y en ello consistió la crítica que se hizo a la teoría de Garófalo. Porque una persona es temible, ya que, según el ejemplo que presenta Rocco, citado por el tratadista Eugenio Gómez, se puede temer a quien no es capaz de dañar y se puede ser capaz de dañar sin ser temido. Es decir, que la peligrosidad, como hecho que da lugar a individualización de la sanción criminal, debe ser objetiva y no potencial, concreta y no abstracta, actual y no futura.

Si el delito no es más que la acción de un hombre y por eso constituye la expresión psíquica de la personalidad del delincuente, resumen de ella y casi su símbolo vivo, hasta el punto de que interesa no sólo la actividad consciente sino también la actividad inconsciente de quien lo realiza, no es posible —dice Ferri— que la justicia penal se ocupe del delito considerando al delincuente como un hombre al que el Juez debe aplicar un artículo del Código Penal y a quien el ejecutor de la condena le señala el número de una matrícula carcelaria.

El delito debe considerarse A PARTE SUBJECTI, o sea, fijando la atención en el hombre que la comete. Y a la conclusión judicial debe preceder un detenido estudio de la prueba psicológica, que es el cuarto presupuesto de todo juicio penal, para que no haga más carrera la diatriba de que la jurisprudencia y la aritmética penológica convierten al Juez en burócrata, destruyen su conciencia técnica y reemplazan la balanza de la justicia, que es el símbolo de la distribución, por una cómoda regla de cálculo.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, octubre tres de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Cali recurrió en casación contra la sentencia de la Corporación nombrada, de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, en la cual se condenó a **Ricardo María Villada Rivera** a la sanción principal de doce años de presidio, como responsable de haberles dado muerte a Juan María Caicedo y a José María Mosquera, según declaración del Jurado, el que reunido en audiencia pública el 6 de diciembre de 1945 contestó afirmativamente, pero especificando que se trataba de homicidios simples ("sin características de asesinato") estas dos cuestiones que le propuso el Juez de la causa (1º Superior de Cali):

"¿El acusado Ricardo María Villada, es responsable de haber dado muerte al señor Juan María Caicedo, por medio de siete heridas, con arma cortante, la más grave de las cuales situada en la región pectoral izquierda, de 17 centímetros de longitud, dirigida en dirección paralela al eje del

cuerpo, que seccionó desde la tercera hasta la sexta costilla, inclusive, penetrando a la cavidad toráxica y que fue a herir el corazón en su ventrículo izquierdo, sobreviniendo una grave hemorragia; acto que ejecutó el acusado con sevicia y alevosía, por hallarse la víctima indefensa; hecho que tuvo lugar en la hacienda de "La Castilla", Municipio de Pradera, el día cinco (5) de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944)?".

"¿El acusado Ricardo María Villada, es responsable de haber dado muerte al señor José María Mosquera, por medio de cinco (5) heridas, con arma cortante, una de ellas penetrante en la línea media toráxica, de doce centímetros de longitud, de arriba a abajo, que abrió la aurícula y ocasionó grave hemorragia; acto que ejecutó el acusado con sevicia y alevosía, por hallarse la víctima indefensa; hecho que tuvo lugar en la hacienda de "La Castilla", municipio de Pradera el día cinco (5) de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944)?".

En el escrito que para sustentar el recurso presentó el señor Fiscal, escrito que ha sido calificado de ineficaz por el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien dice que "no alcanza a reunir los requisitos de una demanda de casación", invoca la causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y en él se descubre que el fin perseguido por el recurrente no ha sido otro que el de lograr una sanción menos benigna que la impuesta al reo. Aspiración que, por encontrarla la Procuraduría "plausible y justiciera", la ha determinado a coadyuvar la solicitud, ampliando la demanda.

Sostiene el demandante (Procurador Delegado) que el Tribunal incurrió en errónea interpretación de la ley penal, por cuanto al adaptar la sanción al delincuente hizo caso omiso de los elementos mensuradores previstos en el artículo 36 del Código Penal, pues omitió apreciar la gravedad y modalidades de los hechos delictuosos, los motivos determinantes y la personalidad del acusado, todo lo cual llevó al Tribunal sentenciador a imponer una medida represiva que no está de acuerdo con la defensa social.

Para llegar a la conclusión de que la sentencia viola la ley penal, en sus artículos 33, 36 y 37 en relación con el 362, emprende un estudio a fondo del caso, empezando por hacer el relato del hecho, para luégo considerar su gravedad, los motivos determinantes del infractor, la personalidad de éste, y, al final, señalar los vacíos y vicios de la sentencia en punto tan importante como el de la individualización de la pena.

En cuatro capítulos divide el señor Procurador su estudio, y de ellos ofrece la Sala la siguiente síntesis:

El hecho. — Consta en el proceso que el cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro jugaban a los dados, en la hacienda "La Castilla", situada en el Municipio de Pradera, Departamento del Valle del Cauca, varios trabajadores de esa hacienda. Uno de los jugadores era Ricardo María Villada, y su contendor respondía al nombre de José María Mosquera. Este le ganó un peso a aquél (Villada), quien pretendía compensar la deuda con otro peso que Mosquera le debía. Pero Mosquera no accedió, y esto fue bastante para que Villada, echando afuera de la cubierta su machete, lo blandiera enfurecida y mortalmente contra Mosquera y alcanzara a Juan María Caicedo, espectador que no tomó parte alguna en el incidente.

De las varias declaraciones de testigos presenciales, destaca el señor Procurador la de Daniel Ortiz, que dice así:

"...yo penetré a la citada pieza, que es o forma parte del campamento para los obreros... Allí en la misma pieza se encontraban Ricardo Villada, José María Mosquera, quienes se encontraban jugando dado. Se encontraban también unos individuos más a quienes no los distingo por sus nombres. Estando yo allí observando, recuerdo que hubo una pequeña conversación entre los dos últimamente citados, porque Mosquera le ganó a Villada un peso y entonces éste le manifestó a aquél que se lo dejara en pago del que le debía. Mosquera le manifestó que no se lo dejaba porque no tenía plata, pero que tan pronto como la tuviera le saldaría; enseguida el agresor volvió a manifestarle a Mosquera que le dejara aunque cincuenta centavos, pero éste se negó. Estando en estas cuestiones recuerdo igualmente que Villada me invitó a que jugara con él. Yo me abstuve manifestándole que no sabía. Pero debo aclarar que éste me invitó a jugar porque cuando yo entré me puse a tirar los dados sobre la cama y entonces Mosquera le dijo a Villada que yo no sabía jugar sí echaba suertes y que él (Mosquera) que sabía jugar era tan desgraciado que no era capaz de echarlas. Dejo constancia que cuando Villada me invitó a que jugara con él, Mosquera lo miró con malos ojos, cosa que igualmente hizo.

aquél para con éste y fue precisamente en ese momento y sin que mediara palabra alguna, que el agresor desenfundando la peinilla que portaba en la cintura la descargó contra Mosquera. Después de que le dió el primero o primeros machetazos a Mosquera recuerdo que el agresor decía estas textuales palabras: **"tiren hijos de puta, tiren"**. Después de haberle dado el primer machetazo a Mosquera, el sindicado sacó el machete por el lado donde yo estaba y siempre me alcanzó a herir sobre la rodilla del lado izquierdo, a un lado de la pantorrilla". (Presenta el ofendido una pequeña herida muy insignificante). En vista de que yo me dí cuenta de la ferocidad del sindicado, inmediatamente salí de la pieza y corrí hacia la oficina de la administración y dí cuenta del hecho en la oficina de la hacienda. Cuando yo me retiré ví que el muerto estaba en la pieza, pero todavía no había sufrido herida alguna, pues Caicedo se encontraba al lado de la cama de donde los nombrados se encontraban jugando. Ya cuando regresé y que había venido más gente ví que Juan María Caicedo ya era cadáver y había caído a poca distancia de la pieza en donde se realizaron los acontecimientos".

Es preciso advertir que por la mala redacción de lo declarado por Ortíz parece que aludiera a Mosquera cuando dice aquello de que **el muerto todavía no había sufrido herida alguna.** Pero se está refiriendo a Caicedo. Es decir, que él vió cuando Villada acometió e hirió a Mosquera mortalmente, pero no cuando hizo lo mismo —igualmente probado por otras declaraciones— con Juan María Caicedo.

Gravedad de los homicidios. — Estima el señor Procurador que el delito por el cual respondió y fue vencido Ricardo María Villada es muy grave, aun dentro de su categoría de simplemente voluntario, por estos motivos:

"De acuerdo con la autopsia practicada por los señores médicos legistas de Cali, cada una de las víctimas del homicidio tenía una edad aproximada de veintidós años y eran de buena constitución física. Además, está probado que los ofendidos trabajaban en el establecimiento industrial o hacienda de propiedad del doctor Hernando Caicedo.

"Con lo cual se quiere significar que los delitos cometidos en esos trabajadores, cegó dos vidas jóvenes y privó a la industria colombiana de su eficaz contingente. En esta forma, la sociedad sufrió un menoscabo efectivo en dos ciudadanos que le eran útiles.

Y este perjuicio social es bien distinto del daño individual que las muertes de Mosquera y Caicedo causaron a sus familiares; pues aquél mira directamente a los intereses colectivos; y éste a la indemnización de los perjuicios particulares ocasionados a los parientes de las víctimas, los cuales se hacen efectivos, por la vía civil. El daño inmediato de las infracciones de que aquí se habla, es pues, perfectamente separable; de un lado el perjuicio social; de otro, el perjuicio particular. El primero, como determinante de un aumento de la sanción; y el último como fuente de indemnización civil.

"Y en lo atinente al daño político o alarma social, cabe decir que la forma inusitada e injusta como Villada atacó y dió muerte a Mosquera y a Caicedo, produce naturalmente un vivísimo sentimiento de intranquilidad entre los ciudadanos, especialmente en aquella agrupación de gentes a que pertenecía el agresor y las víctimas, ya que sienten disminuída su propia seguridad. Y para establecer ese daño público no es indispensable una demostración especial en el proceso, porque la existencia misma de los hechos criminosos y sus particularidades objetivas y subjetivas que los rodearon, dan la resultante lógica de los graves trastornos colectivos suscitados en el conglomerado social".

Motivos determinantes. —¿Qué impulsó a Ricardo Villada a darle muerte a Mosquera y a extender su acción criminal a quien presenciaba pacíficamente el desarrollo de los lances que el azar iba marcando en la pieza de la hacienda en donde jugaban los dos primeramente citados? "La pérdida de un peso". Esto fue lo que armó el brazo de Villada, afirma el señor Procurador, quien agrega:

"Así ocurridos los delitos, es innegable que hay una gran desproporción entre las causas que prendieron en el alma de Villada el fuego de la ira y los efectos que ésta produjo; desproporción que hace fútil el motivo determinante, al tenor del artículo 37, numeral 3º del Código Penal".

Personalidad del delincuente.—La personalidad de Ricardo María Villada, quien sólo contaba veintitrés años de edad cuando ejecutó los homicidios, queda trazada en el proceso con rasgos muy precisos. Allí aparece como individuo de muy escasas reservas morales y de tendencias que se desbocan fácilmente, libres de ese freno

regulador que constituye su control y su gobierno en el tipo medio del hombre.

Tal lo que ocurre con los homicidios cometidos por Villada, afirma el señor Procurador.

"La forma —dice— vertiginosa, tumultuaria" (sic) "y sin motivo adecuado" (sic) "como se llenó de ira cuando el juego de dados le fue adverso y perdió un peso, y el acometimiento ciego y fulminante que lo invadió, atacando sin control alguno a José María Mosquera y especialmente a Juan María Caicedo —simple espectador—, son extériorizaciones muy elocuentes de que se trata de un sujeto de extrema impulsividad que reacciona desmesuradamente ante un estímulo pequeño, causando los más graves daños contra la persona. Y esa dinámica fácil y destructora, nacida de su temperamento, bien puede entonces estimarse como una de aquellas que caracterizan a las personalidades primitivas, que constituyen un máximo de peligrosidad social".

Crítica a la sentencia.—Vistas las especiales circunstancias de gravedad que rodearon los homicidios y la **indiscutible peligrosidad** (textual) de su autor, sostiene el demandante que no puede admitirse el benigno aumento de cuatro años que hizo el Tribunal a la pena base (ocho) para reprimir la conducta antisocial de Ricardo María Villada.

Hace hincapié en lo que traduce el sistema de la acumulación jurídica, que tiende a corregir los defectos del cúmulo material de sanciones y a hacer de la aplicación de ellas algo más acorde con la función represiva del Estado contra la delincuencia, de tal suerte que consulte al mismo tiempo las necesidades de la defensa social y las condiciones personales del delincuente. Porque —añade, citando a Impallomeni— el concurso de delitos no es una causa de disminución de la cantidad de la pena que corresponde a cada uno de ellos, sino que es el resultado de la unificación de los distintos hechos punibles en una responsabilidad penal única y progresiva, en donde el daño social es mayor. Lo que se persigue con aquel sistema (acumulación jurídica), implantado en el Código Penal colombiano a partir del año de 1938 —mes de julio— es que la pena que se imponga en esos casos de concurso real, no traspase nunca cierto límite o, mejor, que no resulte igual a la suma (acumulación material) de las penas establecidas por la ley para cada delito, procediendo el Juez como si los hechos criminosos los hubiesen ejecutado varias personas.

Cree, finalmente, que debe conservarse la pena base (ocho años de presidio) fijada por el Tribunal, pero aumentada en siete años más por el segundo delito, en lugar de los cuatro señalados en la sentencia, cuya invalidación pide en tal sentido.

Se considera:

Puede decirse —afirma Carnelutti— que el derecho penal, como política o como ciencia, está sobre todo dominado por la dificultad de este problema: el eterno contraste entre la individualización y la desindividualización de la pena. Y a la aplicación adecuada de ésta convergen todas las escuelas desde sus diversos puntos de vista, pero todos mirando a que sea justa o proporcional, concepto este último demasiado relativo, porque bien puede referirse a la gravedad del delito (escuela clásica), o al deber violado (teoría de Rossi), o a la **spinta** criminosa (teoría de Romagnossi), o a la **temibilidad** del delincuente (teoria de Garófalo).

Fue este autor (Garófalo) quien hizo el primer ensayo de un Código Penal positivista, aun cuando en realidad, en el siglo XX el primer Código oficial de estas tendencias que se expidió fue el noruego de 1902, que traía como una novedad para el ambiente de estudio del medio europeo, la aplicación en ciertos casos de la sentencia indeterminada.

Pero la temibilidad no es otra cosa que la consecuencia de la peligrosidad, y en ello consistió la crítica que se hizo a la teoría de Garófalo. Porque una persona es temible en cuanto es peligrosa; no es peligrosa porque sea temible, ya que, según el ejemplo que presenta Rocco, citado por el tratadista Eugenio Gómez, se puede temer a quien no es capaz de dañar y se puede ser capaz de dañar sin ser temido. Es decir, que la peligrosidad, como hecho que da lugar a la individualización de la sanción criminal, debe ser objetiva y no potencial, concreta y no abstracta, actual y no futura.

Si el delito no es más que la acción de un hombre y por eso constituye la expresión psíquica de la personalidad del delincuente, resumen de ella y casi su símbolo vivo, hasta el punto de que interesa no sólo la actividad consciente sino también la actividad inconsciente de quien lo realiza, no es posible —dice Ferri— que la justicia penal se ocupe del delito considerando al delincuente como un hombre al que el Juez debe aplicar un artículo del Código Penal y a quien el ejecutor

de la condena le señala el número de una matrícula carcelaria.

El delito debe considerarse **"a parte subjecti"**, o sea, fijando la atención en el hombre que la comete. Y a la conclusión judicial debe preceder un detenido estudio de la prueba psicológica, que es el cuarto presupuesto de todo juicio penal, para que no haga más carrera la diatriba de que la jurisprudencia y la aritmética penológica conviertan al Juez en un burócrata, destruyen su conciencia técnica y reemplazan la balanza de la justicia, que es el símbolo de la distribución, por una cómoda regla de cálculo.

En la sentencia acusada se lee:

"Considera la Sala que el señor Juez **a quo** calificó en grado" (sic) "mínimo la responsabilidad de Villada Rivera, en atención a las circunstancias de menor peligrosidad que obraban en su favor; pero no tuvo en cuenta al aplicar la sanción que se trataba de un concurso material de delitos, y que según el artículo 33 del Código Penal la sanción aplicable es la establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto. El señor Juez **a quo** no usó la facultad discrecional que le señalaba la disposición nombrada, sino que le fijó al reo la pena de ocho años de presidio para cada uno de los homicidios... La Sala considera que si el procesado Ricardo María Villada Rivera es de buenos antecedentes y si ha merecido que su acto se califique en grado" (sic) "mínimo, no es posible aumentar la sanción por el segundo delito hasta en otro tanto, sino en una parte proporcional. Y tal parte proporcional es la de cuatro años, por el segundo delito".

No hay allí, en el fragmento transcrito, que es la parte expositiva de la sentencia, examen alguno de la personalidad del infractor, ni de los motivos determinantes del mismo. Y en punto a gravedad del delito se advierte el error de menospreciarla porque el Jurado eliminó de la pregunta lo que le daba al hecho carácter de asesinato (alevosía y sevicia). O sea, que el Tribunal cree que un homicidio es grave solamente cuando en su ejecución predomina uno o más de los elementos del artículo 363 del Código Penal. Nó; cada delito, en su integración autónoma, puede ser grave o no ser grave. Definir los delitos por la gravedad de la pena implica desprecio por la especie humana, ha dicho algún autor, y una gran propensión al despotismo en todo, aun en lo moral. Es la naturaleza intrínseca de la infracción lo que interesa y lo que debe servir de punto de mira o de apreciación al juzgador. Porque la gravedad no depende de la escala legal únicamente, y por eso la individualización dosimétrica es una de las aberraciones que ha sido afortunadamente recogida de la nueva ley penal.

Que los homicidios cometidos por Villada Rivera revistieron gravedad, dentro de su fisonomía de simplemente voluntarios, lo sostiene y demuestra el demandante (Procurador Delegado), y sobre ello no es necesario insistir, porque el cargo es atendible.

Que los motivos determinantes fueron fútiles, es igualmente algo no sometible a discusión. A la avidez por el dinero obedeció el impulso homicida, sin otro estímulo de más elevado linaje.

Es claro que no puede adoptarse un criterio general en estos casos, porque una suma o cantidad monetaria que es insignificante para una persona resulta cifra de importancia decisiva para otra, y hay que recordar que el hombre está a veces más dispuesto a defender su economía que su vida, y va a aquellos trances en ocasiones con más coraje que cuando se trata de reaccionar ante quien atenta contra su integridad física.

Mas en los sucesos de "La Castilla", del 5 de octubre de 1944 no se trataba de defender los intereses legítimos, pues Mosquera no estaba atentando contra los de Ricardo Villada, ni menos Caicedo, espectador ajeno a las causas de los sentimientos de Villada, quien al actuar como lo hizo, en frente de una circunstancia común y corriente en accidentes de azar, reveló agresividad, capacidad criminal, personalidad pronta a desenfrenarse y correr por los caminos del delito ante el más exiguo acicate.

Con lo cual quiere decir la Sala que está fundada la demanda y que habrá que invalidar la sentencia impugnada, con la observación de que es precisamente la pena base (ocho años) la que está mal deducida, pues teniendo en cuenta los factores que acaban de mencionarse, no debió aplicarse en su mínimo la sanción del artículo 362 respecto de uno de los delitos, para luégo —con igual criterio— hacer el aumento que demandaba el concurso real.

En consecuencia, la pena base quedará en diez años, y a ella debe aumentarse cinco años por la otra infracción.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nom-

bre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada el treinta y uno de agosto del año próximo pasado, en el sentido de declarar que la sanción principal a la cual se condena a **Ricardo María Villada** como responsable de los homicidios cometidos el cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, es la de quince años de presidio, y con la advertencia de que la accesoria de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas es por ese mismo tiempo.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

RECUSACION

La amistad, como la enemistad son sentimientos recíprocos, que se cultivan mutuamente, bien atando con más fuerza los lazos de cariño o ahondando en las raíces del odio. Pero no siempre los grados guardan correspondencia, porque se puede querer mucho a quien ama poco —y esto es lo que generalmente ocurre— y aborrecer a quien guarda rencor alguno por la persona que experimenta esa aversión. Y cuando esos fenómenos humanos se trasladan al plano de la administración de justicia como motivos de recusación o de impedimento, su estimación es más delicada y es preciso demostrar —por parte de quien los alega— no sólo su existencia sino que la amistad es íntima o que la enemistad es grave. Demostración que no puede quedar al capricho del interesado. De otro modo le bastaría a un litigante, no conforme con la decisión de un funcionario público, recusarlo invocando enemistad, por ejemplo, por lo desacertado de la providencia y no porque lo fuera realmente sino porque así lo estimara desde su personal punto de vista. Y no es necesario señalar las consecuencias de semejante procedimiento, si se admitiera. Equivaldría a la implantación de una teoría de superlativa inmoralidad, si ya no fuera absurda de por sí. Sería erigir en causal de impedimento el empleo de la doctrina o la ley cuando no cuadrara a los intereses de una parte. Valdría para pregonar esta extravagante tesis: se puede acusar a quien falla sin conformarse a los puntos que el recusante sostenga. Enojarse con el juez porque resolvió algo que contraría los anhelos de quien esperaba una solución distinta, no es de buen recibo en el campo profesional, pero, al fin, es frecuente y se explica. Pero hacer de ello un motivo de recusación, ni es corriente, por fortuna, ni se entiende, ni se explica, ni puede admitirse. No puede, ni debe admitirse tal pretexto para separar a un funcionario del conocimiento de un determinado asunto, porque entonces no tendrían razón de ser los recursos que la ley establece contra las providencias que la aplican mal. Esto en el caso de que se trate de esa posibilidad, es decir, que la crítica sea razonada y que induzca a la creencia de un error monstruoso con la circunstancia de que al atender a ese motivo se estaría por adelantado emitiendo un juicio o fallando sin competencia una causa.

Conceder como apoyo válido de recusación de un funcionario el desacuerdo entre las pretensiones del procesado o de quien lo represente, del litigante (demandado o demandante) en un proceso civil, y las conclusiones del auto o de la sentencia que aquél dictó, sería algo tan insólito en la administración de justicia, que no es necesario detenerse en su ponderación.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, octubre diez de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Radicado en el Distrito Judicial de Bucaramanga (Resolución Ejecutiva Nº 242 de 5 de diciembre de 1946) el proceso adelantado en Pereira contra el señor Leonidas Alzate López, por el delito de abuso de confianza, y estando pendiente una solicitud de reposición respecto de la providencia del Tribunal Superior de Pereira que decidió del recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juez Superior del Distrito mencionado, por medio de la cual se calificó el mérito de la investigación, el Tribunal Superior de Bucaramanga, con fecha primero de agosto de este año, resolvió, previa revocatoria de la decisión del Tribunal de Pereira:

"1º **Confírmase** el auto de proceder dictado por el señor Juez Superior de Pereira, contra el señor Leonidas Alzate López, por el delito de abuso de

confianza en bienes del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., cometido entre el 7 de septiembre de 1933 y el 22 de diciembre de 1941; 2º **Confírmanse** los sobreseimientos definitivos dictados en favor de Antonio Mejía G. y Bernardo Londoño G.; y 3º **Revócase** el punto quinto del auto apelado, y en su lugar se cancela y revoca el beneficio de libertad con fianza de que está gozando el procesado señor Leonidas Alzate López...".

Este auto aparece firmado por los Magistrados Elberto Téllez Camacho, Domingo Arenas Serrano y José J. Amaya, constituídos en Sala Penal, pues el Tribunal de Bucaramanga es Promiscuo.

El auto anterior fue notificado personalmente el cuatro de agosto al señor Fiscal de la Corporación, al apoderado de la parte civil, doctor Jorge Ordúz Ardila, y al apoderado de Bernardo Londoño, doctor Joaquín Fonrodona Suárez. Y el mismo cuatro de agosto se notificó por estado a las demás partes.

Con fecha seis de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, el procesado Leonidas Alzate López dirigió un memorial al Tribunal Superior de Bucaramanga, confiriéndole poder al doctor Pablo Alzate Fernández para que lo represente como defensor en "el juicio".

Dos días después (8 de agosto) el doctor Pablo Alzate Fernández toma posesión de su cargo y pide que se declare la prescripción de la acción penal.

Pero al día siguiente —9 de agosto— el ya nombrado defensor de Leonidas Alzate López prefirió, de manera inesperada y como medio más seguro y de más fulminantes resultados, introducir al debate, que se desarrollaba normalmente, un pliego de cargos contra los Magistrados, doctores Téllez Camacho, Arenas Serrano y Amaya, con el fin de alejarlos del conocimiento de un proceso en que venían actuando con las formalidades legales.

En ese escrito principia el recusador diciendo esto:

"...acabo de observar, con inmensa sorpresa, que en el auto del primero de los cursantes, terriblemente cuantitativo como para hinchar la medida y volumen del proceso, resultan expresa y manifiestamente violadas muchísimas disposiciones, tanto sustantivas como adjetivas, de los códigos Penal y Procesal".

Y más adelante agrega:

"Decir en la parte resolutiva del mencionado auto que se enjuicia y encarcela al procesado en nombre de la **República y por autoridad de la ley,** es tremenda ironía de la suerte contra quien defiendo, si hacemos real cuenta que en el cuerpo del auto son violadas las mismas leyes que se invocan, descabaladas las pruebas favorables al procesado y acogidas solamente las aducidas por Consorcio, e indebidamente aplicadas muchas disposiciones".

De ahí, de esa crítica global, que no contiene ningún fundamento, que está por completo desprovista de razones, parte el recurrente para arrojar la sugerencia que enmarca en el siguiente párrafo:

"¿Por qué esa interpretación tan afirmativamente unilateral? Sólo la amistad íntima con el doctor Jorge Ordúz Ardila quien por su refinada pulcritud, su cultura y preparación, todo lo merece, máxime que él es una de las más brillantes inteligencias de este lugar. **Sólo la amistad íntima con éste mi compañero de aulas durante cinco años me dá fundado temor de las futuras providencias tomadas por Uds.**" (Se ha subrayado).

Escalonada así la recusación, concluye su proponente:

"Este es uno de los motivos de mi formal recusación. Además, soy profesional y soy humano: en el primer caso hago defensa agotando todos los recursos legales; en el segundo no puedo menos de sentir y sufrir grave enemistad con Uds, y así es verdad como les presente" (sic) "un eficaz principio de prueba de la grave enemistad naciente entre nosotros y que posiblemente durará por mucho tiempo. Es decir, les estoy acompañando una prueba del denuncio que elevé ante el señor Ministro de Justicia en esta misma fecha. Mañana juraré los cargos y daré ampliación de mi querella".

La respuesta al memorial de recusación, respuesta suscrita por los Magistrados Téllez Camacho, Arenas Serrano y Amaya, a quienes iba dirigido, dice textualmente:

"Respecto de los hechos a que se refiere el anterior memorial de recusación, los suscritos Magistrados recusados declaran, para los fines indicados en el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal, que no los aceptan porque no son verdaderos".

"El suscrito Téllez Camacho apenas conoce al doctor Jorge Ordúz Ardila desde hace unos tres meses, al venir a esta ciudad a tomar posesión de su cargo de Magistrado del Tribunal de Bucaramanga y no ha tenido oportunidad de trabar amis-

tad con el doctor Ordúz, y muchísimo menos amistad íntima. Apenas existen entre los dos las relaciones de dos personas bien educadas, recientemente presentadas o relacionadas.

"Los suscritos Amaya y Arenas son conocidos con el doctor Ordúz Ardila desde hace bastante tiempo, y tienen con él relaciones de amistad, pero no íntima. Precisamente por eso no se declararon impedidos para conocer del negocio a que se refiere el recusante, pues ni son de los Jueces que fallan por amistad o enemistad con las partes en litigio, ni la amistad que tienen con el doctor Ordúz asume el grado de intimidad que la ley exige para crear impedimento".

"En cuanto a la enemistad con el doctor Alzate Fernández manifiestan los suscritos Magistrados no conocerlo siquiera, como tampoco a su representado señor Alzate López. Lo que del anterior memorial se deduce es el anuncio o amenaza de una enemistad con los Magistrados, posterior al auto dictado por ellos en este proceso y que revocó el pronunciado por el Tribunal de Pereira. No saben los suscritos si esa enemistad, que se les anuncia como de vida perdurable, será grave o capital, porque de ella debe responder el señor Alzate, único afectado por ella.

"Declaran, pues, los suscritos, que no tienen amistad íntima con el doctor Ordúz Ardila ni hasta ahora se sienten afectados en ninguna forma por la enemistad que les anuncia el doctor Alzate Fernández".

O sea, que los funcionarios que dictaron la providencia del 1º de agosto de 1947 no reconocen estar impedidos, por cuanto ni tienen amistad íntima con el apoderado de la parte civil, doctor Ordúz Ardila, ni enemistad de ningún género o grado con el doctor Pablo Alzate Fernández. Y por eso le corresponde a esta Sala de la Corte resolver lo que sea legal en relación con el incidente de que se ha hablado, advirtiendo que solamente en las horas de la tarde de ayer pasaron al Despacho de quien aparece como ponente estas diligencias, pues el conjuez que reemplaza al Magistrado doctor Gutiérrez Anzola no se había posesionado.

La amistad, como la enemistad son sentimientos recíprocos, que se cultivan mutuamente, bien atando con más fuerza los lazos del cariño o ahondando en las raíces del odio. Pero no siempre los grados guardan correspondencia, porque se puede querer mucho a quien ama poco —y esto es lo que generalmente ocurre— y aborrecer a quien no guarda rencor alguno por la persona que experimenta esa aversión.

Y cuando estos fenómenos humanos se trasladan al plano de la administración de justicia como motivos de recusación o de impedimento, su estimación es más delicada y es preciso demostrar —por parte de quien los alega— no sólo su existencia sino que la amistad es íntima o que la enemistad es grave. Demostración que no puede quedar al capricho del interesado. De otro modo, le bastaría a un litigante, no conforme con la decisión de un funcionario público, recusarlo invocando enemistad, por ejemplo, por lo desacertado de la providencia, y no porque lo fuera realmente sino porque así lo estimara desde su personal punto de vista. Y no es necesario señalar las consecuencias de semejante procedimiento, si se admitiera. Equivaldría a la implantación de una teoría de superlativa inmoralidad, si ya no fuera absurda de por sí. Sería erigir en causal de impedimento el empleo de la doctrina o la ley cuando no cuadrara a los intereses de una parte. Valdría para pregonar esta extravagante tesis: se puede acusar a quien falle sin conformarse a los puntos que el recurrente sostenga.

Enojarse con el Juez porque resolvió algo que contraría los anhelos de quien esperaba una solución distinta, no es de buen recibo en el campo profesional, pero, al fin, es frecuente y se explica. Pero hacer de ello un motivo de recusación, ni es corriente, por fortuna, ni se entiende, ni se explica, ni puede admitirse. No puede, ni debe admitirse tal pretexto para separar a un funcionario del conocimiento de un determinado asunto, porque entonces no tendrían razón de ser los recursos que la ley establece contra las providencias que la aplican mal. Esto en el caso de que se trate de esa posibilidad, es decir, que la crítica sea razonada y que induzca a la creencia de un error monstruoso; con la circunstancia de que al atender a ese motivo se estaría por adelantado emitiendo un juicio o fallando sin competencia una causa.

Conceder como apoyo válido de recusación de un funcionario el desacuerdo entre las pretensiones del procesado o de quien lo represente, del litigante (demandado o demandante) en un proceso civil, y las conclusiones del auto o de la sentencia que aquél dictó, sería algo tan insólito en la administración de justicia, que no es necesario detenerse en su ponderación.

El doctor Pablo Alzate Fernández, expedida ya la providencia que confirma lo resuelto por el Juez Superior de Pereira, de un momento a otro, estando pendiente una solicitud que él mismo acababa de formularle al Tribunal Superior de Bucaramanga, presenta una recusación contra los Magistrados que la elaboraron y suscribieron, arguyendo que es equivocado lo resuelto y sugiriendo que ello se debió a la amistad de los miembros del Tribunal con el apoderado de la parte civil. Y por si esto no bastara, o, mejor, pensando en que no había de bastar, manifiesta que acaban de romperse los vínculos de amistad que lo unían con los Magistrados, da esa amistad por cancelada y empieza a sentir los hervores de "una enemistad naciente" con ellos. Pero éstos niegan haber tenido alguna con el defensor de Leonidas Alzate López, lo que permite recordar que no se fractura lo que no existió. Y rechazan el cargo de ser amigos íntimos de la parte civil. Es decir, que no es recíproco lo uno y que lo otro no alcanza las proporciones que la ley determina con precisión para que pueda prosperar una demanda de la clase de la que aquí se está examinando.

"Sólo la amistad íntima con éste mi compañero de aulas... me dá fundado temor de las futuras providencias tomadas por Uds.", dice el doctor Alzate Fernández aludiendo a la que supone existente entre el doctor Ordúz y los Magistrados Téllez, Arenas y Amaya. Pues si es solamente esa **amistad** la que le hace temer que los Magistrados tuerzan la ley e inclinen la balanza en favor de la parte civil, por estar representada por un **amigo** de los Magistrados, ¿a qué apelar a más disculpas, llegando hasta crear una enemistad unilateral?

Pero así como el doctor Alzate fue prolijo en exhibir las **pruebas** de esa enemistad suya con los Magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga, debió serlo en mostrar las que revelaran indiscutiblemente la pretendida amistad íntima del doctor Jorge Ordúz Ardila con cada uno de los Magistrados cuyas firmas aparecen al pie del auto de 1º de agosto de 1947.

En suma, no hay razón valedera para tildar de parciales a los Magistrados a quienes les ha correspondido impartir justicia en el proceso al cual se circunscribe la recusación que se está decidiendo. Y si la parcialidad es lo que se busca siempre evitar en esta clase de incidentes, hay que decir que en el presente caso el ánimo de los funcionarios recusados no se ha alterado, ni es aceptable el argumento que se aduce para señalarlo como perturbado.

Pero si se persigue alterarlo con el denuncio que contra ellos ha esgrimido el doctor Pablo Alzate Fernández, la Sala desconoce aún los efectos que ese acto haya producido o pueda dejar en el espíritu de los señores Magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga.

Por lo expuesto, La Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA infundados los motivos de la recusación. En consecuencia, los Magistrados a quienes ella comprende pueden seguir actuando en el proceso a que dicha recusación se refiere.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Francisco Bruno. — Jenaro Cruz V. (conjuez). **Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R.**, Srio.

RECURSO DE HECHO

No basta cumplir con las formalidades a que alude el artículo 513 del Código Judicial, sino que es necesario para que proceda el recurso de hecho, "que la apelación sea procedente, conforme a la ley", como dice el artículo 516 del código citado. Esto es, que la calidad de la providencia contra la cual se recurre comporte la alzada y que la autoridad que la haya proferido y la que la haya de revisar tengan jurisdicción y competencia para hacerlo.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

Vistos:

El doctor Mauricio Ospina Devia recurre de hecho para que se le conceda la apelación contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 3 de julio último, por la cual se abstiene de resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte civil contra el fallo de 14 de marzo de este mismo año y le negó también el de súplica.

Según los escritos que en copia se han traído, lo actuado es lo siguiente:

El Juez 3º Superior de Bogotá, en fallo de 14 de marzo del año pasado y dando aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ordenó cesar todo procedimiento contra Noé Gutiérrez y Félix Nieves, acusados de haber ocupado de hecho un predio.

El Tribunal, en fallo de 14 de marzo del presente año, confirmó la providencia del citado Juez 3º Superior, que había ordenado cesar el procedimiento.

El doctor Mauricio Ospina Devia interpuso contra esa resolución el recurso de reposición y, en subsidio, el de súplica, a ninguno de los cuales accedió el Tribunal, en el proveído de 3 de julio último, a que se alude al principio.

El señor abogado apeló entonces de la última providencia y como el Tribunal no le concediera el recurso, ácude de hecho ante la Corte para que se le otorgue.

Se considera:

Siempre que se deniegue el recurso de apelación, dice el artículo 513 del Código Judicial (civil), puede la parte agraviada ocurrir de hecho al superior para que lo conceda. Para ello debe pedir reposición del auto que ha denegado el recurso y, en subsidio, copia de las diligencias o actuaciones que se han de presentar para que se estudie en segunda instancia si está bien denegado o si se concede y en qué efecto.

Pero no basta cumplir con esas formalidades en tiempo oportuno (artículo 513 a 516 ibidem), sino que es necesario "que la apelación sea procedente, conforme a la ley", como dice el artículo 516 del código citado. Esto es, que la calidad de la providencia contra la cual se recurre comporte la alzada y que la autoridad que la haya proferido y la que la haya de revisar tengan jurisdicción y competencia para hacerlo.

El breve relato de lo actuado deja ver que no es procedente la apelación interpuesta por el doctor Ospina Devia, por la razón de fondo que el Tribunal expone, o sea, porque en derecho procesal colombiano no existen sino dos instancias. Iniciada una acción por el juez competente, debe éste decidirla en alguna de las formas que la ley consagra (sobreseimiento, condenación, absolución, cesación del procedimiento, etc.). Pero resulta inadmisible que revisada la decisión del funcionario por el respectivo superior, todavía se estudie el proceso por un nuevo superior en una tercera instancia, arguyendo como razón para ello que el fallo de segunda instancia no estudió una prueba o que se invocó un hecho nuevo que no fue considerado en la debida forma.

El argumento de que lo que pretende el actor es que el Tribunal cumpla con su deber de hacer investigar un hecho delictuoso por haber presentado a última hora la copia de una diligencia de secuestro que versa sobre los mismos bienes, no lleva a que por apelación revise la Corte la pro-

idencia del Tribunal. Porque si los hechos son os mismos, el Tribunal no podía reformar lo que enía resuelto en segunda instancia sobre ellos art. 194 del C. de P. P.), ni mucho menos la orte en un grado de jurisdicción que no existe si los hechos son distintos, mal podía involucrar- en el fallo del Tribunal una cuestión extraña la que debía ser objeto exclusivo de su estudio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de asación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ESTIMA bien denegada la apelación de que se viene hablando y ordena ponerlo en conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá para que conste en los autos.

Cópiese y notifíquese.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

No porque simplemente omita un funcionario, retarde o rehuse la ejecución de un acto, se está ya en posibilidad de afirmar que se ha hecho acreedor a las sanciones qué establece el artículo 172 del Código Penal. Es necesario que ese acto sea uno de aquellos a que "legalmente" esté obligado el funcionario remiso.

Aun cuando la Procuraduría opina que la "autoridad correspondiente" (expresión que se emplea en el artículo 392 del C. de P. P.) no es otra que aquella que hizo el nombramiento, la Sala no se atreve a asegurar que a ella le corresponda proveer en reemplazo de la ley, creando la norma que hace falta sobre suspensión de ciertos empleados en el ejercicio de sus cargos. Lo que vale decir que no le corresponde a la Corte la suspensión de los Magistrados que ella misma nombró.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

La investigación de cuyo mérito se va a decidir, fue iniciada en virtud de haberlo así solicitado la Procuraduría General de la Nación. No de petición expresa y clara, pero sí de una muy atendible insinuación del Jefe del Ministerio Público, concretada en el siguiente párrafo del Oficio Nº 619 de 17 de diciembre de 1946 dirigido al Presidente de esta Sala Penal:

"Toca, pues, a la Sala que usted dignamente preside, de acuerdo con lo establecido por la Corte Plena, entrar a calificar los hechos para definir si en la actuación de los Honorables Magistrados del Tribunal de Pasto que aprobaron los Acuerdos donde se negó la suspensión antes dicha, va envuelta la comisión de un hecho delictuoso y, en caso afirmativo, deducir la responsabilidad consiguiente".

En esa forma consideró el señor Procurador que debía cancelarse una polémica sostenida con el Tribunal Superior de Pasto, con motivo de haberse negado dicho Tribunal a suspender al señor Tulio Benavides, Juez Municipal de Cumbal, contra quien se había dictado auto de detención por estar sindicado de un delito contra la administración de la fe pública, y cuya suspensión fue solicitada al Tribunal por el Juez 65 de Instrucción Criminal y prohijada por el Juez 2º del Circuito de Ipiales.

El Tribunal se excusó de acceder a lo demandado por el Juez investigador, no sólo por la forma poco protocolaria en que se reclamaba el acto (Despacho telegráfico), sino, principalmente, por carecer de esa atribución (Acuerdo Nº 27 de 22 de octubre de 1946).

Intervino la Procuraduría General de la Nación exponiendo ante el Tribunal sus puntos de vista según los cuales el funcionario a quien corresponde decretar la suspensión es aquél a quien le está atribuído el nombramiento del empleado respecto del cual ella se pide.

Esta opinión, apoyada en consideraciones de gran interés, no fue aceptada por el Tribunal Superior de Pasto, entidad que en nuevo Acuerdo (Nº 29 de 14 de noviembre de 1946) amplió las razones dadas en el primero, conforme a las cuales en lo tocante al punto primordial del debate, "el Tribunal carece de facultad para decretar la suspensión de los jueces, por no existir disposición expresa que se la otorgue".

La Procuraduría se dirigió entonces al Presidente de la Corte Suprema de Justicia dándole cuenta de la situación planteada, que podría "desenvolverse en una queja contra los Honorables Magistrados por omisión de un acto que estarían obligados a ejecutar".

La Corte en pleno comisionó a tres de sus miembros para que informaran y propusieran lo que estimaran conveniente; y conocido este informe presentado por los comisionados, quienes manifestaron que la Corte no podía pronunciarse sobre el tema propuesto, pero advirtiendo que la Procuraduría disponía de los medios legales para proveer en casos semejantes, lo acogió.

Y fue así como vino a la Sala Penal la actuación ya historiada brevemente, con la solicitud que dió origen al sumario en el cual se preguntó a indagatoria a los Magistrados del Tribunal de Pasto, doctores Bolívar Chaves R., Luis Ponce Muriel, Peregrino Díaz Villota, José Eliseo Gómez Jurado y Campo Elías Burbano, todos ellos en ejercicio del cargo en los meses de octubre y noviembre del año de 1946, según las constancias (Decretos de nombramiento, Actas de posesión y Certificación de ejercicio) que aparecen a los folios 30v. a 37 de estas diligencias informativas.

Cada uno de los interrogados dió, como era de esperarse, la misma razón expuesta en los Acuerdos de que se ha hablado, para explicar el haberse abstenido de suspender al señor Tulio Benavides del cargo de Juez Municipal de Cumbal, sea, no existir disposición que autorice a los Tribunales para resolver acerca de ese asunto.

Una vez cerrada la investigación, se ordenó oir el concepto del Ministerio Público, y este funcionario, por medio del Procurador Delegado en lo Penal, solicita que se "sobresea definitivamente en favor de los doctores Bolívar Chaves R., Campo Elías Burbano, Peregrino Díaz Villota, Luis Ponce Muriel, José Eliseo Gómez Jurado y Luis Perdomo Torres, ya fallecido, por el delito de abuso de autoridad".

La petición cuyo texto se ha transcrito literalmente, viene precedida de argumentos muy atinados. Y no solo por eso sino porque fue la Procuraduría la que demostró un vivo empeño en que se esclareciera el problema discutido entre ella y el Tribunal Superior de Pasto, revelando un verdadero celo por la misión que la Carta Fundamental de la República le ha confiado, va la Sala a reproducir las partes más importantes de la Vista Fiscal. Dice así:

"De acuerdo con las jerarquías judiciales y con el funcionamiento de las ramas del Poder Público, es un principio de elemental organización que el funcionario o entidad que hace el nombramiento de un empleado público, tiene el poder de suspenderlo cuando se le requiera para ello por la autoridad competente. Esto no solo porque la relación de dependencia que existe entre el superior y el inferior así lo exige, sino porque es un deber de todas las autoridades el de prestarse mutuo apoyo en el desempeño de sus cargos. "El Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado", dice el artículo 55 de la Constitución Nacional.

"De suerte que el Tribunal Superior de Pasto bien hubiera podido decretar la suspensión del Juez Municipal de Cumbal, sin haber violado ninguna norma de nuestro derecho positivo. Por el contrario, le habría prestado un oportuno auxilio a la administración de la justicia penal.

"Pero como esa entidad tomó una actitud rígidamente legalista en ese incidente, por cuanto uno de los principales argumentos que dió para no acceder a la suspensión del Juez, fue el de que entre las atribuciones de los Tribunales Superiores no estaba esa, el asunto cambia notablemente de aspecto al calificar la conducta de los magistrados en lo que dice relación a su responsabilidad penal.

"En efecto, la obstinada negativa del Tribunal a suspender al citado funcionario, podría ser punible bien como prevaricato, o bien como abuso de autoridad, al tenor de los artículos 168 y 172 del Código Penal.

"En el primer caso, sería menester demostrar que la rebeldía obedeció a simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros; y de ello no hay la menor prueba en el expediente.

"En el segundo caso, habría que establecer que los Magistrados rehusaron la ejecución del acto a que "legalmente" estaban obligados.

"Y es evidente que entre las atribuciones que la ley les dá expresamente a los Tribunales Superiores no figura la de suspender a los Jueces que ellos eligen, como lo alegaron los sindicados.

"Por lo tanto, faltando este elemento sustancial de la infracción, que debe ser claro, o sea la norma preexistente a la cual debía sujetarse el funcionario en su actividad oficial, aparte de desintegrar el delito, hace inexistente el dolo, porque no aparece entonces la conciencia de violar el precepto escrito ni la voluntad de producir un resultado antijurídico.

"En consecuencia, si desde un punto de vista de conveniencia pública y de correcta interpretación sistemática de nuestro derecho positivo, es acertada la tesis de que el Tribunal Superior es la entidad llamada a suspender a los jueces cuyo nombramiento hace, para los efectos de la detención provisional de ellos, no es, en cambio, absoluto el principio de que, al negarse a decretar dicha suspensión por falta de mandato que los autorice expresamente a obrar así, los Magistrados incurran

en abuso de autoridad, porque del ejercicio de una **atinada aplicación de la ley** sólo se deduce el buen criterio jurídico de quien lo hace, pero no el dolo y la responsabilidad penal de aquel otro funcionario que entendió la norma en sentido diferente y, por lo mismo, equivocado.

"En resumen, si la conducta de los Magistrados resulta censurable desde el punto de vista del normal funcionamiento de la administración pública en general, con todo, su omisión en suspender al Juez Municipal mencionado no alcanza a reunir todos los elementos del abuso de autoridad que prevé el artículo 172 del Código Penal".

Es —dentro de su concisión— tan severo y concluyente el análisis que ha realizado la Procuraduría, por medio de la autorizada disertación de su Delegado en lo Penal, que la Sala no encuentra modo de mejorarlo ni —se subentiende— reparo alguno que hacerle.

Desde luego no podía pensarse que todos —a excepción de uno de los Magistrados de un Tribunal— se hubieran confabulado por un sentimiento de simpatía hacia el delincuente para favorecerlo, en quebrantamiento doloso de la ley. Esa hipótesis, que no sería otra que llevara a la deducción de un delito de prevaricato, había que descartarla, porque la misma actuación de los sindicados estaba indicando que no se trataba ni podía tratarse de aquélla infracción.

Había entonces que averiguar si se incurrió en un abuso de autoridad, hecho menos insólito y menor también en gravedad. ¿Y en qué podía consistir ese abuso? Seguramente, de reunir los elementos integrantes de la infracción, en haber rehusado la ejecución de un acto (artículo 172 del Código Penal). Pero no porque simplemente un funcionario omita, retarde o rehuse la ejecución de un acto, se está ya en posibilidad de afirmar que se ha hecho merecedor de las sanciones que el citado artículo establece. Es necesario que ese acto sea uno de aquellos a que "legalmente" esté obligado el funcionario remiso. Y ya se ha visto en el concepto de la Procuraduría que no existiendo expresa disposición legal obligatoria, mal podía predicarse de los Magistrados del Tribunal Superior de Pasto esa punible renuencia. Tesis muy acertada del señor Procurador Delegado, porque al funcionario público no lo obliga sino la ley, y es a sus mandatos a los que debe obedecer.

Y si ellos no existen, bien porque no están terminantemente expresados, o porque lo han sido en forma oscura o vaga que se preste a diversas situaciones o a ser interpretadas tanto en uno como en otro sentido, es indiscutible que ya no es jurídico aseverar que hay un ordenamiento legal quebrantado o violado, porque lo contrario equivaldría a exigir responsabilidad en donde no hubo otra cosa que aplicación de un criterio, función de exegésis que corresponde a quienes estudian la ley antes de someter a su imperio los intereses en conflicto, que se deciden en una providencia judicial.

Y que no hay disposición expresa acerca de la cuestión que se está examinando, lo admite sin reticencias la Procuraduría cuando ha invitado a la Sala a que se pronuncie sobre el particular, para evitar ocurrencias análogas a las que dieron origen a la presente averiguación.

La Procuraduría opina que la "autoridad correspondiente" (expresión que se emplea en el artículo 392 del C. de P. P.) no es otra que aquella que hizo el nombramiento. O sea, que cuando en ese artículo se dice **que los empleados o funcionarios públicos no podrán ser detenidos mientras no se haya decretado por la autoridad correspondiente, a petición del funcionario de Instrucción o Juez la suspensión del empleo que ejerza,** debe entenderse que la suspensión la decreta la autoridad que nombró al funcionario cuya suspensión se ha pedido.

La Sala halla muy juiciosas las razones expuestas en la Vista y en el Despacho Nº 407 de 30 de octubre de 1946 dirigido por la Procuraduría al Tribunal de Pasto, cuando le solicitó revocatoria de la resolución adoptada en el Acuerdo Nº 27 de 22 de octubre, y no oculta su deseo de compartirlas. Pero no se atreve a asegurar que a ella le corresponda proveer en reemplazo de la ley, creando la norma que hace falta.

El Juez debe interpretar las leyes penales cuando así lo reclame la voluntad de la ley interpretada. Por eso —dice el profesor Jiménez de Azúa en su obra "El Criminalista"— el Juez penal, aunque no sea creador del Derecho, vitaliza la, le inerte. Pero cuando no se trata de medir el alcance de una ley, sino que se está en presencia de un vacío de aquellos que la Sala de gobierno de la Corte debe poner en conocimiento de la suprema autoridad administrativa, conforme lo dispone el ordinal 4º del artículo 41 del Código de Organización Judicial (Ley 105 de 1931), entonces no parece indicado el procedimiento que insinúa el Jefe del Ministerio Público, movido por el jus

o anhelo de remover un obstáculo que por lo me-
os dilata la solución de problemas que requieren
n rápido desenvolvimiento.

Es un vacío y no un simple caso de interpreta-
ión o de acomodamiento a una práctica de gran
onveniencia, porque precisamente se ignora si la
ráctica anterior ha variado o no con la expedi-
ión del artículo 392 del C. de P. P., y si esa prác-
ica se ha mantenido fija en cuanto se piensa que
lla establece que quien suspende es quien nom-
ra. Mas ello no es así porque, por ejemplo, el
rtículo 127 del Código de Régimen Político y Mu-
icipal, al señalarle atribuciones a los Goberna-
ores incluye la de suspender a cualquier em-
leado nacional o municipal del orden administra-
ivo, aun no siendo nombrado por el Jefe de la
dministración departamental.'

El Ministerio de Justicia, con ocasión de regla-
nentar la Ley 68 de 1945 intentó —de paso— acla-
ar la duda de que se ha venido hablando, cuando
ijo en el inciso 2º del numeral c) del artículo
º (Decreto Nº 0105 de 17 de enero de 1947) lo
ue sigue:

"Cuando se trate de funcionarios de período fi-
o a que se refiere el artículo 160 de la Constitú-
ión, la solicitud de suspensión, junto con las
ruebas que se hubieren allegado, se dirigirá a
a Corporación que hizo el nombramiento...".

O sea, que el Ministerio de Justicia también en-
iende, y quiso así dejarlo expresamente dicho en
l Decreto Nº 0105 de este año, que la suspensión de los Magistrados y Jueces, que son los citados en el artículo 160 de la Carta corresponde hacerla al funcionario o corporación que hizo el nombramiento.

Pero el precepto allí consignado ha quedado sin valor puesto que el Decreto correspondiente, precisamente en la parte transcrita, fue derogado por medio del de 20 de marzo de 1947, con motivo de habérsele hecho objeciones de inconstitucionalidad al 2º inciso del numeral c) del artículo 7º.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal SOBRESEE DEFINITIVAMENTE, respecto de los hechos materia de la investigación, en favor de los doctores Bolívar Chaves R., Luis Ponce Muriel, Peregrino Díaz Villota, José Eliseo Gómez Jurado y Campo Elías Burbano; y declara extinguida la acción penal en lo relacionado con el Magistrado Luis Perdomo Torres, a quien no se alcanzó a recibir indagatoria, por haber fallecido en el curso de la investigación.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

REQUISITOS PARA LA EXENCION DE LA RESPONSABILIDAD DETERMINIDA POR ERROR

Los requisitos que la ley establece para la exención de responsabilidad determinada por error, son: el de que éste se cometa con plena buena fé; que el error sea esencial en la apreciación de los hechos o en las normas de derecho, que este error esencial se cometa sin negligencia de la parte acusada. Para que el error de hecho o de derecho sea ESENCIAL, es indispensable que afecte la sustancia misma de los hechos o del derecho, es decir, que la falsa valoración de los hechos destruya la naturaleza misma del acto que se trata de demostrar, o que la interpretación de las normas de derecho lleven a la conclusión de la inaplicabilidad de la disposición violada; pero no basta la simple apreciación de los hechos o del derecho en forma errada, es necesario que el error no sea proveniente de NEGLIGENCIA imputable a su autor.

La negligencia puede consistir en el descuido u omisión, olvido o inadvertencia, o falta de atención en el estudio de los problemas que debe resolver el funcionario en cumplimiento de los deberes de su cargo, y cuando alguna de estas circunstancias concurra a la integración del acto, bien sea en cuanto al hecho o en cuanto al derecho, el agente humano no está exento de responsabilidad, porque la negligencia de que habla la ley le es imputable al autor.

Los artículos 1º y 11 del Código Penal, consagran el principio de la legalidad de los delitos y de las penas —NULLUM CRIMEN SINE LEGE— —NULLA PENA SINE LEGE— según el cual la ley es la única fuente del Derecho Penal, ora en lo relativo a la creación del hecho como delito, ya también en cuanto a la pena; en otros términos, no se puede considerar como delito una acción sino cuando la ley la ha erigido como tal, y es objeto de sanción.

El principio de la legalidad de los delitos y de las penas, se estableció como una reacción al arbitrio judicial de los jueces contra los ciudadanos, arbitrio que los llevó hasta el extremo de aplicar sanciones mayores o menores a las señaladas por la disposición penal, y a interpretar la ley con un criterio analógico para deducir o crear delitos que previamente no habían sido previstos por las leyes sustantivas; para reprimir este abuso se consagró la garantía penal denominada "legalidad de los delitos y de las penas".

Estos postulados informan el contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional cuando dice que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias del juicio, de manera que, si el hecho atribuído al sindicado se halla erigido en delito por la ley penal, ese acto será materia de reprensión; pero si por olvido del legislador se omitió consagrarlo como delito, aunque el acto hiera los sentimientos de la sociedad no es motivo de sanción, pues no le es dado al juzgador dentro de la función de interpretar y aplicar la ley, crear delitos, ni sancionar hechos con disposiciones que propiamente no contemplan el hecho.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, consulta la providencia de noviembre veintisiete de mil novecientos cuarenta y seis, en virtud de la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Luis González Urbina, ex-juez del Circuito de Valledupar.

Hechos

El 10 de noviembre de 1944, Dagoberto Arias Luis Osuna, Sixto Vergara y Manuel Padilla, soldados —en ese entonces— del Batallón "Bombo-

á" acantonado en la ciudad de Valledupar, cometieron un delito mediante fuerza y violencia carnal en la persona de Rosa Emilia Plata, quien la fecha de los acontecimientos, tenía diez y seis ños de edad.

Flor Villero v. de González, bisabuela de la ofendida, denunció el hecho ante el Juez del Circuito e Valledupar, quien ordenó la detención de los indicados por auto de noviembre veintiuno de mil ovecientos cuarenta y cuatro. Posteriormente en emorial de noviembre 28 del mismo año, suscrio por la denunciante y los sindicados manifestaon al Juez que desistían de la acción penal por ncontrarse la denunciante y la ofendida resarcias de los perjuicios causados con la defraudación, erecho que impetran con fundamento en el arículo 322 del Código Penal.

El Juzgado del Circuito de Valledupar en auto e noviembre 28 de 1944, con base en lo dispuesto or el artículo 17 del Código de Procedimiento enal, admitió el desistimiento, ordenó archivar l expediente y poner en libertad a los sindicados, ibrando boleta correspondiente al Director de la árcel donde estaban detenidos.

Este incidente se puso en conocimiento del Vitador de la Procuraduría, quien ordenó se remitiera el negocio al Juzgado Superior de Santa Marta, en donde se calificó el mérito del sumario, llamando a responder en juicio a Dagoberto Aria, Sixto Vergara y Luis Osuna, por el delito de violencia carnal y sobreseyendo temporalmente en favor de Manuel Padilla.

La relación de los hechos anteriores fueron la ausa para que Rosa Emilia Plata, en memorial e 17 de mayo de 1945 formulara denuncio criminal contra el ex-juez del Circuito de Valledupar octor González Urbina en estos términos:

"Como el delito que los cuatro entonces soldados ometieron en mi persona es uno de los que no nerecen el beneficio de excarcelación (art. 460 del Código de Procedimiento Penal), considero que el uncionario que excarceló a los sindicados ha cometido delito y creo que han sido violados los preeptos 171 y 175 del Código Penal Sustantivo".

Pruebas

Al sumario se allegó el Acuerdo de nombramiento y el acta de posesión, documentos con los cuales se acredita la calidad de empleado público del octor González Urbina, como Juez del Circuito e Valledupar; y el ejercicio del cargo se comprueba con la confesión indagatoria que hace el sindicado de haber dictado la providencia por la cual se admite el desistimiento de la acción.

Las declaraciones de Luis Serrano Vergara, Enrique Maya Burgués y Nicolás Baute, empleados del Juzgado que declaran que el memorial de desistimiento fue presentado personalmente por la denunciante y luégo pasado a la mesa del Juez, y que tuvieron conocimiento de que Flor H. v. de González recibió una suma de dinero como indemnización de los perjuicios que hubiera o hubiese recibido la menor.

La declaración indagatoria del sindicado, el auto por el cual se ordena la detención de Arias, Osuna, Vergara y Padilla; memorial de desistimiento; auto por el cual el Juzgado lo admite, y también copia de las piezas esenciales del proceso seguido contra los presuntos responsables del delito cometido en la persona de la menor Rosa Emilia Plata.

Decisión del Tribunal

En providencia de noviembre 27 de 1946, el Tribunal, apartándose del concepto del Agente del Ministerio Público, sobreseyó definitivamente en favor del ex-juez del Circuito de Valledupar doctor Luis González Urbina por los cargos materia de la investigación.

Afirma el Tribunal que los sindicados cometieron un delito de violencia carnal en la menor Rosa Emilia Plata; que el hecho está exceptuado del beneficio de libertad provisional y que a pesar de esto el ex-juez doctor González Urbina concedió la excarcelación sin petición expresa de los sindicados. Que la libertad provisional se concedió a los sindicados "como consecuencia del desistimiento legal", pero estima que se trata de un error julicial cometido por el procesado y en manera alguna de un delito, y agrega:

"Para el Tribunal, pues, no existe el delito de abuso de autoridad de que trata el Capítulo VI, Título III, Libro II del C. P. por la excarcelación que el Juez González Urbina concedió a los violadores de Rosa Emilia Plata, como consecuencia de la admisión del desistimiento que erradamente consideró legal".

Descarta la comisión de un delito de prevaricato por ausencia de los elementos constitutivos que integran esa figura, ora porque no está probado el elemento a sabiendas de que habla la ley, ya también, porque no se ha demostrado que la

providencia que admitió el desistimiento, y como consecuencia de ella la libertad de los sindicados, estuviera animada por sentimientos afectivos de simpatía para unos interesados y animadversión hacia otros.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Delegado en lo Penal en vista de julio 7 de 1947 expresa:

"Efectivamente el acto ejecutado por el doctor González Urbina no puede calificarse de prevaricato, ya que no aparece comprobación alguna de que concediera libertad a los sindicados por simpatía hacia ellos, o por animadversión hacia la víctima del delito o de sus familiares.

Teóricamente el hecho encaja dentro del abuso de autoridad, pues resulta clarísimo que el Juez, seguramente por ignorancia, admitió el desistimiento de la acción penal en un delito que no requería querella para perseguirlo. En estos casos, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, como parece entenderlo el Tribunal.

"Con todo el sobreseimiento decretado en favor del doctor González Urbina es aceptable, porque la disposición infringida por él sería el art. 171 del C. P., pero ocurre que este precepto sólo contempla como abuso de autoridad el acto arbitrario del funcionario o empleado público, cuando ese acto va contra "una persona o contra una propiedad", y no en la hipótesis de que la extralimitación de funciones beneficie a una persona, vacío éste que sólo puede enmendarse por el propio legislador.

"Y como la actuación ilegal del Juez acusado se produjo precisamente en bien de los sindicados, pues les otorgó la libertad, síguese que la norma ameritada (art. 171) no lo cobija: **nullum crimen sine lege.**

"Tal es por otra parte, la doctrina sentada por la H. Corte sobre este particular.

"En tal virtud, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que confirme el auto consultado".

Se considera:

Para iniciar la acción penal por un delito de violencia carnal, la ley no exige como requisito previo, la existencia de querella de parte; basta que el funcionario tenga conocimiento de que se ha cometido la infracción para que se adelante la correspondiente investigación. La querella es procedente para casos especialmente previstos por el legislador y sólo por excepción los delitos de violencia carnal y estupro deben iniciarse a virtud de petición de parte, cuando la víctima es una meretriz o una mujer pública (art. 321 del C. P.)

La parte agraviada y los sindicados fundan su petición en el derecho consagrado por el artículo 322 del Código Penal, pero el desistimiento no podía decretarse porque ese precepto consagra la exención de responsabilidad para el caso del matrimonio subsiguiente entre la víctima y el autor, y en este caso, ninguno de los sindicados contrajo matrimonio con la ofendida ni siquiera se hizo la manifestación de una promesa formal de matrimonio.

El ex-juez González Urbina en su indagatoria explica su actuación diciendo "que conceder excarcelación a un sindicado, cuando ha intervenido desistimiento, como en el presente caso, no es proceder contra las leyes. Los jueces tienen en la aplicación e interpretación de las leyes amplias facultades, pero como el juicio humano es falible, los jueces pueden, en el desempeño de su ministerio, incurrir en errores de derecho o de hecho y a menudo incurren en ellos. Pero si cada error judicial constituyera delito, los juzgados quedarían desiertos, porque, dicha sea la verdad, no se ha dado el caso en ninguna época, ni en ninguna latitud, que los jueces no hayan incurrido en errores".

Si el desistimiento extingue la acción y condena penales, al ejercitarse ese derecho la detención de los sindicados o procesados deben cesar como consecuencia natural de ese reconocimiento; pero esa facultad —desistimiento— no se ha consagrado para todos los delitos, sino para casos especiales previstos en la parte sustantiva del Código Penal como en los casos de los artículos 348 y 374, pero cuando el ejercicio de la acción penal no está condicionado a petición o querella de parte, el desistimiento no puede decretarse por ser la acción penal de orden público y estar prohibido por la ley.

El desistimiento de la acción penal en los casos expresamente autorizados por la ley no puede ser decretado sino por el juez competente, porque sólo ese funcionario tiene jurisdicción y competencia para finalizar el negocio, bien sea en virtud de sobreseimiento definitivo o sentencia condenatoria o absolutoria, ya también, por la declaratoria de un desistimiento. De aceptar la tesis contraria se rompería la unidad de los principios básicos sobre jurisdicción y competencia, pues en ese caso, cualquier funcionario de instrucción (alcalde corregidor, inspector de policía, o juez no compe

tente), a quien por cualquier motivo se comisione para la práctica de una diligencia, podría decretar la extinción de la acción y condena penales con fundamento en una solicitud de desistimiento.

La persona que suscribe el memorial de desistimiento en representación de la parte agraviada no podía hacerlo, porque no se ha demostrado que Flor María Hernández de González fuera representante legal de la ofendida, ni que ella estuviera autorizada expresamente para hacer y suscribir esa declaración, de manera que, una de las funciones primordiales del ex-juez, era la de estudiar, previamente, no sólo el derecho en que se funda la petición y la capacidad jurídica de las partes, sino también, si él era el funcionario competente para aceptar y decretar el desistimiento; pues no es lo mismo desistir de la acción penal, que desistir de un recurso cualquiera, caso este último que sí puede decretarse por el juez o funcionario que esté conociendo del negocio.

Las simples irregularidades de procedimiento provenientes de una mala interpretación de la ley, en ningún caso configuran delito, y es natural que el Juez en "la aplicación e interpretación de las leyes tiene amplias facultades", pero la facultad de interpretar la ley no concede al Juez el derecho para desconocerla o aplicarla en sentido contrario a lo que ella establece. Es claro que los funcionarios que administran justicia en sus conceptos pueden equivocarse ora en la apreciación de los hechos, ya también, en cuanto a las normas de derecho, pero si un funcionario público emite una providencia abiertamente contraria al texto claro de la ley, ejecuta con ello un acto antijurídico y no puede presumirse que lo haya hecho sin tener conciencia de ello, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa (art. 9º del Código Civil).

Sostiene el Tribunal que en este caso se trata de un error judicial cometido por el procesado y en manera alguna de un delito, pero el fallador no da explicación alguna sobre la clase de error.

Dice el art. 23 del C. P.:

"No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete: "Segundo" con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o **por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia".** (Subraya la Corte).

Los requisitos que la ley establece para la exención de responsabilidad determinada por error, son: el de que éste se cometa con plena buena fé; que el error sea esencial en la apreciación de los hechos o en las normas de derecho, que este error esencial se cometa sin negligencia de la parte acusada. Para que el error de hecho o de derecho sea **esencial,** es indispensable que afecte la sustancia misma de los hechos o del derecho, es decir, que la falsa valoración de los hechos destruya la naturaleza misma del acto que se trata de demostrar, o que la interpretación de las normas de derecho lleven a la conclusión de la inaplicabilidad de la disposición violada; pero no basta la simple apreciación de los hechos o del derecho en forma errada, es necesario que el error no sea proveniente de **negligencia** imputable a su autor.

La negligencia puede consistir en el descuido u omisión, olvido o inadvertencia, o falta de atención en el estudio de los problemas que debe resolver el funcionario en cumplimiento de los deberes de su cargo, y cuando alguna de estas circunstancias concurre a la integración del acto, bien sea en cuanto al hecho o en cuanto al derecho, el agente humano no está exento de responsabilidad, porque la negligencia de que habla la ley le es imputable al autor.

Si en el auto de noviembre 28 de 1944, que resuelve la solicitud sobre desistimiento, se hubiera estudiado con atención los fundamentos de derecho en que se apoya la petición, otra hubiera sido la resolución del Juzgado, pero en la solución de este problema, no solo se obró con falta de cuidado y atención, sino que con negligencia se procedió a terminar un proceso que no podía finalizar sino en virtud de sentencia. El ex-Juez al decretar el desistimiento implícitamente declara terminada la acción penal y como consecuencia de ella ordena se ponga en libertad a los detenidos, siendo evidente que en la ley sustantiva como en la procedimental, el desistimiento no tiene cabida en los delitos cuya investigación es oficiosa.

Prevaricato

El hecho imputado al doctor González Urbina puede ser un acto injusto por ser contrario a la ley, pero no se ha demostrado que en su realización concurrieran los elementos afectivos de la simpatía para unos interesados y la animadversión para los otros; o que dicha resolución se hubiera pronunciado a sabiendas de que con ello se infringía la ley penal, y en faltando uno de los elementos estructurales del delito no hay funda-

mento legal para llamarlo a responder en juicio por prevaricato.

Principio de legalidad del delito y la pena.

Los artículos 1º y 11 del Código Penal, consagran el principio de la legalidad de los delitos y de las penas —**nullum crimen sine lege**— —**nulla pena sine lege**— según el cual la ley es la única fuente del Derecho Penal, ora en lo relativo a la creación del hecho como delito, ya también en cuanto a la pena, en otros términos, no se puede considerar como delito una acción sino cuando la ley la ha erigido como tal, y es objeto de sanción.

El principio de la legalidad de los delitos y de las penas, se estableció como una reacción al arbitrio judicial de los jueces contra los ciudadanos, arbitrio que los llevó hasta el extremo de aplicar sanciones mayores o menores a las señaladas por la disposición penal, y a interpretar la ley con un criterio analógico para deducir o crear delitos que previamente no habían sido previstos por las leyes sustantivas; para reprimir este abuso se consagró la garantía penal denominada "legalidad de los delitos y de las penas".

Estos postulados informan el contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional cuando dice que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias del juicio, de manera que, si el hecho atribuído al sindicado se halla erigido en delito por la ley penal, ese acto será materia de reprensión; pero si por olvido del legislador se omitió consagrarlo como delito, aunque el acto hiera los sentimientos de la sociedad no es motivo de sanción, pues no le es dado al juzgador dentro de la función de interpretar y aplicar la ley, crear delitos, ni sancionar hechos con disposiciones que propiamente no contemplan el hecho.

Abuso de autoridad

Para que se tipifique el delito de abuso de autoridad en la norma del artículo 171, de la ley sustantiva, es indispensable la concurrencia de estos elementos: Que el hecho se realice por un funcionario público; que el acto que se le imputa no se halle especialmente previsto como delito en ninguna de las disposiciones del Título III, Capítulo I a V inclusive del C. P.; que se ejecute por causa o motivo de las funciones que desempeña o excediéndose en el ejercicio de ellas; que el acto sea arbitrario o injusto y que participando de una u otra de estas características se realice en perjuicio de una persona o de una propiedad; si falta alguno de estos factores el hecho no puede considerarse como abuso de autoridad en la configuración que trae la disposición comentada.

"A esta tesis —ha dicho la Corte— se ha opuesto otra que si muy respetable no armoniza con el contenido jurídico de la norma penal. Según esta tesis, expuesta por la Corte anterior en el auto de proceder con salvamento de voto del Magistrado doctor Aguirre, el artículo 171 es susceptible de una obligada separación de términos, y el acto, para que constituya el abuso punible, es de dos maneras: primera, acto arbitrario, y segunda, acto injusto en perjuicio de intereses privados, tesis que —en atención a la equivalencia de los adjetivos "arbitrario" e "injusto" explican, más o menos en la forma siguiente: el acto arbitrario, sea o no intencional y cause o no perjuicios, es siempre contrario a la norma positiva y constituye abuso de autoridad; y el acto injusto, que puede no ser contrario a derecho escrito, sólo lo es cuando lesiona intereses privados".

"Esta interpretación —como ya se dijo— no coincide con el contenido jurídico del artículo 171, por las razones que en seguida se expresan":

"Lo arbitrario es lo que incluye arbitrariedad, y arbitrariedad es acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho".

"Injusto es lo que no es justo, y justo es el acto que se ejecuta según justicia o razón y lo que es arreglado a las leyes y a la equidad natural".

"Hay pues, actos arbitrarios, como también actos injustos, que son contrarios a la razón, a la equidad y a la justicia, pero que no lo son a las leyes, y hay actos, arbitrarios o injustos, que son contrarios a aquéllos; en estos casos, como se ve, hay analogía entre lo arbitrario y lo injusto, no sólo en cuanto pueden ser contrarios a la razón y a la justicia, abstractamente considerados, sino en cuanto pueden serlo a las leyes, concretamente considerados; y sólo difieren en que el acto arbitrario, según la aceptación académica, puede proceder del capricho o voluntad del agente, sin que ello implique que el acto injusto no pueda tener la misma procedencia".

"Con el punto de vista académico anteriormente expuesto, coincide el punto de vista gramatical-jurídico que en seguida se enuncia".

"La ley penal sanciona 'el acto arbitrario o injusto contra una persona o una propiedad', con

multa y privación del empleo —dice el artículo 171— y no el acto arbitrario o el acto injusto en sí mismos, independiente de las personas o las cosas. Y la razón —como se expresa en seguida— es obvia".

"La frase 'contra una persona o una propiedad' no es explicativa, es decir, no expresa una idea comprendida en el significado de lo arbitrario o de lo injusto, porque un acto puede ser arbitrario o injusto sin que lesione intereses privados; es frase especificativa, porque —suprimida— varía o modifica el significado que al acto arbitrario o injusto quiso darle el legislador. Frase explicativa: acto arbitrario o injusto (que comete o hace cometer) contra una persona o una propiedad; frase especificativa: acto arbitrario o injusto (que se comete o hace cometer) contra una persona o una propiedad. La coma, puesta después del adjetivo injusto, en la primera frase, significa que el ser cometido el acto contra persona o propiedad es constitutivo del acto, y si el signo ortográfico no existe —como es la norma del artículo 171— significa que el ser el acto lesivo de intereses privados implica el nuevo atributo que le da la ley, independiente de los demás que lo constituyan".

"De la misma manera, y con la misma lógica, hay diferencia entre la frase "acto arbitrario, o injusto contra una persona o una propiedad' (coma después de arbitrario) y la frase sin coma; en el primer caso —que no es el del artículo 171— el acto arbitrario sería punible aunque no se cometiera contra personas o propiedades, y el injusto solamente cuando atentara contra éstas; pero eliminada la coma, tanto el acto arbitrario como el injusto son punibles sólo cuando se cumple el requisito de la lesión de intereses privados".

"Esta tesis es tanto más lógica cuanto que el actó —conforme a la primera parte del artículo 168—, cuando apenas es contrario a la ley y manifiestamente injusto, sin causar daño a personas o propiedades, podría configurar el prevaricato pero no el abuso de autoridad; lo que lleva a esta otra tesis: que el legislador —en la fórmula del artículo 171— equiparó lo arbitrario a lo injusto en relación con el daño en intereses privados, y esto como se verá en seguida —coincide con el criterio que ha informado la legislación penal colombiana, según el cual el acto arbitrario constituye abuso de autoridad solamente en el caso de que produzca daño en personas o cosas".

De lo anterior se deduce que el delito de abuso de autoridad definido por el artículo 171 del Código Penal —aparte de los otros elementos— sólo es sancionable cuando el acto arbitrario o injusto se ejecuta contra una persona o una propiedad, faltando este requisito el hecho por injusto que sea, escapa a las previsiones de la ley penal.

El Código Penal —en este aspecto— adoléce de un vacío que es fundamental, tema que sí fue considerado por los miembros de la comisión redactora cuando anota:

"El doctor Cárdenas dice que hay necesidad de prever el caso del funcionario que, a sabiendas, viola la ley, pero sin un interés especial y personal. De igual modo debe contemplarse el caso de que esa violación, a sabiendas, se lleve a cabo por móviles de un interés especial o personal. Este segundo caso comprende el que nuestro Código Penal vigente llama prevaricación. Como consecuencia de su pensamiento, el doctor Cárdenas presenta el siguiente artículo:

"Artículo. Los funcionarios o empleados públicos, o personas encargadas de un servicio público, que, a sabiendas, violen cualquier precepto legal, se les impondrá multa de cinco a quinientos pesos, si el hecho no estuviere previsto en otra disposición".

"Si tal cosa se llevare a cabo por interés personal o de un tercero, o por afecto o desafecto a alguna persona, se impondrá prisión de uno a tres años de interdicción para desempeñar empleo o cargo público por el mismo tiempo".

La primera parte del artículo propuesto contempla el delito de abuso de autoridad configurado por la simple violación del precepto legal, sin consideración a que el acto sea arbitrario o injusto o que él se realice en perjuicio de una persona o propiedad, pero desgraciadamente ese anhelo de los redactores del Código Penal, no se tradujo en una disposición legal, quedando por este motivo un vacío en la legislación; probablemente el legislador colombiano por un olvido involuntario dejó de sancionar este hecho que constituye un verdadero atentado contra los intereses de la justicia y de la sociedad, pues los hechos que ejecutan los individuos o las diversas omisiones en que ellos incurran, no se configuran como delitos, sino cuando el legislador los prohibe y sanciona mediante la imposición de una pena, pero cuando no hay precepto especial aunque el hecho moral y físicamente atente contra la justicia o contra los derechos de los asociados, los funcionarios de la rama jurisdiccional, no pueden con un criterio de interpretación analógica de la ley penal, escalonar esos

hechos —para reprimirlos— en las disposiciones del Código Penal, porque su función se reduce a interpretar y aplicar la ley.

Como el hecho imputado al ex-Juez González Urbina, no se cometió en perjuicio de una persona o propiedad, el acto a pesar de ser censurable no es constitutivo de delito por no estar previsto ni sancionado por la ley penal —**nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege**—.

Tampoco puede catalogarse el hecho investigado en la disposición del artículo 172 del Código Penal, porque este precepto contempla casos negativos como son el omitir, rehusar o retardar la ejecución de un acto al cual legalmente esté obligado, y el sindicado, en este caso concreto, no omitió, ni rehusó ni retardó la ejecución de un acto al cual legalmente estaba obligado; lejos de omitir, ejecutó un acto positivo, al resolver el memorial de desistimiento en sentido favorable a las personas que suscribieron la solicitud.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del colaborador, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, con fecha veintiseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, que ha sido objeto de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

CAMBIO DE RADICACION DEL PROCESO

El derecho consagrado en el artículo 58 del C. de P. P., para pedir el cambio de radicación de un proceso, de un Distrito Judicial a otro, no puede ejercerse sino mediante el cumplimiento de las condiciones expresamente determinadas en la disposición que se invoca; la ley no otorga esa facultad a todos los ciudadanos, sino exclusivamente a las personas que en calidad de partes intervienen en el proceso penal, como sería el Agente del Ministerio Público, el procesado y la parte civil.

El cambio de la radicación del proceso sería viable si la petición hubiera sido formulada por el Agente del Ministerio Público, por el sindicado o procesado, por el representante legal —apoderado o defensor— y por la parte civil, o su mandatario judicial, que son las partes que intervienen en el proceso penal, a quienes la ley ha otorgado esa facultad; pero cuando el cambio de radicación se pide por una persona extraña al proceso, el concepto de la Corte, en ningún caso puede ser favorable, porque ello implica una violación de la ley procedimental.

El denunciante no es parte en el proceso penal, y en el sumario la ley no le ha otorgado ningún derecho para intervenir en las diligencias, ni siquiera lo catalogó entre las personas que pueden intervenir en esta etapa del proceso. El denunciante al tenor del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, no contrae otro deber que el de decir la verdad, y para que su aseveración no sea temeraria se le exige el respectivo juramento sobre los cargos materia del denuncio; su intervención o actividad está limitada y circunscrita por el artículo 275 de la obra citada, y ella se contrae a ampliar el denuncio y a dar los informes que estime convenientes, "quedando a ésto reducida su intervención". Si por mandato expreso de la ley el denunciante sólo puede ampliar su denuncio y dar los informes que crea indispensables para el descubrimiento de la verdad, es lógico que apoyado en esa calidad —denunciante— no puede solicitar el cambio de radicación del proceso.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Ministerio de Justicia por conducto del Departamento Jurídico remite a esta Entidad, la solicitud formulada por el denunciante Francisco Castro, sobre cambio de radicación del proceso seguido contra Jesús Escobar Ochoa por delitos contra la propiedad, para que la Corte en ejercicio de la función consagrada por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, emita su concepto sobre el cambio de radicación.

Petición

La solicitud está acompañada de los siguientes documentos:

a) Certificado del Juzgado 2º Superior de Bogotá, en la cual consta que en ese Despacho cursó el negocio seguido contra Jesús Escobar Ochoa por el delito de estafa;

b) Un memorial dirigido al Procurador General de la Nación, en el que se dá cuenta de las irregularidades anotadas en los procesos seguidos contra Guillermo y Jaime Camacho, y Jesús Escobar Ochoa.

c) Las notas dirigidas por el Jefe de la Sección de Vigilancia Judicial, al Juzgado 2º Superior y al Presidente de la Sala de Casación Penal.

d) La providencia dictada por el Juzgado 2º Superior de Bogotá en el sumario iniciado contra Jesús Escobar Ochoa cuya parte pertinente dice:

"**Resuelve:** abstenerse de conocer en el presente asunto y remitir el informativo al señor Juez Superior de Ibagué a fin de que se sirva avocar el

conocimiento por haber ocurrido los hechos en su jurisdicción".

"Si el señor Juez de Ibagué estimare que no es competente desde ahora [illegible] Despacho le propone colisión negativa de [illegible] petencia".

e) Una carta dirigida al Excelentísimo Señor Presidente de la República doctor Alberto Lleras Camargo, en la que se expónen las irregularidades cometidas en los procesos a que antes se ha hecho mención.

f) El Oficio Nº 191 suscrito por el Secretario General del Ministerio de Justicia, dirigido al Jefe del Departamento de Vigilancia Judicial, para que este funcionario pida informes al Juzgado 2º Superior de Ibagué sobre el estado del sumario contra Jesús Escobar Ochoa.

g) Los telegramas del Juzgado 2º Superior de Ibagué de fecha junio y agosto de 1947, en el primero se afirma que el negocio contra Escobar Ochoa se encuentra en la Fiscalía para que este funcionario emita concepto en relación con el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, y en el segundo, se dice que el proceso se halla en el Tribunal en consulta de la providencia que ordenó cesar el procedimiento en virtud de estar prescrita la sanción penal.

h) Memorial de Francisco Castro Correa dirigido a la Corte, en el cual reafirma su petición sobre cambio de radicación.

La petición se funda en el derecho consagrado por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Se considera:

El derecho consagrado en el artículo 58 del C. de P. P., para pedir el cambio de radicación de un proceso, de un Distrito Judicial a otro, no puede ejercerse sino mediante el cumplimiento de las condiciones expresamente determinadas en la disposición que se invoca; la ley no otorga esa facultad a todos los ciudadanos, sino exclusivamente a las personas que en calidad de partes intervienen en el proceso penal, como sería el Agente del Ministerio Público, el procesado y la parte civil.

El cambio de radicación del proceso sería viable si la petición hubiera sido formulada por el Agente del Ministerio Público, por el sindicado o procesado, por su representante legal —apoderado o defensor— y por la parte civil, o su mandatario judicial, que son las partes que intervienen en el proceso penal, a quienes la ley les ha otorgado esa facultad; pero cuando el cambio de radicación se pide por una persona extraña al proceso, el concepto de la Corte, en ningún caso puede ser favorable, porque ello implica una violación de la ley procedimental.

El denunciante no es parte en el proceso penal y en el sumario la ley no le ha otorgado ningún derecho para intervenir en las diligencias, ni si quiera lo catalogó entre las personas que pueden intervenir en esa etapa del proceso. El denunciante al tenor del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, no contrae otro deber que el de decir la verdad, y para que su aseveración no sea temeraria se le exige el respectivo juramento sobre los cargos materia del denuncio, su intervención o actividad está limitada y circunscrita por el artículo 275 de la obra citada, y ella se contrae a ampliar el denuncio y a dar los informes que estime convenientes, "quedando a ésto reducida su intervención". Si por mandato expreso de la ley el denunciante sólo puede ampliar su denuncio y dar los informes que crea indispensables para el descubrimiento de la verdad, es lógico que apoyado en esa calidad —denunciante— no puede solicitar el cambio de radicación del proceso.

Es claro que si el denunciante estima lesionados sus intereses con el delito, puede asumir el carácter de parte civil en el proceso penal, pero para ello debe cumplir previamente con los mandatos de los artículos 113 y 114 del C. de P. P. El auto del Funcionario que reconoce a determinada persona el carácter de parte civil es la base fundamental para que ella pueda intervenir en las diligencias procesales; con este carácter podría invocar el derecho consagrado en el artículo 57, pero como el señor Francisco Castro tiene únicamente la calidad de simple denunciante la Sala no puede emitir concepto favorable sobre el cambio de radicación.

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, emite CONCEPTO DESFAVORABLE al cambio de radicación del proceso seguido ante el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Ibagué contra Jesús Escobar Ochoa, por delitos contra la propiedad, por haber sido formulada la petición por quien no es parte en el proceso.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Alberto Benavides Guerrero. Francisco Brun. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüell R., Srio.

PREGUNTAS AL JURADO. — IMPOSICION DE LAS SANCIONES. — CALIFICACION DE LOS HECHOS POR EL JURADO. — SIGNIFICACION DE LAS PALABRAS INSIDIA, ALEVOSIA Y ASECHANZA

1.—No es exacto que al Jurado haya de formularse un cuestionario con preguntas separadas para cada una de las circunstancias constitutivas o modificadoras de la responsabilidad. Al contrario, la ley ordena que se haga una sola pregunta, en la cual se incluyan los hechos con las circunstancias peculiares en que se crea se hayan realizado, salvo las previstas en el artículo 29 del Código sustantivo (Ley 4ª de 1943 artículo 28). Lo que pasa es que es distinto formular una pregunta clara y precisa que no se preste a confusiones para los jueces populares, y otra hacer una pregunta con varios términos idénticos u opuestos que no permitan contestar con nitidez sobre lo que se interroga o que dejen dudas sobre el sentido de la respuesta.

2.—Según el artículo 36 del Código Penal las sanciones se imponen teniendo como base cuatro factores, a saber: la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, y la personalidad del agente; así lo dejó establecido, por otra parte, la Comisión redactora del citado Código; y una jurisprudencia ya copiosa de la Sala lo ha venido repitiendo desde hace varios años.

3.—Es ineficaz la afirmación de que es errado considerar el homicidio como asesinato porque los indicios no alcanzan dicha categoría, sino la de simples indicios, como que basta con replicar que en los juicios en que interviene el Jurado, éste es el encargado de calificar los hechos sobre los cuales ha versado el debate y la sentencia tiene que fundarse en el veredicto (art. 480 del C. de P. P.). Además, este argumento sería adecuado si se estuviera alegando la causal segunda, que bien se sabe que no es procedente en los juicios en que el Jurado interviene.

4.—La INSIDIA es lo mismo que la asechanza, o sea, el engaño o artificio para hacer daño a otro; la ALEVOSIA es la cautela para cometer un delito contra las personas, sin riesgo para el victimario; y la ASECHANZA es el acto de observar con cautela, o de mirar a escondidas y con cuidado.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

Vistos:

El Tribunal Superior de Santa Marta condenó a **Ramón Sánchez Herrera** a sufrir la pena principal de diez y seis años de presidio, como autor de la muerte de José Isidoro Quintero, ocurrida en el sitio denominado "Los Caracolíes", en la vía que comunica a Ocaña con Río de Oro, el 1º de junio de 1943.

Contra la sentencia, fechada el 8 de octubre del año último, interpuso casación el procesado y su defensor presentó ante la Corte la demanda respectiva, con base en la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento.

Varios son los motivos de acusación que el recurrente alega contra el fallo:

Primero, que el Tribunal violó los artículos 39 y 363 del Código Penal, "por haber graduado la pena atendiendo factores distintos de la mayor o menor peligrosidad y sin haber demostrado la existencia de una siquiera de las circunstancias de mayor peligrosidad".

"Son únicamente las circunstancias de mayor o menor peligrosidad —añade— las que dosifican la pena, quedándole al juzgador amplio margen para la atribución de la sanción. Ni los motivos determinantes, ni las modalidades del hecho, ni su gravedad, influyen en la pena, sino únicamente las circunstancias, siempre que al mismo tiem-

po no sean elementos constitutivos de la infracción, como en el presente caso".

Segundo, que el Tribunal quebrantó el artículo 37 del mismo código al considerar al procesado como de vida disoluta, por ser contrabandista, siendo así, que este oficio no indica esa clase de existencia ni "la vida disoluta es circunstancia de mayor peligrosidad".

Tercero, que los indicios que el Tribunal tuvo en cuenta para considerar el homicidio como asesinato apenas alcanzan la categoría de sospechas.

Cuarto, que el Tribunal infringió el artículo 226 del Código de Procedimiento, por haber atendido el testimonio de Rosa Uribe de Sánchez, esposa del acusado, para dar por establecido el asesinato.

Y quinto, que al jurado se le preguntó "sobre premeditación, sobre motivos innobles, sobre insidia, sobre alevosía, sobre asechanza, sobre inferioridad de la víctima"; que por eso el veredicto resultó confuso y caótico, cuando debía habérsele interrogado en preguntas separadas sobre cada uno de esos elementos; y que por tanto se violó la Constitución, que ordena cumplir las formalidades propias de cada juicio.

Y termina su demanda diciendo:

"Pido que se reúna de nuevo al jurado para que se le someta en debida forma un cuestionario con cuestiones separadas, como manda el sentido común y la ley.

"En subsidio, pido que se absuelva a mi poderdante, por no existir en su contra un solo indicio que justifique la condena.

"En subsidio de lo anterior, pido la nulidad de todo lo actuado, porque las notificaciones personales del auto de proceder no se hicieron en la forma que lo indica el artículo 308 del C. J. relacionado con el Código de Procedimiento Penal;

"En subsidio de todo lo anterior, pido que se rebaje al mínimo la pena".

Se considera:

Principiando por las nulidades que el recurrente alega y que hubiera debido invocar expresamente y fundar dentro de la causal cuarta de casación, ha de decirse que ellas no existen en el proceso que se estudia.

No es exacto que al jurado haya de formularse un cuestionario con preguntas separadas para cada una de las circunstancias constitutivas o modificadoras de la responsabilidad. Al contrario, la ley ordena que se haga una sola pregunta, en la cual se incluyan los hechos con las circunstancias peculiares en que se crea se hayan realizado, salvo las previstas en el artículo 29 del código sustantivo (Ley 4ª de 1943, artículo 28).

Lo que pasa es que es distinto formular una pregunta clara y precisa que no se preste a confusiones para los jueces populares, y otra hacer una pregunta con varios términos idénticos u opuestos que no permitan contestar con nitidez sobre lo que se interroga o que dejen dudas sobre el sentido de la respuesta. Esto último es lo que en el proceso en estudio se contempla, como más adelante se dirá.

Por lo pronto basta advertir que el interrogatorio para el jurado fue extremadamente defectuoso, pero que esos defectos no están contemplados como causal de nulidad en el Código de Procedimiento. A no ser que el veredicto resulte contradictorio, pero entonces el vicio no estaría propiamente en la pregunta, sino en la respuesta, o mejor dicho, lo que daría base para la invalidación no sería la pregunta hecha sino el veredicto del jurado.

En cuanto al auto de proceder, se le notificó personalmente al procesado, según constancia del folio 108 del Cuaderno principal. El apoderado del recurrente intervino inmediatamente en su favor, y, en todo caso, se le notificó personalmente el auto confirmatorio del Tribunal, como puede comprobarse al folio 131 del mismo cuaderno. Lo cual indica que no se ha incurrido en nulidad alguna por falta de notificación del enjuiciamiento, al tenor del ordinal 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

La petición de que se absuelva al acusado por no existir en contra suya la suficiente prueba resulta inadmisible, porque ella no puede ser sino la consecuencia de alguna de las causales pertinentes de casación que resulte alegada y probada, lo que no se ha hecho en el presente caso.

De suerte que estas peticiones deben desecharse.

Viniendo a la causal primera, debe recordarse que el demandante comienza por exponer su opinión sobre la manera de aplicar las sanciones, diciendo que al efecto sólo deben tenerse en cuenta las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, para luego concluír que la pena impuesta es indebida, por dos motivos principales: porque el homicidio no reviste el carácter de asesinato, y porque no hay probada ninguna circunstancia de mayor peligrosidad.

Ese concepto de que las sanciones se deben aplicar teniendo presentes tan sólo aquellas circunstancias es equivocado, pues otra cosa dicen el Có-

go, la Comisión redactora del mismo y reitera- jurisprudencia: según el artículo 36 del esta- to penal, a saber, la gravedad y modalidades l hecho delictuoso, los motivos determinantes, s circunstancias de mayor o menor peligrosidad, la personalidad del agente; así lo dejó estable- lo, por otra parte, la Comisión redactora del ado código; y una jurisprudencia ya copiosa de ta Sala lo ha venido repitiendo desde hace ya rios años.

Respecto de la afirmación de que es errado con- lerar el homicidio como asesinato porque los in- cios no alcanzan dicha categoría, sino la de sim- es sospechas, basta con replicar que en los jui- os en que el jurado interviene éste es el encar- ido de calificar los hechos sobre los cuales ha ersado el debate y la sentencia tiene que fun- arse en el veredicto (artículo 480 del C. de P. P.). demás, este argumento sería adecuado si se es- viera alegando la causal segunda, que bien se be que no es procedente en los juicios en que el rado interviene.

La anterior razón responde también la otra que alega con respecto, no propiamente a la senten- a, sino al veredicto que le sirve de respaldo, va- decir, que se le dió crédito al testimonio de la sposa del acusado. El veredicto de los jueces po- ulares se basa en la íntima convicción que se ormen sobre las pruebas del proceso, sin sujeción tarifa probatoria alguna (artículo 528 del C. de . P.). Y no siendo el testimonio de la Uribe de ánchez prueba única, al contrario, habiendo sido amado a juicio el procesado por obrar en contra arios indicios que se dieron por probados con eclaraciones distintas de aquélla, mal puede in- ocarse el dicho de la cónyuge como base o argu- ento contra la sentencia. Esto en la hipótesis de ue la causal segunda fuera admisible en los pro- esos en que interviene el jurado, cosa que no s posible, como ya se dijo.

Hablando más concretamente ya, es forzoso ad- itir que la pregunta que se le formuló al jura- o encierra términos que se prestan a confusio- es. Y, así, los jueces de conciencia contestaron ue el acusado había cometido el delito **"encon- rando a la víctima en condiciones de indefensión inferioridad y empleando además la insidia, la sechanza y la alevosía". La insidia** es lo mismo ue **la asechanza,** o sea, el engaño o artificio para acer daño a otro; **la alevosía** es la cautela para ometer un delito contra las personas, sin ries- o para el victimario, y **la acechanza** es el acto de observar con cautela, o de mirar a escondidas y con cuidado.

Pero no es exacto que el Tribunal hubiera to- mado esas circunstancias doblemente, esto es, co- mo constitutivas de asesinato y como de mayor peligrosidad, según se insinúa en la demanda. Las consideraciones que el Tribunal hace en el parti- cular son las siguientes:

"El homicidio perpetrado por el procesado debe tomar la denominación de asesinato al tenor del numeral 5º del artículo 363 del C. P., pues apa- rece plenamente probado en el informativo que Ramón Sánchez estando asechando (sic) a Quin- tero, quien venía desprevenido y desapercibido, le disparó su escopeta cargada con valines (sic), dándole muerte, en circunstancias, por lo tanto, que pusieron a la víctima en condiciones de in- defensión e inferioridad".

Como se ve, la única circunstancia que el Tri- bunal tuvo en cuenta para tener el homicidio co- mo asesinato es la que cita con el numeral del Código y que consiste en aprovecharse de condi- ciones de indefensión o inferioridad y que aquí consistió en que Sánchez atacó a Quintero por la espalda, cuando éste marchaba por la vía comple- tamente ajeno al acecho (no **asecho** como dice el Tribunal) que aquél le hacía.

En suma, el Tribunal, luego de decir en el re- sultando 5º "que la personalidad de Ramón Sán- chez antes de cometer el ilícito era disoluta pues era contrabandista de licores", hace estas consi- deraciones para señalar la pena:

"La gravedad y modalidades del asesinato per- petrado por Ramón Sánchez son de trascendencia; los motivos determinantes que tuvo Sánchez para cometer su crimen fueron la venganza y el odio; y la personalidad del procesado es la de un hom- bre holgazán y con tendencias al contrabando de licores...

"La pena que le corresponde al procesado Ra- món Sánchez, al tenor del artículo 363 del C. P., es de quince a veinticuátro años de presidio.

"Como no hay únicamente circunstancias de mayor ni tampoco de menor peligrosidad respec- to al reo, habida consideración de la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, de los motivos determinantes del agente y de su personalidad, a juicio de esta Sala Penal, la pena que debe im- ponerse al reo es de diez y seis años de presidio y por lo tanto se impone reformar la sentencia apelada en este sentido (arts. 36 y 39 del C. P.).

Como se ve la sentencia peca por imprecisión

y todo procesado tiene derecho de saber cuáles son las circunstancias subjetivas y objetivas que sirven de base a su condena. Pero la demanda, no trae más razones para pedir la casación que las genéricas apuntadas al principio: que no hay demostrada ninguna circunstancia de mayor peligrosidad; que el contrabando no constituye vida disoluta y que la vida disoluta no es circunstancia de mayor peligrosidad; y que el Tribunal tuvo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho, los motivos determinantes y la personalidad del agente para determinar la pena.

Si la casación es una crítica a la sentencia, forzoso es exigir que se indique el error de que adolece y demostrarlo, sin que sea suficiente que se afirme genéricamente que el fallo se funda en apreciaciones equivocadas.

"En cuanto dice relación a su vida disoluta —comenta la Procuraduría— no tuvo cuidado el demandante de entrar en las demostraciones de rigor que son necesarias en este recurso extraordinario, para hacerle ver a la Corte que el Tribunal se equivocó en tal apreciación. El simple aseto de que ese factor fue mal apreciado, no le materia a la Corte para penetrar en un estud de fondo, pues la casación no es una tercera in tancia".

"La Procuraduría, después de un prolijo estud de la sentencia y de la demanda, pide que no invalide el fallo recurrido, y así habrá de decr tarlo la Sala.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de C sación Penal, de acuerdo con el señor Procurad y administrando justicia en nombre de la Repúbl ca y por autoridad de la ley, NO INVALIDA sentencia recurrida de que se ha venido habland

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Brun Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiméne Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Sri

CAMBIO DE RADICACION DEL PROCESO

La ley busca como expresión de la justicia la verdad procesal, y ésta no se consigue cuando el sindicado o procesado se halla privado de medios adecuados para su defensa. Nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio dice la norma constitucional, y esta defensa no puede ejercerse cuando personas extrañas al proceso penal ejercen directa o indirecta influencia sobre los apoderados o defensores del sindicado, para obligarlos a renunciar sus cargos y privar en esta forma al reo de medio lícitos para defenderse. En estas condiciones y para salvar los intereses de una recta administración de justicia el concepto de la Corte sobre cambio de radicación del proceso debe ser favorable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diecisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Para que la Corte emita su concepto sobre el cambio de radicación del proceso seguido contra Leopoldo Luna Hoyos, el Ministerio de Justicia remite las diligencias presentadas por el apoderado del sindicado.

Antecedentes

En el Juzgado Superior de Ocaña cursa el proceso seguido contra Leopoldo Luna Hoyos, a quien se le llamó a responder en juicio por el delito de homicidio cometido en la persona de Fernando Márquez, y dicho negocio —actualmente— se encuentra ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, para que esta Entidad revise el auto de llamamiento a juicio.

Petición

El occiso Fernando Márquez —dice el memorialista— pertenecía al gremio de choferes en la ciudad de Ocaña, gremio que mediante amenazas, coacciones y hostilidades de todo género pretende que el acusado "carezca de defensa en el proceso" consiguiendo por estos medios que los abogados "renuncien a los poderes que se les ha conferido".

Esta afirmación que constituye la base sobre la cual se funda el cambio de radicación del proceso se respalda con las declaraciones de los doctores Enrique Rochels, Luis A. Guevara y Valentín Piñeres Andrade.

También se dice que el gremio de choferes está recolectando fondos, para hacer acto de presencia en las audiencias y que harán todo lo posible "para que hundan en la cárcel al procesado" y que para conseguir este objetivo "están resueltos a ir a todos los extremos hasta agredir a los jurados." Aseveración que la apoya en los testimonios de Arnulfo Verjel, Agustín Bayona, Juan Ramón Marún y Tobías Verjel.

Pruebas

El doctor Enrique Rochels dice:

"Es cierto que el gremio de choferes de esta ciudad, después de haberse encargado de la defensa del señor Leopoldo Luna inició una serie de hostilidades contra el suscrito, tales como no prestarme ningún servicio de carro, ya sea en Ocaña, o para el transporte a los distintos pueblos de la Provincia; que estas hostilidades o negaciones del servicio automoviliario duraron hasta mucho después de haber renunciado el poder que se me otorgó".

Luego afirma "que por las propias manifestaciones de los choferes, se cree muy posible que éstos traten de influenciar en el ánimo de los jueces de conciencia cuando se verifiquen las audiencias a fin de impedir la recta aplicación del magisterio punitivo".

Luis A. Guevara expone:

"En mi condición de abogado en ejercicio asistí a la indagatoria del sindicado Leopoldo Luna H. por el homicidio en la persona de Fernando Márquez. En uno de los días de enero del presente año, se presentó a mi casa en esta ciudad el señor Rodrigo Jácome, que entiendo es pariente del occiso, a manifestarme que si continuaba representando como abogado a Leopoldo Luna, ellos sabían (los choferes) que los dos hijos míos, uno que está en la Comunidad de los Hermanos Cristianos quien venía de Bogotá a hacernos una

visita y el otro que estaba aquí en vacaciones y debía regresar a Medellín, no los conducirían ninguno de los choferes que hacen el tránsito de Gamarra a esta ciudad, si no renunciaba dicho poder, lo que inmediatamente hice en vista del gravísimo perjuicio que con esta amenaza me ocasionaban...".

Valentín Piñeres Andrade expresa que al día siguiente de los sucesos, los choferes se presentaron a su casa de habitación a decirle que se hiciera cargo de "acusar" a Luna Hoyos, porque el gremio "estaba resuelto a no ahorrar esfuerzos para obtener la condena" y que le dieron a entender "que estaban resueltos a impedir de cualquier modo que cualquier abogado defendiese a Luna Hoyos como su apoderado, agregando que el grupo de choferes estaba hecho un haz solidario en tal sentido, y resueltos a ir hasta todos los extremos contra el abogado que aceptase esa defensa".

Posteriormente a petición de los familiares de Luna se hizo cargo del poder, y que al día siguiente de presentar el poder mandó buscar "un auto para viajar a Río de Oro, y un grupo de choferes se negó a prestarme el servicio, diciendo que para mí no había carros", y luego agrega:

"Por cuanto he podido oír de muchos de ellos y he sabido por referencia de otras personas, tengo la seguridad de que el grupo de choferes hará cuanto pueda para llevar su hostilidad hasta las audiencias en la causa contra Luna Hoyos, si éste fuere enjuiciado, por lo cual ya no acepté ser su defensor, como creo lo harán los demás abogados".

El segundo grupo de declarantes afirma ser cierto el hecho de que el gremio de choferes está recolectando fondos para hacer acto de presencia en las audiencias porque están dispuestos a no permitir que se defienda a Luna Hoyos "que harán todos los referidos choferes por lograr que lo hundan en la cárcel y que en este sentido el referido gremio de choferes está resuelto a ir a todos los extremos hasta agredir a los jurados y los demás empleados y abogados que en ella intervengan".

Que los miembros de la familia de Luna, son perseguidos por el gremio de choferes, lo dicen las cartas y memoriales dirigidos por Carlos Luna, al Alcalde Municipal de Ocaña, con fecha enero 28 de 1946; al Gobernador del Departamento con fecha marzo 21 de 1946, y al Secretario de Gobierno con fechas marzo 21 y 25 de 1946. En los cuales se les da cuenta de hechos concretos hostilidad y se les pide la debida protección.

Se considera:

No podría afirmarse que existe serenidad pa administrar justicia en un medio donde influe cias de diverso orden —materiales o morales están pendientes sobre los resultados favorables desfavorables de un determinado acto judici La independencia, imparcialidad y serenidad las personas que a nombre de la sociedad y h ciendo las veces de Jurados van a administr justicia, no pueden estar garantizadas suficient mente en un ambiente donde un grupo u organización determinada, trata de ejercer influenci de todo orden, para conseguir que primen s pretensiones sobre la verdad judicial.

Mal puede decirse que los intereses sociales los del sindicado o procesado se hallan tutelad por el Estado, cuando las personas encargadas velar por sus intereses son amenazadas o a s actuaciones se pretende oponer restricciones m rales o materiales, para que sus decisiones no sea el producto de la verdad, sino la imposición un capricho o de un criterio opuesto al de la ju ticia.

La ley busca como expresión de la justicia verdad procesal, y ésta no se consigue cuando sindicado o procesado se halla privado de medi adecuados para su defensa. Nadie puede ser co denado sin ser oído ni vencido en juicio dice norma constitucional, y esta defensa no pued ejercerse cuando personas extrañas al proces penal ejercen directa o indirecta influencia sobr los apoderados o defensores del sindicado, par obligarlos a renunciar sus cargos y privar en es ta forma al reo de medios lícitos para defende se. En estas condiciones y para salvar los intere ses de una recta administración de justicia concepto de la Corte sobre cambio de radicació del proceso debe ser favorable.

Por estas consideraciones la Corte Suprem Sala de Casación Penal, emite CONCEPTO FA VORABLE al cambio de radicación del proces seguido contra Leopoldo Luna Hoyos por un de lito de homicidio ejecutado en la persona de Fe nando Márquez.

Cópiese y remítase al Ministerio de Justicia.

Jorge E. Gutiérrez Anzola —Francisco Brun Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiméne Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., S cretario.

DESISTIMIENTO

El desistimiento como acto procesal obedece o se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para proseguir o terminar el juicio, y si por otra parte, el procesado es la única persona a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad para desistir de la apelación y aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual se interpuso el recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, dieciocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de diecinueve de junio de mil novecientos cuarenta y siete, condenó a Leopoldo Torres Flórez a la pena principal de tres años de presidio, como responsable de un doble delito de lesiones personales cometidas en Luis Linares y Pablo E. Rodríguez.

Contra esta sentencia el procesado interpuso recurso de casación, el cual fue admitido por auto de veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y siete.

En memorial de noviembre 13 del presente año se lee:

"Leopoldo Torres Flórez, mayor de edad, preso en la cárcel del Circuito Judicial de Facatativá, por cuenta del Juzgado 2º Penal del mismo Circuito, me refiero al proceso por "lesiones personales" por el cual estoy detenido, que actualmente se encuentra en esa Corte en virtud del recurso de casación que interpuse contra la sentencia de fecha diez y nueve de junio del presente año (1947), del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se me condenó a sufrir la pena principal de tres años de presidio".

"Atentamente manifiesto a usted que desisto del recurso de casación que interpuse, y que por tanto se digne usted declarar terminado el recurso por desistimiento voluntario de mi parte que es la única interesada".

Se considera:

El desistimiento de un recurso puede llevarse a efecto en cualquier estado del juicio y para que él sea procedente debe reunir los requisitos exigidos por la ley; si la petición sobre desistimiento llena las formalidades del artículo 461 del Código Judicial, el funcionario o entidad que tiene jurisdicción para revisar la providencia contra la cual se ha interpuesto el recurso, es el competente para resolver la solicitud.

El desistimiento como acto procesal obedece o se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para proseguir o terminar el juicio, y si por otra parte, el procesado es la única persona a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos esté la facultad para desistir de la apelación y aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual se interpuso el recurso.

La facultad para desistir se consagra en varias disposiciones del Código Penal y en algunas normas de la ley procedimental, pero en cuanto a tramitación y requisitos que debe llenar la petición sobre desistimiento deben aplicarse los preceptos del Código de Procedimiento Civil (artículos 461 y ss. del Capítulo VIII del C. J.), aplicable a los procesos penales por mandato del artículo 7º del C. de P. P.

Como la solicitud de Leopoldo Torres reúne los requisitos de ley así debe decretarse.

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema 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 de diecinueve de junio de mil novecientos cuarenta y siete dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se condena a Leopoldo Torres Flórez a la pena principal de tres años de presidio como responsable de los delitos de lesiones personales.

2º Declárase ejecutoriada la sentencia de fecha 19 de junio de 1947 a que hace referencia el aparte anterior; y

3º Condénase en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPEDIMENTOS

Es doctrina de la Corte expresada en varias providencias que la causal 4ª de impedimento, comprende a los funcionarios de la rama jurisdiccional, que en estudios de fondo emiten su opinión o concepto sobre lo sustancial del proceso, y posteriormente, como funcionarios de segunda instancia tienen que revisar el negocio.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en providencia de octubre veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete, no aceptó el impedimento manifestado por el doctor Carlos Alberto Olano, para conocer del negocio adelantado contra Noé Puerto, Luis Fernando Becerra, Tomás Cárdenas y otros por varios delitos, y ordenó remitir el negocio a la Corte para dar cumplimiento al ordenamiento del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal.

Impedimento

Se invoca como causal de impedimento el hecho de haber dictado en el proceso el auto de llamamiento a juicio, providencia en la cual "se debatió y falló el mismo problema que ahora ante el Tribunal es motivo de ataque por parte de los defensores. En efecto, "no sólo en la audiencia pública sino ante esta Corporación se han esforzado en demostrar que no está plenamente comprobado el cuerpo del delito de robo, tópico que fue uno de los fundamentales del auto de proceder".

Decisión del Tribunal

En providencia de octubre 29 de 1947, el Tribunal negó el impedimento porque la disposición invocada contempla únicamente el caso de "haberse dictado la providencia de cuya revisión se trata", y como el auto que se revisa no es de proceder, sino la sentencia condenatoria, el impedimento por este aspecto no es fundado.

"Pero se diría —dice el Tribunal— que el mero hecho de haber proferido el enjuiciamiento ya encausaría el impedimento por otro rumbo distinto, es decir, el que indica el numeral 4º del artículo 73", que dice:

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

"¿Podría sentarse, pues, que quien dictó la providencia enjuiciatoria, ya estaba impedido para conocer como Magistrado de la respectiva sentencia, como quiera que desde la vocación a juicio ya había emitido alguna opinión al respecto?".

La mayoría de la Sala rechaza el impedimento por esta causal, porque —en su concepto— ella sólo comprende a las personas que en calidad de abogados dentro o fuera del proceso hubieran manifestado su opinión ya en lo relativo a los sistemas de defensa o bien sobre el planteamiento de la acusación, pero el impedimento no comprende a los funcionarios que en una u otra forma hubieran intervenido en el desarrollo del proceso penal emitiendo su opinión, pues de no ser así, tendría que declararse separado del conocimiento no sólo a quien dictó el auto de proceder "sino a quien decidió sobre un punto de excarcelación, o a quien dictó el auto de detención, desde luego que en esas decisiones, al fin y al cabo se exterioriza alguna opinión", en esta forma cuando el Tribunal por apelación revisara el auto de detención o el de libertad provisional tendría que emitir una opinión y en este caso, no podría conocer o revisar la sentencia por estar impedido.

Se considera:

Al negar el impedimento por la causa 7ª del art. 73 del Código de Procedimiento Penal, el fallador da una interpretación lógica y ceñida al texto de la ley, porque esta causal no da fundamento para

declararse impedido sino en el caso de que se hubiera pronunciado con anterioridad la providencia que se trata de revisar. Pero el Tribunal estudió el impedimento frente al derecho consagrado por el numeral 4º del artículo 73; que debió ser —precisamente— la disposición invocada por el magistrado impedido y no la del numeral 7º del precepto ya citado.

Es doctrina de la Corte expresada en varias providencias que la causal 4ª de impedimento, comprende a los funcionarios de la rama jurisdiccional, que en estudios de fondo emite su opinión o concepto sobre lo sustancial del proceso, y posteriormente como funcionarios de segunda instancia tienen que revisar el negocio.

Las razones en las cuales se funda la afirmación anterior han sido expuestas— entre otras— en providencias de mayo 12 de 1945, marzo 22, julio 7 de 1946, y septiembre 12 de 1947, en las cuales se dijo:

"Como el auto de proceder es la providencia que refleja de manera exacta el criterio del Juez sobre el hecho que se investiga y sobre la imputabilidad que puede recaer sobre el procesado, incuestionable es que, por este aspecto, el impedimento debe ser declarado". (Auto, mayo 12 de 1945).

"Circunscrito el numeral 7º del art. 73 —que es el que determina los motivos de incompatibilidad en los Jueces o Magistrados— al motivo que constituye el hecho de "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata", "la opinión sobre el asunto materia del proceso" que el numeral 4º enuncia como motivo de recusación, no puede limitarse a la opinión emitida fuera de la función jurisdiccional; debe también comprender los actos jurisdiccionales cuya validez presupone una deducción, un juicio, un razonamiento, esto es, una opinión o un concepto fundados en el análisis o apreciación de los elementos jurídicos que esos actos —según su objeto y contenido— integran y componen.

"Tópico de esos actos jurisdiccionales es la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, de cuya forma y contenido determina el artículo 431 del estatuto procesal penal. Esta calificación —como la norma referida lo prescribe— implica un especial proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades de la responsabilidad, deducidos de las pruebas que en la mayoría de las veces y no obstante las garantías y oportunidades que el juicio público ofrece al procesado, viene a constituír, sin adición ni modificación alguna, la parte fundamental de la sentencia recurrida. Esta realidad procesal e histórica explica por qué "la opinión sobre el asunto materia del proceso", erigida en motivo de recusación, puede también ser emitida en actos jurisdiccionales que preceden a la sentencia o son distintos de ella, como entre otros, el que califica el sumario o el que ordena —por causa de contradición entre el veredicto y los hechos— se convoque a nuevo jurado, y en los cuales el análisis y el juicio, esto es, la opinión sobre la materia del proceso, son base de la decisión. La misma realidad procesal e histórica explica y justifica la posición del funcionario que, después de haber dictado o concurrido a dictar una de aquellas providencias en la primera faz o instancia del proceso, se abstiene de intervenir en la instancia o faz ulterior de revisión.

"Esta doctrina tiene su mayor confirmación en la institución jurídica del grado o de la instancia, fundada —precisamente— en el principio de que el examen del acto impugnado mediante un recurso debe atribuírse por la ley a órganos integrados por personas distintas y de jerarquía superior a aquella decisión en el grado o instancia primitiva; y en este orden de ideas, si tal doctrina —concretada a providencias como el auto de proceder o de convocatoria a nuevo jurado— es aplicable a funcionarios de segundo grado, con mayor razón a los Magistrados de la Corte quienes, después de haber intervenido en las instancias anteriores del proceso, deban dirigir el procedimiento y redactar el proyecto de decisión del recurso; y con igual razón si se trata de determinadas causales —como la segunda, tercera, quinta y séptima, preferentemente—, en cuyo examen interfiere o puede interferir, por analogía, el juicio ya erigido en decisiones precedentes, ya que la naturaleza de la casación lleva a analizar y precisar actuaciones del proceso que si, insignificantes en apariencia, pueden constituír el fundamento del recurso".

"Tratándose, finalmente, como se trata, de un motivo de abstención sólo es apreciable por el Magistrado a quien afecta, y no incluído entre los de recusación del artículo 73, la interpretación aquí dada a la parte final del numeral 4º de aquel artículo en relación con los juicios emitidos en actos jurisdiccionales, como el auto de proceder y otros, no implica necesariamente la sanción de nulidad

en caso de que ni se manifieste ni se alegue el motivo de abstención referido". (Auto, marzo 22 de 1946. G. J. Tomo LX. Nos. 2029, 2031, pág. 259).

"Quien apela de un negocio pretende que el superior revise la providencia del inferior, para saber si ella está o nó de acuerdo con la ley y así confirmarla o revocarla. No se cumpliría una de las finalidades del recurso, si el Juez o Magistrado que debe fallar el negocio en la **segunda instancia,** es el mismo funcionario que con anterioridad a la interposición de la apelación dictó el correspondiente auto de proceder y emitió concepto sobre temas referentes a la imputabilidad o responsabilidad del procesado. Quien emite opinión sobre puntos tan fundamentales del proceso, en cierto modo se vincula a sus conceptos y es casi difícil que se aparte de ellos, cuando por circunstancias especiales —ascenso en la rama jurisdiccional— tenga que revisar sus providencias dictadas como funcionario de **primera instancia.** En estos casos, para tutelar los derechos del procesado y evitar cualquier sospecha de parcialidad contra el Juez o Magistrado debe admitirse el impedimento ya que el estudio del negocio en las dos instancias por distintos funcionarios constituye una de las mejores garantías para los intereses del procesado y de la sociedad".

"El impedimento se funda en el hecho de haber dictado el auto de detención, pero la opinión que se expresa en esa decisión, que no es definitiva ni vincula el resultado final del juicio a los puntos de vista expuestos en esa providencia; esa situación puede cambiar, y los motivos o razones que sirvieron de base al auto de detención pueden debilitarse o perder su valor inicial por los nuevos elementos de prueba que se alleguen al proceso, en tal forma que el estudio de ellos lleve a la conclusión de su revocatoria, entonces, esa opinión —la del auto de detención— no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito y por consiguiente, no puede invocarse como causal de impedimento".

"El impedimento que hoy estudia la Sala no comprende al Juez o Magistrado que pronuncia el auto de detención, sino a aquellos funcionarios que dictan providencias de fondo y que posteriormente adquieren dentro de la rama jurisdiccional un puesto de mayor categoría, y por tal motivo tienen que conocer del negocio en **segunda instancia.** Este es el pensamiento consignado por la Corte en las providencias a que antes se hizo mención; y no el que el Tribunal pretende deducir cuando afirma que "el Juez Superior a quien le hubiera tocado revocar, oficiosamente o por apelación, un auto sobre libertad proferido por el funcionario investigador, estaría impedido para calificar posteriormente el mérito del sumario". La Sala no ha hecho esa afirmación ni podría hacerla porque ello implica un desconocimiento absoluto de la ley". (Auto, septiembre 12 de 1947).

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA FUNDADO EL IMPEDIMENTO manifestado por el Magistrado doctor Carlos Alberto Olano V. para conocer del negocio adelantado contra Noé Puerto, Luis Fernando Becerra y otros.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL

El auto que dicta el Tribunal en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 541 del C. de P. P. no tiene por objeto inquirir el pensamiento de las partes para que manifiesten si tienen o no pruebas qué aducir, como sí lo tiene el auto que se pronuncia en virtud del artículo 444 en el cual la voluntad del legislador se expresa en forma concreta: al decir, que ese auto se dicta para que "las partes manifiesten si tienen o no pruebas qué aducir en el juicio." Como la ley no expresa en forma concreta el alcance o finalidad de dicho auto, la Corte no puede suplir o completar el texto del artículo agregándole la expresión que de manera expresa omitió el legislador.

Si la ley dijera que el auto del artículo 541 del C. de P. P. es para que las PARTES MANIFIESTEN SI TIENEN O NO PRUEBAS QUE ADUCIR, naturalmente que esta providencia participaría de los mismos caracteres de aquella a que hace referencia el artículo 444 ibidem, y entonces sí, la notificación QUE NO SE HAGA EN DEBIDA FORMA, estaría erigida en causal de nulidad por mandato del artículo 198, numeral 4º de la ley procedimental, pero como la ley guardó silencio sobre este particular, no se puede por vía interpretativa completar o suplir el pensamiento del legislador con esa expresión para deducir en esa forma una nulidad que no existe.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de 3 de octubre de 1946 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, condenó a Moisés Gómez a la pena principal de tres años de presidio como responsable de un delito de lesiones personales cometido en Leovigildo Soler Guerra.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación, y oportunamente se formuló la correspondiente demanda. Cumplidos los trámites del recurso, recibido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, se procede a su estudio.

Demanda de casación

Se invoca como causal de casación la contemplada en el numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

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

La acusación sostiene que el procedimiento está viciado de nulidad por violación de los artículos 198, numeral 4º, 171, inciso a), en concordancia con el artículo 173 del Código de Procedimiento Penal. Violación que se enuncia así:

El Tribunal para cumplir con el ordenamiento del artículo 444 del C. de P. P. y para que las partes manifiesten si tienen pruebas qué aducir en el juicio, dictó el auto de 4 de abril de 1946 que dice:

"Permanezca el negocio en la Secretaría por el término de diez días a disposición de las otras partes".

La notificación de esta providencia debe hacerse personalmente, tanto al procesado como a su defensor, por mandato de los artículos 173 y 171, numeral a) del C. de P. P. y cuando el procesado no está en el lugar del juicio, la notificación personal debe hacerse por medio de Juez comisionado.

El artículo 198, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal erige en causal de nulidad el hecho de no haberse notificado en debida forma el auto que señala término a los interesados para que manifiesten si tienen o no hechos qué probar en el juicio.

Como la notificación del auto que ordena poner el negocio a disposición de las partes no se hizo en la forma prevenida en los artículos anteriores sino por anotación en estados, la pretermisión de estas formalidades vicia el proceso de nulidad.

No se notificó personalmente el auto al defensor, porque en esa fecha el doctor José Tomás Márquez desempeñaba el cargo de Juez de Instrucción debiendo el Tribunal nombrarle un defensor de oficio (art. 432 del C. de P. P.). "Careciendo de defensor el procesado Gómez ha debido ser notificado personalmente de conformidad con el artículo 173 del C. de P. P." y luego agrega:

"En esta forma ha violado el Tribunal el derecho sagrado de la defensa a que tenía derecho Gómez en la segunda instancia. Es cierto que la sentencia del Juez subió al Tribunal en consulta, pero esto no disminuye la gravedad de la omisión apuntada. El legislador al consagrar esta medida para casos de cierta gravedad, quizo garantizar una vez más la rectitud en la justicia y dar una oportunidad más al individuo para que hiciera sus descargos o probara su inocencia, previendo que ejecutoriada la sentencia de primera instancia, sin que se hubiera hecho uso del derecho de apelación, se sorprendió a los interesados y se pudiera llegar a lesionar algún derecho por falta de pruebas. Así fue como impuso la obligación de notificar personalmente el auto en que se señala término para pedir pruebas".

Afirma el recurrente que la sentencia es violatoria del art. 26 de la Constitución Nacional que consagra el principio de que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante Tribunal competente y observando las formas propias de cada juicio, porque en el proceso no se observaron los trámites y formas propias del juicio.

Concepto del Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Penal, pide que no se case la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, porque —en su concepto— los hechos alegados no son constitutivos de nulidad ni constitucional ni procedimental. Respalda su tesis en los conceptos expuestos por la Sala en fallo de 19 de agosto de 1947, dictado en la casación de Marco Aurelio Pérez García, y finalmente expresa:

"La nulidad que se alega —dice la Procuraduría— es un cargo de última hora, que no fue planteado en las instancias del juicio, y sin este requisito esencial resulta extemporáneo en casación, como lo tiene resuelto la H. Corte en reiteradas jurisprudencias".

Se considera:

"La nulidad del artículo 198, numeral 4º del C. de P. P. —ha dicho la Corte— incide directamente en la actuación de la primera instancia del juicio y en la segunda; es en la primera etapa del proceso donde es imperiosa la exigencia de la notificación personal, para que el interesado pueda aducir los elementos de prueba tendientes a desvirtuar los cargos que se le hicieron en el auto de llamamiento a juicio. Pero cuando el procesado tiene conocimiento no sólo del auto de proceder sino que ha intervenido en el curso de la causa allegando las pruebas pertinentes a su defensa, la falta de notificación —en la segunda instancia— del auto por el cual se ordena poner en conocimiento de las partes el negocio para que manifiesten si tienen pruebas qué aducir, no es motivo de nulidad, porque en el art. 541 del Código de Procedimiento Penal, el legislador suprimió implícitamente esta causal de nulidad, o sea la última parte del artículo 444, disposición que enuncia la causal de nulidad cuando dice "para que manifiesten si tienen o nó pruebas qué pedir".

"La explicación de esta omisión es muy clara, pues la persona que ha sido llamada a responder en juicio y ha intervenido en la primera instancia, bien sea personalmente o por conducto de su defensor agotando en el término probatorio del juicio todas las pruebas pertinentes a su defensa, no puede invocar como causal de nulidad —en casación— un hecho que sólo tiene valor como nulidad en la primera instancia del juicio. De aceptar la causal de nulidad invocada, se llegaría a la conclusión de que el resultado final del juicio estaría subordinado a la voluntad de las partes, quienes sabiendo que se ha omitido una formalidad que puede ser alegada como causal de nulidad, la callan para invocarla en casación y éste no fue el criterio que inspiró el artículo comentado".

"En efecto: el numeral 4º del art. 198 del C. de P. P erige como causal de nulidad el hecho de "no haberse notificado en debida forma el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen o nó hechos qué probar en el juicio" y el artículo 444 correspondiente al Título II, que trata de la primera instancia en su Capítulo I, al hablar sobre el término de prueba

dispone que devuelto el expediente por el Agente del Ministerio Público, se ordenará ponerlo a disposición de las partes por un término no mayor de diez días "para que manifiesten si tienen o nó pruebas qué pedir".

"La relación armónica de estas disposiciones demuestra claramente que la nulidad por falta de notificación sólo se produce cuando se quebranta o se omite algunas formalidades determinadas en estas normas que regulan la tramitación de los procesos en la **primera instancia del juicio,** pero la pretermisión de la notificación personal del auto que dicta el Tribunal en obedecimiento a lo dispuesto por el art. 541 del C. de P. P. no la considera la ley como nulidad, ya que este precepto rige la actuación del juicio en la segunda instancia y no vincula estrictamente la tramitación del proceso al contenido del numeral 4º del art. 198 de la obra citada. En este caso, la falta de notificación personal al procesado detenido (art. 171) de la providencia que dicta el Tribunal con sujeción al art. 541, puede constituír una irregularidad procedimental, pero no un motivo de nulidad que afecte las normas sustanciales del proceso".

Las nulidades en el proceso penal se han consagrado como garantía de defensa para los intereses del procesado o de la sociedad, pero no todas las irregularidades que pueden ocurrir en la actuación del juicio penal son hechos constitutivos de nulidad. La falta de notificación personal del auto que dicta el Tribunal para cumplir el ordenamiento del artículo 541 del C. de P. P. no es un hecho constitutivo de nulidad ni ella implica pretermisión de formalidades sustanciales propias a la celebración del juicio. Para que esta omisión se pueda alegar como causal de nulidad es indispensable que la ley expresamente la hubiera consagrado, pues, como en repetidas veces lo ha afirmado la Sala, las causales de nulidad son taxativas y como tal deben estar determinadas por la ley, sólo la violación de un precepto de esta naturaleza da derecho para pedir —en casación— la invalidación de un fallo por este motivo.

El auto que dicta el Tribunal en obedecimiento a lo dispuesto por el art. 541 del C. de P. P. no tiene por objeto inquirir el pensamiento de las partes para que manifiesten si tienen o no pruebas qué aducir, como sí lo tiene el auto que se pronuncia en virtud del art. 444 en el cual la voluntad del legislador se expresa en forma concreta: al decir que ese auto se dicta para que "las partes manifiesten si tienen o nó pruebas qué aducir en el juicio". Como la ley no expresa en forma concreta el alcance o finalidad de dicho auto, la Corte no puede suplir o completar el texto del artículo agregándole la expresión que de manera expresa omitió el legislador.

Si la ley dijera que el auto del artículo 541 del C. de P. P. es **para que las partes manifiesten si tienen o nó pruebas qué aducir,** naturalmente que esta providencia participaría de los mismos caracteres de aquellas a que hace referencia el art. 444 **ibidem,** y entonces sí, la notificación **que no se haga en debida forma,** estaría erigida en causal de nulidad por mandato del artículo 198 numeral 4º de la ley procedimental, pero como la ley guardó silencio sobre este particular, no se puede por vía interpretativa completar o suplir el pensamiento del legislador con esa expresión para deducir en esa forma una nulidad que no existe.

La interpretación de las disposiciones anteriores no restringe el alcance de las normas procedimentales en lo relativo a los medios de defensa de que goza el procesado, ni en cuanto al derecho que tiene para pedir que el procesado sea anulado. Lo que ocurre es que las nulidades no se crean por analogía ni se deducen por interpretación de disposiciones legales sino por determinación expresa de la ley. La interpretación favorable de la ley penal o la **duda** que surge del estudio y comparación de sus textos no tiene la virtud suficiente para establecer o crear causales de nulidad donde la ley previamente no las ha determinado.

Se dice que la sentencia es violatoria del art. 26 de la Constitución Nacional porque al procesado se lo juzgó sin observar las normas propias del juicio, pero este cargo no se presenta como base de la petición, sino como una consecuencia de la nulidad procedimental que se enuncia como fundamento de la demanda de casación. Si la existencia de la nulidad constitucional se subordina a la determinación previa de la nulidad procedimental, es natural que la negación de la primera conlleva a afirmar la no existencia de la segunda. Demostrado que el hecho invocado como causal de nulidad no está previsto por la ley, su omisión no constituye pretermisión de formas sustanciales del juicio y entonces no puede afirmarse la existencia de una nulidad constitucional por violación del art. 26 de la Carta.

Que el procesado no estuvo asistido en la tramitación del juicio (segunda instancia) por un defensor y que en tal virtud la notificación de los

autos debió hacerse personalmente al reo; es un cargo que no se ha comprobado ni tiene demostración alguna en el proceso. Sin este requisito la Corte no puede estudiar los fundamentos jurídicos del cargo, pues, no basta enunciarlo sino que es preciso demostrarlo.

Por estos motivos la causal de casación no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia de fecha octubre tres de mil novecientos cuarenta y seis proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por la cual se condenó a Moisés Gómez a la pena principal de tres años de presidio como responsable de un delito de lesiones personales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

EL RECURSO DE REVISION EN MATERIA PENAL

En el recurso de revisión sólo se discute si la persona que está sufriendo una pena fue condenada con base en hechos o pruebas que posteriormente se demuestra que son o fueron falsas. La apreciación de elementos probatorios, referentes a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, y a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que influyen en la determinación de la pena, son factores que deben estimarse en las diversas instancias del juicio, y no en el recurso de revisión, porque esta medida no es una tercera instancia y el legislador sólo ha querido que este recurso extraordinario se aplique para los casos expresamente determinados en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

La prueba o documento secreto de que habla la ley, es aquella que permanece oculta, ignorada o escondida en el proceso y que por la reserva de ella no puede ser conocida previamente por el apoderado o defensor, y que el funcionario prevalido de su carácter de fallador la tuvo en cuenta para pronunciar la sentencia condenatoria, pero esta causal no hace referencia a las pruebas que favoreciendo los intereses del sindicado dejaron de allegarse, caso que no ha sido contemplado por la ley como causal de revisión.

Los documentos y pruebas allegados por el recurrente como hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo del debate no son de aquellos que contempla la causal 5ª del Art. 571 del Código de Procedimiento Penal, porque el hecho nuevo es el que en sí mismo tiene capacidad suficiente para demostrar ante la justicia la inocencia o irresponsabilidad de la persona que sufre injustamente una condena, o aquel que demuestra con plena certeza que el delito no se cometió y que la responsabilidad que se le dedujo al reo constituye un flagrante error judicial; pero las pruebas que se alleguen al recurso de revisión y que constituyen circunstancias encaminadas a demostrar la existencia de una razón exculpativa, o modalidades que pueden influír en el aumento o disminución de la pena impuesta, no son los hechos nuevos a que se refiere la disposición que se comenta.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.).

Vistos:

En demanda de fecha 30 de agosto de 1946, el doctor Carlos del Valle, apoderado judicial de Teófilo Butrabi, propone recurso de revisión contra la sentencia de 12 de junio de 1945 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por la cual se condena a su representado por el delito de abuso de confianza, a la pena principal de dos años, tres meses de prisión por violación de los artículos 412 y 413 del Código Penal, y a las accesorias de pérdida de todo empleo, pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; "a ser deportado del país", a pagar al Tesoro Nacional la cantidad de trescientos pesos ($ 300.00) por concepto de multa y a la publicación especial de la sentencia.

Hechos

En el juicio ejecutivo seguido por Namen Bassil contra la sociedad colectiva de comercio denominada "Butrabi Younis & Cía" el Juzgado 2º Civil Municipal de Bogotá decretó el embargo preventivo de las mercancías del almacén el "Cisne" de propiedad de la entidad demandada. Said Salmau Butrabi y Selim Ali Younis, obrando en representación de la sociedad, con fundamento en lo dispuesto por el art. 285 del C. J. nombraron como secuestre a Teófilo Butrabi, y pidieron al Juez que aceptara dicha designación. El Juzgado accedió a la petición, posesionó del cargo al secuestre y

le hizo entrega de las mercancías. Posteriormente se llamó a rendir cuentas a Butrabi, y como éstas no le fueron aceptadas, el Juzgado le ordenó entregar las mercancías depositadas, mandato que no fue cumplido, por lo cual se lo removió del cargo.

Estos hechos originaron la denuncia por abuso de confianza que finalizó con la sentencia de junio diez de mil novecientos cuarenta y cuatro del Juzgado 2º Superior de Bogotá, providencia que fue apelada, y el Tribunal en sentencia de junio trece de mil novecientos cuarenta y cinco, confirmó la del Juzgado, reformándola en el sentido de condenar a pagar en abstracto los daños y perjuicios ocasionados con el delito. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación, pero la Corte no invalidó el fallo.

Recurso de revisión

Con fundamento en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, se ha pedido revisión de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 13 de junio de 1945, que condenó a Teófilo Butrabi a la pena principal de dos años y tres meses de prisión como responsable del delito de abuso de confianza.

Como causales del recurso, se invocan las contenidas en los numerales 3º a 5º de la disposición citada y se acompañan las pruebas que sirven de fundamento a los hechos alegados.

Concepto del Procurador

El Procurador Delegado en lo Penal, hace un estudio interesante y completo de la demanda; con argumentos jurídicos de diverso orden refuta las tesis del recurrente y demuestra plenamente que las causales alegadas y los hechos en que se fundan no tienen valor alguno para que la Corte pueda decretar el recurso de revisión.

De este concepto, la Sala reproduce varios apartes para respaldar los puntos de vista que se exponen en el presente fallo.

Causal tercera

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

Dice el recurrente:

"Que la palabra falsedad está tomada por el legislador, tanto en su acepción genérica como en las más restringidas para efectos de revisión y que no es necesario que sea delictuosa. Una acta de la cual se omite una parte esencial, un acto reformado o modificado por otro, que se presenta como definitivo, son pruebas engañosas y por lo mismo falsas".

Se afirma que son falsas las pruebas por estos motivos:

1º—Porque en el proceso penal se tuvo como elementos probatorios de la responsabilidad de Butrabi, las copias enviadas por el Juzgado 2º Civil Municipal, del ejecutivo seguido por Namen Bassil contra la Sociedad Butrabi Younis & Cía., debiendo agregar a esas diligencias copias de otros documentos que demuestren la calidad que de **secuestre interventor** tenía su patrocinado, circunstancia que le confería facultad para cambiar las mercancías custodiadas; operar con ellas, e inclusive la de pagar a los deudores y agrega:

"El no haberse mencionado esas piezas en la comunicación e insertos enviados al Juez 2º Superior como fallos incontrovertibles y definitivos, llevó al juzgador al engaño de que Butrabi no era un interventor en un negocio sino un simple secuestre de mercancías, error que fue la causa cardinal del fallo condenatorio, y la causa de que no se pidiera un informe siquiera al dueño del negocio".

2º Prueba pericial

En el proceso figúran dos conceptos periciales sobre indemnización de perjuicios, el primero rendido por los doctores Angulo Ruiz y Juan Antonio Caicedo, y el segundo suscrito por los doctores Alfonso Pinzón y Salah Villamizar, aprobado por auto de septiembre 29 de 1943; que estima los perjuicios en la cantidad de $ 38.064.61.

"El dictamen —dice el recurrente— establece de todos modos la existencia de perjuicios en cuantía mayor de la real. Si por cuatro mil pesos, abusando de sus funciones de secuestre y con los demás agravantes, sólo fue condenado Butrabi a dos años, tres meses, es evidente que si los peritos evidencian que los perjuicios no llegaban a los dos mil pesos, o sea menos de la mitad de lo que se tuvo por evidente, Butrabi habría sido condenado a menos de dos años y habría tenido

derecho a la condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena y no estaría en peligro de la deportación. El falso peritazgo, puesto en la estimación de los perjuicios, está atribuída por la ley a peritos, si tuvo, pues, consecuencias que se expresaron en la sentencia y se tradujeron en condena mayor para Butrabi, aun en el supuesto de la imputabilidad del delito".

3º Antecedentes judiciales

Afirma el recurrente que Butrabi no tiene "las numerosas sindicaciones de que habla el magistrado" y que ese error "obedeció a una falsa prueba" Para demostrar su aseveración trae certificaciones de los juzgados de instrucción criminal de Bogotá, y de los secretarios de las cárceles de Distrito Judicial, y Municipal de Bogotá, como también un certificado del subdirector de la penitenciaría central de esta ciudad, los cuales dicen que Butrabi no registra antecedentes criminales.

Se considera:

La falsedad a que hace referencia la causal 3ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, es aquella que se comete en algún testimonio, peritazgo, documento o pruebas que hayan podido determinar el pronunciamiento del fallo respectivo; falsedad consistente en la mutación, imitación, suposición, ocultación o supresión de la verdad, la cual puede ser real o material, ideológica o intelectual; la primera, se realiza cuando se hace un documento falso o cuando se altera un documento que es verdadero, y la segunda, cuando el funcionario o persona que ha intervenido en el otorgamiento de un instrumento hace constar en él hechos que no son verdaderos.

La circunstancia de que el Juez 2º Municipal, no enviara al Juzgado 2º Superior copia de todas las diligencias practicadas en el ejecutivo de Namen Bassil contra Butrabi Younis & Cía., no le da a esa prueba el carácter de falsa, porque esa omisión no conlleva alteración o mutación de la verdad; el hecho de que una acta o diligencia, o documento público no se expida en su integridad, sino únicamente en parte, no es motivo suficiente para afirmar que la prueba tiene el carácter de falsa o engañosa; esa omisión no le quita ni añade nada al contenido del documento, ni la ley ha erigido ese acto —omisión— como constitutivo de falsedad.

El funcionario a quien se pide copias de documentos que figuran en un negocio, cumple su deber, al ceñirse estrictamente al contenido del auto que se transcribe en el respectivo despacho o exhorto, y no comete engaño o falsedad, en relación con las pruebas, al omitir la expedición de documentos o diligencias que no le han sido previamente solicitadas. Otra sería la conclusión si el recurrente hubiera demostrado que los documentos o diligencias enviadas por el Juzgado 2º Municipal expresan o contienen hechos falsos o no verdaderos; en ese caso sí podría decirse con propiedad que las pruebas son falsas y con base en ellas pedir la revisión de la sentencia con apoyo en la causal 3ª del artículo 571.

No hay falsedad en la prueba pericial ni se ha demostrado que esos concetpos influyeron en la condenación; ora porque el Juzgado estimó exagerada la prueba pericial, prescindió de ella y apreció los perjuicios en la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) en vez de $ 38.064.61 del dictamen; ya también porque el Tribunal en su respectivo fallo no tuvo en cuenta los avalúos periciales, criticó el fallo del Juzgado en lo relativo a perjuicios y reformó la sentencia en el sentido de condenar a Teófilo Butrabi a pagar en abstracto los daños y perjuicios ocasionados con el delito.

Olvida el recurrente que la sentencia contra la cual se impetra el recurso de revisión para fundar la condena en perjuicios no tuvo en cuenta ningún ávalúo pericial y a este fin es oportuno transcribir los siguientes apartes de dicha providencia:

"Los artículos 23, 24 y 26 de la ley 4ª de 1943 ordena que la valuación de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción quede a voluntad de alguna de las partes, o dicho en otra manera, y como lo expresa textualmente esa ley, que la designación "del perito o peritos que deban avaluar tales daños no se haga sino cuando las partes lo pidan".....

"Así, como en el caso de autos, ninguna de las partes pidió la designación del perito o peritos avaluadores, de acuerdo con el imperativo del artículo 92 preinserto, debe proferirse la respectiva condenación **en abstracto** para que quienes se crean con acción para hacer efectivo el derecho declarado en tal forma determinado, acuda a los jueces civiles por el procedimiento que el artículo 553 del Código Judicial enseña".

Parece que el recurrente pretende que con base en esos conceptos se reduzca la cantidad de pena impuesta, hipótesis que se deduce de la siguiente afirmación:

"Si por cuatro mil pesos abusando de sus funciones de secuestre y con los demás agravantes sólo fue condenado Butrabi a dos años, tres meses, es evidente que si los peritos evidencian que los perjuicios no llegaban a los dos mil pesos o sea a menos de la mitad de lo que se tuvo por evidente, Butrabi habría sido condenado a menos de dos años y habría tenido derecho a la condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena y no estaría en peligro de la deportación".

Pero este argumento atinente a la imposición de la sanción, no es aceptable en el recurso de revisión; en este incidente sólo se discute si la persona que está sufriendo una pena fue condenada con base en hechos o pruebas que posteriormente se demuestra que son o fueron falsas. La apreciación de elementos probatorios, referentes a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que influyen en la determinación de la pena, son factores que deben estimarse en las diversas instancias del juicio, y no en el recurso de revisión, porque esta medida no es una tercera instancia y el legislador sólo ha querido que este recurso extraordinario se aplique para los casos expresamente determinados en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Otro tanto sucede con los antecedentes judiciales que tuvo en cuenta el Tribunal para individualizar la pena. El hecho de que el reo no registre antecedentes en los Juzgados de instrucción criminal de Bogotá, no demuestra que sean falsos los que fueron apreciados por el Tribunal; bien pudo suceder que al proceso se hayan allegado antecedentes registrados en otros distritos judiciales fuera del de Bogotá, y que sean éstos los que tuvo en cuenta el fallador para individualizar la pena, y es evidente que con los documentos allegados no se demuestra la falsedad de la prueba que sirvió de base para pronunciar la respectiva condena.

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

Causal cuarta

"Cuando la sentencia condenatoria, a juicio de la Corte Suprema, haya sido obtenida por algún documento o prueba secreta que no existía en el proceso".

El recurrente le asigna el carácter de prueba secreta al memorial suscrito por el doctor Rafael González, que no se insertó en el acta de entrega de fecha 27 de julio de 1942, "memorial que produjo el efecto de rebajar el alcance de la suma que en el proceso pasó como alcance definitivo", y más adelante expresa:

"Así fue como se condenó ante la evidencia de un saldo líquido y exigible, como consecuencia de un documento que el Juez Municipal anunció como insertado en el acta".

Se replica:

La prueba o documento secreto de que habla la Ley, es aquella que permanece oculta, ignorada o escondida en el proceso y que por la reserva de ella no pudo ser conocida previamente por el apoderado o defensor, y que el funcionario prevalido de su carácter de fallador la tuvo en cuenta para pronunciar la sentencia condenatoria, pero esta causal no hace referencia a las pruebas que favoreciendo los intereses del sindicado dejaron de allegarse, caso que no ha sido contemplado por la ley como causal de revisión.

"En el presente caso —dice la Procuraduría— las pruebas en que se fundaron los jueces para condenar a Butrabi se trajeron al proceso y están citadas en los fallos definitivos. Que se omitieron allegar otras, como lo afirma el señor apoderado, eso será materia de la causal 5ª que él anuncia".

Por estas consideraciones la causal 4ª debe desecharse.

Causal quinta

Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Como hechos nuevos, el demandante aduce los siguientes:

a) El acta de remate verificada en el ejecutivo de Namen Bassil contra la Sociedad Comercial Butrabi Younis & Cía., diligencia que dio origen a una nueva liquidación, que baja los perjuicios de los únicos acreedores en más del cincuenta por ciento de lo que se estimó como afirmativo en el proceso.

b) El finiquito dado por el dueño ejecutado del negocio que sería el perjudicado con el saldo, hecho que fue conocido después del fallo y la declaración que el demandante rindió en su condición de apoderado del ejecutado principal, y agrega:

"Siendo esto así, pues, que no hay más perjudicados, la cuantía del ilícito en el supuesto de la comisión de un delito no excedería de la suma que fija la liquidación en diciembre 8 de 1943, o sean $ 2.114.41, y no la suma de $ 4.587.61, que fue por la que se le condenó".

Con estos hechos a los cuales —el recurrente— les atribuya el carácter de nuevos, se pretende demostrar que la cuantía del delito no fue la que se tuvo en cuenta en los conceptos periciales, sino la de la nueva liquidación que baja los perjuicios con el acta de remate en un cincuenta por ciento, y con el finiquito extendido por el dueño o ejecutado a la cantidad de $ 2.114.41, en vez de la de $ 4.587.61 que fue la que tuvo en cuenta para condenar.

Ya se ha dicho que el recurso de revisión no tiene por finalidad la de corregir el error en que hubiera incurrido el fallador sobre la cantidad o calidad de la pena impuesta, sino sobre las circunstancias de que el hecho criminoso no existió o de que habiéndose realizado el condenado es inocente o irresponsable, bien porque la sentencia se pronunció sobre pruebas falsas, o sobre documentos o pruebas secretas, bien porque después de producido el fallo aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas en los debates o ya también por la existencia de la hipótesis contemplada en el numeral 1º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, fuera de estos casos taxativamente enumerados por la ley, el recurso de revisión no prospera ni es pertinente alegarlo.

Por otra parte al analizar detenidamente la prueba pericial, se demostró que los falladores de instancia, prescindieron de dichos conceptos, y aún más, el Tribunal no hizo la condena en perjuicios en forma concreta sino abstracta, es decir, no tuvo en cuenta para nada la valoración concreta de los daños causados por el delito. Esos errores, si en verdad existieron, debieron corregirse en las instancias del juicio, donde es pertinente su demostración para establecer la cuantía de los perjuicios causados con el delito, y los documentos traídos por el recurrente no constituyen hechos nuevos que tienen por finalidad exclusiva la demostración de la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

Pruebas nuevas

Primero.—Como pruebas de esta naturaleza aduce las declaraciones de los señores Said Butrabi, Manuel J. Martínez y Carlos del Valle —en ese entonces— apoderado del ejecutante Namen Bassil. De estos testimonios se deduce el hecho de que Teófilo Butrabi ejerció el cargo de secuestre interventor y que con ese carácter hizo varios pagos a los acreedores en el juicio ejecutivo adelantado por Namen Bassil contra la Sociedad Butrabi Younis & Cía.

Dice el recurrente que en las ampliaciones de denuncia y constitución de la parte civil "se nombra a Said Butrabi representante de la sociedad ejecutada, a Manuel J. Martínez encargado del depósito de las mercancías y al doctor del Valle como representante del ejecutante y tercerista a quienes se les "hacen verdaderos cargos, falsos desde luego", por lo cual no se explica por qué no fueron llamados a declarar en el proceso penal" primero que todo a la persona que en su carácter de representante de la sociedad ejecutada siguió al frente del negocio el señor Said Butrabi siendo así que el sindicado en su indagatoria dijo como lo anota el fallo, que su hermano Said era quien sabía lo de las cuentas y cómo habían pasado las cosas" y posteriormente agrega:

"...Si a nosotros se nos hubiera llamado a declarar entonces, todo se habría aclarado y no hubiera ido a la cárcel un inocente y se habría castigado a los falsarios amparados hoy por la prescripción de su delito de falsas imputaciones".

Las pruebas traídas como nuevas, no establecen la inocencia o irresponsabilidad del condenado ni fundan indicios graves sobre la inocencia o irresponsabilidad de Butrabi, por estos motivos:

1º Porque lo relativo al pago de varios acreedores que Teófilo Butrabi hiciera en su carácter de interventor no es un motivo nuevo que hubiera sido desconocido en el proceso penal. Este hecho fue materia de examen y discusión en las sentencias de primera y segunda instancia, y la Corte al estudiar la demanda de casación también abordó el tema cuando expresa:

"El señor Teófilo Butrabi, en su carácter de secuestre, rindió dos veces cuentas: la primera vez no le fueron aceptadas dichas cuentas, pues

se las objetaron los doctores Rodríguez Díaz, Juan de Dios Espitia y el apoderado de Rima Kadamani, y el Juzgado ordenó al señor Teófilo Butrabi las rindiera nuevamente, teniendo en cuenta las observaciones que a ellas le fueron hechas. Volvió a rendirlas en forma que tampoco fueron aceptadas, toda vez que lo hizo sin tener en cuenta las objeciones formuladas, las cuales en virtud de no haber sido contradichas, era necesario las tuviera en cuenta, por esta razón tampoco fueron aceptadas por el Juzgado y finalmente éste resolvió estudiarlas y por auto de fecha 13 de mayo del año retropróximo, que está ejecutoriado, se estableció que el secuestre señor Teófilo Butrabi tiene en su poder como saldo líquido de las ventas verificadas, la suma de **un mil trescientos cuarenta y ocho pesos con noventa y cuatro centavos** m. c. y para que los entregue se le ha requerido". (Fs. 10 v. Anexos número 1 y **Gaceta Judicial** números 2025, 2027-bis, página 1015).

2º Porque no se ha demostrado que la entrega de las mercancías y valores exigidos por el Juzgado no pudo llevarse a efecto, porque el declarante Said Butrabi, quien afirma haber quedado al frente de los trabajos, dispuso de ellas debida o indebidamente o se opuso a la entrega, en tal forma que esos hechos le acarrearon responsabilidad directa y personal con exclusión de su hermano Teófilo Butrabi.

Pero en el supuesto de que esta prueba testimonial se hubiera traído al debate "faltaría— dice el colaborador— la prueba pertinente, como era la originaria del juicio ejecutivo de que Said Butrabi por orden del Juez, hubiera continuado al frente del almacén embargado. Ni en la diligencia de secuestre acompañada, ni en ningún otro documento procedente del Juzgado 2º Municipal de Bogotá, consta el hecho".

La circunstancia de que los señores Said Butrabi, Martínez y el doctor del Valle, no hubieran sido citados por el Juez Penal para declarar en el proceso, no es hecho que prueba la inocencia o la irresponsabilidad del condenado. Bien pudo suceder que los juzgadores de instancia estimaron completa la prueba referente a la materialidad del delito y a la imputabilidad del autor, y por eso omitieron esas pruebas, o ya también, porque en su concepto las consideraron no necesarias para la demostración de los hechos investigados. En todo caso esa prueba no es la que exige la ley para que se revise un proceso por la causal 5ª del artículo 571 del C. de P. P.

"Y no sobra anotar aquí—dice el Procurador— que llama la atención el hecho de que los declarantes doctor del Valle, Said Butrabi y Martínez guardaran silencio tan absoluto durante la investigación que se le siguió a Teófilo, siendo así que, como ellos lo afirman, estaban al corriente de los buenos manejos del procesado, y cuando el mismo demandante hace presente que ellos fueron citados en las ampliaciones de la denuncia y en la constitución de parte civil, sin que valga la peregrina razón de que no se les llamó por el instructor a rendir su testimonio, mayormente si, como lo depone Said, él informó al abogado de Teófilo, de ciertas maquinaciones que se estaban fraguando contra éste por parte de los señores Kadamani. (Fs. 1 v., Anexo Nº 8).

Segundo.—Como prueba trae el certificado expedido por el Juzgado 2º Superior, en el cual consta que no se hizo ninguna investigación de lo "que hubiera podido ocurrir en el juicio ejecutivo seguido por Feris Kadamani contra Teófilo Butrabi, en el Juzgado 4º Municipal de Bogotá, ni se trajo a los autos prueba sobre el embargo de mercancías en ese juicio".

Con base en este certificado se afirma, que la mercancía secuestrada en este juicio es la misma que fue embargada y confiada al secuestre Teófilo Butrabi en el ejecutivo de Namen Bassil contra Said Butrabi-Younis & Cía. y agrega:

"Esa mercancía lleva como (5) años de secuestrada, y naturalmente, con una especie de fuerza mayor es la que Teófilo Butrabi **no pudo presentar.** Con esa previsión fue formulala la denuncia que acusa la más refinada sevicia".

El certificado expedido por el Juzgado 2º Superior, en cuanto en él se afirma que no se hizo ninguna investigación sobre los resultados o consecuencias del juicio ejecutivo adelantado por Feris Kadamani contra Teófilo Butrabi, no constituye ningún hecho nuevo del cual se pueda deducir la inocencia o irresponsabilidad del acusado. El certificado tendría algún valor como prueba indicaciaria si efectivamente se hubiera demostrado que las mercancías que se embargaron y secuestraron en el mencionado juicio eran las mismas que con anterioridad a éste se habían embargado y secuestrado en el ejecutivo de Namen Bassil contra la Sociedad Comercial Butrabi-Younis & Cía.

Al verificarse la diligencia de secuestro en el ejecutivo de Kadamani contra Butrabi, el Inspector Nacional de la Policía de Tunja, informó al de-

mandado sobre el acto que debía cumplirse, a lo cual manifestó Butrabi, ser dueño y tenedor de las mercancías y dineros del almacén agregando que "los bienes que hay dentro de este almacén son de exclusiva propiedad y que se oponía al secuestro porque nada debía", afirmación que armoniza con lo que expresa el demandante al sostener que Butrabi en su declaración dice ser "dueño de todas las mercancías que se encuentran dentro del local Nº 4-47 de la calle real de la ciudad de Tunja (Boyacá)".

Si la mercancía embargada y secuestrada en el ejecutivo de Kadamani contra Butrabi, no era de propiedad del demandado, sino que ella correspondía a los objetos embargados en el ejecutivo de Namen Bassil contra Butrabi-Younis & Cía. El secuestre Teófilo Butrabi, alegando esa calidad (art. 280 C. J.) debió oponerse al embargo, invocando el derecho consagrado por el art. 1013 del Código Judicial que no permite que una cosa embargada en un juicio sea susceptible de nuevo embargo en un juicio distinto; pero la actitud de Butrabi contraria a los deberes y obligaciones de secuestre demuestra que a sabiendas y de manera maliciosa estaba violando los compromisos adquiridos, pues, si la mercancía no era de su propiedad mal podía denunciarla para satisfacer o cumplir una obligación o deuda personal, y al hacerlo violaba el secuestro a él confiado en el ejecutivo de Namen Bassil contra Butrabi-Younis & Cía.

"Butrabi —dice la Procuraduría— trató pues, de pagar un crédito a su cargo con mercancías ajenas, aceptando que éstas fueran de las que tenía en secuestro. De suerte que la no restitución del depósito exigido por el Juez 2º Municipal de Bogotá, no habría sido en tal evento por fuerza mayor, como lo alega el demandante, sino un acto fraudulento del mismo Butrabi; y así las cosas, él no puede alegar la propia inmoralidad para justificar su inocencia". **(nemo auditur propriam turpitudinem allegans).**

"Y esta conducta de Butrabi reafirmaría el abuso de confianza que se le sancionó, porque, como lo dijo la Corte en la sentencia que le resolvió la casación, dicho delito "no siempre está configurado por la apropiación, que es, eso sí, su caso más típico. También se incurre en él por uso indebido de la cosa puesta en manos del infractor. La apropiación puede ser un hecho real o una ficción, como quien dice, que la circunstancia de retener vale como acto indebido de dominio sobre lo ajeno. Y cuando se trata de un depositario judicial, basta la renuencia a la orden del Juez que confió la guarda del bien en litigio, para que el renuente a presentarlo o custodiarlo incurra en el delito de abuso de confianza, si por otros medios se comprueba que no se trata nada más que de un desobedecimiento, lo que es una falta aparte del hecho mismo, **sino de abuso de los deberes** de guardián en perjuicio de intereses por cuya legitimidad vela el Juez". (G. J. Nos. 2025, 2026, 2027 Bis, pág. 1018).

Tercero.—Afirma el recurrente que no obran en el proceso "los recibos y memoriales de los acreedores que fueron pagados con las mercancías, como sí aparece de la declaración de Said Butrabi y de la sentencia de excepciones. Estos documentos le hubieran permitido "al juzgador caer en cuenta de que esos pagos se hicieron con efectos y dineros del negocio embargado".

Los recibos y memoriales sobre pagos verificados por Teófilo Butrabi a los acreedores, no fueron desconocidos en el proceso penal. Si en ese negocio existe la sentencia de excepciones es natural que ella debió pronunciarse con base en los pagos comprobados en el ejecutivo de Namen Bassil contra la Sociedad demandada, Butrabi-Younis & Cía., y en esa providencia debieron relacionarse los documentos y recibos tendientes a demostrar los pagos que oportunamente se hicieron. La falta de esos documentos no es hecho que pueda alegarse en el recurso de revisión, porque esa circunstancia no fue desconocida en el proceso penal, máxime cuando los pagos fueron materia de la revisión de cuentas, por otra parte esa omisión por sí sola no destruye la obligación del secuestre de entregar las mercancías y dineros que tenía en su poder y que oportunamente le fueron exigidos por el Juzgado.

Cuarto.—Documentos del doctor Rafael María González.

El memorial presentado por el doctor González no fue traído al proceso penal, memorial que en concepto del recurrente "fue tenido como resumen de los descargos de Butrabi y sirvió para establecer el saldo líquido de su obligación" y posteriormente expresa:

"Cuando el Juez Municipal, en la diligencia de entrega de 27 de julio (folio 9, Anexo 3.) aceptó la cuenta del doctor González, en realidad extendió a favor de Butrabi un finiquito total y éste no quedó debiendo nada, porque el doctor González no hizo

otra cosa que presentar con su respectivo valor, las mismas cosas que al siguiente día dijo el Juez no tener valor ninguno".

En la diligencia de entrega verificada el 27 de julio de 1942, el Juzgado anotó que Butrabi debía entregar en dinero efectivo "la suma de mil trescientos cuarenta y ocho pesos con noventa y cuatro centavos ($ 1.348.04) más los valores que como gastos de representación le fueron objetados, junto con las sumas pagadas, "sumas que ascendieron a la cantidad de ocho mil ochocientos diez y nueve pesos con sesenta y un centavos ($ 8.819.61)" descontando de esta cantidad la suma de cuatrocientos treinta y dos pesos con sesenta y tres centavos ($ 4.232.63) (sic).

De la comparación del memorial suscrito por el doctor González y de la diligencia de entrega, se deduce no ser cierta la afirmación expuesta por el recurrente. El Juzgado con base en el memorial del doctor González no otorgó ningún finiquito a las obligaciones que debía cumplir el secuestre, sino que procedió con benevolencia al deducir de la cantidad de ocho mil novecientos diez y nueve pesos con sesenta y un centavos, la suma de cuatro mil doscientos treinta y dos a que hace referencia el memorial. Si a Butrabi se le hubiera exigido únicamente la presentación de las sumas a que hace referencia el recurrente, naturalmente que la obligación se hubiera cumplido en su integridad y el Juzgado, entonces sí, le hubiera otorgado un finiquito declarándolo a paz y salvo con sus deberes y obligaciones como secuestre, pero tan cierto fue que Butrabi eludió el cumplimiento de sus obligaciones que el Juzgado posteriormente al acta de entrega hizo esta afirmación:

"De conformidad con lo ordenado en auto de fecha trece de mayo de 1941, el señor Butrabi debía entregar en esa fecha mercancías por valor de más de cuatro mil pesos y la suma de mil trescientos cuarenta y ocho pesos en dinero efectivo. En esa fecha había cesado ya el cargo de interventor que primitivamente tuviera Teófilo Butrabi y en consecuencia no podía disponer de los dineros que en su poder estaban como producto de ventas primitivas. Tampoco podía disponer de las mercancías que se hallaban en su poder porque al cerrar el almacén, tenía la obligación, así lo dijo el Juzgado, de guardar intacto ese saldo de mercancías que aún quedaban en él. Posteriormente Butrabi no podía sin autorización del Juzgado hacer venta ni inversión de dinero de ninguna naturaleza".

Lo anterior demuestra que el secuestre no entregó los valores exigidos por el Juzgado, ni la cantidad de mil trescientos cuarenta y ocho pesos en dinero efectivo que como producto de mercancías realizadas mantenía en su poder.

Si el memorial del doctor González hubiera constituído para el Juzgado la prueba de que Butrabi había cumplido con sus deberes y obligaciones de secuestre, naturalmente que no hubiera existido fundamento alguno para exigirle la entrega de valores y mercancías, pero como el documento que hoy se trae al recurso de revisión —como prueba nueva— no tiene el carácter de un finiquito de las cuentas de Butrabi, como lo afirma el recurrente, sino otro distinto, la revisión no prospera.

"Si las cosas hubieran pasado como las presenta el recurrente —dice la Procuraduría— el Juzgado 2º Municipal de Bogotá no habría tenido fundamento alguno para ordenar la investigación contra Butrabi, y a éste le habría quedado por demás sencillo demostrar en el proceso penal su ninguna responsabilidad, con sólo exhibir el requerimiento de aquel funcionario y la diligencia de entrega. Mas la realidad de los hechos fue muy otra".

"En consecuencia la entrega hecha por Butrabi apenas solucionó parte de sus obligaciones de secuestre, y retuvo un saldo considerable de valores en que consistió la apropiación indebida".

Quinto.—Rendición de cuentas.

Alega el recurrente que las cuentas fueron rendidas y objetadas y que después de "una serie de autos contradictorios, el Juez Municipal **desconoció los pagos ya aceptados en el incidente de excepciones"** y que el funcionario que reemplazó al Juez que dictó la sentencia de excepciones, elevó el alcance líquido de los pagos y **"negó a Butrabi la calidad de interventor en el negocio de mercancías** como son pagos de empleados, arriendo, multas, etc." y luego agrega:

"El juicio criminal con acción civil ha debido tener por base el estudio de las cuentas a fondo" pero como al proceso se enviaron copias fracmentarias, constancias, etc.... se dió por sentado que el saldo líquido exigible era el que resulta de restar del total del avalúo la suma resultante del memorial del doctor González, lo que resultó ser un monstruoso error por culpa de las falsas e incompletas pruebas".

En el proceso penal no fue desconocida la calidad que de **secuestre interventor** tenía Teófilo

Butrabi en el ejecutivo de Namen Bassil contra Butrabi-Younis & Cía. Los jueces de derecho no podían negarle esa calidad cuando en documentos oficiales hay constancia expresa de ese carácter; así se desprende de la diligencia de 20 de junio de 1939: (fl. 35. Anexo 4º); 27 de julio de 1942 (fl. 1º Anexo 3º); concepto pericial del doctor Angulo Ruiz (fl. 8 Anexo 3º); Auto de 28 de julio de 1942 del Juzgado 2º Municipal (fl. 11. Anexo 3º).

Admitida la calidad de secuestre interventor, Butrabi no podía disponer de los valores percibidos por concepto de ventas de mercancías, pues, su obligación era la de mantenerlos en depósito (art. 287 del C. J.) para entregarlas cuando el Juzgado lo ordenara o las partes lo pidieran. El Juzgado ordenó a Butrabi la entrega de mercancías "por valor de más de cuatro mil pesos y la suma de mil trescientos cuarenta y ocho pesos en dinero efectivo". En esa fecha —dice el Juzgado— había cesado ya el cargo de interventor que primitivamente tuviera y en consecuencia no podía disponer de los dineros que estaban en su poder como producto de ventas primitivas. Estos documentos y la aseveración del Juzgado en auto de 28 de julio de 1942, demuestran que a Butrabi no se le desconoció la calidad de secuestre interventor en el juicio ejecutivo de Namen Bassil contra Butrabi-Younis & Cía. como lo afirma el recurrente.

Es un hecho que Butrabi en su carácter de secuestre interventor rindió cuentas en el juicio ejecutivo de Namen Bassil contra la Sociedad Butrabi-Younis & Cía. y fue precisamente el acto de rendición de cuentas el que dio origen para que se investigara el delito de abuso de confianza.

El Juzgado no desconoció los pagos verificados por Butrabi a los acreedores, sino que descontando de la obligación principal las sumas a que hace referencia el memorial de presentación de cuentas del doctor González, dedujo un alcance por valor de más de cuatro mil pesos por concepto de mercancías y de tres mil trescientos cuarenta y ocho pesos con noventa y cuatro centavos en dinero efectivo, valores que debieron ser entregados por el secuestre toda vez que ya había cesado en sus funciones.

El saldo a cargo de Butrabi constituye el alcance líquido deducido en el acto de rendición de cuentas, y en este caso el juicio criminal como lo pide el recurrente sí tuvo como "base el estudio de las cuentas"; por esto se dijo en sentencia de casación:

"Por lo demás no existe aquí ninguna cuestión prejudicial, a la que dan lugar los problemas de orden civil, comercial o administrativo que impiden la iniciación de un juicio criminal o su desarrollo ulterior, según definición de los tratadistas." El proceso se inició cuando se tuvo conocimiento del hecho que dio origen al delito de abuso de confianza, hecho consumado y no apenas de consumación posible".

"Sería extraño al recurso de revisión —anota la Procuraduría— emprender ahora un nuevo examen de las cuentas ameritadas. La revisión, se repite, no se encamina a suscitar problemas que debieron tratarse en las instancias del primer proceso, ni a sugerir dudas sobre la responsabilidad del condenado".

Las pruebas o documentos que el recurrente presenta para fundamentar la causal 5ª del artículo 571 del C. de P. P. no fueron desconocidas al tiempo de los debates. Esos elementos probatorios se analizaron en las instancias del juicio penal y cuando la sentencia del Tribunal fue objeto del recurso de casación, la Corte, en varios puntos de la sentencia, hace alusión a dichos documentos; en todo caso con esas pruebas no se establecería la inocencia o irresponsabilidad del sentenciado porque el delito de abuso de confianza ya se había consumado por la simple renuencia del secuestre a cumplir el mandato legal.

"Cuando se trata de un depositario judicial —ha dicho la Corte— basta la renuencia a la orden del Juez que confió la guarda del bien en litigio, para que el renuente, a presentarlo o custodiarlo incurra en el delito de abuso de confianza, si por otros medios se comprueba que no se trata nada más que de un desobedecimiento, lo que es una falta aparte del hecho mismo, sino de un abuso de los deberes de guardián en perjuicio de intereses por cuya legitimidad vela el Juez".

Los documentos y pruebas allegadas por el recurrente como hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo del debate no son de aquellos que contempla la causal 5ª del art. 571 del Código de Procedimiento Penal, porque el hecho nuevo es el que en sí mismo tiene capacidad suficiente para demostrar ante la justicia la inocencia o irresponsabilidad de la persona que sufre injustamente una condena, o aquel que demuestra con plena certeza que el delito no se cometió y que la responsabilidad que se le dedujo al reo constituye un flagrante error judicial; pero las pruebas que se allegan al recurso de revisión y que o constitu-

yen circunstancias encaminadas a demostrar la existencia de una razón exculpativa, o modalidades que pueden influír en el aumento o disminución de la pena impuesta, no son los hechos nuevos a que hace referencia la disposición que se comenta.

"En resumen: —dice la Procuraduría— en este recurso extraordinario de revisión no se ha probado un hecho nuevo, de singular importancia, que funde la creencia racional de que Teófilo Butrabi sea inocente del delito de abuso de confianza porque está condenado definitivamente; pues lo que en el fondo se ha pretendido aquí, es promover un último estudio de las pruebas y situaciones jurídicas planteadas en el curso del proceso penal, esto es, algo así como una tercera instancia que no reconoce nuestro procedimiento".

Por estas consideraciones la causal 5ª no prospera.

Memorial de julio 5 de 1947

El apoderado de Butrabi hace algunos reparos al concepto del Agente del M. P. Seguramente por la falsa apreciación de los conceptos emitidos en la vista fiscal, el doctor del Valle sugiere como opiniones del colaborador, puntos de vista que no se expresaron.

El Procurador no ha sostenido que las pruebas presentadas por el recurrente no puedan apreciarse en el recurso de revisión por no ser una tercera instancia, lo que el concepto expresa es que la prueba presentada y los hechos alegados como nuevos, no tienen ese carácter, y que ellos carecen de valor suficiente para decretar la revisión, cosa muy distinta a lo afirmado por el demandante.

En ninguna parte del concepto se dice que la prueba que se presente para fundar el recurso debe ser **"plena y absoluta de la inocencia del sindicado".** La ley sólo exige esta clase de prueba para proferir sentencia condenatoria, pero no para que prospere el recurso de revisión; si la prueba allegada no es suficiente para **"que se establezca la inocencia o irresponsabilidad del condenado"** por lo menos debe tener el carácter de "indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad" y estos requisitos son precisamente los que hacen falta a la prueba presentada como base primordial del recurso de revisión, requisitos sobre los cuales hace hincapié el colaborador.

La Sala no puede desconocer que su colaborador —Procurador Delegado en lo Penal— en el examen de los negocios a él confiados procede con solicitud y esmero, que los problemas jurídicos planteados son objeto de estudio laborioso y meditado, que sus conceptos son la expresión de tesis jurídicas en su mayoría aceptadas por la Corte. Este negocio se examinó con todo esmero, por eso el cargo de omisión de "un estudio a fondo" es injusto.

Como conclusión de su alegato, —el demandante— deduce lo siguiente:

a) "Que ni el ejecutante, ni el ejecutado ni los numerosos acreedores sufrieron perjuicio alguno, y que los perjuicios que durante los debates fueron estimados desde cuatro hasta treinta mil no fueron otros que los de los denunciantes cuyo crédito apenas pasaba de mil pesos, y después de todo, en liquidación final han quedado reducidos a dos mil pesos con intereses y costas".

b) "Que aún queda un remanente que habría cubierto esa diferencia y que una fuerza mayor impidió entregar".

A lo anterior se observa que "cuando se trata de un depositario judicial, basta la renuencia a la orden del Juez que confió la guarda del bien en litigio, para que el renuente a presentarlo o custodiarlo incurra en el delito de abuso de confianza".

Si como lo afirma el recurrente los numerosos acreedores no sufrieron perjuicios, si en la liquidación final de éstos "han quedado reducidos a dos mil pesos con los intereses" y si por otra parte, existe un remanente para cubrir la diferencia que "una fuerza mayor impidió entregar"; es lo cierto que, estos hechos, no modificarían la responsabilidad de Butrabi, ni la base sustancial de la sentencia, ellos cuando más servirían para que de conformidad con el artículo 429 del Código Penal, si el responsable restituye el objeto que fue materia de la infracción o indemniza a la persona ofendida de los perjuicios que se le hayan causado, tenga derecho a que la sanción se le disminuya de una sexta parte a la mitad, pero en ningún caso, para que al acusado se lo declare exento de responsabilidad.

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador, de acuerdo con él, NIEGA LA REVISION propuesta por el apoderado de Teófilo Butrabi.

Envíese esta actuación al Juzgado 2º Superior de Bogotá, para que se agregue al proceso original.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

EQUIVOCACION EN EL SORTEO DE JURADOS

La equivocación de que habla la ley no es el simple error gramatical o mecanográfico que con frecuencia se comete en el acta de sorteo, sino el hecho de no poder determinar, precisar y fijar en un momento dado el nombre de la persona que debe intervenir como jurado; es decir, que por la naturaleza del mismo acto equivocado, la mente humana en la formación del respectivo juicio se halla en duda para determinar la persona verdaderamente elegida; en otros términos, que la equivocación dé lugar a que se tome un nombre en vez de otro o que el mismo acto inicial dé lugar a interpretar la elección de un jurado en dos sentidos diferentes en tal forma que se llegue a la conclusión de dos juicios distintos. En estos casos, la nulidad debe declararse, pero no puede reconocerse, cuando se trata de una equivocación aparente o de forma y no sustancial.

La nulidad desde el punto de vista del simple enunciado debería ser declarada al tenor de lo dispuesto por el artículo 199, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal, pero la consideración abstracta del problema de la nulidad pierde todo su valor cuando se lo analiza y compara con la realidad objetiva de los hechos consignados en la respectiva diligencia; en estas condiciones como se acaba de ver, no existe para el juzgador ninguna equivocación, de tal naturaleza que no pueda saberse cuáles eran las personas designadas que realmente debían formar el jurado.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, el Tribunal Superior del Distrito de Buga, condenó a Joaquín Alfaro Beltrán, a la pena principal de ocho años de presidio y accesorias consiguientes, como responsable de un delito de homicidio cometido en la persona de Gregorio Muñoz, hecho acaecido en la ciudad de Sevilla (Depto. del Valle) el diecinueve de diciembre del año de mil novecientos treinta y nueve.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación, y cumplidos los trámites legales, recibida la Vista del señor Procurador Delegado en lo Penal, se procede a su estudio.

Demanda

Se invoca como causal de casación la del numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal:

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

Dice el recurrente:

"En la lista de ciudadanos designados para desempeñar el cargo de jurados en el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Buga, durante el período de 1945, el nombre del señor Rogerio Valencia corresponde a la ficha Nº 191. Y en la diligencia de sorteo de los miembros del jurado que debía intervenir en la presente causa, una de las fichas que aparece anotada como escogida a la suerte es la del Nº 191; es decir, la de **Rogerio Valencia**. Pero no fue este el nombre que se inscribió como sorteado, sino el de **Roberto Arce**, que corresponde al Nº 19 de la lista de designados y fue él quien intervino en el juzgamiento de Joaquín Alfaro Beltrán".

"Así, pues, el hecho irrefutable es que en el acta correspondiente a la diligencia de sorteo de jurados lo que aparece de manifiesto es que una de las cinco fichas sacadas a la suerte, fue la del Nº 191, que en la lista de designados para 1945 correspondía al nombre del señor Rogerio Valencia y, sin embargo, se anotó el del señor Roberto Arce, correspondiente a la ficha Nº 19, incidiendo así en una equivocación que vicia de nulidad lo

actuado de ahí en adelante y da cabida a la casación que, contra la aludida sentencia de 31 de agosto de 1946, invocó ante la Honorable Corte".

Estos hechos hacen que la sentencia sea violatoria de la ley procedimental, nulidad que se halla prevista en el ordinal 5º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal y que el Tribunal debió declarar de oficio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 200 del C. de P. P.

Se considera:

La causal de nulidad que consagra el numeral 5º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, es procedente y su reconocimiento obligatorio por los jueces de derecho cuando en la diligencia de sorteo de los miembros que deben integrar el respectivo Jurado, se incurre en una equivocación tan sustancial que no pueda saberse a ciencia cierta cuáles fueron las personas que deben integrar el Tribunal popular.

La equivocación de que habla la ley no es el simple error gramatical, o mecanográfico que con frecuencia se comete en el acta de sorteo, sino el hecho de no poder determinar, precisar, y fijar en un momento dado el nombre de la persona que debe intervenir como jurado; es decir, que por la naturaleza del mismo acto equivocado, la mente humana en la formación del respectivo juicio se halla en duda para determinar la persona verdaderamente elegida, en otros términos, que la equivocación dé lugar a que se tome un nombre en vez de otro o que el mismo acto inicial dé lugar a interpretar la elección de un jurado en dos sentidos diferentes en tal forma que se llegue a la conclusión de dos juicios distintos. En estos casos, la nulidad debe declararse, pero no puede reconocerse, cuando se trata de una equivocación aparente o de forma y no sustancial.

"Esta causal —dice la Procuraduría— era muy explicable en el antiguo procedimiento, dado el sistema que allí se implantó del derecho de recusación que tenían el procesado, el Fiscal y el acusador particular, al tenor del artículo 276 de la Ley 57 de 1887. De tal suerte que cuando los procesados eran varios, el número de jueces de conciencia recusados aumentaba y podía presentarse entonces la posibilidad de que, al extender la diligencia de sorteo, se confundieran los nombres de los jurados elegidos con los nombres de los jurados recusados, sin poderse saber con certeza cuál era en definitiva el tribunal de hecho que debía actuar en la celebración del juicio".

"Pero desaparecido de la Ley 94 de 1938 el sistema de la recusación de jurados, la nulidad ameritada es de casi imposible ocurrencia, y no es factible esa equivocación tumultuaria y caótica, por la sencillez que adquiere en el nuevo procedimiento la diligencia de sorteo de jurados".

La nulidad que hoy se invoca como fundamento de la demanda fue planteada ante el Tribunal, y esa entidad al referirse a ella dijo:

..."No obstante el error mecanográfico en referencia, la diligencia de sorteo permite concluír, sin riesgo de equivocación alguna, que el señor Roberto Arce —cuya ficha corresponde al número 19— fue realmente sorteada para integrar el jurado, por las siguientes razones:

a) Porque la misma diligencia hace constar que las fichas que sortearon corresponden a los nombres indicados en el acta, constancia y acta que firma el mismo procesado Alfaro Beltrán;

b) Porque es obvio que al irse sacando cada ficha por el Juez, debió inmediatamente buscarse en la lista de jurados el nombre correspondiente, a presencia de todos quienes intervenían en la diligencia, siendo por tanto imposible que se anotara un nombre distinto;

c) Porque claramente se advierte en el acta que el signo "1" escrito tras la cifra 19, y que forma aparentemente la cifra "191" fue un error de máquina enmendado inmediatamente al sobre-ponerle el signo del punto correspondiente al punto y raya con que en el acta se venía separando en cada caso la cifra y el nombre del respectivo jurado. Efectivamente, puede observarse que después de la cifra de cada ficha aparecen los signos punto y raya, e inmediatamente el nombre del jurado respectivo, y precisamente después de la cifra uno nueve —e inmediatamente después del 9— aparecen escritos los signos punto y raya. Dada la vecindad de las teclas correspondientes a la "1" y al "." en las máquinas de escribir de teclado universal, y teniendo en cuenta la circunstancia de que esas dos teclas se pulsan con el mismo dedo, y que hoy día casi todos los mecanógrafos pulsan al tacto y sin mirar el teclado sino lo escrito, se aprecia fácilmente que el escribiente confundió las teclas y al pretender escribir el punto y raya después de la cifra 19, pulsó "1" formando aparentemente la cifra "191", error que inmediatamente corrigió retrocediendo el espacio para sobreponerle el signo verdadero que era el punto, de otro modo, no se explicaría por qué ese signo del

punto aparece sobrepuesto al "1", como tachándolo.

d) Finalmente, porque el número 19 en que se descompone la cifra que se observa en la diligencia, y que claramente se observa fue el número que quiso escribir y que aparece sin enmendatura o sobre-posición, corresponde precisamente al señor Roberto Arce, cuyo nombre fue el que se hizo constar en la diligencia presenciada por el procesado, y a quien se aceptó y reconoció como jurado, sin observación ni objeción alguna de las partes".

Las observaciones hechas por el Tribunal no son producto de simples suposiciones, hipótesis o inferencias no confirmadas en el proceso, son hechos que tienen pleno respaldo en la actuación procesal, sobre todo en la diligencia de sorteo, en donde puede observarse la forma escrita y la manera como fueron colocados tanto los números de las fichas sorteadas como los nombres que a ellas se referían, al anotarse el número correspondiente, inmediatamente después de cada cifra, sigue un punto "." y un guión "-" por ejemplo, 137.- (punto guión).

Al verificarse el sorteo del segundo jurado, equivocadamente se anotó el número 191, en lugar del 19 que era la balota insaculada correspondiente al nombre del señor Roberto Arce, se dice que equivocadamente se anotó el número 191 en vez del 19, porque inmediatamente de cometido el error mecanográfico, la persona que escribió la diligencia, tuvo la precaución de corregir el error, tachando la última cifra correspondiente al número "1" con un punto "." y a continuación de éste puso el guión "-" que era la forma como quedaron escritas las cifras numéricas de cada uno de los jurados. Tan cierto es que el error fue oportunamente corregido que las personas que intervinieron en la diligencia, inclusive el procesado, admitieron el acta como un reflejo exacto de los hechos ocurridos y no hicieron reclamo alguno, ni en el momento de verificarse el sorteo ni después de los cinco días siguientes, término dentro del cual puede pedirse el reemplazo de un jurado, y fue precisamente por no contener el acta ningún error sustancial en cuanto a la determinación de las personas que debían intervenir en la causa, por lo que todos los que presenciaron la diligencia firmaron el acta sin observación alguna.

La nulidad desde el punto de vista del simple enunciado debería ser declarada al tenor de lo dispuesto por el artículo 199, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal, pero la consideración abstracta del problema de la nulidad pierde todo su valor cuando se lo analiza y compara con la realidad objetiva de los hechos consignados en la respectiva diligencia; en estas condiciones, como se acaba de ver, no existe para el juzgador ninguna equivocación, de tal naturaleza que, no pueda saberse cuáles eran las personas designadas que realmente debían formar el jurado.

Otra probablemente sería la solución si el error no se hubiera enmendado y en vez del jurado sorteado hubiera intervenido en el juicio una persona que no tenía ninguna investidura para decidir sobre el problema de la responsabilidad del procesado, pero estando suficientemente aclarado el error, la nulidad alegada no tiene fundamento alguno para que ella pueda prosperar.

En consecuencia la causal alegada debe desecharse.

En mérito de las consideraciones expuestas, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA la sentencia de agosto treinta y uno de mil novecientos cuarenta y seis por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, condenó a Joaquín Alfaro a la pena principal de ocho años de presidio como autor de un homicidio simplemente intencional consumado en la persona de Gregorio Muñoz.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

CALIFICACION DE LA REINCIDENCIA

La reincidencia exige —según la expresión general de Manzini— una pluralidad de delitos sucesivamente cometidos por una misma persona, todos definitivamente juzgados, menos el último; pero la calidad de reincidente, según el art. 34 del Código Penal, se adquiere si el último delito se cometió "antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la sentencia"; así, la de reincidente primario, si esto solo una vez se ha realizado, y la de doble (por segunda vez) reincidente, si el nuevo delito se ejecutó dentro de los diez años siguientes a la sentencia en que se calificó y sancionó la primera reincidencia.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

Antonio Arellano (o José Antonio Novoa López), de veinticuatro años de edad en 1945, reincidente, cerrajero de profesión, analfabeto, sin padres conocidos (expósito), recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 13 de diciembre del año de 1946, por la cual —con base en los arts. 1º de la Ley 4ª de 1943 y 34 (Inciso 2º), 37 (8º), 38 (11º) y 398 (4º) del Código Penal fue condenado a la pena principal de veintisiete (27) meses de prisión y cinco años de relegación, por el hurto de bienes (vajilla de plata, sobretodos) de propiedad del señor Roberto Putnam, sustraídos de su casa de habitación (Avenida Caracas, Nº 32-82) de esta ciudad, en la madrugada del veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, hecho éste que Arellano ejecutó valiéndose de la actividad del menor Carlos Arturo Rodríguez Castro (o Tito Espinel).

Cumplidas ya las normas del estatuto procesal penal que rigen el recurso, y presentada oportunamente la demanda —que el Procurador Delegado acoge en parte— sin que, por insistencia de las partes, se celebrara la audiencia, la Corte lo decide (el recurso) en este fallo, previa referencia a los actos del proceso que fundaron la determinación de la pena, y que es la cuestión propuesta ante la Corte.

I.—El proceso contra Arellano

Antonio Arellano (también llamado José Ignacio Novoa López), sustrajo —con el concurso del menor Carlos Arturo Rodríguez Castro (o Tito Espinel)— de la residencia del señor Roberto Putnam, en la madrugada del veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, varias piezas de la vajilla de plata y prendas de vestir (sobretodos y sombreros) pertenecientes al nombrado ciudadano, de las cuales fueron avaluadas en seiscientos pesos las no recuperadas.

Iniciada la investigación, Arellano confesó su delito, lo mismo que el menor Rodríguez (o Espinel); mas como éste —por causa de su edad— fuera consignado, para su juzgamiento, al Juez de Menores, el proceso siguió contra el primero y también contra Eudoro Rueda, éste acusado por Arellano de haber recibido y vendido a unos joyeros los objetos de plata hurtados a Putnam, sin que hubiera podido comprobarse violencia alguna (ruptura, escalamiento) en la acción de los procesados, quedando en firme la explicación de aquéllos de haber penetrado, sin dificultad alguna, por los ventiladores de la cocina, y abierto así el portón por donde sacaron los objetos sustraídos.

En el proceso —que calificó y falló el Juez 3º del Circuito Penal de Bogotá— fueron comprobadas las siguientes circunstancias, que aquel funcionario tomó como base de aumento de la pena:

a) La de que Arellano (o Novoa López) había sido anteriormente condenado dos veces: una, el 11 de diciembre de 1944, a la pena de diez y seis meses de prisión (confirmada el 30 de junio del año siguiente), por el mismo Juez que lo juzgó por el proceso aquí y ahora al estudio de la Corte, por el robo de tres máquinas de fabricar dulces, de propiedad de Alejandro Serrín, cometido la

noche del 4 de agosto de 1943, y otra a 25 días de arresto, por el Inspector 7º Municipal de Bogotá, el 22 de marzo de 1945, por la sustracción de varios objetos (instrumentos musicales) pertenecientes a la señorita Magola Gómez Cadena, cometido la noche del 3 de marzo del mismo año;

b) La de que Arellano, para asegurar el éxito de la sustracción de la vajilla y de los vestidos del señor Putnam, se valió de la actividad del menor Carlos Arturo Rodríguez Castro, evadido del Reformatorio de Fagua y actualmente bajo la jurisdicción del Juez de Menores, y

c) La de que Arellano, con el mismo propósito, ejecutó el hecho por el que fue procesado, entre la media noche y la madrugada del veintinueve de agosto del año de 1945.'

El Juez, con base en este proceso, condenó a Arellano, en sentencia del 21 de agosto de 1946 (confirmada por el Tribunal el 13 de diciembre del mismo año) a la pena de veintisiete meses de prisión y cinco años de relegación, en consideración a las circunstancias que acaban de enumerarse.

III. — La demanda de casación

No obstante que la demanda no fue formulada con los requisitos que exige la ley —Artículos 7º Código de Procedimiento Penal y 531 Código de Procedimiento Civil— de su contexto surge claramente que el recurrente invocó la causal primera de casación o sea la violación de la ley penal, más concretamente el art. 34 (inciso segundo) del estatuto penal que —según el abogado de Arellano— no podía aquí tener aplicación por carencia de las condiciones (dos reincidencias) que la exigen.

Analizando aquella norma, que impone la relegación a Colonia Penal como pena accesoria a los reincidentes por segunda vez, que hayan demostrado una tendencia persistente al delito, el recurrente razona así, en orden a la posición jurídica de Arellano:

"Como se ve —dice después de transcribir el art. 34— el párrafo (inciso) segundo de dicho artículo, se relaciona con el primero en cuanto a la aplicación de medidas de seguridad como pena accesoria, y para ello se requiere que haya existido un anterior delito y se haya producido sentencia condenatoria, que no está en el sumario, ni tiene prueba alguna de realidad efectiva. El prontuario del joven Antonio Arellano, solamente acusa dos entradas, que al parecer son relativas a hechos menores sin que esté establecido en el expediente, fallo condenatorio delictivo, pues el propio Juzgado habla de dos reincidencias, tomando como tales entradas las dos únicas que se le conocen, y por tanto falta el requisito jurídico que exige el art. 34 de la existencia real constatada en autos, de una sentencia condenatoria previa al delito juzgado".

"Está, pues, manifiestamente claro —continúa el recurrente— que se aplicó el art. 34, sin estar configurada la prueba que necesita para aplicarse, y en consecuencia después de los veintisiete meses de prisión, es de una dureza extraordinaria, que como consecuencia de un prontuario tan exiguo, se apliquen cinco años más de relegación en colonias, sin que esté taxativamente unida una sentencia por delito que pruebe una condenación anterior a este delito juzgado".

"Considero —termina— que debe casarse la sentencia que dictó el H. Tribunal y cuya casación estamos tramitando, reformándola en el sentido de que cese para el condenado Antonio Arellano, la aplicación del art. 34 del Código Penal, por ser antijurídica su aplicación, y por tanto constituir infracción de la ley".

III. — Concepto del Procurador

El señor Procurador Delegado, después de objetar la afirmación del recurrente sobre la inexistencia de la prueba legal de las sentencias contra Arellano que fundaron la reincidencia, ya que ellas constan en el proceso en copias auténticas, acoge —al menos parcialmente— las conclusiones de la demanda, y conceptúa que si no debe imponerse la pena accesoria (la relegación), por la imposibilidad legal de computar dos reincidencias, sí debe, eso cambia, aumentarse la principal por cuanto si la única reincidencia comprobada no justifica la relegación, sí constituye circunstancia de mayor peligrosidad, la que no puede desecharse como criterio de individualización penal.

Como al considerar como circunstancia de mayor peligrosidad la sentencia que el Tribunal tomó como base de calificación de una segunda reincidencia, lógicamente se produce un aumento de la pena principal, lo que podría aportar una notable reforma a la tesis de la **reformatio in pejus,** el Procurador elimina la posible reserva doctrinaria, en los términos siguientes:

"Aunque aparentemente esta sanción principal (cuarenta meses de prisión en vez de veintisiete)

—explica —resulta superior a la impuesta por los juzgadores de instancia, sin embargo ella es más favorable en el fondo al acusado, habida consideración de que los cinco años de colonias deben suprimirse del fallo recurrido, por no ser el caso de aplicar aquí el inciso 2º (art. 34) del Código Penal, dado que se trata de una sola reincidencia".

III. — Estudio del recurso

La objeción del recurrente —como pudo deducirse de la demanda— se concreta a la pena de relegación, o sea a la indebida aplicación del art. 34 (inciso segundo) del Código Penal, "pues la hoja prontuaria —dice la demanda— solamente acusa dos entradas de veinticinco días de arresto en una Inspección, y otra entrada por virtud de la cual no ha sido determinado fallo de ninguna clase".

La objeción es legal, no con fundamento en las constancias del Gabinete Central de Identificación —que no es la prueba adecuada y conducente— sino con la copia auténtica de las sentencias de 22 de marzo y 30 de Junio de 1945, dictadas —respectivamente— por el Inspector 7º Municipal y el Juez 3º del Circuito Penal, uno y otro, de Bogotá, anteriores ambas al delito porque ahora se le ha juzgado.

Lo que la Sala estudia es si esas dos sentencias, frente a la que se ha impugnado, constituyen la segunda reincidencia, justificando así la pena accesoria de relegación como el Tribunal lo ha decidido, o la primera, excluyendo de hecho la accesoria, como el Procurador lo sostiene.

La reincidencia exige —según la expresión general de Manzini— una pluralidad de delitos sucesivamente cometidos por una misma persona, todos definitivamente juzgados, menos el último; pero la calidad de reincidente —según el art. 34 del Código Penal— se adquiere si el último delito se cometió "antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la sentencia"; así, la de reincidente primario, si ésto sólo una vez se ha realizado, y la de doble (por segunda vez) reincidente, si el nuevo delito se ejecutó dentro de los diez años siguientes a la sentencia en que se calificó y sancionó la primera reincidencia.

Arellano, no obstante que ha cometido sucesivamente tres delitos contra la propiedad (dos ya sancionados), sólo es reincidente primario, como se explica en seguida: si se toma como base de calificación la sentencia del 22 de marzo de 1945, que es la primera, Arellano sólo cometió el segundo delito, el que aquí se juzga, el 29 de agosto del mismo año, y si se toma como base la segunda sentencia, la del 30 de junio de 1945, el delito cometido posteriormente no es otro sino también el del 29 de agosto. Ya se tome, pues, la sentencia de marzo o ya la de junio, en relación con el nuevo delito —el hurto a Putnam— sólo configuran la primera reincidencia, ya que para que se configurara la segunda, habría sido indispensable que el delito sancionado en la sentencia de junio se hubiera cometido después de ejecutoriada la de marzo, lo que no sucedió porque el delito sancionado en la de junio fue cometido dos años antes del sancionado en la de marzo; la omisión de este breve análisis fue lo que, de seguro, indujo al Tribunal —con base en las sentencias anteriores— a deducir la prueba de una segunda reincidencia.

El Tribunal violó, pues, el art. 34 (inciso segundo) del Código Penal, y el motivo de casación, por lo tanto, se ha fundado.

IV. — Decisión del recurso

Excluída así la relegación, como pena accesoria, compete a la Corte fijar la que debe imponerse a Arellano, en atención a que, además de la sentencia que concurre a fundar la primera reincidencia, ha sufrido otra —tres con la presente— lo que ya es manifestación de peligrosidad, de obligada consideración en la determinación de la pena. El Procurador sugiere se impongan a Arellna tres años y cuatro meses de prisión —en cambio de dos años y tres de la misma pena y cinco años de relegación— conclusión que la Corte acepta y transcribe en seguida. Dice así aquel alto funcionario:

"Sobre la individualización de la pena, la Procuraduría se permite insinuar a la H. Corte que se haga en la forma siguiente: La disposición penal aplicable al caso es el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, que fija para el hurto una prisión de seis meses a seis años. Como en contra del procesado existe la circunstancia de mayor peligrosidad apreciada por el Tribunal, consistente en haberse valido de la actividad de un menor, y obra también otra circunstancia de la misma índole, o sea el haber sufrido Arellano una condena anterior que no alcanza a constituír reincidencia, hay que adaptar la pena en un término superior al mínimo. Puede entonces señalarse la sanción base en dos años, los que deben aumentarse en una cuarta

parte, en atención a que el hurto se cometió de noche y en un lugar habitado (art. 398 C. P.). Así se obtienen treinta meses de prisión, a los cuales hay que sumar una tercera parte correspondiente a la primera reincidencia (art. 34 ibidem). Total cuarenta meses de prisión, o sean tres años y cuatro meses. Aunque aparentemente esta sanción principal resulta superior a la impuesta por los juzgadores de instancia, sin embargo, ella es más favorable en el fondo al acusado, habida consideración de que los cinco años de colonias deben suprimirse del fallo recurrido, por no ser el caso de aplicar aquí el inciso 2º del Código Penal, daque se trata de una sola reincidencia. Por lo expuesto, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que case la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, condene a Antonio Arellano o José Ignacio Novoa López a la pena principal de tres años y cuatro meses de prisión, más las accesorias de ley, sin incluír la relegación a colonias, como responsable del delito de hurto cometido en el partimonio del señor Roberto Putnam".

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,

Resuelve:

A) **Invalidar** —como invalida en efecto —la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 13 de diciembre de 1946, por la cual condenó a **Antonio Arellano** o José Antonio Novoa López a la pena principal de veintisiete meses de prisión y cinco años de relegación por el delito de hurto cometido en esta ciudad la madrugada del veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco en perjuicio del señor Roberto Putnam;

B) Condenar —como en efecto condena— al mismo Arellano o Novoa López, como autor del mismo delito, a las siguientes penas:

a) A la principal de tres años cuatro meses de prisión, previo descuento del tiempo cumplido en detención preventiva, que cumplirá de acuerdo con el art. 3º de la Ley 4ª de 1943, en la Colonia que designe el Gobierno (Ministério de Justicia);

b) A las accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, a la publicación especial de la sentencia y a la suspensión de la patria potestad u gozare de ella, y

c) Al pago de la indemnización de perjuicios que el delito hubiere causado, al perjudicado o a su representante legal, cuya cuantía se fijará mediante acción ante los Jueces Civiles.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

ESTIMACION DE LAS PRUEBAS DEL PROCESO EN EL RAMO PENAL. — APRECIACION DE LOS ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN LA RIÑA.

1.—La estimación de las pruebas no está sujeta en lo penal como en lo civil a pautas rigurosas, pues casi todas son de apreciación racional, esto es, que su valor queda al análisis y criterio de los jueees, sobre todo el testimonio y la confesión. Sobre el testimonio dice el Código de Procedimiento que el funcionario debe apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica y, especialmente, las condiciones personales y sociales del testigo, las de las cosas a que se refiere el declarante, las circunstancias en que haya sido percibido lo que se relata y aquellas en que se haga la exposición. Sobre la confesión no dice sino que se presume verídica mientras no haya prueba en contrario, siempre que, por otra parte, esté demostrado el cuerpo del delito. Pero como no pierde su carácter de testificación oral, aunque con la particularidad de obrar contra el deponente, —atestación contra sí mismo, pudiera definirse— lo que la ley estatuye respecto del testimonio puede aplicarse, en cuanto su naturaleza lo comporte, a la confesión.

2.—La Comisión redactora del Código estableció la riña como circunstancia atenuante para el homicidio y las heridas, pero no toda riña, sino solamente la imprevista, esto es, la que ha surgido sin preparación o sin el ánimo preconcebido de que se realice. Desde luego debe decirse que quien ha causado una riña con su provocación, mal puede abonársele en su favor esa circunstancia.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, tres de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 10 de diciembre de 1946, condenó a **Marcos Morales Rincón** a la pena principal de treinta meses de presidio, como autor del delito de lesiones personales causadas a Pedro Cáceres.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el procesado y su representante legal presentó la respectiva demanda ante la Corte.

Hechos

El 22 de diciembre de 1944 se hallaban en el punto de "El Laurel", del Municipio de Beltrán, Departamento de Cundinamarca, Pedro Cáceres y Alejandrina Villalobos, sobre el camino que conduce a la población de Ambalema, cuando pasó por allí Marcos Morales Rincón, en estado de embriaguez, portando una carga de plátanos en una bestia. Cáceres procedió a abrir una puerta de golpe cercana al sitio en que se hallaban, para que Morales pasara. Pero al saludarse dándose la mano, Morales se la retuvo a Cáceres, hasta que éste logró desprenderse. Luégo se dirigieron mutuas ofensas de palabra y, habiendo pasado a vías de hecho, resultaron ambos lesionados.

El Juzgado 2º Penal del Circuito de Facatativá enjuició a Morales Rincón por las heridas con que apareció Cáceres y sobreseyó definitivamente en favor de éste y de la Villalobos por las que sufrió Morales Rincón, resoluciones que fueron confirmadas por el Tribunal.

El mismo Juzgado condenó a Morales Rincón a la pena principal de treinta meses de presidio y multa de doscientos cincuenta pesos, condena que también confirmó el Tribunal en la sentencia que ha sido objeto del recurso.

El recurrente invoca las causales primera, segunda y quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que se estudiarán en el orden que mejor consulte el efecto que puedan tener sobre la decisión.

Causal segunda. — Errada apreciación de los hechos.

Dice la demanda que el fallo en estudio se llevó de calle los preceptos del Código Penal y del de

Procedimiento, sobre todo el último (artículos 203, 204 y 205), que enseñan la manera de apreciar las pruebas y cuáles se requieren para condenar.

Así, la condena se basó en el dicho del sindicado Pedro Cáceres y de su amante la Villalobos, que apenas pueden tenerse como indicios leves.

Además, Morales Rincón no confesó haber herido a Cáceres; sino haberse defendido y que en el forcejeo que tuvo con éste se había lastimado un dedo, pues había resultado echando sangre.

Se considera:

Para formarse idea clara de la cuestión, conviene transcribir lo que el Tribunal dice en el particular, en los siguientes términos:

"Al rendir indagatoria el procesado Morales Rincón aceptó haber reñido con Cáceres el día de autos y aseveró que éste le había tirado fuertemente la mano que le ofrecía para saludarlo, diciéndole: "Aquí va este pícaro, ladrón, cambalachado con los viejos esos hijo de putas los taitas para robarmen el ganado" Y que inmediatamente le había dado un garrotazo por la cabeza. Que ya trabados en lucha, Cáceres, al tratar de desarmarlo, se había cortado un dedo de la mano.

"La única testigo de estos hechos lo fue Alejandrina Villalobos, quien al rendir indagatoria desmintió a Morales Rincón e hizo un relato de acuerdo con lo referido con el mismo ofendido".

Y más adelante:

"Como ya se dijo en los resultandos anteriores, Marcos Morales es el autor de las lesiones inferidas a Pedro Cáceres. Tal se desprende de la confesión hecha por éste de haber reñido con Cáceres resultando lesionado inmediatamente después. Además sobre él pesa la imputación que le hace el ofendido y que aparece ratificada con el testimonio de Alejandrina Villalobos".

Es indudable, como la sentencia lo afirma, que Morales Rincón confiesa haber reñido con Cáceres, pues dice en su indagatoria lo que el Tribunal refiere.

Cáceres, por su parte, asegura que Morales no lo quería soltar de la mano, lo cual lo había obligado a ejercer la fuerza para desasirse de su adversario: que inmediatamente Morales había comenzado a ultrajarlo; que luego empuñando una peinilla le había dirigido golpes, lo que lo había obligado a defenderse con un garrote que tenía en la cabeza de la montura; que Morales lo había herido en el dedo meñique de la mano derecha; que él (Cáceres) a su vez había logrado derribar a Morales de un garrotazo y que ayudado de la Villalobos lo había desarmado y la pelea había terminado.

La Villalobos confirma en un todo el relato de Pedro Cáceres.

Pues bien, la estimación de las pruebas no está sujeta en lo penal como en lo civil a pautas rigurosas, pues casi todas son de apreciación racional, esto es, que su valor queda al análisis y criterio de los jueces, sobre todo el testimonio y la confesión.

Sobre el testimonio dice el Código de Procedimiento que el funcionario debe apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica y, especialmente, las condiciones personales y sociales del testigo, las de las cosas a que se refiere el declarante, las circunstancias en que haya sido percibido lo que se relata y aquellas en que se haga la exposición.

Sobre la confesión no dice sino que se presume verídica mientras no haya prueba en contrario, siempre que, por otra parte, esté demostrado el cuerpo del delito. Pero como no pierde su carácter de testificación oral, aunque con la particularidad de obrar contra el deponente, —atestación contra sí mismo, pudiera definirse— lo que la ley estatuye respecto del testimonio puede aplicarse, en cuanto su naturaleza lo comporte, a la confesión.

Aunque el Tribunal no lo dice de modo muy enfático, ya con lo expuesto se comprende por qué admitió las exposiciones de Pedro Cáceres y de la Villalobos y rechazó lo favorable alegado por Morales Rincón: es que no solamente los dos primeros coinciden en sus dichos y hacen unas exposiciones aceptables de acuerdo con los principios de la psicología, sino que, a más de lo que puede favorecerlos, exponen lo que puede serles desfavorable.

En efecto, no resulta creíble que Morales Rincón, que dice tener veintidós años, al encontrarse con Cáceres, viejo de setenta años, hubiera sido ultrajado por éste sin más ni más y lo que resulta inaudito, que éste, el viejo, hubiera atacado con un garrote al joven armado de cuchillo, y que la herida del anciano se hubiera debido a un forcejeo o lucha entre los protagonistas.

En cambio, el relato de los otros no sólo es concordante entre sí, sino que se hace atendible en todos sus aspectos: consta que entre Cáceres y Morales había algún resquemor por el robo de unos animales y, así, al encontrarse los dos, éste, que iba borracho, como lo confiesa, le retuvo la mano a

Cáceres, que hubo de zafársele violentamente; luego comienzan los ultrajes de Morales para Cáceres, esos sí explicables, y el ataque a cuchillo, del cual se defiende a garrote el último, no sin la concurrencia de la Villalobos, y entre los dos logran desarmarlo, detalle este último que también admite el procesado Morales Rincón.

De esta suerte, no es exacto afirmar que no hubo prueba completa para condenar, porque si el dicho de cada uno de los protagonistas no es por sí solo plena demostración de lo que de él se acepte, el conjunto conduce a una síntesis plena sobre los hechos principales que se dan por establecidos.

Por consiguiente, es forzoso concluír que esta causal no puede prosperar.

Causal quinta. — No expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

Dice el señor apoderado:

"La sentencia recurrida no determinó ni analizó en forma alguna las pruebas que a la luz de la ley vigente determinan la plena responsabilidad del acusado para imponerle una pena".

Luego de transcribir algunos apartes del fallo, añade:

"Afirmar que Morales Rincón fue el autor de las lesiones, no es demostrar que en realidad lo fuera; y de que confiesa haber reñido con Cáceres, no puede deducirse que él lo hubiera herido.

"Es necesario presentar las pruebas de cada uno de esos hechos y no como se quiera, sino la plena prueba para condenar".

La Procuraduría observa que lo que el demandante alega sobre los hechos no es propio de la causal quinta, sino de la segunda, o sea, la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal.

Pero siguiendo el argumento que se hace, puede contestarse diciendo que si la sentencia es deficiente en su redacción, sí indica en forma clara cuáles son los hechos que considera probados, y cuáles las pruebas que le sirven de respaldo. Aquí cabe decir que no puede obligarse a los jueces, por imposibilidad de todo orden, a dejar convencidas a las partes de la verdad de sus afirmaciones, pues para ello precisamente se han establecido los recursos legales.

Así pues, como los "hechos punibles y la responsabilidad del procesado Morales sí están clara y sintéticamente consignados en la sentencia materia del recurso" —como dice la Procuraduría— esta causal tampoco puede prosperar.

Causal primera. — Indebida aplicación de la ley penal.

Arguye el recurrente que la sentencia ha debido admitir la riña imprevista, reduciendo la pena a la mitad, es decir, ha debido relacionar el artículo 374 (inciso segundo) del Código, con el 384, porque según la confesión de los acusados hubo un combate o cambio de golpes, que es lo que constituye la riña, y que no podían desconocer los jueces de derecho.

Además, ha debido reconocerse el estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, ya que consta que Pedro Cáceres había formulado denuncia criminal contra Morales Rincón por el delito de hurto de ganado mayor, sin fundamento alguno, circunstancia que con la de la embriaguez en que se encontraba, determinaron en él aquel estado psicológico "y más aún cuando se vió nuevamente calificado de ladrón".

Se considera:

La Comisión redactora del Código estableció la riña como circunstancia atenuante para el homicidio y las heridas, pero no toda riña, sino solamente la imprevista, esto es, la que ha surgido sin preparación o sin el ánimo preconcebido de que se realice. Desde luego debe decirse que quien ha causado una riña con su provocación, mal puede abonársele en su favor esa circunstancia.

Sobre el particular dice el Tribunal:

"Alega el señor defensor del procesado que la pena debe ser reducida de conformidad con el artículo 28 del Código Penal. Y para tal efecto alega que no debe ser tenido en cuenta el testimonio de Alejandrina Villalobos, por ser ésta la concubina del ofendido.

"Dicha aseveración no está probada en el expediente, ni existe indicio alguno para presumirla. Por el contrario, la forma como relata los hechos, sensiblemente acordes con lo relatado por el ofendido, dan serios motivos de credibilidad a su testimonio.

"De otra parte, nada indica en el proceso que Morales Rincón hubiera cometido el hecho en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación'..

"Muy acertadamente destacó el señor Juez **a quo** como modalidades agravantes de la responsabilidad la carencia de fundamento por parte de Morales para arremeter contra su víctima y herirla estando probado que Cáceres nada le dijo, sino antes bien lo saludó cortesmente y abrió la puerta para que pasara. Juzgando la edad del ofendido

—sesenta años— y la carencia de armas apropiadas para la defensa en que él se encontraba,' decimos que por su parte estaba en condiciones de inferioridad con respecto a su enemigo".

Como se ve, la admisión de esta circunstancia incide en el análisis de la responsabilidad del procesado, pues lo que se dijo sobre los motivos que hacían admisible esa prueba puede decirse también sobre las particularidades de los hechos. Y si se ha dicho que no anduvo desacertado el Tribunal al considerar que Cáceres había procedido solamente para defenderse del ataque de Morales Rincón, se incurriría en algo contradictorio al reconocer que éste había obrado por el ataque grave e injusto de aquél.

De suerte que esta causal tampoco puede prosperar.

El Ministerio Público observa que la penalidad se le impuso al procesado con exceso por otros aspectos, pero que ellos no fueron invocados en la demanda, y, por tanto, no pueden ser estudiados.

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.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio

CALIFICACION DE LOS IMPEDIMENTOS DE LOS FISCALES

1.—La función que la ley adscribe a la Corte, como entidad superior a aquella que declara infundado un impedimento, se concreta —según la norma general— a decidir, de plano y en fallo motivado, la discrepancia entre el impedido y el que ha de sustituírlo, es decir, a decidir si es o no legal el que el calificador ha declarado infundado.

2.—Tratándose del de un Fiscal de Tribunal, corresponde al Magistrado del proceso declararlo separado si lo halla fundado y, en este caso, pasar el negocio al Fiscal que en orden numérico le sigue si hay dos o más en ese Tribunal, o pedir al Gobernador que designe un interino para ese proceso si solo hay uno; pero si el Magistrado calificador lo declara infundado, es decir, si disiente del Fiscal impedido, envía el negocio a la Corte para que decida sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

Vistos:

El Fiscal 2º del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Julio Salgado Vásquez, interpuso apelación —la que le fue concedida en efecto devolutivo— contra el auto del 14 de julio, dictado por aquella Corporación en el proceso por lesiones contra José A. Vargas, auto en que nuevamente solicitó del Fiscal nombrado concepto sobre algún recurso promovido en el proceso y que el mencionado Agente del Ministerio Público se había abstenido de emitir.

Como la controversia entre el Tribunal y el Fiscal 2º se refiere, —no precisamente— a incidente de recusación o impedimento, sino a discrepancia sobre el procedimiento que deba seguirse en Distritos en que hay dos o más Fiscales, cuando uno de ellos es recusado o se declara impedido, la Corte debe decidir previamente si es competente para ello, no sin antes resumir los antecedentes de la controversia.

Los actos que dieron origen a la apelación del Fiscal, según las copias del proceso remitidas, son las siguientes:

a) El Fiscal 1º del Tribunal a quien le correspondió en el reparto el proceso contra Vargas, se declaró impedido;

b) El Magistrado doctor Donado (ponente) ordenó —"como no hay razón alguna para que en este negocio actúe un Fiscal interino, ya que el Tribunal tiene dos Fiscales"— pasara el negocio al Fiscal 2º;

c) Este se inhibió de emitir concepto por cuanto el Tribunal —de acuerdo con el art. 79 del Código de Procedimiento Penal— ha debido comunicar el impedimento al Gobernador para que nombrara el interino que debía actuar en el proceso;

d) El Tribunal —con fundamento en el art. 79 del mismo Código— no aceptó las razones del Fiscal 2º e insistió en que emitiera concepto, y

e) El Fiscal apeló de esta decisión, recurso que le fue concedido en el efecto devolutivo.

La función que la ley adscribe a la Corte, como entidad superior a aquella que declara infundado un impedimento, se concreta —según la norma general— a decidir, de plano y en fallo motivado; la discrepancia entre el impedido y el que ha de sustituírlo, es decir, a decidir si es o no legal el que el calificador declaró infundado.

Tratándose del de un Fiscal de Tribunal, corresponde al Magistrado del proceso declararlo separado si lo halla fundado y, en este caso, pasar el negocio al Fiscal que en orden numérico le sigue si hay dos o más en ese Tribunal, o pedir al Gobernador designe uno interino para ese proceso si solo hay uno; pero si el Magistrado calificador lo declara infundado, es decir, si disiente del Fiscal impedido, envía el negocio a la Corte para que decida sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento.

En este negocio, no hay desacuerdo alguno entre el Fiscal impedido y el Magistrado que acogió el impedimento, de modo que no se planteó el con-

flicto procesal que a la Corte, en caso contrario, le tocaría decidir, ya que el planteado por el Fiscal 2º en nada se relaciona con el impedimento del Fiscal 1º, que sería el que le habría dado competencia a la Corte si se hubiera declarado infundado.

No de otro modo deben interpretarse las normas procesales. El Código de Organización Judicial (arts. 159 a 168) prescribe que todo lo relativo a nombramientos y período de los Agentes del Ministerio Público, licencias y modo de reemplazarlos, se rige por lo dispuesto en el Código de Régimen Político y Municipal, y según éste (art. 288) cuando en un Circuito haya más de dos Fiscales, las faltas accidentales de los unos serán llenadas por los otros, en el orden de numeración; norma ésta análoga a la del art. 75 del Código de Procedimiento Penal, según la cual "cuando el impedido o recusado fuere un Juez, conocerá del proceso el Juez del Ramo Penal de la misma categoría que le siga en turno", y cuando lo fuere un Magistrado del Tribunal o de la Corte, el que le sigue en turno previa designación de Conjuez con el propósito de completar la Sala. No hay, pues, razón, para que, cuando hay dos Fiscales en un Tribunal, el impedido debe ser reemplazado por un interino.

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, se inhibe de decidir la apelación del Fiscal 2º del Tribunal Superior de Barranquilla contra el auto que ordenó pedirle concepto en el proceso por lesiones contra **José A. Vargas.**

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

SUSPENSION DE ACTUACIONES CIVILES O ADMINISTRATIVAS DURANTE LA INVESTIGACION PENAL

La ley no requiere para que la suspensión proceda que el proceso esté en estado de causa por el auto de proceder, ni siquiera que se haya decretado la detención contra el culpable o los culpables, pues lo que se busca es evitar el conflicto de jurisdicciones, esto es, que dos categorías de jueces puedan llegar a conclusiones opuestas sobre un mismo hecho, con desmedro de la autoridad, y alterando el orden que debe presidir el adelantamiento de los procesos. Lo que sí es necesario para que el juez en lo civil o el funcionario administrativo suspenda su actuación es que el fallo que corresponda dictar en lo penal pueda influír en la solución civil o administrativa. Desde luego, es obligatorio y no solamente potestativo para el juez civil suspender la actuación, en los casos del artículo 11 del C. de P. P., no sólo porque la acción penal es siempre pública y de elevado interés social que la hace prevalecer sobre acciones privadas, sino por aquel otro motivo de que en el adelantamiento de una y otras se guarde la debida prevalencia y orden.

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

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 5 de julio del año pasado, sobreseyó definitivamente en favor del doctor **Rafael María González,** Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá, por los cargos que le formuló el señor Marco A. Castro Moreno, y consulta con esta Sala lo resuelto.

El cargo que el denunciante le hace al citado funcionario consiste en que éste se abstuvo de conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de lanzamiento pronunciada por el señor Juez 7º Municipal de Bogotá.

Los hechos pueden resumirse en la siguiente forma:

a) El señor Marco A. Castro Moreno promovió acción de lanzamiento de las arrendatarias Teresa R. de Alfonso y Aura Elvira Alfonso, con el fin de que le entregaran un local para tienda que éstas ocupaban en la calle décima de esta ciudad, número 8-13;

b) El Juez 7º Municipal terminó el juicio decretando el lanzamiento, en sentencia de 5 de marzo de 1946;

c) El 8 de marzo del mismo año, el Juez 6º de Instrucción Criminal le dirigió un oficio al Juez Municipal aludido, en el cual lo hacía sabedor de que, "para los efectos del aparte segundo del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal", se había iniciado una investigación criminal "sobre delito de falsedad cometido en el documento de contrato de arrendamiento" que servía de base al juicio;

d) El Juez 7º Municipal concedió apelación contra la sentencia de lanzamiento, el 13 de marzo de 1946, y el conocimiento del negocio, por apelación, le correspondió al señor Juez 5º Civil del Circuito, doctor Rafael María González; y

e) Dicho funcionario, en fallo de 30 de abril del año pasado, se abstuvo de conocer del recurso interpuesto, "por estar suspendida toda actuación en el juicio, mediante la orden impartida por el señor Juez 6º de Instrucción Criminal".

Se considera:

La providencia consultada es jurídica y habrá de confirmarse, porque el acusado no hizo sino ceñirse a lo estatuído en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, que ordena suspender las actuaciones civiles o administrativas cuando se haya iniciado una investigación criminal cuyo fallo pueda influír en aquéllas, o cuando se haya presentado un hecho que pueda considerarse como delito que dé lugar a la intervención oficiosa de los jueces.

La ley no requiere para que la suspensión proceda que el proceso esté en estado de causa por el auto de proceder, ni siquiera que se haya decretado la detención contra el culpable o los cul-

pables, pues lo que se busca es evitar el conflicto de jurisdicciones, esto es, que dos categorías de jueces puedan llegar a conclusiones opuestas sobre un mismo hecho, con desmedro de la autoridad, y alterando el orden que debe presidir el adelantamiento de los procesos.

Lo que sí es necesario para que el Juez en lo Civil o el funcionario administrativo suspenda su actuación es que el fallo que corresponda dictar en lo penal pueda influír en la solución de la controversia civil o administrativa.

Desde luego, es obligatorio y no solamente potestativo para el Juez Cicil suspender toda actuación, en los casos del artículo 11, no solo porque —como lo anota la Procuraduría— la acción penal es siempre pública y de elevado interés social que la haçe prevalecer sobre aciones privadas, sino por aquel otro motivo de que en el adelantamiento de una y otras se guarde la debida prevalencia y orden.

Esto anula el argumento que aquí se ha traído de que el funcionario de instrucción atrás citado certifica que él no ordenó ni podía ordenar la suspensión de las actuaciones civiles, sino que apenas dio aviso de haberse iniciado una acción penal. Claro está que él no podía ordenar esa suspensión, sino dar apenas la noticia apuntada, pero la ley entonces imponía el deber al funcionario en lo civil de decretar la susodicha suspensión, desde luego que si el documento que servía de base al juicio aparecía adulterado, la decisión en lo civil podía o puede cambiar fundamentalmente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

LA CONDENA CONDICIONAL EN CASACION. — COMPLICIDAD EN LA CULPA.

1.—Espontáneamente surge la pregunta de si es posible que prospere la acusación que se haga contra una sentencia porque los juzgadores de instancia no le otorgaron al reo la condena condicional. La respuesta es sencilla, si se tiene en cuenta que ella es una forma de represión penal que termina el proceso, aunque confiriéndole al Juez la facultad de suspender la ejecución de la sentencia. Pero esa facultad no es arbitraria, sino sujeta a condiciones: si el procesado no ha sufrido condenas anteriores, si su conducta precedente ha sido siempre buena, y si su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes le dan al Juez la convicción de que el culpable no es peligroso y no volverá a delinquir. Lo que pasa es que será difícil separarse de lo resuelto por el Juez de la causa, pues por más que estén especificadas las condiciones de su otorgamiento, ellas están sujetas a su "convicción", vale decir, a la prudencia y buen sentido de quien ha estado o ha debido estar en contacto directo con el infractor.

2.—La Corte reconoce que ha sido motivo de discusión entre los comentadores el tema de si es admisible la complicidad en la culpa. Se afirma que ella no puede ocurrir "porque la complicidad requiere la intención criminosa, el propósito de causar daño, y en la culpa no existe esa intención". (Gutiérrez Gómez, Comentarios al Código Penal Colombiano, pág. 102). Carrara dice que "en la práctica claudica el principio en algunas ocasiones", pero que eso no significa que la práctica se equivoque ni que sea falso el principio. "El principio es absolutamente verdadero —añade— y mientras se pretenda fundar la acusación desde el punto de vista de la complicidad, es expuesto a dar con el escollo y naufragar, porque no se puede establecer complicidad en un hecho no previsto ni querido. Pero esto no quita para que el pretendido cómplice deba ser castigado como autor principal de un hecho subsistente de por sí y que individualmente considerado haya de considerarse como culpable". Ferri, en cambio, sostiene que en los delitos culposos es posible que haya complicidad, "porque si bien los copartícipes en el hecho culposo realizado conjuntamente no podían querer el efecto dañoso en el que ninguno pensó, se encontraban, en cambio, en las condiciones de imprudencia, negligencia o inobservancia de las leyes, etc., de las que se deriva aquel efecto". "Claro es que para que exista coparticipación de un delito culposo —agrega—, no es bastante la simple concomitancia de actos productores del efecto" esto es, según explica, no basta que los actos imprudentes se realicen "con independencia uno del otro", sino que es necesario que haya algún acuerdo expreso o tácito en sus agentes para su realización". (Principios de Derecho Criminal, parte segunda, capítulo III, número 82 y capítulo IV, número 90). También el profesor argentino Sebastián Soler admite que en la culpa "es posible la participación que, en definitiva, es la causación de un resultado por varias personas. Pueden el chauffeur y su acompañante ponerse de acuerdo en andar a exceso de velocidad, y mientras el uno guía, el otro da presión al aceite de la máquina. Puede el pasajero instigar al conductor a que marche a exceso de velocidad y éste acatar la orden ilegal". (Derecho Penal Argentino, tomo II, página 153).

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

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 14 de noviembre de 1946, condenó a José Pie-

drahita **Gómez** a siete meses y medio de prisión, y a **Luis Quintero Gallego** a ocho meses de la misma pena, como responsables de homicidio y lesiones causadas, respectivamente, a Ernesto Londoño Vélez y Roberto Restrepo, el 21 de mayo de 1941, en la carretera del norte, que conduce a aquella ciudad.

El defensor de los procesados interpuso el recurso de casación contra la sentencia, y alega la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento.

En ese día viajaban hacia Medellín, Piedrahita Gómez y Quintero Gallego, en sus respectivos vehículos, y éste se propuso pasar adelante de aquél. De repente vio Piedrahita una motocicleta y como venía acosado por Quintero y los dos ocupaban el ancho de la carretera, dio un timonazo a la izquierda. Pero es el caso que la motocicleta trataba en ese momento de pasar por el mismo lado y, naturalmente, chocó contra ella. Del golpe resultó gravemente herido su conductor, Ernesto Londoño, que falleció el 24 de mayo, y lesionado también Roberto Restrepo, que viajaba en el automóvil que manejaba Piedrahita, y que estuvo incapacitado para trabajar por cinco días.

El recurrente le hace dos cargos a la sentencia, a saber: primero, que no les otorgó a los procesados el beneficio de la condena condicional, a la cual tenían derecho, de conformidad con el artículo 80 del Código Penal y la Ley 164 de 1938; y segundo, que no absolvió al acusado Luis Quintero Gallego, a pesar de que el Jurado lo declaró cómplice en los hechos, cuando la complicidad no es admisible en los delitos culposos.

a) **La condena condicional en casación.** Espontáneamente surge del tema planteado la pregunta de si es posible que prospere la acusación que se haga contra una sentencia porque los juzgadores de instancia no le otorgaron al reo la condena condicional.

La respuesta es sencilla, si se tiene en cuenta que ella es una forma de represión penal que termina el proceso, aunque confiriéndole al Juez la facultad de suspender la ejecución de la sentencia. Pero esa facultad no es arbitraria, sino sujeta a condiciones: si el procesado no ha sufrido condenas anteriores, si su conducta precedente ha sido siempre buena, y si su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes le dan al Juez la convicción de que el culpable no es peligroso y no volverá a delinquir.

Lo que pasa es que será difícil separarse de lo resuelto por el Juez de la causa, pues por más que estén especificadas las condiciones de su otorgamiento, ellas están sujetas a su "convicción", vale decir, a la prudencia y buen sentido de quien ha estado o ha lebido estar en contacto directo con el infractor.

Así, por ejemplo, en este caso, el recurrente se ha contentado con argüir que el hecho no revistió gravedad, ya que los Fiscales del Juzgado y del Tribunal habían solicitado el sobreseimiento definitivo de Quintero, a lo que había accedido el Juez de primera instancia, y que en la audiencia había pedido el Agente del Ministerio Público la absolución del mismo Quintero.

En realidad, es significativa aquella circunstancia, como lo apunta la demanda, pero sólo orienta sobre uno de los factores que autorizan la condena condicional, que es la de que el hecho en sus modalidades no revistió gravedad; pero eso no basta, porque se necesita, además, el lleno de las otras condiciones apuntadas anteriormente, esto es, una vida anterior sin tacha, motivos determinantes del hecho y personalidad que no revelen que el sujeto es peligroso. Y como esos factores no se alegan en la demanda, la Corte no puede tenerlos en cuenta, porque eso sería suplantar al recurrente.

De esta suerte y, como lo pide el Procurador, habrá de rechazarse el primer cargo.

b) **La complicidad en la culpa.** Alega la demanda que a Quintero, declarado **cómplice** por el Jurado, se le aplicó la pena de autor principal; que es verdad que en un delito culposo puede haber varios sujetos en calidad de **coautores**; que Quintero no es coautor ni cómplice necesario, porque marchaba a distancia apreciable de Piedrahita; y que, habiendo sido declarado **cómplice** por el Jurado, ha debido absolvérsele, ya que "la complicidad en los hechos culposos no es punible, como lo sostienen unánimemente los más autorizados maestros de la ciencia penal".

La Corte reconoce que ha sido motivo de discusión entre los comentadores el tema planteado en la demanda de si es admisible la complicidad en la culpa. Se afirma que ella no puede ocurrir "porque la complicidad requiere la intención criminosa, el propósito de causar un daño, y en la culpa no existe esa intención" (Gutiérrez Gómez Comentarios al Código Penal Colombiano, página 102).

Carrara dice que "en la práctica claudica el principio en algunas ocasiones", pero que eso no

significa que la práctica se equivoque ni que sea falso el principio. "El principio es absolutamente verdadero —añade— y mientras se pretenda fundar la acusación bajo el punto de vista de la complicidad, es expuesto a dar con el escollo y naufragar, porque no se puede establecer complicidad en un hecho no previsto ni querido. Pero esto no quita para que el pretendido cómplice deba ser castigado como autor principal de un hecho subsistente de por sí y que individualmente considerado haya de considerarse cómo culpable".

Ferri, en cambio, sostiene que en los delitos culposos es posible que haya complicidad, "porque si bien los copartícipes en el hecho culposo realizado conjuntamente no podían querer el efecto dañoso en el que ninguno pensó, se encontraban, en cambio, en las condiciones de imprudencia, negligencia o inobservancia de las leyes, etc., de las que se deriva aquel efecto".

"Claro es que para que exista coparticipación en un delito culposo —agrega— no es bastante la simple concomitancia de actos productores del efecto", esto es, según explica, no basta que los actos imprudentes se realicen "con independencia uno del otro", sino que es necesario que haya algún acuerdo expreso o tácito en sus agentes para su realización. (Principios de Derecho Criminal, parte segunda, capítulo III, número 82 y capítulo IV, número 90).

También el profesor argentino Sebastián Soler admite que en la culpa "es posible la participación que, en definitiva, es la causación de un resultado por varias personas. Pueden el chauffeur y su acompañante ponerse de acuerdo en andar a exceso de velocidad y, mientras el uno guía, el otro da presión al aceite de la máquina. Puede el pasajero instigar al conductor a que marche a exceso de velocidad y éste acatar la orden ilegal" (Derecho Argentino, tomo II, página 153).

El Tribunal aceptó esta segunda doctrina, pues afirma que "si bien es cierto que el primero (Piedrahita) fue quien con su carro atropelló al occiso, causando, además, las heridas de Roberto Restrepo, también lo es que el último, por las circunstancias que se le atribuyen, **cooperó en el suceso en forma sin la cual aquél no se hubiera efectuado"** (f. 79).

Pero el tema resulta aquí académico, porque, como lo anota el Ministerio Público, en los juicios en que el Jurado interviene la penalidad se impone de acuerdo con el veredicto, de suerte que no puede alegarse indebida aplicación de la pena si primero no se demuestra que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado. En otros términos, el demandante ha debido invocar la causal tercera y luégo, como consecuencia, la primera. Pero como no lo hizo en dicha forma, no puede demandar la absolución de Quintero con base en el veredicto del Jurado, menos en este caso en que los jueces de conciencia no lo eximieron de responsabilidad, sino que lo declararon responsable como cómplice.

Pudiera entrarse a considerar si el Tribunal interpretó debidamente el aludido veredicto en cuanto a si la complicidad de Quintero era principal o accesoria: "Sí, indirectamente, como cómplice", expresaron los jueces populares. Pero, se repite, no habiendo alegado el recurrente la causal tercera, cualquier comentario que la Sala hiciera sobre el particular resultaría redundante, porque en este recurso extraordinario no pueden estudiarse otras causales que las invocadas, según terminante mandato del artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

La Procuraduría cita, por eso, con oportunidad, la siguiente doctrina de la Corte:

"El recurso de casación es extraordinario. En su decisión la Corte no actúa como Tribunal de instancia. Esto quiere decir que a ella no le es posible remediar las inobservancias formales del proceso, si no se pidió su nulidad; ni variar las conclusiones del fallo que no hayan sido demandadas; ni suplir las deficiencias del libelo en que se formulan los cargos; ni corregir errores que aun cuando se adviertan no fueron materia de impugnación.

"Si la sentencia debe ser precisa y fundada, la demanda debe serlo también, que si se trata de desquiciarla, es necesario que se señale cuáles de los cimientos que le sirven de apoyo son débiles o están mal colocados, y por qué y en qué afecta ello su estructura.

"La sentencia puede ser equivocada; pero si el demandante equivocó las causales y presentó en las alegadas motivos propios de otra u otras, o se fundó en alguna que es improcedente para determinados casos, según doctrinas firmemente establecidas, la Corte, se repite, no puede interpretarle el pensamiento al demandante o suplir sus deficiencias, porque eso sería tanto como proceder oficiosamente, sustituír al actor y, en fin, obrar en contra de un expreso mandato legal concretado en el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal, que dice así:

"La Corte no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes".

"He ahí las razones para que este recurso sea exigente; y por su carácter de extraordinario no puede equipararse a los comunes de apelación o de consulta, ni se debe perseguir con él continuar en la Corte una etapa del proceso que tuvo su culminación en las reglamentarias instancias". (Fallo de 22 de septiembre de 1947. Casación de Carlos García Torres, por homicidio).

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 le, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello E., Srio.

APLICACION DE LAS SANCIONES AL DELINCUENTE. — REINCIDENCIA

Las sanciones deben aplicarse a los delincuentes según su peligrosidad, que se deduce de tres factores: la gravedad y modalidades del hecho, los motivos determinantes y la personalidad del agente. Así está concebido el artículo 20. del proyecto de Ferri, que la Comisión redactora del Código Colombiano adoptó, pero incluyendo como elemento para calcular la peligrosidad "las circunstancias de mayor o menor peligrosidad" (artículo 36), siendo así que son apenas especificación de aquellos tres factores —modalidad del hecho, motivos y personalidad del agente— que sirven para determinar el dicho grado de peligrosidad, cuya resultante es. Entre estas circunstancias de mayor peligrosidad se cuentan las anteriores condenas judiciales o de policía.

La reincidencia requiere el lleno de ciertas condiciones taxativas en cuanto al tiempo, a la calidad y modalidades de la infracción y a la edad del agente, pero en cambio, las condenas judiciales o de policía que demuestren la mayor peligrosidad sólo necesitan haber sido anteriores a la perpetración de un nuevo delito. No es necesario, pues, que el reo haya cumplido antes otra condena ni que la recaída tenga lugar en una misma especie de delincuencia.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, diez de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

Vistos:

El Tribunal Superior de San Gil, en sentencia de 31 de enero del año pasado, condenó a **Noé Castañeda Palomino** a la pena principal de cuarenta y ocho meses de prisión, y contra ella interpuso casación el procesado, recurso que por medio de representante sustentó ante la Corte, con base en el ordinal 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Se trata de los delitos de hurto de dos muletas, una de propiedad de Rodolfo Marín, y otra de propiedad de José del Tránsito Chaves. Los semovientes estaban pastando en sus respectivos predios, ubicados en El Salitre, vereda de Monte Oscuro, del Municipio de Vélez, y de ellos fueron sustraídos en la noche del 19 de julio de 1943.

Por cada delito se siguió proceso aparte y, una vez acumulados, terminaron con la sentencia de 23 de septiembre de 1946, por medio de la cual se le impusieron a Castañeda Palomino veinticuatro meses de prisión (y las accesorias legales), pena que el Tribunal de San Gil, en la sentencia recurrida, elevó a cuarenta y ocho meses.

El recurrente dice que se aplicó indebidamente la pena, de acuerdo con los artículos 397, 398 y 33 del Código Penal, en relación con el 1º de la Ley 4ª de 1943, "puesto que no son dos años los que le corresponden al sindicado como pena básica, sino un año con el aumento a que haya lugar", de suerte que la sanción impuesta en la primera instancia es la pertinente.

Agrega que la peligrosidad o inclinación al delito no puede predicarse de quien ha cometido varios delitos antes de entrar a la cárcel, pues sólo demuestra que es incorregible quien después de cumplida una condena incurre en el mismo delito, pero no quien comete diversas infracciones cuando se hallaba libre.

Se considera:

Para señalar la cuantía de la pena tuvo en cuenta el Tribunal la peligrosidad de Castañeda Palomino, deducida sobre todo de una condena y de varios sumarios que contra él cursan. Dijo así:

"Respecto de la personalidad del procesado, la historia judicial revela que en la Alcaldía de Bolívar cursa un sumario por el delito de hurto; que en el Juzgado 1º Penal del Circuito cursa una causa contra aquél, por hurto, que se halla en este Tribunal en apelación; que en los Juzgados de Vélez se le siguen otros procesos por delitos contra la propiedad (ganado mayor); que al Tribunal se envió otra causa contra Castañeda y Torres Estu-

piñán, por hurto de una mula de Roberto Olarte González y falsas imputaciones hechas ante las autoridades, y que este Tribunal, con fecha 9 de mayo del año pasado (1946), confirmó la sentencia dictada por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Vélez, condenándolo a nueve meses de prisión como responsable del delito de hurto de ganado mayor en bienes de Campo Elías León".

El Tribunal concluye que el procesado es un "contumaz delincuente contra la propiedad", que "su personalidad es eminentemente peligrosa", además de que los hechos que se juzgan "son de notoria gravedad en sí". Por eso no fijó como base de la pena el mínimo, sino la de dos años de prisión, a los cuales agregó una tercera parte por haberse cometido los delitos de noche y sobre cabezas de ganado mayor, y a los treinta y dos meses resultantes les aumentó la mitad por el segundo delito de abigeato.

Para decidir si procedió legalmente el Tribunal es preciso tener en cuenta que las sanciones deben aplicarse a los delincuentes según su peligrosidad, que se deduce de tres factores: la gravedad y modalidades del hecho, los motivos determinantes y la personalidad del agente. Así está concebido el artículo 20 del proyecto de Ferri, que la Comisión redactora del Código Colombiano adoptó, pero incluyendo como elemento para calcular la peligrosidad "las circunstancias de mayor o menor peligrosidad" (artículo 36), siendo así que son apenas especificación de aquellos tres factores —modalidad del hecho, motivos y personalidad del agente— que sirven para determinar el dicho grado de peligrosidad, cuya resultante es.

Entre estas circunstancias de mayor peligrosidad se cuentan las anteriores condenas judiciales o de policía. Y es evidente que fuera de las meras sindicaciones que cursan contra el procesado por delitos que atentan contra la propiedad, existe una sentencia condenatoria que, si resulta ineficaz para reputarlo como reincidente, sí lo acredita como sujeto peligroso que, en consecuencia, debe ser reprimido con mayor severidad.

Como la Procuraduría lo advierte, la reincidencia requiere el lleno de ciertas condiciones taxativas en cuanto al tiempo, a la calidad y modalidades de la infracción y a la edad del agente, pero en cambio, las condenas judiciales o de policía que demuestran la mayor peligrosidad sólo necesitan haber sido anteriores a la perpetración de un nuevo delito. No es necesario, pues, como lo dice el recurrente, que el reo haya cumplido antes otra condena ni que la recaída tenga lugar en una misma especie de delincuencia.

"La habitualidad —dice Florián, a quien cita el Procurador— es concepto concreto, que corresponde a un estado de hecho resultante de las reiteradas manifestaciones delictuosas de un mismo individuo; es una situación personal, relacionada con un hecho exterior seguro y demostrable; de ella surge una presunción de probabilidad en el sentido de que las manifestaciones delictuosas pueden repetirse en lo porvenir. Esta es la razón de que los órganos del poder social intervengan de modo peculiar.

Nos parece que para justificar esta intervención no hace falta, ni en todo caso puede exigirse, la condición de incorregibilidad".

"...Carece de razón el sostener que la habitualidad surge sólo si los casos de repetición delictuosa pueden considerarse como reincidencia; antes bien, la condición necesaria, pero suficiente para la existencia de la habitualidad, es tan sólo el hecho de que el mismo individuo haya cometido varios delitos; de modo que jurídicamente se podrá considerar comprobada tanto en los casos de reincidencia, como en los de concurso material de delitos en sus varias formas. Dedúcese de esto que el delincuente puede ser habitual aun en el caso de que no sea reincidente en sentido propio".

Por eso con razón concluye el Ministerio Público:

"Es evidente que el acusado demuestra una tendencia específica al hurto de semovientes, según las constancias a que alude el Tribunal. Y como en realidad pesa contra aquél una condena anterior, también por hurto de ganado mayor, que no reúne las condiciones del artículo 34 del Código Penal para constituír reincidencia, ese pasado judicial sirve entonces como antecedente de mala conducta, demostrativo de una circunstancia de mayor peligrosidad, o sea la segunda del artículo 37 ibidem.

Bastaba esa sola circunstancia para que el juzgador no pudiera aplicar el mínimo de la sanción (artículo 39)".

Por tanto, la base para aplicar la sanción no podía ser el mínimo, sino un tiempo o cuantía de pena superior, para sobre ella hacer los aumentos de los artículos 398 y 33 del Código Penal. Porque si decir este último precepto que cuando se trate de reprimir varios delitos se aplica "la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto", claramente dice que la base no es

nínimo, sino la pena o medida coercitiva que se abría de señalar al hecho de mayor gravedad si e reprimiera sólo o aisladamente.

De esta suerte, es forzoso concluír que la causal nvocada no puede prosperar y, por tanto, que la entencia recurrida habrá de quedar en firme.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo on 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.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

APRECIACION DE LOS HECHOS Y DE LA RESPONSABILIDAD DEL DELINCUENTE. — NULIDADES

1.—No es exacto que en los juicios por Jurado sea el Juez de derecho quien deba apreciar los hechos y decidir sobre la responsabilidad, pues que todo lo contrario dice el Código Penal, o sea, que en las causas en que interviene el Jurado es a éste a quien corresponde calificar los hechos y definir la responsabilidad (arts.° 480 del C. P. y 28 de la Ley 4ª de 1943). Al Juez de derecho no le incumbe sino dictar la sentencia de acuerdo con aquella calificación, señalando las sanciones que deban imponerse en caso de condena, o absolviendo al procesado cuando el tribunal popular lo haya declarado libre de reato. Lo que sí puede es declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, cuando así lo estime (art. 537 del C. de P. P.). Pero como el Jurado no está sujeto a pauta alguna para justipreciar las pruebas de un proceso criminal, pues sólo debe guiarse por el íntimo convencimiento que de ellas se forme, y como la casación es un estudio de derecho sobre el fallo de segundo grado, no parece lógico que figure la contraevidencia del veredicto entre las causales de casación, porque entonces se convertiría este recurso extraordinario en una tercera instancia.

2.—Las nulidades, conforme al Código de Procedimiento, pueden alegarse en cualquier estado del proceso y dictada la sentencia de segunda instancia no pueden alegarse sino en el recurso de casación. Lo que es nulo no puede producir ningún efecto y por eso, en tratándose de nulidades esenciales o sustanciales, es natural que puedan alegarse en cualquier tiempo; pero natural es también que defectos de forma no muy importantes tengan su tiempo de reparación, dentro del cual han de subsanarse, y a ellas se refiere el artículo 200 del Código de Procedimiento al decir que las nulidades pueden alegarse en cualquier tiempo y aun en casación, "salvo disposición legal en contrario".

3.—La falta de asistencia al procesado menor se ha tenido por grave, por nulidad sustancial o esencial, aunque no esté contemplada en los artículos 198 y 199 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia— Sala de Casación Penal— Bogotá, once de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

Vistos:

El Tribunal Superior de San Gil, en sentencia de 8 de noviembre de 1946, condenó a **Leoncio Alarcón** y a **Pablo Emilio Alarcón Torres,** padre e hijo, respectivamente, a la pena principal de 15 años de presidio, más las accesorias correspondientes, como autores del asesinato en la persona de José Julio Torres, el 23 de agosto de 1943, en el punto de El Llano, del Municipio de Guadalupe, Departamento de Santander.

Contra esa sentencia interpusieron el recurso de casación los procesados y su representante presentó la demanda, que funda en las causales segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento.

Causal segunda. — Errada apreciación de los hechos.

El demandante apenas alega que en este proceso se trataba de un homicidio preterintencional y no de un asesinato, "que debe ser apreciado por el Juez de derecho y no por el Jurado, quien solo aprecia la responsabilidad".

No se demostró legalmente la sevicia —dice en otro aparte y por ello el auto de proceder se formuló indebidamente.

Se considera:

No hizo el recurrente un análisis de los motivos de hecho y de derecho que hicieran ver a la Corte la razón de su solicitud y de sus afirmaciones, y eso sólo bastaría para desechar la causal segun-

da invocada. Pero el deseo de satisfacer ampliamente la misión de doctrina que a la Sala incumbe la lleva a hacer las breves declaraciones que siguen:

No es exacto que en los juicios por Jurado sea el Juez de derecho quien deba apreciar los hechos y decidir sobre la responsabilidad, pues que todo lo contrario dice el Código Penal, o sea, que en las causas en que interviene el Jurado es a éste a quien corresponde calificar los hechos y definir la responsabilidad (artículo 480 del Código Penal y 28 de la Ley 4ª de 1943). Al Juez de derecho no le incumbe sino dictar la sentencia de acuerdo con aquella calificación, señalando las sanciones que deban imponerse en caso de condena, o absolviendo al procesado cuando el tribunal popular lo haya declarado libre de reato. Lo que sí puede es declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, cuando así lo estime (artículo 537 del Código de Procedimiento Penal).

Pero como el Jurado no está sujeto a pauta alguna para justipreciar las pruebas de un proceso criminal, pues sólo debe guiarse por el íntimo convencimiento que de ellas se forme, y como la casación es un estudio de derecho sobre el fallo de segundo grado, no aparece lógico que figure la contraevidencia del veredicto entre las causales de casación, porque entonces se convertiría este recurso extraordinario en una tercera instancia.

Y, en efecto, la Comisión redactora del Código de Procedimiento expresó que "cuando haya veredicto, no podrá alegarse en casación sobre los hechos que declaró y que, como consecuencia de ello también declaró la sentencia; de modo que si en casación no se puede alegar sobre los hechos que el Jurado declaró y que la sentencia también declaró, y si la causal segunda se refiere precisamente a la errada interpretación de los hechos, se concluye que dicha causal no es aplicable a los juicios por Jurado". Lo cierto es que la contraevidencia del veredicto no figura entre las causales de casación, como sí figuraba antes, y por eso esta Sala ha sostenido reiteradamente la doctrina de que la causal segunda no es aplicable a los juicios en que el Jurado ha intervenido.

Esta causal debe, por tanto, desecharse.

Causal cuarta. — Haberse pronunciado la sentencia en un proceso afectado de nulidad.

Varios son los motivos de nulidad que invoca el demandante, pero los deriva del hecho de que el procesado Pablo Emilio Alarcón Torres era menor de edad en el momento en que se dictó el auto de proceder. Tales motivos son:

a) Que no ha debido ser representado por su padre Leoncio Alarcón en este proceso escrito, siendo así que es analfabeta; b) que no se requirió a Leoncio Alarcón para que le nombrara a su hijo un defensor, sino "a los enjuiciados por sí mismos"; c) que el Juzgado le nombró a Pablo Emilio, defensor de oficio contra lo dispuesto en el artículo 104 del Código Procesal; d) que, consecuencialmente, no se hizo la notificación del auto de proceder "al legítimo representante"; e) que, por igual razón, no se notificó legalmente el auto que señaló término para que los procesados manifestaran si tenían pruebas qué pedir; f) que igual fenómeno sucedió con el auto que señaló fecha para la celebración del juicio; g) que, en tal virtud, Pablo Emilio concurrió "indebidamente asistido a la audiencia pública"; h) que en ese acto no se le concedió la palabra a Leoncio como representante de su hijo; i) que no se le notificó legalmente el auto que señaló día y hora para el sorteo de jurados y, por tanto, la diligencia es nula; j) que no se le advirtió al menor y a su "curador" que aquél debía ser asistido por éste; y k) que al homicidio se le dio la denominación de asesinato, sin estar demostrada la sevicia y, como se trata de un homicidio preterintencional, se incurrió en error que vicia el fallo de nulidad.

Se considera:

Sobre nulidades dice el Código de Procedimiento que, salvo disposición legal en contrario, pueden alegarse en cualquier estado del proceso y que, dictada la sentencia de segunda instancia, no pueden alegarse sino en el recurso de casación. Lo que es nulo no puede producir ningún efecto, y por eso, en tratándose de nulidades esenciales o sustanciales, es natural que puedan alegarse en cualquier tiempo; pero natural es también que defectos de forma no muy importantes tengan su tiempo de reparación, dentro del cual han de subsanarse, y a ellas se refiere el artículo 200 del Código adjetivo al decir que las nulidades pueden alegarse en cualquier tiempo y aun en casación, "salvo disposición legal en contrario".

Sobre menores establece el citado Código que, si carecen de representante legal, debe nombrárseles un curador **ad litem** para que concurra a todas las diligencias judiciales que les conciernan, sin perjuicio del nombramiento de apoderado a que tienen derecho, que será designado por el respectivo representante del menor (artículo 104).

Además, la falta de asistencia debida al procesado menor se ha tenido por grave, por nulidad sustancial o esencial, aunque no esté contemplada en los artículos 198 y 199 de la obra en cita.

Sobre el particular dice la Procuraduría:

"Estas exigencias referentes a la representación del menor por parte de sus padres, o por un curador cuando ellos falten, es sin duda alguna la aplicación de los principios del derecho civil sobre patria potestad y curadurías al campo del derecho penal. Y entonces se aclara, así, el concepto de que lo que la ley persigue en estos casos es que en el proceso penal se complete la plena capacidad que le falta al menor, para que, en esa forma, adquieran validez las actuaciones practicadas por el incapaz. Por tanto, sólo los representantes legales de éste o su curador **ad-litem** integran la personalidad procesal del menor sometido a juicio. De ahí la exigencia de la ley de que esas personas concurran "a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor".

Y ello es así, porque lo concerniente a la patria potestad y a la guarda de los menores es de orden público, pues esas instituciones miran al estado civil de las personas, al gobierno de familia y a la conservación del patrimonio moral y material de los incapaces. Fuera de los padres o de los guardadores del menor, ninguna otra persona puede en lo civil y en lo penal ejercitar esa delicada potestad".

Pero aquí no ha ocurrido ninguna de las causales de nulidad invocadas por el recurrente, no sólo por no estar acreditado que Pablo Emilio Alarcón era menor, pues sólo lo demuestra su dicho de tener 20 años en 1943 (diligencia de indagatoria, folio 16, cuaderno 1º), sino que a lo largo del proceso estuvo asistido por su padre, a quien en su calidad de representante legal de su hijo se le notificaron el auto de proceder (f. 55), el auto para pedir pruebas (f. 58v.), el que decretó las pedidas (fls. 61 y 62), el de sorteo de jurados (f. 68v.), y el de conocimiento de sorteo de jurados (f. 69v.). De allí en adelante no se cumplió con la formalidad de advertirle a Pablo Emilio que se le notificaban las providencias ante su representante legal, porque en 1945, fecha de las posteriores actuaciones, ya contaba, atendiendo su dicho, con más de veintiún años de edad.

Contestando ahora las razones o motivos de nulidad de modo particular, cabe decir: a) que la ley civil no requiere como condición para ejercer la patria potestad, que el padre sepa leer y escribir; b) que al notificarle al menor el auto de proceder delante de su representante legal, se entendía que el requerimiento de nombrar defensor también se le hacía en esa calidad; c) que si es verdad que el art. 104 del Código de Procedimiento dice que el defensor debe nombrarlo "el respectivo representante del menor", hay que entender que cuando éste no lo nombra habrá de designarlo el Juez, según el principio general del artículo 432 del mismo Código; d) que las demás actuaciones se realizaron cuando ya el procesado Pablo Emilio era mayor de edad y, por tanto, no era el caso de requerir la especial asistencia de su padre; y e) que quien en definitiva admitió la sevicia fue el Jurado, y entonces podría llegarse a la declaración de ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, lo cual es una facultad exclusiva de los falladores de instancia, según se dejó dicho al estudiar la causal segunda.

Por consiguiente, también habrá de desecharse la causal cuarta invocada.

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.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN EL NUEVO CODIGO PENAL

1.—El art. 36 del estatuto penal vigente —en el fondo transcripción del art. 20 del Proyecto Ferri de 1921— estableció como condiciones de fijación de la pena las siguientes: la gravedad y modalidades del delito, sus motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del agente.

2.—En el Código de Ferri, ortodoxamente positivista, la sanción se aplica al delincuente de acuerdo con su peligrosidad, la cual se determina según la gravedad y modalidades del delito, sus motivos y la personalidad del infractor; en el colombiano, las circunstencias de peligrosidad concurren con los otros elementos a la individualización de la pena, o según la expresión positivista, a "la adaptación de la sanción represiva a la personalidad del delincuente por el delito por él cometido".

3.—La gravedad del delito puede considerarse —según la clasificación de Ferri— en el doble aspecto, de su CANTIDAD (relativa a la categoría, importancia o entidad del derecho o bien jurídico lesionado o destruído y a las circunstancias y modos de ejecución), y de su CUALIDAD (relativa a los motivos determinantes del delito).

4.—El criterio de indagación de los motivos determinantes está en la naturaleza de éstos, esto es, el de ser opuestos o no a las condiciones morales o jurídicas de la convivencia social, y comprobable según las circunstancias reales y personales anteriores al delito, su ejecución y la actitud o conducta del agente antes y después del delito.

Corte Suprema de Justicia— Sala de Casación Penal— Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

Vistos:

Leonardo Mantilla Consuegra de 27 años en 1940, nacido en Ocaña, casado con Emma García en 1932, y el Fiscal del Tribunal de Bucaramanga, recurrieron en casación contra la sentencia de dicha Corporación, del 19 de febrero del año pasado, por la cual —con aplicación del art. 363 (1º) del estatuto penal— impuso a Mantilla la pena de quince años de presidio, por el homicidio (uxoricidio) de su esposa legítima Emma García, cometido en la mañana del 15 de abril de 1940, en el sitio de "Peña de las Antiguas", fracción de Ucatá, Municipio de Tona.

Concedido el recurso por el Tribunal y admitido por la Corte no obstante el silencio de las partes, se dió traslado para que uno y otro formularan la demanda respectiva; el Fiscal objeta la sentencia por cuanto, al imponer la pena mínima del art. 363, se omitió computar circunstancias de mayor peligrosidad claramente establecidas, tales como los motivos innobles y fútiles que determinaron a Mantilla a dar muerte a su esposa, las de tiempo, lugar, instrumentos y modos de ejecución, que dificultaron la defensa, la posición social del procesado, el abuso de las condiciones desfavorables de la víctima, y el haber hecho más nocivas las consecuencias del delito (orfandad de cinco niños).

El procesado Mantilla, de su parte, a pesar de la repetida advertencia de que —conforme a la Ley 69 de 1945 (art. 2º)— no podía formular la demanda por no ser abogado titulado ni estar inscrito en la Corte, pidió, en escrito desprovisto de toda técnica jurídica, se declarara nula e injusta la sentencia porque fue proferida sobre veredicto contraevidente, anomalía ésta fundada en el dictamen (según él favorable) de los peritos que intervinieron en la última inspección ocular en el sitio del delito y aprobado por todos los concurrentes, y también en la confesión por él hecha ante el funcionario instructor referente a homicidio en estado de legítima defensa o necesidad, confesión que pide a la Corte sea admitida.

No habiendo, pues, fundado el recurso en la forma ordenada en la ley, como se le advirtió, la decisión se concreta a declararlo desierto, como lo prescribe el art. 565 del Código de Procedimiento Penal, no sin dejar de anotar que el veredicto contraevidente, como causal de casación, fue excluído

en el nuevo Código para los procesos en que interviene el Jurado.

En consideración a que el procesado Mantilla se abstuvo de fundar el recurso conforme a la ley, se ordenó pasar el expediente al Sr. Procurador Delegado en lo Penal para que —según jurisprudencia reiterada —coadyuvara o no el interpuesto por el Fiscal del Tribunal; aquél alto funcionario optó por ampliar la demanda del Fiscal, porque —explica el Procurador— "estima aceptable la aspiración del Sr. Agente del Ministerio Público, en el sentido de que se eleve la penalidad impuesta al procesado".

Expuesto lo anterior se procede a examinar las objeciones que a la sentencia del Tribunal hacen el Fiscal y el Procurador, previa referencia a los antecedentes y modalidades del delito y a los actos del proceso que fundaron la sentencia recurrida.

A) El delito

La afirmación que el procesado Mantilla hizo ante el Inspector de Policía de Bucaramanga la noche del quince de abril de mil novecientos cuarenta, de que —para salvarse de ser precipitado por su esposa a un abismo con peligro de su vida se vió esa mañana obligado a disparar su revólver hacia ella —fue no solo la base de este proceso, sino también de la actividad de la defensa, invariablemente dirigida a sostener la tesis de la justificación y, subsidiariamente, las del exceso en la legítima defensa subjetiva o la ira o intenso dolor grave e injustamente provocados, y que el jurado —no obstante habérselas propuesto a petición del defensor— se abstuvo de acoger.

Sobre lo íntimo que sucedió entre Leonardo Mantilla y su esposa Emma García, desde el momento en que salieron de la casa de la hacienda de Ucatá (en Tona) hacia la de Silverio Jaimes y que los indujo a tomar vía distinta hacia la "Peña de las Antiguas", y a Mantilla a ultimar allí a su esposa; sobre ello y sobre las circunstancias previstas o imprevistas que precedieron o coincidieron con el delito, no hay —en suma— dato directo distinto al que el mismo procesado suministró a los funcionarios instructores.

"Tomamos algunas vistas —dijo al Inspector de Policía la noche que a él se presentó por consejo de su padre— y después me dispuse a dirigirme hacia un arranque de papa que tiene don Bernardo García mi suegro, tierras que quedan retiradas de la hacienda como a kilómetro y medio poco más o menos. Emma me insistió en presencia de Matilde Llanes y otra muchacha para que nos fuéramos ambos al arranque por el camino de encima, pues mucho me insistió para que la dejara ir en mi compañía. Así, pues, Emma y mi persona tomamos el camino de encima y al llegar a una peña desde donde se divisa para la casa y que tiene unos veinte metros de profundidad, nos sentamos largo rato al borde del precipicio, muy contentos, hasta que de un momento a otro cambió ella de genio y me dijo que yo era un perro, que me ocupaba sólo de hacerle cada año un hijo, cosa que con frecuencia me decía en público, y asiéndome por la cintura me dijo que nos tiráramos al precipicio, como así lo intentó, arrastrándome hacia el borde, por lo cual, viéndome en peligro me agarré de una manera en que me ví casi despeñado pues me tiraba por la cintura, peligrando la vida de ambos, en vista de lo cual y viéndome todo ofuscado saqué mi revólver y lo disparé hacia donde ella estaba, por varias veces, dando como resultado el que Emma se fuera de bruces hacia el abismo".

Dos días más tarde, en la diligencia de indagatoria, reafirmándose aún más y con visible intención en el motivo de justificación, destacó con mayor precisión y dramatismo el peligro en que lo colocó la súbita acometida de su esposa. "Nuevamente arriba (es decir, en la "Peña de las Antiguas", aclara la Corte) —añadió Mantilla después de aseverar que fue ella quien persistió en que tomaran la vía que allí directamente conducía— ella me prendió después de que nos parámos, y me echó el brazo por detrás, y seguimos caminando como hacia el precipicio, y ya yendo ahí a muy poca distancia del borde de la peña, quiso que nos precipitáramos forzándome a mí, y yo al verme al borde del precipicio, me contuve, hice como una frenada y volví el cuerpo atrás, y con el impulso que ella traía, quedó atrás de mí: ahí sostuvimos como una lucha, ella a tirarme hacia abajo, y yo a tenerme, hasta que en el colmo de la ofuscación saqué el revólver e hice fuego hacia atrás, y entonces ella se desplomó y yo me largué para acá" (para Bucaramanga, se aclara). Incitado para que explicara un poco más la forma en que disparó el revólver, añadió: "Yo lo saqué de la chapuza que la llevaba cintada atrás, y disparé volviendo el brazo hacia atrás, pero no puedo precisar si fue por encima o por debajo del hombro que disparé".

La posición y sitio en que al día siguiente fue-

ron hallados el cadáver de la occisa y algunas prendas personales de ésta y su victimario, así como las conclusiones de los peritos que intervinieron en el levantamiento, en las inspecciones oculares y en la reconstrucción del hecho (ésta con la concurrencia de jurados, fiscal y defensor, como acto integrante de la audiencia) y las revelaciones de los testigos que conocieron la angustiada vida familiar de los esposos Mantilla-García, dieron nacimiento y existencia —inductivamente— a la certeza legal de que Leonardo Mantilla no ultimó a su esposa en virtud de un estado de necesidad o de legítima defensa (por subjetiva que fuera) por él ahincadamente invocadas con el propósito con tánta frecuencia y tenacidad expresado de justificar su acto.

"A unas diez cuadras de la casa de la hacienda —expusieron los peritos en la primera inspección ocular— hacia el sur, encontramos tendido en el suelo, sobre un gramal, el cuerpo de una mujer descubierta hasta la mitad del tórax, con medias de las llamadas tobilleras y cubierto el pecho con una blusa amarillante, con flores azules, y saco azul de paño, estilo sastre, en estado de rigidez cadavérica, boca arriba, y en situación de oriente a occidente, y presenta la cara amoratada y achatada, con los ojos completamente abultados, pero cerrados, muestra dos heridas, una sobre la ceja izquierda, al parecer producida con arma cortante, de unos cuatro centímetros de larga, por medio de ancha, y sobre la sién del mismo lado, y a unos dos centímetros de la anterior, otra herida, de las mismas dimensiones, también al parecer producida por arma cortante, a la raíz del cuero cabelludo, y por último otra herida en la parte superior del externón en la unión de las clavículas, de forma circular y profunda, producida al parecer por arma de fuego de regular calibre: esta herida presenta en sus alrededores punto negros incrustados en la piel que revelan granos de pólvora, lo que no deja duda fueron producidos por el disparo que ocasionó la herida, el cual fue hecho a quemaropa; presenta además el cuerpo, en sus miembros inferiores, bastantes equimosis de distintas dimensiones y amoratamientos a todo lo largo de la pierna, en su parte superior".

La autopsia confirmó, con las naturales discrepancias de carácter científico, las precedentes observaciones hechas en la diligencia de levantamiento del cadáver; así, el Médico Legista —después de corroborar la herida hecha en la región clavicular del lado derecho con arma de pequeño calibre, que le afectó la aorta, causa de la muerte —advirtió que las heridas en las regiones supraorbitaria, malar y sigomática inferior, causadas con instrumento contundente le fracturaron los huesos, y que la primera "da la impresión de una herida producida después de la muerte", y, además, de ligeras huellas epidérmicas en la anterior del muslo izquierdo, otras en la espalda, en la región glútea, que creee sean las livideces cadavéricas producidas por la ley de gravedad de los líquidos orgánicos, y, especialmente, la presencia en la cavidad uterina de un embarazo de tres meses aproximadamente.

Después de verificar los peritos la inclinación del terreno en que hallaron el cadáver (sesenta por ciento de pendiente aproximada), quebrado, desigual, más alto al oriente, ondulado de norte a sur, y siguiendo una línea ascendente hacia el vértice de la roca o "Peña de las Antiguas", encontraron huellas de que un cuerpo sólido hubiera sido arrastrado, ya por lo tronchado y enlodado el pasto (donde lo había), ya por las raspaduras en la tierra seca, huellas que continuaban en línea curva hacia arriba; a doce metros del punto de partida y sobre la grama, unos pantalones rosados de jersey para mujer metidos y enrollados entre una faja de hilo y caucho del mismo color, prendidos con un gancho de alambre, manchadas tales piezas con sangre y tierra; más arriba, por la misma línea de rastros dejada por el cadáver, siempre curva y desviando unas veces a la derecha y otras a la izquierda, a unos treinta metros del sitio en que aquél fue hallado, una capa ("cafetera") de caucho, cerca a unas piedras; por la misma línea, a unos cuarenta y dos metros del mismo punto de referencia, se encuentra el vértice en que se cortan el plano inclinado seguido por los peritos y la roca que desciende en una longitud de unos veintitrés metros perpendicularmente; a metro y medio abajo de este sitio, un zapato de mujer, de caucho, y a dos metros y medio a la derecha, el otro zapato, con los cordones sin soltar; como dato muy importante observaron que en el medio de aquella perpendicular (la formada por la roca) hay una especie de grada acusada por una saliente de la roca que —según lo dedujeron los mismos peritos— puede detener un cuerpo lanzado desde el vértice o plano superior de la roca.

Leonardo Mantilla —de conformidad con el certificado del Cura de Floridablanca— bautizado allí **sub conditione propter dubinum bene fundatum,** de veinte años de edad, contrajo matrimonio

con Emma García, el día 12 de diciembre de mil novecientos treinta y dos, y tuvieron cinco hijos (Ligia, Gabriel, Eugenia, Hugo y Cecilia).

B) El proceso

Abierto el proceso con base en la información que Mantilla— por consejo de su padre, como más tarde lo explicó— dió al Inspector Permanente de Policía de Bucaramanga, varias interferencias tuvo su desarrollo, por causa de los múltiples recursos que la defensa propuso, ya en cuanto a las decisiones relativas a la intervención procesal de los niños del procesado, ya en cuanto a la del Fiscal doctor Ortíz González (hermano de la declarante Carmen Ortíz González), ya en cuanto a la integración del jurado, ya en cuanto a los dos dictámenes periciales, actos éstos objetados en una y otra de las instancias con ahincada persistencia, todo con el propósito (frustrado) de establecer la evidencia de la justificación invocada por Mantilla.

Sin que ninguno de los funcionarios que aquí intervinieron hubiera vacilado respecto a la responsabilidad de Mantilla en la muerte de su esposa, discreparon en cuanto a las circunstancias determinantes de la pena, y como a ello concierne la casación interpuesta, es indispensable hacer alguna referencia a las decisiones en que se concretaron las opiniones encontradas; son, como principales, las siguientes:

a) El auto de proceder del Juez 2º Superior, del doce de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el que descarta la justificación, así como las circunstancias de la premeditación con motivos innobles y bajos (afirmada ésta por el Fiscal) y la sevicia, acoge la del estado de inferioridad e indefensión de la víctima, y sugiere, finalmente, se propongan al Jurado no sólo lo alegado por Mantilla sino la premeditación, la indefensión y la sevicia;

b) El auto de proceder del Tribunal, del veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el que —en desacuerdo con el Juez— concreta el cargo a que Mantilla "le dió muerte a su esposa legítima con el propósito de matarla y a sabiendas", eliminando las circunstancias modificadoras, "que pudieron existir —dice el Tribunal— pero que no están probadas de manera satisfactoria";

c) La formulación del cuestionario, el nueve de marzo del año siguiente (1942), con preguntas separadas sobre el hecho material, el propósito de matar, la calidad de cónyuge de la víctima y la ejecución a sabiendas de dicha calidad;

d) La reforma del cuestionario, del día diez y siete de los mismos mes y año, a solicitud del defensor, con inclusión de la defensa legítima, del exceso en su ejercicio, y del estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación;

e) El veredicto del jurado, del treinta de julio de mil novecientos cuarenta y seis, en el que contestó afirmativamente las cuestiones propuestas por el Juez y negativamente las pedidas por el defensor;

f) La sentencia de primer grado, del veintisiete de agosto del mismo año, por la cual —con aplicación de los numerales 6º y 7º del art. 38 y 1º del art. 363, ambos del Código Penal vigente, impuso al uxoricida Mantilla la pena principal de diez y seis años de presidio, las accesorias de ley (entre ellas la pérdida de la patria potestad durante la condena) y obligación de pagar a los herederos de la víctima —a título de indemnización de perjuicios— la suma de diez mil pesos moneda corriente;

g) La sentencia de segundo grado, del 19 de febrero del año pasado, por la cual —en atención a la inexistencia de las circunstancias de mayor peligrosidad —deducidas por el Juzgado — fijó en quince años de presidio la pena principal, en desacuerdo con el Fiscal, quien solicitó se fijara en diez y ocho a veinte años, y

h) Autos del Tribunal, del diez de marzo, y de la Corte, del veinticinco de abril, ambos del mismo año, por los cuales se concedió por el primero y se admitió por la segunda, el recurso de casación contra la mencionada sentencia.

C) La demanda

El Fiscal del Tribunal Superior, no sin antes sugerir al Procurador expusiera sus puntos de vista sobre el recurso interpuesto, afirma —en su escrito ante la Corte— que se violó la ley penal porque, probadas como fueron varias circunstancias de mayor peligrosidad, se fijó en el mínimo (quince años) la pena principal, y se apreciaron e interpretaron erradamente los hechos que constituyen esas circunstancias, al no reconocerles el valor que tienen, fundando así la primera y segunda causales de casación, invocadas en su escrito ante la Corte.

El Fiscal considera que se acreditaron legalmente las circunstancias tercera, sexta, séptima, duodécima y décima quinta de mayor peligrosidad, lo que explica mediante el razonamiento que a continuación resume, en sus partes principales, la Corte:

a) Motivos innobles o fútiles, porque no se comprobaron los estados de necesidad, de legítima defensa, de ira o intenso dolor gravemente provocado, de pasión excusable o de emoción determinada por intenso dolor o temor, o de ira injustamente provocada;

b) Dificultad de la defensa causada por la distancia y aislamiento del sitio al que fue conducida la víctima, mediante engaño, impidiendo así demanda de auxilio;

c) Abuso de las condiciones de inferioridad o circunstancias desfavorables de la ofendida, esto es, de sus condiciones de mujer en estado de gravidez, de antemano conocidas de Mantilla;

d) Agravación de las consecuencias del delito, no solo porque la víctima fue la esposa legítima, sino por las consecuencias de orden material y moral (orfandad y desamparo) en que quedaron los cinco niños de Mantilla y de su esposa;

e) La posición distinguida del delincuente y de su familia, por lo que en la ciudad de Bucaramanga produjo el delito tánta y tan honda conmoción.

D) Concepto del Procurador Delegado

En virtud de la doctrina aquí sostenida, de que es el Procurador Delegado el funcionario a quien compete formular la demanda de casación cuando el recurso ha sido interpuesto por el Fiscal del Tribunal, se le dió traslado de él —como ya se dijo— para tal propósito, el que fue oportunamente contestado, y —de conformidad con dicha tesis— coadyuvó, ampliándola, la demanda del Fiscal.

El Procurador Delegado —obedeciendo a la jurisprudencia de que la causal segunda no es aplicable a procesos como éste, en que ha intervenido el jurado— sólo invoca la primera (mala aplicación de la ley penal), y que en la parte preliminar de la demanda sintetiza en los términos siguientes:

"La sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga —comienza— incurrió en errónea aplicación de la ley penal, por cuanto, al adaptar la sanción al delincuente, dejó de tener en cuenta todos los elementos mensuradores de ella que consagra el art. 36 del Código Penal, pues omitió apreciar la gravedad y modalidades del delito y una de las circunstancias de mayor peligrosidad —la sexta— de que trata el art. 37 ibidem; omisiones éstas que lo indujeron a imponerle al procesado una medida represiva que no corresponde a su peligrosidad y a la defensa social. El sentenciador violó, por lo tanto, los arts. 36, 37 y 39 del estatuto penal, en relación con el 363 de la misma obra".

Son dos, pues las objeciones principales que, al ampliar la demanda, dirige el Procurador Delegado a la sentencia del Tribunal: la una, relativa a la gravedad del homicidio, y la otra al desamparo de la víctima y dificultad en su defensa.

En cuanto a la primera, considera —de acuerdo con la clásica teoría de Carrara— que la propia entidad que reviste aquí el homicidio, en su doble aspecto de **daño inmediato** ("privación de la vida a su esposa y destrucción del producto de la concepción que ella llevaba en su cláustro materno"), y **mediato** (intensa alarma colectiva producida por la gravedad del delito y la clase social de los protagonistas), demanda una penalidad más enérgica aún dentro de su especie de asesinato, la cual desatendió el Tribunal injustificadamente.

En cuanto a la segunda, dice el Procurador: 'Aquí es incontrovertible que el lugar y modo de ejecución del delito dificultaron la defensa de la víctima. Realmente, la soledad del sitio, la presencia del precipicio, la neblina que ocultaba a los protagonistas, la ausencia de habitaciones inmediatas y la imposibilidad de obtener un pronto socorro o auxilio por parte de terceras personas, crearon en la señora de Mantilla, como es obvio, una situación de angustia y desamparo que indudablemente le cercenaron su defensa, con tanto mayor razón tratándose de una mujer nacida en un hogar distinguido, en quien es de suponer un comportamiento fino y delicado".

"En resumen —termina como fundamento de su petición de que se fije la pena en diez y nueve años— está demostrada la mayor gravedad del homicidio cometido por Mantilla Consuegra, en lo concerniente al daño público y privado que causó, así como también se halla establecida la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 6º del art. 37 del Código Penal. Lo cual quiere decir que la sanción debe aplicarse en un término superior al mínimo e inferior al máximo, ya que, por otra parte, en favor del procesado obra su buena conducta anterior al delito y la modalidad 9ª del art. 38 de la misma obra" (confesión seguida de la presentación expontánea)".

En cuanto al recurso interpuesto por Mantilla, pide se declare desierto, por cuanto —explica— aquél "no formuló la demanda, pues apenas presentó ante la Corte un breve alegato de instancia que no puede ser tenido en cuenta, al tenor del artículo 40 de la Constitución Nacional".

E) Estudio del recurso

La objeción fundamental hecha a la sentencia, es la del Procurador Delegado, según la cual el Tribunal, al fijar la pena que debía imponerse a Mantilla, sólo actuó en consideración al delito en sí, objetivamente visto, únicamente frente a la norma violada (art. 363 numeral 1º), sin que hubiera hecho uso —según el mandato del art. 36— de los criterios que regulan la individualización o adaptación judicial de la pena; la objeción del Fiscal, en cambio, es parcial: se concreta a que el Tribunal no tuvo en cuenta, al determinar la pena, circunstancias de mayor peligrosidad que —según él— fueron suficientemente acreditadas en el sumario y en el juicio, sin que su objeción hubiera englobado —como la del Procurador— la totalidad del problema, motivo éste que induce a la Corte a estudiarlo en la extensión planteada por el último.

El art. 36 del estatuto penal vigente —en el fondo transcripción del art. 30 del Proyecto Ferri de 1921— estableció como condiciones de fijación de la pena, las siguientes:

a) La gravedad y modalidades del hecho delictuoso;

b) Los motivos que determinaron su ejecución;

c) Las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañaron, y

d) La personalidad del que lo ejecutó.

En el Código de Ferri —ortodoxamente positivista— la sanción se aplica al delincuente de acuerdo con su peligrosidad; ésta se determina según la gravedad del delito, sus motivos y la personalidad del infractor; determinada así mediante el examen y aplicación de estos elementos, viene el proceso de graduación frente a las circunstancias que el Código taxativamente enumera con esa finalidad; en el colombiano, como ya se anotó, las circunstancias de peligrosidad concurren con los otros elementos a la individualización de la pena, o según la expresión positivista, a "la adaptación de la sanción represiva a la personalidad del delincuente por el delito por él cometido".

Ni de acuerdo con las normas de la ciencia, pues, ni de acuerdo con las normas de la ley, se puede prescindir —al fijar la sanción— del motivo y entidad del delito ni de la persona del actor, y si aquí el Tribunal prescindió de ello, procedió opuestamente al mandato del art. 36 y también —como va a explicarse— opuestamente a la misma realidad del proceso.

a) Gravedad y modalidades del hecho

La gravedad del delito puede considerarse —según la clasificación de Ferri sintetizada por el Procurador— en el doble aspecto de su cantidad (relativa a la categoría, importancia o entidad del derecho o bien jurídico lesionado o destruído y a las circunstancias y modos de ejecución), y de su cualidad (relativa a los motivos determinantes del delito).

Si lo que tutela la ley penal "es el interés social de la integridad física en cuanto mira particularmente al bien jurídico de la vida humana considerado en cada uno de los individuos y en las relaciones entre los hombres" (Manzini), se deduce de esta noción que si el privar a un ser cualquiera de bien de tal entidad, como es la vida, es hecho grave, cúanto más grave lo es si el ser a quien de ella se privó fue la esposa, la cual, a más de madre de cinco niños, ya nutría en sus entrañas una nueva vida, extinguida con la suya por virtud de la misma agresión.

La ley penal —ciertamente— considera el uxoricidio como homicidio agravado, pero esta agravación, relativa a los vínculos que atan civil y religiosamente a victimario y víctima, no excluye el que —además de ése— otros motivos, incidentales y contingentes, relativos a los modos y medios adoptados en la agresión, hayan acrecido en grado notable su cantidad inicial. En esta categoría de motivos entran hechos importantes, entre ellos los siguientes: la intencionada escogencia de una senda que, en vez de conducir directamente a casa de Silverio Jaimes, sitio al cual Mantilla y su esposa debían ir aquella mañana, desviaba hacia la escarpada y trágica "Peña de las Antiguas", invisible y aislada en esa hora por causa de la densa niebla que la cubría, determinación en que —a pesar de la persistencia de Mantilla en probar lo contrario— no intervino su esposa; la súbita agresión, precisamente sobre el borde de la alta peña cortada a pico, que —al disparo que le destrozó la aorta —facilitó o produjo la caída; la incomprensible y accidentada trayectoria que, bajo el impul-

so de su propio peso (o extraño según concepto fiscal) hubo de seguir el cuerpo causándose serias lesiones y fracturas que le desfiguraron el rostro; y la posición y desnudez de su cuerpo, a la intemperie, allí abandonado por el mismo uxoricida, sin consideración al nexo espiritual que a su víctima debía vincularlo.

Examinada la cuestión, con el clásico criterio del daño, como medida de la cantidad del delito, se llega a idéntica conclusión; hay **daño inmediato,** por la importancia del bien destruído con el delito, la menor reparabilidad del mal causado y su mayor posibilidad de difusión, y **daño mediato o político,** por la repercusión que el delito tuvo en el sentimiento de la propia seguridad colectiva.

"En tal virtud —deduce el Procurador de su examen del delito— la propia entidad que reviste aquí el homicidio, demanda una penalidad más enérgica aun dentro de su especie de asesinato, la cual desatendió el Tribunal injustificadamente".

b) Los motivos determinantes

Siendo la peligrosidad —de conformidad con el Código vigente— el criterio de la individualización, el motivo del delito adquiere una excepcional importancia, mayor que la de su gravedad, y entonces su indagación y precisión requieren la adopción de un criterio adecuado, que no puede ser otro sino el de la naturaleza del motivo, esto es, el de ser opuesto o no a las condiciones morales o jurídicas de la convivencia social, cualidad comprobable según las circunstancias reales y personales anteriores al delito, su ejecución y la actitud o conducta del agente en el tiempo anterior y posterior al delito.

Mediante el criterio expuesto, la Corte estudia en seguida tan interesante tema:

Descartado por lo inverosímil, el inminente peligro de su vida en que —según Mantilla— lo colocó su esposa al sujetarlo por la cintura e intentar así lanzarlo por la roca, en una desesperada incitación al suicidio conjunto, y descartados también los estados de legítima defensa (exceso) e ira intenso dolor tan ahincadamente invocados por defensor y procesado, la investigación no precisó, con claridad, cuál fuera el motivo especial, súbito o deliberado, que impulsó a Mantilla a ejecutar tan grave delito no obstante, su comportamiento anterior y al través del proceso, en particular el día del delito, crea (por deducción) la certidumbre de que ningún motivo social pudo haber determinado semejante drama.

En el hogar de Leonardo Mantilla y Emma García Blanco, formado en 1932 a pesar de la oposición de las familias, oposición explicada por la edad de los contrayentes y por la precaria condición económica del esposo que no le permitió constituírlo en forma independiente, hubo diversos factores —entre los cuales los celos de la esposa y el temperamento impulsivo del esposo— que, al provocar frecuentes y serias fricciones, fueron estimulando en Mantilla (de constitución psicopática esquizoide, según el dictamen del psiquiatra) la necesidad de modificar una forma de vida familiar a la cual no podía adaptarse. Las personas de servicio que vivieron en ese hogar (Sara Osma, Anita Niño y Carmen Mantilla) y las amigas que lo visitaban (Carmen Ortiz González, Teresa Grillo de Valbuena) revelaron detalles muy sugestivos, ya sobre las súbitas e incontroladas reacciones de Mantilla, por motivos baladíes, que lo impulsaban a actos irregulares, como excederse en la represión de los niños, destrozar la ropa de la esposa, y otros análogos, ya sobre su interés relativo a la vida de la cárcel y a la libertad en caso de delitos cometidos en legítima defensa, del cual hablan otros testigos.

El comportamiento de Mantilla en el día del delito y posteriores no es menos sugestivo. Mantilla, en efecto, una vez ultimada su esposa, sin inquietarse lo más mínimo siquiera por cubrir el cadáver, se dirigió a la hacienda de su padre y luégo a Bucaramanga, demostrando —como lo afirman quienes con él viajaron en el bus— despreocupación, serenidad, como si nada hubiera sucedido. Más tarde, al través del proceso, el comportamiento de Mantilla no ha sido distinto, ya en su vida carcelaria, ya en diligencias importantes, como la reconstrucción del delito, en la que, en presencia de los jurados, tuvo una fuerte reacción porque la persona que sustituía a la esposa en el acto de arrastrarlo al abismo, no hacía la fuerza indispensable para así probar la agresión imputada a Emma con el propósito deliberado de justificar el delito.

Si, pues, el comportamiento del infractor, antes y después del delito y en los momentos del mismo, son —como dicen los expositores— las fuentes en que se puede descubrir con más seguridad el móvil, puede presumirse que no fue social el que indujo a Mantilla a deshacerse de su esposa.

Esta lógica deducción —como lo afirmó el Fiscal— no puede, pues, desecharse en la adaptación judicial de la pena.

c) La personalidad de Mantilla

El estudio hecho por el Médico Legista de Bucaramanga, en el triple aspecto somático, psíquico y social, atribuye a Mantilla una constitución psicopática esquizoide hereditaria, coexistente con la hiperemotiva, las cuales —bajo estímulos contrastados de carácter sexual— tuvieron su más grave manifestación en el delito, explicable por el obstáculo que la esposa representaba en la satisfacción sexual. Así, del ambiente pasional (celos) en que marchaba el hogar, como de algunos episodios de la vida de Mantilla relacionados con sus deberes familiares (indiferencia ante el nacimiento de un hijo), y de su teoría expuesta al Médico Legista de que "el hombre debe tener una mujer principal y otras secundarias, destinadas todas a cumplir con el mismo varón, las recíprocas funciones sexuales", deduce aquél que "la prolongación de tal situación, comoquiera que afecta directamente una de las dos raíces biológicas de la personalidad, como es la sexualidad, o más propiamente, la reproducción, siendo la otra la nutrición, esa situación prolongada —dice el Médico —crea una disposición afectiva favorable a la aparición de alguna anomalía, perturbación, síndrome o enfermedad mentales".

No sin antes hacer referencia al ambiente familiar de aislamiento en que siempre vivió Mantilla, a las taras psicopáticas de sus antecesores, el Médico Legista —con base en la anterior conclusión— explica que, por causa de la contrariada tendencia biológica de la reproducción, se derivó la reacción de esa tendencia que, colocada en el inconsciente, llegó a ser, a través de un complicado mecanismo de reflejos condicionados, un hecho anti-social.

La pena adaptada a Mantilla, por lo tanto, no podía fijarse sin consideración a su personalidad, tan definidamente revelada en el delito y en sus móviles.

d) La peligrosidad

Si estos datos revelan, en Mantilla, una personalidad peligrosa, hay circunstancias reales y personales, comprobadas, que la caracterizan con más precisión, entre ellas las condiciones de inferioridad y las circunstancias desfavorables de la víctima y de las cuales se aprovechó Mantilla para darle muerte a su esposa, el sitio y tiempo que le facilitaron la realización de su propósito, y las consecuencias que el delito tendrá en la vida y formación de los hijos; y aunque estas circunstancias no se hubieran producido, la gravedad, modalidades y motivos del delito y la personalidad de su autor, son suficientes elementos de agravación de la pena.

f) Decisión del recurso

Consagrada, en la norma legal sustantiva, la tesis de que el criterio fundamental de la pena es la peligrosidad, noción ésta que la integran la gravedad, modalidades y móviles del delito y la personalidad del delincuente; y acreditado legalmente que Mantilla cometió un delito de excepcional gravedad, no sólo por la categoría de la víctima, por las circunstancias en que lo cometió, sino por las consecuencias para su propia familia, todo ello revelador de una personalidad peligrosa, se concluye que el Tribunal, en su sentencia, violó los arts. 36 y 37 del Código Penal, que por lo tanto, la causal de casación invocada fue comprobada.

La Corte, en atención a los antecedentes del procesado, considera justo y equitativo aumentar la pena a diez y ocho años y en ese sentido se decide 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 lo pedido por el Procurador Delegado,

R e s u e l v e :

a) Invalidar —como en efecto invalida— la sentencia del Tribunal de Bucaramanga, del 19 de febrero del año pasado, en cuanto condenó a **Leonardo Mantilla** a la pena de quince años de presidio por el delito de homicidio en la persona de su esposa legítima Emma García Blanco de Mantilla;

b) Imponer —como en efecto impone— al mismo Mantilla, y por el mismo delito, la pena principal de diez y ocho años (18) de presidio y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo;

c) Confirmarla en cuanto a las demás accesorias y a la obligación de pagar los daños y perjuicios causados por el delito, y

d) Declarar **desierto** —por falta de demanda— el recurso interpuesto por el procesado Mantilla.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

AVISO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEO. — REGIMEN JURIDICO INDIANO DE TIERRAS PARA POBLACIONES. — ORDENANZAS DE 1573. FUNDACION DE POBLACIONES CONFORME A LA RECOPILACION DE LEYES DE INDIAS. — REGIMEN DE DERECHO PUBLICO SOBRE ADJUDICACION DE TIERRAS A LAS POBLACIONES Y A SUS FUNDADORES

1.—No fue idéntico a través de la vida colonial el sistema jurídico que ordenaba el traspaso de la propiedad de las tierras de la Corona a las entidades públicas municipales. Antes de la expedición de las Ordenanzas dadas por el Monarca Felipe III en el año de 1573 "sobre descubrimiento nuevo y población", rigió —a lo menos en los primeros tiempos que siguieron al descubrimiento de América —el sistema de las capitulaciones, en cuya virtud el descubridor y conquistador pactaba con el Rey directamente o con los Virreyes, Presidentes, Gobernadores, u otras autoridades reales, acerca de la manera como debía cumplirse la colonización de nuevos territorios y la fundación de ciudades o poblaciones. En las aludidas capitulaciones se establecían los derechos del capitulante y se fijaban las reglas a las cuales debía sujetarse el establecimiento de poblaciones. No obstante lo especial de cada uno de aquellos convenios, sin embargo se nota en ellos la vigencia de normas que tienen generalidad respecto a la organización que había de darse a las poblaciones y a la entrega de tierras para ese fin. Pero donde aparece ya sistematizado un régimen en el particular es en las célebres Ordenanzas de 1573 ya citadas, expedidas por Felipe II. Allí se encuentra una amplia estructuración jurídica de la materia. Hay en las Ordenanzas de 1573 disposiciones que atienden al procedimiento que debía seguirse en la entrega de las tierras a las poblaciones, con indicación de lo que en cada caso había de aplicarse a ejidos, dehesas, pastos y propios: es decir, a objetos de aprovechamiento común, unas veces de servicio público y otras para derivar rentas de las tierras a favor de la entidad pública. De otro lado, se encuentran reglas que ordenan los repartimientos de tierras y solares a las poblaciones, o sea, el medio jurídico de transferir a particulares el dominio territorial.

El Código de Indias, llamado también Recopilación, expedido en 1680, incorporó las Ordenanzas sobre descubrimiento nuevo y población de 1573. Este Código reproduce en lo esencial la doctrina de las Ordenanzas mencionadas. Varias leyes del Código no son otra cosa sino traslado literal, o casi literal, de diversos capítulos de las Ordenanzas.

2.—De conformidad con los preceptos de la Recopilación de Leyes de Indias la fundación de poblaciones se hacía, o en virtud de capitulación que celebraba la persona que tomaba a su cargo el establecimiento en proyecto, con la autoridad competente que lo autorizaba al efecto, o bien a virtud de un acuerdo de personas particulares, no menos de diez, las que directamente obtenían la licencia y la adjudicación de las tierras para formar la población. (Leyes VII y X, Título V). En la primera categoría de las leyes relacionadas se comprende el sistema llamado aristocrático por los tratadistas, en que la persona que se obligaba en capitulación obtenía, si cumplía sus obligaciones, "cuatro leguas de término y territorio en cuadro, o prolongado", que debía aplicarse así: sacar lo necesario para solares del Pueblo, Ejidos y Dehesas "en que pueda pastar abundantemente el ganado que han de tener los vecinos", y otro tanto para los propios del lugar: "el resto del territorio y término se haga cuatro partes: la una de ellas, que esco-

giere, sea para el que está obligado a hacer el pueblo" y las otras tres se debían repartir en suertes a los pobladores. Es decir, que al fundador de población según ese sistema le correspondía una buena parte de la extensión territorial destinada a la fundación. (Ley VII, Título VIII). Aquel fundador debía reunir treinta vecinos o a lo menos diez, en las circunstancias ya explicadas. En el otro sistema los vecinos de un lugar obtenían directamente para ese sitio el terreno necesario al objeto de fundar y organizar debidamente la población. En este caso todo el territorio se aplicaba y distribuía según las reglas de la ley, sin lugar a la entrega en propiedad de la parte que en el primero de los sistemas había de darse al fundador de la población. Pero en ambos debían cumplirse tierras para la fundación de poblaciones y su aplicación a tal fin.

Esas reglas, ya enunciadas en términos generales, tienen su desarrollo, particularmente en cuanto al modo de aplicación de las tierras, en las leyes XIII y XIV del título séptimo. La primera de ésta manda que los ejidos estén de acuerdo con el crecimiento de la población y que haya espacio bastante para que "la gente se pueda recrear y salir los ganados sin hacer daño". La segunda dispone que habiéndose señalado la tierra para EJIDOS de la población, se señalen DEHESAS que confinen con los ejidos "en pastar los bueyes de labor, caballos, y ganados de la carnicería, y para el número ordinario de los otros ganados, que los pobladores por Ordenanza han de tener". Luego agrega la disposición, que ha de aplicarse "alguna buena cantidad más" para PROPIOS del Concejo; la que según la ley VII ha de ser de "otro tanto para los propios del lugar "o sea una extensión igual a la de los solares del pueblo, los ejidos y dehesas. Lo restante en tierras de labor debía aplicarse en suertes para los pobladores, correspondientes a las suertes de los solares del pueblo; pero que en todo caso debía ser, la tierra de repartimiento a pobladores de tres cuartas partes, si había capitulación, o si no la había de la totalidad de "el resto del territorio", después de sacado lo necesario para solares del pueblo, ejidos, dehesas, pastos y propios.

El derecho consagrado por las leyes a favor de la persona que establecía una población, está indicando que para que él no fuese ilusorio y se le respetase siempre, las reglas consignadas en esas normas, especialmente en la Ley VII, debían tener cumplimiento también en todos los casos y en su totalidad; es decir, que no tan sólo habían de separarse tierras para solares, ejidos, dehesas y propios, sino también, junto con aquellas aplicaciones, tenía que hacerse las de las porciones que habrían de ir a particulares, uno de ellos el fundador, y los pobladores las demás. O sea: que la entrega de tierras a los pobladores hay que entenderla establecida, en las leyes que se comentan, no como subsidiarias de la entrega de tierras para objetos de aprovechamiento común, sino al propio tiempo con la que se destinaba a esos fines. Este comentario tiene interés para juzgar acerca de la validez de los títulos de tierras para poblaciones que hoy pueden aducirse, por el cumplimiento que en cada caso se haya dado a aquellos ordenamientos. Las reglas examinadas configuran en lo esencial el régimen jurídico de las adjudicaciones de tierras a poblaciones en el período en que rigió el Código de Indias. Este régimen es de derecho público.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— Bogotá, diciembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

La Junta Petróleum Company, sociedad anónima constituída conforme a las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América del Norte, con sucursal colombiana domiciliada en Bogotá, dió aviso al Ministerio de Minas y Petróleos de que pretende efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleo que reputa de propiedad privada, y explotar dicho petróleo, en un globo de terreno de cuarenta y cuatro mil novecientas noventa hectáreas mil doscientos setenta y seis metros cuadrados (44. 990.1276 mts.2) ubicado en el municipio de San Jacinto, Departamento de Bolívar, alinderado así: desde la mitad del camino real que une a las poblaciones de San Jacinto y San Juan Nepomuceno, donde se ha colocado un mojón marcado con el número (1), rumbo Nor-

te setenta y seis grados, cuarenta y seis minutos, veinte segundos Oeste (N. 76º46'20" W.) línea recta de trece mil ochocientos setenta y ocho metros, treinta y tres centímetros (13.878.33 mts.), hasta un mojón marcado número siete (7), colocado en el punto divisorio entre las tierras de este Municipio, las de San Juan Nepomuceno y las de la Hacienda de Márquez, colindando por todo el curso de esta línea recta con tierras de San Juan Nepomuceno; de este mojón o punto común entre San Jacinto, San Juan Nepomuceno y Hacienda de Márquez, línea recta de seis mil seiscientos ochenta y siete metros cincuenta y cinco centímetros (6.687.55) con rumbo Sur tres grados veintiocho minutos Este (S.3º28'00" E.) hasta el arroyo de Matambá, en el punto conocido como la Boca de Culebra (mojón Nº 60), colindando por esta línea con tierras de la Hacienda de Márquez; desde la Boca de Culebra, en línea recta de seis mil ochocientos cuarenta y dos metros veinte y tres centímetros (6.842.23 mts.), con rumbo Sur diez grados, quince minutos, cuarenta y dos segundos Este (S. 10º15'42" E) colindando con tierras del Municipio del Carmen, hasta el punto denominado "Salto del Arroyo de Arenas" (mojón Nº 61); de este punto, línea recta de diez mil novecientos diez y seis metros cuarenta y tres centímetros (10.916.43 mts.), con rumbo Sur setenta y tres grados, diez minutos, tres segundos Este (S.73º10'03" E.), colindando también con tierras del Municipio del Carmen, hasta la mitad del camino real que une a las poblaciones de San Jacinto y el Carmen (mojón Nº 62); de este punto, línea recta de tres mil setecientos ochenta y ocho metros sesenta y ocho centímetros (3.788.68 mts.) con rumbo Sur ochenta y cuatro grados, veinte minutos, diez y nueve segundos Este (S.84º20'19" E.), hasta la boca del arroyo de Ceferino (o Zeberino) en el Arroyo de Oso (inmediato al retiro de Las Vacas); (mojón Nº 63); y de aquí línea recta de cuatro mil setecientos setenta y un metros veinte centímetros (4.771.20 mts.) con rumbo Norte ochenta y ocho grados, veinte y nueve minutos, siete segundos Este (N. 88º29'07" E.), a buscar la cima del cerro de las Cabeceras del Arroyuelo de Membrillal (mojón Nº 64); y de este punto línea recta de seis mil ciento dos metros noventa y cinco centímetros (6.192.95 mts.) con rumbo Sur setenta y siete grados veinte y dos minutos, treinta y tres segundos Este (S. 77º 22'33" E.), a buscar la loma situada en el medio del camino del Retiro del Chorro, y la Ciénaga de Jesús del Monte (hoy llamada la Loma de San Lorenzo) (mojón Nº 65); y de aquí, en línea recta de cinco mil setecientos setenta y cinco metros, treinta centímetros (5.755.30 mts.), con rumbo Norte sesenta grados, cincuenta y nueve minutos, treinta y ocho segundos Este (N. 60º 59'38" E.) al Bajo de Guayabal (mojón Nº 66), atravesando el arroyo de San Jacinto y la mitad de la Ciénaga de Guayabal; y de aquí, en línea recta de tres mil ochocientos treinta y seis metros cincuenta centímetros (3.836.50 mts.), con rumbo norte cincuenta y nueve grados, cinco minutos, cincuenta y tres segundos Este (N.59º05'53" E.) hasta el punto denominado Popa Galera (mojón Nº 67), colindando por todo este sector SUR con tierras del Municipio del Carmen. De Popa-Galera, línea recta de ocho mil cuatrocientos veinte y siete metros diez centímetros (8, 4.27.10 mts.) con rumbo Norte diez y seis grados, catorce minutos Este (N. 16º14'00" E.), hasta el punto denominado Arroyo de Yayal, donde existe un mojón marcado número cuarenta y siete (47), colindando en todo este trayecto con tierras de la Ganadería Helda, (tierras que según la tradición pertenecían a los herederos de don Francisco de las Cuevas en el año de mil setecientos setenta y nueve (1779). Del mojón del Arroyo del Yayal, línea recta, colindando con tierras del Municipio de San Juan Nepomuceno, en extensión de veintitrés mil ochocientos cuarenta y nueve metros, cuarenta centímetros (23.849.40 mts.) y rumbo Norte ochenta y cuatro grados, cincuenta y cinco minutos Oeste (N. 84º55'00") hasta el mojón marcado número uno (1) situado en la mitad del camino real entre las poblaciones de San Jacinto y San Juan Nepomuceno, punto de partida".

La compañía avisante actúa con base en un contrato de exploración y explotación celebrado entre el señor Alejo Maldonado y el Municipio de San Jacinto, dueño de las tierras, contrato de que es cesionaria la entidad avisante de conformidad con la escritura pública número 2694 de 29 de diciembre de 1943, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá.

El aviso

Para fundamentar su petición con base en el dominio privado del petróleo dice la Compañía en su escrito presentado al Ministerio: "Los terrenos materia del aviso salieron del dominio del Estado con anterioridad a la reserva que rigió desde el veintiocho de octubre de 1873, y, por consiguiente,

son de propiedad privada, como se deduce de los siguientes hechos, que se demuestran con los documentos que en cada uno se citan: 1) En el año de 1779 don Antonio de la Torre y Miranda, por comisión del Gobernador y Comandante General de la Plaza de Cartagena, adjudicó tierras a varios de los sitios de la Montaña de María, entre ellos al de San Jacinto, según consta en la documentación protocolizada con la escritura número 63 otorgada el 20 de diciembre de 1872 en la Notaría del Carmen de Bolívar (Anexo IV, documento 1). Para mayor ilustración, sobre las adjudicaciones, presentó copia auténtica de la parte pertinente del libro de don Antonio de la Torre y Miranda, fundador de las poblaciones citadas, libro titulado "noticia individual de las poblaciones nuevamente fundadas en la Provincia de Cartagena; impreso en el año de 1794 (Biblioteca Nacional, S. 1/' Nº '14, pz. 560, páginas 33 y siguientes), (Anexo IV, documento 2), y una copia fotostática autenticada del plano correspondiente levantado en el año de 1787 por el señor don Juan López (Anexo IV, documento 3). 2). Los títulos citados en el punto primero fueron registrados de acuerdo con la ley de 13 de octubre de 1821 ante el Agrimensor Oficial don Joaquín Gómez, como consta de la copia de la escritura número 411, otorgada en la Notaría de Cartagena el primero de junio de 1943 (Anexo IV, documento 4). 3) El Municipio de San Jacinto es el actual poseedor de los terrenos que se le adjudicaron al sitio del mismo nombre por don Antonio de la Torre. Presento el correspondiente certificado del Registrador (Anexo IV, documento 5).

También expresó la Compañía avisante lo que sigue bajo el epígrafe "Reconocimiento por parte del Estado de la propiedad del Municipio": Por Resolución de fecha 19 de diciembre de 1924, dictada por el Ministerio de Industrias, se aprobó el contrato celebrado entre el Municipio de San Jacinto y los señores Erasmo Donado Llanos y Alejo Maldonado, contrato sobre exploración y explotación de petróleos en los terrenos de propiedad del Municipio de San Jacinto, los mismos a que se refiere el presente aviso, aprobación que se dió por considerarse de propiedad del Municipio los mencionados terrenos. Presentó copia autenticada del ejemplar del Diario Oficial número 19790 de enero de 1925 en que se publicó la Resolución (Anexo V, documento 6). —Sobre la determinación del terreno se dijo en el memorial de aviso lo que a continuación se inserta: "El municipio de San Jacinto ha deslindado con sus vecinos los terrenos que le pertenecen, así: 1) Con el municipio de San Juan Nepomuceno y los dueños de la Hacienda de Márquez según escritura número 172 otorgada el 20 de marzo de 1942 en la Notaría Primera de Cartagena (Anexo V, documento 1). 2) Con los Almacenes Helda según escritura número 9 de 21 de marzo de 1944, otorgada en la Notaría de San Jacinto (Anexo V, documento 2), según escritura número 21 otorgada el 19 de febrero de 1942 en la Notaría del Carmen (Anexo V, documento 3). El lindero con el Municipio del Carmen consta en la escritura número 63 de 20 de diciembre de 1862, Notaría del Carmen, ya mencionada (Anexo IV, documento 1). Presentó también la escritura número 80 otorgada en la Notaría del Carmen el 3 de julio de 1862, donde consta la colindancia con las tierras de Tinguicio (hoy Jesús del Río), (Anexo V documento número 4). Con fundamento en la documentación citada el Municipio de San Jacinto dictó un Acuerdo aclaratorio de los linderos de sus terrenos, acuerdo que fue elevado a escritura pública conforme consta en el documento número 27 otorgado el 15 de agosto de 1944 en la Notaría de San Jacinto (Anexo V, documento 5). Con el objeto de determinar precisamente los terrenos de propiedad del Municipio de San Jacinto, el Tribunal Superior de Cartagena asesorado de peritos y con asistencia del señor Fiscal Primero en representación de la Nación, practicó una inspección ocular, en los días comprendidos entre el 21 de septiembre y el 11 de actubre de 1944, de la cual acompañó una copia debidamente autenticada, con todo lo actuado (Anexo VI, documento 6). Entonces reconocieron todos los puntos importantes del perímetro. Los señores peritos rindieron un completo dictamen, del cual aparece claramente que los terrenos materia del aviso, están determinados precisamente y se alindan como se expresó atrás".

La Resolución del Ministerio.

Las oficinas del Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos hicieron un estudio del aviso y de los documentos que lo acompañaron. En un primer informe, rendido al Director de esa dependencia administrativa, por el Ingeniero doctor Camilo Torres Parra, y que aquél acoge, se presentan estas conclusiones: "De todo lo expuesto se desprenden las siguientes: a) El Gobernador y Comandante General de la Plaza y Provincia de Cartagena dictó —con fecha 16 de febrero de 1778—

un Decreto por medio del cual comisionó al Capitán Antonio de la Torre para que señalara términos y terreno bastante a la (población) de San Antonio Abad, dejándole ejidos y dehesas'. b) El señor de la Torre apoyándose probablemente en tal decreto practicó unas diligencias de posesión y amojonamiento referentes no a la población de San Antonio Abad sino a otros poblados de las Montañas de María, entre los cuales figura el Distrito de San Jacinto. c) Estas diligencias las hizo, el comisionado en referencia, un año después de haberse notificado del Decreto en mención. d) Tales diligencias de deslinde y posesión no fueron enviadas al Gobernador de la Plaza para su aprobación y para la expedición de los títulos correspondientes, como lo exigían las disposiciones de la época, sino que, casi dos años después de realizadas, el comisionado de la Torre pretendió subsanar tal omisión, dictando el siguiente auto: 'Respecto a hallarse en mi poder estas diligencias a causa de no haberlas podido entregar a su tiempo i por evitar mayores costos a los vecinos de dichos sitios se les ha dado testimonio para su resguardo i para que conste...' e) Tanto los linderos como la ubicación de las tierras en referencia —según las respectivas diligencias de deslinde y posesión llevadas a cabo por el Capitán Antonio de la Torre en 1769— son imprecisos. f) El señor de la Torre no fijó el área total, ni individual, de esas tierras. El interesado estima la cabida de las comprendidas en el aviso en cuarenta y cuatro mil novecientos noventa (44.99,1226, hectáreas, y la obtenida por este servicio, (teniendo en cuenta el perímetro que resultaría de una lógica interpretación de los deslindes antiguos), es de 26.557,-1450 hectáreas. g) Por ningún motivo pueden aceptarse las conclusiones a que llegaron los peritos ingenieros que intervinieron en la inspección ocular practicada, recientemente, por el Tribunal de Cartagena en las tierras que pretende el municipio de San Jacinto, porque de la confrontación del deslinde de la época —que es bastante vago— con el que ahora le fijan a tal municipio que está fijado por rumbos y distancias sólo se deduce que concuerdan en un reducido número de puntos o vértices, pero en ningún caso que exista una total correspondencia entre los puntos identificados en la diligencia de inspección ocular... y los mismos puntos mencionados en las diligencias de adjudicación de tierras del Carmen, San Jacinto, San Juan, etc., etc., y menos 'que el perímetro de las tierras de San Jacinto resulte corroborado no sólo por las líneas de alineamiento consignadas en la petición principal... sino también por exclusión".

El Ingeniero Director del Servicio Técnico del Ministerio, doctor Silvano E. Uribe, termina su informe así: "Resumiendo el precedente estudio llego a estas conclusiones además de las que presenta el doctor Torres Parra: 1ª Llevo a la competente apreciación del Servicio Legal las consideraciones o consultas que sobre las providencias aducidas como título formuló en los numerales a) b) y c) del aparte correspondiente; 2ª Los únicos linderos que permiten deducir las diligencias coloniales de posesión que figuran en el documento correspondiente presentado, son los que resultan de unir con líneas rectas los puntos limítrofes señalados vagamente en esas diligencias para el sitio de San Jacinto. Los linderos que ahora da el avisante contrarían las condiciones establecidas en el decreto que en dicho documento se encuentra; 3ª En la solicitud de inspección ocular se pidió que ingenieros apreciaran la correspondencia entre resultados de un trabajo reciente con los completamente distintos de otro antiguo. 4ª Son inadmisibles las afirmaciones o premisas establecidas en el dictamen pericial para llegar a una conclusión por lo mismo e igualmente inadmisible: y 5ª El plano topográfico presentado por el avisante está en desacuerdo con el documento colonial que también acompaña".

La Resolución del Ministerio en virtud de la cual se dispuso enviar el expediente del aviso a la Corte acoge las conclusiones del Servicio Técnico ya ralacionadas.

Refiriéndose esa Resolución al título aducido por la Compañía avisante hace notar cómo la adjudicación de las tierras a que él se refiere se realizó incurriéndose al hacerlo en varias irregularidades que constituyen una tacha sustancial a dicho título. Se observa que el comisionado para la entrega de las tierras, Capitán Antonio de la Torre y Miranda no fue autorizado para que hiciera la correspondiente a San Jacinto, pues en el documento del título se inserta un decreto del Gobernador en que lo comisiona para la entrega de terreno a la población de San Antonio Abad, que es distinta de la de San Jacinto. Que el título aparece expedido directamente por el Capitán de la Torre sin que la adjudicación hubiese sido confirmada por el Gobernador. Por lo cual se estima en la Resolución que las actuaciones del Capitán de la Torre no constituyen un acto de enajenación

plena por parte de la Corona, principalmente por la falta de la confirmación, la que era de obligatoria guarda según los términos de la Cédula Instrucción de San Lorenzo dictada el 15 de octubre de 1574, en su Capítulo V.

Además al referirse a la diligencia de inspección ocular que practicó el Tribunal Superior de Cartagena antes de iniciarse el trámite del aviso, dice la Resolución ministerial: "Considera este Despacho que dicho terreno no quedó determinado como consecuencia de la inspección que en asocio de peritos llevó a cabo el Tribunal Superior de Cartagena, cuatro meses antes de que se formulara el presente aviso. Si en general es relativo el valor de la prueba de inspección ocular en estos casos, aun practicada en juicio, es todavía más deficiente tratándose de cuestiones de hecho y de derecho analizadas sin la contradicción que caracteriza a los debates judiciales y sin la asistencia de quienes realmente deben concurrir al esclarecimiento de puntos tan difíciles como el de la propiedad del subsuelo. Efectivamente, dentro de las ritualidades establecidas para definir esa propiedad es no sólo procedente sino necesaria la práctica de inspecciones oculares que ayuden a establecer hechos y circunstancias que por la vaguedad de las titulaciones antiguas no sería posible de otro modo. Pero parece lo indicado que dicha prueba se lleve a cabo por quienes van a calificar el dominio y en asocio de personas con la versación indispensable para interpretar providencias cuya redacción, referencia a especiales sistemas de medida y otras características exigen conocimientos igualmente especializados. De ahí que el Ministerio estime, sin remitir a dudas la idoneidad de los señores peritos que intervinieron en la mencionada diligencia, que ella ha debido realizarse en mejor oportunidad legal.... Como elementos de juicio para llegar a tan enfático resultado los peritos tuvieron en cuenta no solo dichos títulos antiguos, sino diversos actos entre particulares, como deslindes verificados entre sí por los mencionados municipios y respecto de otros colindantes. Pero dichos actos, como es obvio, no son oponibles a la Nación, pues ella fue un tercero en tales convenciones, y es por tanto de rigurosa aplicación el principio de la relatividad de los actos jurídicos consagrados en los artículos 1758 y 1759 del C. C".

El trámite en la Corte

La tramitación legal que le corresponde al presente asunto se ha agotado y el juicio se halla en estado de recibir fallo. En la Corte ninguna de las partes solicitó la práctica de pruebas; por lo cual el estudio del negocio se contrae a los documentos y demás elementos probatorios aparejados con el aviso cuando éste se presentó al Ministerio, y a la consideración de las razones que los apoderados proponen en sus alegatos.

Carácter jurídico de la cuestión controvertida. Es principalmente de derecho público y está regulada por régimen especial

El aviso de exploración y explotación se refiere a tierras que se afirma son de propiedad del Municipio de San Jacinto, del Departamento de Bolívar, con origen en un título anterior al año de 1873, otorgado durante el período colonial, en el año de 1779, por el Capitán Antonio de la Torre y Miranda, por comisión del Gobernador de la Provincia de Cartagena. Este último encargó, al parecer, al Capitán de la Torre que entregase tierras a varios sitios para poblaciones y en cumplimiento de ese encargo de la Torre entregó unas al sitio de San Jacinto. Se trata por tanto de una adjudicación de tierras para poblaciones, es decir, para un objeto de derecho público. El régimen de la propiedad territorial a que debía subordinarse la adjudicación al sitio de San Jacinto es pues especial, y no el común u ordinario de las adjudicaciones a particulares o a personas jurídicas privadas.

A fin de ilustrar la materia en tal forma que pueda llegarse en esta sentencia a conclusiones sacadas de una acertada interpretación de las leyes vigentes en el Virreynato de Santa Fe en la época en que la adjudicación fue otorgada, aplicables a actos de la clase del que ella demuestra, debe examinarse cómo se configuraba el sistema de un modo general, para luego aplicar las conclusiones doctrinarias que se deduzcan a la decisión del caso **sub judice.** En otros fallos la Corte se ha ocupado del examen de la legislación indiana que regía la adquisición de las tierras por particulares. Ahora ha de contemplarse el régimen de la propiedad municipal en el mismo derecho de Indias que gobernó las relaciones de derecho público y que fue el origen de la propiedad de tierras en las entidades y poblaciones llamadas sitios, lugares, villas y ciudades en el período colonial.

Régimen jurídico indiano de tierras para poblaciones.

No fue idéntico a través de la vida colonial el sistema jurídico que ordenaba el traspaso de la propiedad de las tierras de la Corona a las entidades públicas municipales.

Antes de la expedición de las Ordenanzas dadas por el Monarca Felipe II en el año de 1573, "sobre descubrimiento nuevo y población", rigió —a lo menos en los primeros tiempos que siguieron al descubrimiento de América—, el sistema de las capitulaciones, en cuya virtud el descubridor y conquistador pactaba con el Rey directamente o con los Virreyes, Presidentes, Gobernadores, u otras autoridades reales, acerca de la manera como debía cumplirse la colonización de nuevos territorios y la fundación de ciudades o poblaciones. En las aludidas capitulaciones se establecían los deberes del capitulante y se fijaban las reglas a las cuales debía sujetarse el establecimiento de poblaciones. No obstante lo especial de cada uno de aquellos convenios, sinembargo se nota en ellos la vigencia de normas que tienen alguna generalidad respecto a la organización que había de darse a las poblaciones y a la entrega de tierras para ese fin.

Las Ordenanzas de 1573

Pero donde aparece ya sistematizado un régimen en el particular es en las célebres Ordenanzas de 1573 ya citadas, expedidas por Felipe II. Allí se encuentra una amplia estructuración jurídica de la materia. Hay en las ordenanzas de 1573 disposiciones que atienden al procedimiento que debía seguirse en la entrega de las tierras a las poblaciones, con indicación de lo que en cada caso había de aplicarse a ejidos, dehesas, pastos y propios; es decir a objetos de aprovechamiento común, unas veces de servicio público y otras para derivar rentas de las tierras a favor de la entidad pública. De otro lado, se encuentran reglas que ordenan los repartimientos de tierras y solares a los pobladores, o sea el medio jurídico de transferir a particulares el dominio territorial.

El Código de Indias, llamado también Recopilación, expedido en 1680 incorporó las ordenanzas sobre descubrimiento nuevo y población de 1573. Este Código reproduce en lo esencial la doctrina de las ordenanzas mencionadas. Varias leyes del Código no son otra cosa sino traslado literal, o casi literal, de diversos capítulos de las Ordenanzas.

Como el título aducido en este juicio se dice otorgado después de la expedición del Código de 1680, no es necesario que la Corte examine las disposiciones de las Ordenanzas de 1573, sino los textos correspondientes y pertinentes de la Recopilación de Indias. Es cierto que al expedirse el título presentado con el aviso, o sea en el año de 1779, se había dado por la Corona otro estatuto de tierras muy importante, o sea la Cédula de 1754, expedida en San Lorenzo. Pero el estudio de esta Cédula no interesa al caso **sub judice,** porque sus preceptos tocan con el régimen de la propiedad territorial entre el Estado y los particulares, no entre el Estado y las entidades públicas. Por lo cual ha de estudiarse en esta sentencia la legislación tocante con la materia que el juicio implica regulada en forma completa en el Código de Indias de 1680. Sus disposiciones deben consultarse para poder deducir cuál era el régimen legal de las adjudicaciones de tierras a poblaciones en la época en que se afirma fue expedido el título que sirve de base al aviso de explotación de petróleos del Municipio de San Jacinto.

Código de Indias

Título quinto. — Libro IV.

De las poblaciones.

Ley VI (Ordenanzas 88 y 89 de 1573). Que la capitulación para Villa de Alcaldes ordinarios, y Regidores, se haga conforme a esta ley.

Treinta vecinos con casa y semovientes y cuatro leguas de término y territorio en cuadras prolongado.

Si la difpoficion de la tierra diere lugar para alguna Villa de Efpañoles, con Concejo de Alcaldes ordinarios, y Regidores y huviere perfona que tome afsiento para poblarla, fe haga la capitulación con eftas calidades: Que dentro del término, que le fuere feñalado, **por lo menos tenga treinta vecinos,** y cada uno de ellos una cafa, diez bacas de vientre, úna puerca de vientre, veinte ovejas de vientre de Caftilla, y feis gallinas, y un gallo: afemismo nombrará un Clérigo, que admiftre los Santos Sacramentos, que la primera vez ferá a fu

elección, y las demás conforme a nueftro Real Patronazgo; y proveerá la Iglesia de ornamentos, y cofas neceffarias al culto Divino, y dará fianzas, que lo cumplirá dentro del dicho tiempo; **y fi no lo cumpliere,** pierda la que huviere edificado, labrado y grangeado, que aplicamos a nueftro Real Patrimonio, y más incurra en pena de mil pefos de oro para nueftra Camara; **y fi cumpliere fu obligación, fe le den cuatro leguas de término, y territorio en quadro, o prolongado,** fegún la calidad de la tierra, de **forma que fi fe deslindare, fean las quatro leguas en quadro,** con calidad de que por lo menos diften los límites del dicho territorio cinco leguas de qualquiera Ciudad, Villa o Lugar de Efpañoles, que antes eftuviere poblado, y no haga perjuicio a ningún Pueblo de Indios, ni de perfona particular.

Ley VIII. Que habiendo capitulaciones de más, o menos vecinos, fe otorgue con el término y territorio al refpeto, y las mifmas condiciones.

HAVIENDO **quien quiera obligarse a hacer nueva población en** la forma difpuefta, de más, o menos treinta vecinos, con que no fean menos de diez, fe le conceda el término y territorio al refpeto, y con las mifmas condiciones.

Ley IX. — (Ordenanza 103). Que el poblador principal tome afsiento con cada particular, que fe regiftrare para poblar.

En los **afsientos** de nueva población, **que hiciere el Govierno,** o que tuviere facultad en las Indias, **con Ciudad, Adelantado.** Alcalde Mayor, o Corregidor, **el que tomare el afsiento, le hará también con cada uno de los particulares,** que fe regiftraren para poblar, y fe obligara a dar en el Pueblo defignado, **folares para edificar cafas, tierras de pafto,** y labor, en tanta cantidad de peonías, y cavallerías, quanta cada uno de los pobladores fe obligare a edificar con que no exceda, ni dé a cada uno más de cinco peonías, ni más de tres cavallerías, fegún la diftinción, diferencia y menfura expresadas en las leyes de el título del repartimiento de tierras, folares y aguas.

Ley X. — (Ord. 101). —Que no habiendo poblador particular, fino vecinos, fe les conceda el poblar como no fean menos de diez.

Quando algunas perfonas particulares fe concordaren en hacer una nueva población, y hubiere número de hombres cafados para el efecto, se les dé licencia, con que no fean menos de diez cafados, y defeles término y territorio al refpeto de lo que eftá dicho, y les concedemos facultad para elegir entre sí mifmos Alcaldes ordinarios, y Oficiales del Concejo annales.

TITULO VII. — LIBRO IV.

De la población de las Ciudades, Villas y Pueblos.

Ley II. — (Ord. 43) Que haviendo elegido fitio, el Governador declare fi ha de fer Ciudad, Villa, o lugar, y afsí forme la República.

Elegida la tierra, Provincia y Lugar en que fe ha de hacer nueva población, y averiguada la comodida y aprovechamientos, que pueda haver, el Governador en cuyo diftrito eftuviere, o confinare, **declare el Pueblo,** que fe ha de poblar, i ha de fer Ciudad, Villa, o Lugar, y conforme a lo que declare le forme el Concejo, República y Oficiales de ella, de forma que fi huviere de fer Ciudad Metropolitana, tenga un Juez, con título de Adelantado, o Alcalde mayor, o Corregidor, o Alcalde ordinario, que exerza la jurisdicción infolidum, y juntamente con el Regimiento, tenga la admiftración de la República: dos, o tres Oficiales de la hacienda Real: doce Regidores: dos Fiscales executores: dos Jurados de cada Parroquia: un Procurador general: un Mayordomo: un Efcribano de Concejo: dos Efcrivanos Públicos: uno de Minas y Regiftros: un Pregonero mayor: un Corredor de lonja: dos Porteros; y fi Diocefana, o fufraganca ocho Regidores Alcalde Ordinario: quatro Regidores: un Alguacil: un Efcrivano de Concejo, y publico: y un mayordomo.

Ley VII. (Ord. 90). Que el territorio fe divida entre el que hiciere la capitulación, y los pobladores, como fe ordena.

El término y **territorio, que fe diere a poblador por capitulación,** fe reparta en la forma figuiente: Saquefe primero lo que fuere menefter para los folares del pueblo y exido competente, y deheffa en que pueda paftar abundantemente el ganado, que han de tener los vecinos, y más otro tanto para los propios del lugar: el refto de el territorio y termino fe haga quatro partes: la una de ellas, que efcogiere, fea para el que eftá obligado a hacer el Pueblo, y las otras tres fe repartan en fuertes iguales para los pobladores.

Ley XI. — (Ord. 127) Que las folares fe repartan por fuertes

Repartanse los folares por fuertes a los pobladores, continuando defde los que correfponden a la plaza mayor, y los demás queden para Nos ha-

cer merced de ellos a los que de nuevo fueron a poblar, o lo que fuere nueftra voluntad: y ordenamos, que fiempre fe lleve hecha la planta del Lugar que fe ha de fundar.

Ley XIII. — Ord. 129). — Que fe feñale exido competente para el Pueblo.

Los exidos fean en tan competente diftancia, que fi creciere la población, fiempre quede baftante efpacio, para que la gente fe pueda recrear, y falir los ganados fin hacer daño.

Ley XIV. — (Ord. 130) Que le feñalen deheffas y tierras para proprios.

Haviendo feñalado competente cantidad de **tierra para exido** de la población, y fu crecimiento, en conformidad de lo proveído, **feñalen** los que tuvieren facultad para hacer el defcubrimiento y nueva población, **deheffas, que confinen con los exidos** en que paftar los bueyes de labor, cavallos, y ganados de la carnicería, y para el número ordinario de los otros ganados, que los pobladores por ordenanza han de tener, **y alguna buena cantidad mas, que fea propios del Concejo, y lo reftante en tierras de labor, de que hagan fuertes, y fean tantas como los folares,** que puede haver en la población; y fi huviere tierras de regadío, afsimismo fe hagan fuertes, y repartan en la mifma proporción a los primeros pobladores, **y las demás queden valdías, para que Nos hagamos merced a** los que de nuevo fueren a poblar: y de eftas Tierras hagan los Vireyes **feparar las que parecieren convenientes para proprios de los Pueblos,** que no los tuvieren, de que fe ayude a la paga de falarios de los Corregidores, dexando exidos, deheffas y paftos baftantes, como eftá proveído, y afsí lo executen.

Título XII. — LIBRO IV.

De la venta, Composición, y Repartimiento de tierras, folares, y aguas.

Ley I. — Que a los nuevos pobladores fe les dén tierras y folares.

Porque nueftros vaffallos fe alienten al defcubrimiento y población de las Indias, y puedan vivir con la comodidad, y conveniencia, que defeamos. Es nueftra voluntad, que fe puedan repartir **y repartan cafas, folares, tierras, cavallerías, y peonías a todos los que fueren a poblar tierras nuevas en los Pueblos y lugares, que por el Governador de la nueva población les fueren feñalados,** haciendo diftinción entre efcuderos, y peones, y los que fueren de menos grado y merecimiento, y los aumenten y mejoren, atenta la calidad de fus fervicios, para que cuiden de la labranza y crianza; . . .

La inserción que precede de las leyes que en ella se reproducen del Código de Indias o Recopilación de las Leyes de Indias se limita a aquellas partes que son más directamente relacionadas con el tema a cuya consideración y estudio ha tenido que concretarse la Sala en el presente fallo, con el objeto de ilustrar su concepto y juicio respecto a la legislación indiana sobre tierras adjudicadas o entregadas por la autoridad colonial para la fundación de poblaciones. De las normas a que la inserción se refiere son las más pertinentes las que se trasladan de los Títulos, Libro IV, del Código de Indias; las del Título XII que también se inserta, conciernen al repartimiento de las tierras individualmente a los pobladores, pero se ha reproducido para mejor información de la materia.

De conformidad con los preceptos copiados, la fundación de poblaciones se hacía, o en virtud de capitulación que celebraba la persona que tomaba a su cargo el establecimiento en proyecto, con la autoridad competente que lo autorizaba al efecto, o bien a virtud de un acuerdo de personas particulares, no menos de diez, las que directamente obtenían la licencia y la adjudicación de las tierras para formar la población (Leyes VII y X, título V). En la primera categoría de las leyes relacionadas se comprende el sistema llamado aristocrático por los tratadistas, en que la persona que se obligaba en capitulación obtenía, si cumplía sus obligaciones "cuatro leguas de término y territorio en cuadro, o prolongado" que debía aplicarse así: sacar lo necesario para solares del Pueblo, Egidos y Dehesas "en que pueda pastar abundantemente el ganado que han de tener los vecinos" y otro tanto para los Propios del lugar: "el resto del territorio y término se haga cuatro partes: la una de ellas, que escogiere, sea para el que está obligado a hacer el pueblo" y las otras tres se debían repartir en suertes a los pobladores. Es decir que al fundador de población según ese sistema le correspondía una buena parte de la extensión territorial destinada a la fundación. (Ley VII, título VII). Aquel fundador debía reu-

nir treinta vecinos o a lo menos diez, en las circunstancias ya explicadas. En el otro sistema los vecinos de un lugar directamente obtenían para ese sitio el terreno necesario al objeto de fundar y organizar debidamente la población. En este caso todo el territorio se aplicaba y distribuía según las reglas de la ley, sin lugar a la entrega en propiedad de la parte que en el primero de los sistemas había de darse al fundador de la población. Pero en ambos debían cumplirse tierras para la fundación de poblaciones y su aplicación a tal fin.

Esas reglas, ya enunciadas en términos generales, tienen su desarrollo, particularmente en cuanto al modo de aplicación de las tierras, en las leyes XIII y XIV del título séptimo. La primera de éstas manda que los ejidos estén de acuerdo con el crecimiento de la población y que haya espacio bastante para que "la gente se pueda recrear y salir los ganados sin hacer daño". La segunda dispone que habiéndose señalado la tierra para **ejidos** de la población, se señalen **dehesas,** que confinen con los ejidos "en pastar los bueyes de labor, caballos, y ganados de la carnicería, y para el número ordinario de los otros ganados que los pobladores por Ordenanza han de tener". Luégo agrega la disposición que ha de aplicarse. "alguna buena cantidad más" para **propios** del Concejo; la que según la ley VII ha de ser de "otro tanto para los propios del lugar "o sea una extensión igual a la de los solares del pueblo, los ejidos y dehesas. Lo restante en tierras de labor debía aplicarse en suertes para los pobladores correspondientes a las suertes de los solares del pueblo; pero que en todo caso debía ser, la tierra de repartimiento a pobladores de tres cuartas partes, si había capitulación, o si no la había de la totalidad de "el resto del territorio", después de sacado lo necesario para solares del pueblo, ejidos, dehesas, pastos y propios.

Conviene fijar la atención en el contenido de esta norma. Conforme a ella, habría de dotarse al pueblo de solares, ejidos, dehesas y pastos, y de propios para el Concejo, y repartirse al mismo tiempo una parte del territorio directa e individualmente a los pobladores, y asignarse una porción al fundador en los casos de capitulación, que al parecer fueron los más frecuentes. Este derecho consagrado por las leyes en favor de la persona que establecía una población, está indicando que para que él no fuese ilusorio, y se le respetase siempre las reglas consignadas en esas normas, especialmente en la Ley VII, debían tener cumplimiento también en todos los casos y en su totalidad; es decir que no tan sólo había de separarse tierras para solares, ejidos, dehesas y propios sino también, junto con aquellas aplicaciones tenía que hacerse las de las porciones que habrían de ir a particulares, uno de ellos el fundador, y los pobladores los demás. O sea: que la entrega de tierras a los pobladores hay que entenderla establecida en las leyes que se comentan, no como subsidiarias de la entrega de tierras para objetos de aprovechamiento común, sino al propio tiempo con la que se destinaba a esos fines. Este comentario tiene interés para juzgar acerca de la validez de los títulos de tierras para poblaciones que hoy pueden aducirse, por el cumplimiento que en cada caso se haya dado a aquellos ordenamientos.

Las reglas examinadas configuran en lo esencial el régimen jurídico de las adjudicaciones de tierras a poblaciones en el período en que rigió el Código de Indias. Este régimen, como ya se ha anotado, es de derecho público. El que regía las adquisiciones de tierras por particulares que tuvo su origen en los repartimientos de tierras a los pobladores, se estructura por otras normas que no es preciso estudiar ahora, y que se contemplaron con algún detenimiento en otros fallos de esta Sala particularmente en el que decidió, con fecha cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, de un aviso de explotación y exploración de petróleos en tierras del municipio del Chaparral (Gaceta Judicial, Tomo LIII).

Sobre la propiedad comunal de las tierras y acorde con la interpretación que la Corte le da a los textos relacionados, se expresa así el Profesor José María Ots. Capdequi, en su libro "El Estado Español de las Indias" (Págs. 118 y 119: 4). Propiedad comunal. Bienes de propios. Desde los tiempos mismos de los primeros descubrimientos se ve a los legisladores españoles preocupados por mantener y fomentar en las Indias la existencia de bienes comunales. Fue este principio uno de los que más persistentemente influenciaron toda la política colonizadora del Estado español en estos territorios. La experiencia, varias veces secular, adquirida en la Metrópoli en las luchas por la reconquista nacional, había puesto de relieve la importancia económica de la existencia de bienes de aprovechamiento común —montes, pastos y aguas— para conseguir la repoblación de las comarcas ganadas a los árabes. Por eso, tanto en las capitulaciones como en las Reales Cédulas y Ordenanzas de nuevo descubrimiento y población,

se dictan a este respecto preceptos reiterados. A la nueva población —dicen las célebres ordenanzas de Felipe II de 1573— se ha de señalar ejido "en tan competente cantidad, que aunque la población vaya en mucho crecimiento siempre quede bastante espacio a donde la gente se pueda salir a recrear y salir los ganados sin que hagan daño"; confinando con los ejidos se habían de señalar dehesas "para los bueyes de labor y para caballos, y para los ganados de la carnicería, y para el número ordinario de ganados que los pobladores por ordenanza han de tener y en alguna cantidad más para que se cojan para propios del Concejo". La doctrina se estructura con mayor amplitud en la recopilación de 1680: "que los pastos, montes y aguas sean comunes en las Indias"; "que las tierras sembradas, alsado el pan, sirvan de pasto común... excepto las dehesas hoyales y concejiles"; "que los montes, y pastos de tierras de señorío sean también comunes" y que lo sea igualmente los montes de frutas; añadiendo con respecto a estos últimos, "que cada uno la pueda coger y llevar las plantas para poner en sus heredades y estancias, y aprovecharse de ellos como de cosa común". 116. Sobre bienes de propios se encuentran también numerosos testimonios acreditativos de su existencia desde la fundación de las primeras ciudades. De ordinario estuvieron integrados estos bienes por tierras y solares".

Respecto al papel que en el régimen colonial desempeñó el Municipio y dentro de éste el Concejo, es oportuno traer aquí lo que dice el autor citado en su obra "Estudios de Historia del Derecho Español en las Indias" pág. 409: "El Municipio adquirió en las Indias un valor político y administrativo semejante al que hubo de tener en los remotos tiempos medioevales. Al amparo de los viejos preceptos jurídicos que ya en Castilla habían caído en desuso pero que en las nuevas ciudades coloniales resurgieron con un vigor insospechado, se convirtieron los nuevos Concejos en el núcleo vital de las nuevas poblaciones y la masa media de los colonizadores encontró en este organo del Gobierno el punto de apoyo necesario para hacer frente a los privilegios abusivos de las nacientes aristocracias y a los excesos de poder de las altas autoridades coloniales. Ese renacimiento del Régimen Municipal Indiano no logró mantenerse a lo largo de todo el período colonial. Cuando, en tiempos de Felipe II, se introdujo en Indias, como en España, la corruptela administrativa de enajenar los oficios públicos de la Corona, cayeron los Concejos de las ciudades más importantes de los distintos Virreynatos en manos de verdaderas oligarquías familiares, que utilizaron estos puestos municipales en servicio de sus intereses privados. Hay que llegar a los años turbulentos de las primeras luchas por la Independencia para encontrar en los municipios coloniales nuevas pruebas de resurgimiento, que les llevaron a jugar papel político muy destacado en la emancipación de algunas comarcas".

Aplicación de las leyes sobre poblaciones del Código de Indias en el Virreynato de Santa Fé al final del siglo XVIII.

Se ha dicho ya en esta sentencia cómo la legislación española para las Indias adolece de un marcado casuismo, y puede pensarse, no sin fundamento, que algunas de las leyes aludidas cayeron en desuso en determinados lugares del inmenso territorio que formaba las colonias españolas, o que no se aplicaron en ellos. Por eso la sola interpretación de los textos legales no parece suficiente para deducir su vigencia y su aplicación generales y de este modo concluír que ordenaron la configuración de ciertos actos jurídicos. Cuando la Corte Suprema de Justicia se ha referido, en un esfuerzo de interpretación doctrinaria, a esas leyes coloniales en materia de tierras, ha tenido el cuidado de buscar el apoyo de su interpretación en la existencia de casos debidamente comprobados de aplicación de tales normas, porque así se afianza y se da seguridad al juicio del intérprete.

En relación con la vigencia y aplicación de las leyes del Código de Indias por la época en que parece haberse expedido el título aducido en el presente juicio, a favor del municipio de San Jacinto, se cumplió en el Virreynato de Santa Fe, con la intervención del virrey y de las más altas autoridades el trámite de adjudicación de unas tierras a la villa de Tenerife. La aplicación que se se dió en este asunto a las leyes pertinentes sirve para ilustrar la materia, y por eso se hace en seguida la transcripción de algunos documentos de los que constituyen ese título tomados de la copia expedida por el archivo Histórico Nacional que aparece en el expediente en curso en la Corte sobre aviso de exploración y explotación de petróleos del municipio de Tenerife y la sociedad González Miranda Cía., cuaderno número 3: "Despacho - Don Antonio Caballero y Góngora, por la gracia de Dios y de la Santa Sede Apostólica, Ar-

zobispo de la Santa Iglesia Catedral Metropolitana de Santa Fé de Bogotá...; Virrey, Gobernador y Capitán General de este Nuevo Reyno de Granada y Provincias de Tierra firme, Presidente de la Real Audiencia y Chansillería de esta capital, Superintendente General de todos los tribunales de Real Hacienda y Reales Rentas Estancadas del Distrito de este Virreynato etc. Por cuanto a este superior Gobierno se ocurrió por la parte que nominarse ha, con manifestación de documentos poder bastante, acompañado a ellos el escrito que dice así: Excelentísimo señor Josef Antonio Maldonado, Procurador, apoderado de don Martín de las Cuevas, Sindico Procurador General del Cabildo de la Villa de San Sebastián de Tenerife, de la Gobernación de Santa Marta en virtud de su poder que debidamente presento acepto y juro ante D. Excelencia con el mayor respeto y en la mejor forma de derecho, parezco y digo, que la citada Villa es una de las poblaciones antiguas de aquella provincia y tuvo su primera fundación inmediata a las Sabanas de San Angel, que hoy se llama Tenerife viejo, la que son las irrupciones y hostilidades de la Nación Chimila, fue forzoso abandonar y establecerse de nuevo sus habitadores, en el sitio y lugar donde hoy se halla, según constante tradición de los moradores de dicha Provincia, por cuya razón o por el incendio acaecido el año de diez y ocho de este siglo, en las casas de Cabildo de la presente Villa, perdió esta todos los papeles antiguos, y especialmente los de su fundación, de modo que en el día no tiene con qué acreditar, sí en esta última situación, gozaba de los ejidos y dehesas correspondientes para reclamar su posesión, por cuya causa perdió aquel Cabildo el litis seguido con don Diego Antonio Gómez, sobre unas tierras inmediatas a la citada Villa, como aparece del documento que debidamente presento. ... Sin embargo **siendo de ley, el que semejantes poblaciones, además del repartimiento de solares tengan competentes tierras de Ejidos, no solo para su extensión en caso que se aumente, sino también para recreo de los habitantes y desembarazo de las entradas y salidas de la misma población y también para dehesas, propios del Concejo y lo restante de labor, como lo disponen las leyes 13 trece y catorce 14 del Título Séptimo Libro cuarto de las municipales;** tiene a su favor aquella Villa, el derecho de obtener estos señalamientos, pues milita la misma necesidad y fines que aquellas Reales disposiciones tuvieron para las nuevas fundaciones por lo que siendo cierto y constante que en la actualidad no goza de semejantes mercedes, aunque en su principio se le harían sin duda, para la antigua situación y también en la translación, cuya falta de documento dimana de los motivos arriba expuestos, **se hace preciso solicitar este beneficio tan conforme a las leyes,**... ...A V. E. rendidamente suplico se sirva proveer y mandar como solicito, que en lo necesario protesto y juro &... **Doctor Faustino Flórez... Josef Antonio Maldonado**... De lo que mande dar vista al señor Fiscal de S. M. y de lo Civil de su Real Audiencia, dice: que para proceder en este expediente con el cabal conocimiento que se requiere e instruírlo conforme a derecho, se ha de servir V. E. mandar que el Gobernador de la Provincia a que corresponde o en su defecto su Teniente, informe con justificación lo que hubiere y se le ofreciere sobre la representación o escrito, que veinte y cinco de este mes se ha presentado. Y que para ello con su inserción se libre Despacho en forma, que es lo que procede de justicia. Santa Fé, y Enero treinta de mil setecientos ochenta y tres. Martínez.... Y en consecuencia con dictamen del señor don Juan Moreno de Avendaño, Oidor Honorario y Asesor General del Virreynato, proveí el decreto siguiente: ...Santa Fé, y febrero cuatro de mil setecientos ochenta y tres. ... Como parece al señor Fiscal...Hay dos rubricas. ... **Araos.** ... Y habiéndose librado el despacho en su virtud de teniente de Gobernador y Auditor de Guerra de la ciudad de Santa Marta doctor Don Josef Antonio Munive y Mozo remitió la justificación que se le previno con el informe que dice así: —Excelentísimo Señor— El Teniente de Gobernador y Auditor de la gente de guerra de esta plaza, cumpliendo con lo mandado por V. E. en su superior despacho de 7 de febrero del corriente año (que hasta ahora no se había presentado por parte del Procurador General de la Villa de Tenerife, de esta Gobernación) para que informe con justificación, acerca de la solicitud que se ha hecho en ese superior Gobierno, para la asignación de Ejidos que pretenden por las razones que se exponen; lo que puedo informar a V. E. es que habiendo mandado el Alcalde Ordinario de dicha Villa, recibiese información de la distancia que hay desde ella, a las Sabanas de San Miguel, con todos los demás particulares que se relacionan en mi decreto de obedecimiento, de fojas seis de estas diligencias, resulta por la expresada justificación que hay más de veinte leguas de tierras y que éstas se hallan realengas y

son a —propósito para labrar y criar ganados y **siendo la pretensión del Síndico Procurador General de Tenerife, muy conforme a las leyes trece y Catorce, Título Séptimo, Libro Cuarto de las Municipales,** podrá V. E. mandar si fuere servido, se le asigne la mitad de las tierras que se comprenden desde dicha Villa hasta las Sabanas de San Miguel, **para los efectos que se prescriben en dichas leyes**... —Santa Marta, septiembre 15 de 1783.—Doctor Don Josef Munive y Mozo.—**Vista del Fiscal.**—El Fiscal de S. M. Dice:que la Villa de Tenerife es de cortísimo vecindario y se halla poco más o menos que despoblada por lo cual no necesita de tanta extensión de tierras y Ejidos, como solicita ni sus moradores las han menester, ni han dejado de aprovecharse de las baldías y realengas cuando les ha convenido para sus ganados, como que no han tenido embarazo, ni impedimento alguno: que esto no obstante, convendrá se le asignen y señalen **las que sean suficientes para los fines que las pide y previenen las leyes decima-tercia y decima-cuarta, título septimo, libro cuarto de las Municipales a proporción de sus habitadores.** Y en esta atención, si V. E. fuere servido podrá concederles... cuatro leguas de tierras conocidas y reputadas por realengas y baldías y sin perjuicio de cualesquiera poseedores que en el mismo centro y resinto de las cuatro leguas tengan sus respectivas propiedad y pertenencias, **y para que se efectuen y haga el señalamiento de las cuatro expresadas leguas y pongan los correspondientes mojones, dar comisión al Alferez Real de la misma Villa de Tenerife, don Manuel** Josef Ballestas, PERSONA de notoria capacidad y conducta del Real servicio **y para la demás distribución y aplicación de dehesas, ejidos, pastos y suertes de labores y propios al Cabildo de la referida Villa de Tenerife y que la ejecute, ciñéndose al literal contexto de las dos mencionadas leyes, sin excederse de manera alguna y que para todo se libre con incersión de las dos citadas leyes,** el despacho necesario. Pues con atención al estado de su población y circunstancia y a lo que de la información recibida resulta así conviene y procede de justicia. Santa Fé, noviembre tres de mil setecientos ochenta y tres. —Martínez,— Y en su continuación con el parecer del mismo señor don Juan Moreno Avendaño, Oidor honorario y actual asesor general del Virreynato proveí el Decreto del tenor y manera siguiente: Decreto —Santa Fé, y diciembre dos de mil setecientos ochenta y tres. **Vistos: En el concepto de deberse señalar a las poblaciones las tierras que sean suficientes, a proporción de sus habitadores para los fines que prescriben las Leyes Trece y Catorce del Título Septimo Libro Cuarto de las Municipales, se concede a la Villa de Tenerife el terreno de diez leguas**... A cuyo fin y que se efectue y el señalamiento se haga del termino de las diez leguas concedidas, con los correspondientes mojones para su segura noticia, librese el correspondiente despacho al Gobernador de la Provincia, quien podrá confiarlo si lo tuviere por conveniente, a sujeto de su mayor satisfacción: **Acordando la distribución y aplicación de dehesas, Ejidos, Pastos, Suertes de labores y Propios, con el cabildo de la referida Villa, que la ejecutará ciñéndose al literal contexto de las dos mencionadas leyes que al efecto se disertarán en el referido despacho.** —Hay dos rubricas— **Araos.** (Se insertan en seguida las leyes trece y catorce del Título septimo, Libro Cuarto)... En esta conformidad acordé y libro el presente despacho y por el ordeno y mando al Gobernador de la ciudad y provincia de Santa Marta **vea todo lo en el contenido, principalmente el ultimo decreto** por mi superioridad proveido con dictamen del mencionado señor don Juan Moreno de Avendaño, Asesor general del Virreynato y las **leyes trece y Catorce del Título Septimo Libro Cuarto de las Municipales, que todo va inserto, para que ciñéndose al literal contexto de ellas haga el señalamiento del término de las diez** leguas concedidas a la Villa de Tenerife,... como claramente se manda y ordena, contiene y declara en el ya referido Decreto inserto ...y si tuviere por conveniente fiarlo a otra persona sujeto de su satisfacción lo podrá ejecutar como lo concedo... Dado en Santa Fé a veinte de diciembre de mil setecientos ochenta y tres. Antonio Arzobispo Virrey de Santa Fé. —Por mandado de su Excelencia, Rafael Araos.— Decreto de obedecimiento. — Santa Marta, veinte y cinco de mayo de mil setecientos ochenta y cuatro. Por recibido el antecedente superior despacho... se comete a don Manuel Josef Ballestas, Regidor Alferez Real de dicha Villa, para que proceda al repartimiento, deslinde y amojonamiento de las diez leguas de tierras concedidas para Ejidos en los términos que se preceptuan, **acordando como instruído de presencial conocimiento con su Cabildo, la distribución y aplicación de Dehesas, Ejidos, Pastos, Suertes de Labores y Propios.** Y fechas estas diligencias, con citación del Procurador General como parte legítima, se le dará posesión, con derecho de perpetuidad a la referida Villa... An-

tonio de Narvaez y Latorre. — Doctor Munive — Decreto. — Rio Hacha, seis de septiembre de mil setecientos ochenta y seis. — Por recibidas estas diligencias y vistas, entiéndase la comisión para el repartimiento deslinde y amojonamiento de las diez leguas de tierras, concedidas para Ejidos y Dehesas de la Villa de Tenerife, con don Isidro Alonso V. Zevos, su vecino y Regidor, **quien la practicará con arreglo al superior despacho, acordando la distribución y aplicación de Dehesas, Ejidos, Pastos, Suertes de Labores y Propios, con el Cabildo de la referida Villa, ciñéndose al literal contexto de las leyes** que para el efecto se insertan en el expresado superior despacho: y para su cumplimiento devuelvanse estas diligencias a dicho Cabildo. — Astirraga. — Auto. — En la Villa de San Sebastián de Tenerife, de la Gobernación y Provincia de Santa Marta, en veinte y nueve días del mes de abril de mil setecientos noventa años, yo don Isidro Alonso de Zevos, Regidor Alcalde Mayor Provincial de esta dicha Villa, y Juez comisionado para la mensura de las diez leguas de tierra, en virtud del superior despacho del excelentísimo señor Virrey que se halla, dije **que habiéndome regresado a esta villa y dado fin a dicha mensura, en los términos que se expresa, con separación de cinco leguas de montaña para las labores, a espaldas de esta villa, todas montañas firmes, y las otras cinco para pastos comunes y Ejidos de esta villa, en los Cañaverales del Totumo, Mulas y San Ignacio, que de unas y otras dí la posesión al Síndico Procurador General, actual, corporal, real y civil del cuasi, con derecho de perpetuidad**... Isidoro Alonso de Zevos. Francisco Antonio Ortiz. Francisco Javier de Arcos. **Decreto.** — Santa Marta, tres de noviembre de mil setecientos y noventa. Se aprueba en cuanto hay lugar las diligencias practicadas por el comisionado don Isidro Alonso de Zevos, justificativas de la mensura, **deslinde y amojonamiento de las diez leguas de tierras para ejidos, Dehesas, Suertes de Labores y Propios** que se concedieron por superior despacho, de veinte de diciembre de mil setecientos ochenta y tres, a la villa de Tenerife, de esta Gobernación. Con testimonio de este Decreto, contestesele a su Cabildo, al recibo, y prevéngasele que en cumplimiento con lo mandado en el decreto de obedecimiento de veinte y ocho de mayo de mil setecientos ochenta y cuatro, ocurra por su parte, a impetrar la real confirmación. Astigarraga. Doctor Munive. — Santa Fé, treinta y uno de octubre de mil setecientos noventa y uno. — **Vistos:** Sin embargo de que la Real Cédula presentada no comprende el caso presente ni la resolución de la Ley Primera, Título Trece, Libro Cuarto de las Municipales, con todo, como la intención del Soberano sea evitar los crecidos indispensables costos que se ocasionarán en la precisión de ocurrir a su majestad por su Real Confirmación en las Mercedes venta y composiciones de realengos, sitios y baldíos, en cuyo caso se halla esta superioridad, con toda facultad para confirmar tales mercedes. Por tanto se aprueban y confirmàn las diligencias presentadas por parte del Cabildo de la Villa de Tenerife, la que exhibirá en Cajas Reales la cantidad que ofrece a favor de la Real Hacienda. (Hay dos Rubricas). — Caicedo (Rubrica).

Tiene mucho interes, en el concepto de la Corte, el caso de la adjudicación de tierras al Municipio de Tenerife al cual se refieren los documentos anteriormente reproducidos. Como en ellos aparece, la Villa de Tenerife hubo de trasladarse a otro sitio, después de su fundación original, y para la nueva población se solicitó la adjudicación de tierras mencionadas. El trámite se inició con una solicitud del apoderado del Procurador General del Cabildo de la Villa hecha al Virrey de Santa Fé, en que le pedía la adjudicación de tierras para Ejidos, Dehesas, Propios del Concejo, y Tierras de Labor, acogiéndose a lo dispuesto por las leyes trece y catorce del Título septimo, Libro cuarto de las Municipales, o sea las Ordenanzas sobre potos noventa. Se aprueba en cuanto hay lugar las dias de 1680. El Gobernador de Santa Marta, a quien se pidió informe, lo despachó diciendo que la pretensión del síndico Procurador General de Tenerife era muy conforme a las leyes trece y catorce, título septimo, Libro cuarto de las Municipales". El Fiscal de la audiencia de Santa Fé, funcionario docto en leyes y que por su alta posición y sus intervenciones en los más importantes asuntos del Virreynato, tenía notable autoridad de jurista, expresó su parecer favorable a la solicitud de Tenerife diciendo que convenía se le asignasen y señalasen las tierras "que sean suficientes para los fines que las pide y previenen las leyes decima-tercia y decima-cuarta título septimo, libro cuarto de las Municipales, a proporción de sus habitadores". Y agregó que "para que se efectue y haga el señalamiento de las cuatro expresadas leguas y pongan los correspondientes mojones, dar comisión al Alferez Real de la misma villa de Tenerife", "y para la demás distribución y aplicación de Dehesas, Ejidos, Pastos y Suertes de La-

bores y Propios **al Cabildo** de la referida villa de Tenerife **y que la ejecute,** ciñéndose al literal contexto de las dos mencionadas leyes, sin excederse en manera alguna y que para todo se libre con inserción de las dos citadas leyes, el despacho necesario". En el decreto del Virrey Arzobispo se lee: "En el concepto de deberse señalar a las poblaciones las tierras que sean suficientes, a proporción de sus habitadores, para los fines que prescriben las leyes trece y Catorce del Título Septimo, Libro Cuarto de las Municipales, se concede a la Villa de Tenerife el terreno de diez leguas" y dispuso asimismo el Virrey que el Gobernador de la Provincia podía comisionar para el señalamiento del término de las diez leguas, acordando con el Cabildo la distribución y aplicación de Dehesas, Ejidos, Pastos, Suertes de Labores y Propios, "que la ejecutará ciñéndose al literal contexto de las dos mencionadas leyes". El Gobernador de Santa Marta, en su decreto de obedecimiento, dispuso comisionar para el repartimiento, deslinde y amojonamiento de las diez leguas de tierras al Regidor Alférez Real de Tenerife, "acordando como instruido de presencial conocimiento con su Cabildo, la distribución y aplicación de Dehesas, Ejidos, Pastos, Suertes de Labores y Propios. El comisionado finalmente, que lo fue el Regidor alcalde de Tenerife, don Isidro Alonso de Zevos, practicó primeramente la mensura de las tierras designando al efecto agrimensores y haciendo con ellos un recorrido por el perímetro de ellas que se prolongó por varios días. Después, a su regreso a Tenerife, declaró en un auto que corre en las diligencias, que había regresado a esa Villa y dado fin a la mensura, "en los términos que se expresa, con separación de cinco leguas de montaña para las labores, a espaldas de esta Villa, todas montañas firmes, y las otras cinco para pastos comunes y ejidos de esta Villa, en los Cañaverales del Totumo, Mulas y San Ignacio, que de unas y otras dí al Sindico Procurador General" — En decreto posterior del Gobernador de Santa Marta se aprueban las diligencias practicadas por el Comisionado "justificativas de la mensura, deslinde y amojonamiento de las diez leguas de tierras para Ejidos, Dehesas, Suertes de Labores y Propios".

No queda posibilidad a la duda respecto al sometimiento expreso y repetido que se hizo de todos los funcionarios que intervinieron en la adjudicación de las tierras a la población de Tenerife, a las leyes trece y Catorce Título Septimo, Libro Cuarto del Código de Indias. La vigencia de esos estatutos sobre tierras para poblaciones parece que no es siquiera controvertible, en la época en que se hizo la adjudicación a Tenerife, que fue la misma de la adjudicación, según el título aducido en este juicio, al municipio de San Jacinto. El encadenamiento perfecto de las voluntades de las personas que intervinieron en el caso de Tenerife, desde los representantes inmediatos del cabildo hasta los más altos del gobierno Virreynal, acordes en considerar aplicables a las leyes tantas veces mencionadas sobre adjudicación de las tierras a las poblaciones, está demostrando elocuentemente que esas leyes de la Recopilación de 1860 no habían caído en desuso, y al contrario, tenían completa ejecución en los últimos años del siglo XVIII.

Y ha de subrayar la Sala, como aspecto de interés para la interpretación actual de aquellas leyes, que ellas se entendieron, como en el acápite anterior de este fallo se expresó ya, de aplicación a un mismo tiempo y en todas sus disposiciones, es decir, que al hacerse la entrega de tierras para una población debían llenarse en el acto mismo de la aplicación los objetos previstos y ordenados por las leyes, de destinar tierras para fines de aprovechamiento común, como son los Ejidos, las Dehesas, los Pastos y Propios, y para fines de aprovechamiento individual, que eran los que se conseguían por la entrega en suertes de tierras a los pobladores. En el caso de Tenerife se dió la posesión en dos globos o perímetros, cinco leguas de tierras de labor o para labor, es decir, para suertes de labores, que se entregarían en suertes a los pobladores, según las leyes, y las otras cinco para ejidos, y objetos de aprovechamiento a un mismo tiempo, y no subsidiariamente una aplicación primero, y luégo la otra o las otras. Observación esta de importancia para juzgar hoy acerca de la efectividad de adjudicaciones de este género. Pues por los términos de las leyes y por la aplicación que ilustra el caso de Tenerife, no es posible aceptar que las adjudicaciones de tierras a poblaciones se hicieran de otro modo, como sería entregándoles el territorio correspondiente para que todo él se aplicase a objetos de aprovechamiento común, sin acatarse o cumplirse el querer de las normas que imponían la destinación obligada de una parte de las tierras para ser repartidas individualmente a los pobladores.

Análisis del título contenido en la escritura número 63 de 20 de diciembre de 1872 otorgada en la notaría del Carmen—Bolívar

En el memorial de aviso presentado al Ministerio de Minas y Petróleos que dió origen a las diligencias administrativas, que a su turno originaron el presente juicio, se señala como documento principal de los capítulos para demostrar que los terrenos del aviso salieron del dominio del Estado antes de 1873, la escritura número 63 otorgada el 20 diciembre de 1872 en la Notaría del Carmen de Bolívar, que contiene la protocolización de varios documentos referentes a la adjudicación de tierras que don Antonio de la Torre y Miranda, por comisión del Gobernador y Comandante General de la Plaza de Cartagena, hizo en el año 1779 y varios sitios de la Montaña de María, entre ellos el de San Jacinto.

Esta escritura y los documentos que en ella se insertan constituyen el fundamento de la titulación que la Compañía avisante aduce a favor del Municipio de San Jacinto y se presentan afirmándose que contienen un título original del Estado expedido en el referido año de 1779. Precisa hacer el análisis atento de las piezas que forman esa titulación, y a ello se procede en esta parte del presente fallo.

La escritura mencionada expresa que en la fecha de su otorgamiento —20 de diciembre de 1872— el Juez de la Provincia se dirige al Notario para hacerle saber que a pedimento del doctor M. C. Bello se manda protocolizar los títulos de los terrenos pertenecientes al distrito de El Carmen. La escritura reproduce la nota del Juez y el memorial que a éste le envió el doctor Bello, en que expresa el memorialista que "gracias a la condescendencia y previsión del señor doctor Manjarrés", pudo conseguir la copia de los títulos de propiedad y posesión, junto con unas diligencias de deslinde de los terrenos del mencionado distrito. 2) El origen de la copia, cuya protocolización se hizo en la escritura que se examina, lo declara un certificado del alcalde y de su Secretario, quienes dan testimonio en El Carmen, a 18 de enero de 1864, que en la Alcaldía se encontraba un expediente del año de 1839 del cual se ordenó tomar la mencionada copia, a solicitud presentada por el doctor Ignacio Manjarrés, aquel mismo día, 18 de enero de 1867. 3) Más adelante, saltando la transcripción de los documentos que se considerarán luégo, y que constituyen lo fundamental de los títulos, hay otra referencia que acaba de poner en claro el origen de estos papeles. Dice así: "Es fiel copia de los documentos que comprenden y corren agregados en las diligencias promovidas por el arrendador de Diezmos de la Parroquia de Zambrano, sobre demarcaciones de los terrenos de su comprehensión y deslinde con los de la villa de El Carmen que, para su compulsa, cumpliendo con lo mandado por el señor Juez hacedor episcopal de diezmos, en providencia del nueve del proximo pasado mayo, me entregó el notario mayor del ramo señor José Antonio Fernández, a quien les devuelvo y a ellas en su poder me remito. Y para los fines provenidos en la citada providencia, la hice sacar en estas ocho fojas de papel etc. ... y firmo en esta ciudad de Cartagena de Colombia a 3 de junio de 1829... José Vicente López". De manera que éste, que debía ser persona autorizada para dar fé, explica que el notario mayor del ramo de Diezmos le entregó el original de los documentos de donde se tomó este traslado, en Cartagena, con motivo del deslinde que promovió el arrendador de aquella renta, en la parroquia de Zambrano, para distinguir la jurisdicción de éste y la de la villa de El Carmen, por lo tocante a la recaudación de dichos diezmos. Esta circunstancia, o sea la de tratarse de diezmos puede explicar por qué el traslado de tales documentos, sacado en Cartagena, hubiera ido al archivo de la parroquia de El Carmen, donde los custodiaba el señor Cura Vicario don Florentino Ferrer, cuando el 11 de noviembre de 1839, los jueces parroquiales, Terán y Rufino de Avila, autorizaron la nueva copia a petición verbal del personero. La certificación correspondiente dice así: José Agapito Terán y Rufino de Avila, jueces primero y segundo parroquiales del distrito de nuestra Señora del Carmen, por la República de la Nueva Granada, etc. certificamos en la via y forma que mas haya lugar por derecho y por ante los testigos juramentados que suscriben por defecto de escribano, que en el archivo de la Santa Iglesia Parroquial de este vecindario, que actualmente es a cargo del señor Presbítero cura vicario Florentino Ferrer, existen los títulos de propiedad de las tierras donadas a este distrito y a los demás pueblos de estas montañas de María la Alta, que copiadas integramente, unos en pos de otros, junto con los decretos de la materia dicen así (aquí el Título) —Y para archivar en la Alcaldía de este distrito parroquial junto con los demás documentos del caso, para los efectos que convengan a los derechos

del pueblo, en caso que se pierdan los títulos principales de que se hace mención arriba, en su lugar, según el pedimento verbal del señor personero comunal del Distrito, José Ortega, libramos la presente copia certificada de las diligencias que vienen insertas, están fielmente legales, corregidas, **concertadas con las que corren en el expediente de su asunto, al cual nos remitimos,** en el archivo de la Santa Iglesia parroquial que es a cargo del señor cura vicario actual del expresado distrito. Dada, de nos y refrendada por falta de escribano público en la parroquia de Nuestra Señora del Carmen a los once días (11) del mes de noviembre de mil ochocientos treinta y nueve (1.839) —Juez 1º Parroquial, José Agapito Terán.— Juez 2º Parroquial, Rufino de Avila. Como testigo Leonardo Florencio Martínez— como testigo, Bruno José Arroyo".

Ahora bien: por la ley 28 de julio de 1824, la República de Colombia declaró que continuaba en el ejercicio del derecho de patronato que los reyes de España tuvieron en las iglesias metropolitanas, catedrales y parroquiales de esta parte de América (art. 1º)! Declaró asimismo que el derecho de patronato, el de tuición y protección, se ejercerían: 1º por el Congreso; 2º Por el Poder Ejecutivo con el Senado (art. 3º). Según esto, correspondía al Congreso, entre otras cosas", (7) Arreglar la administración e inversión **de los diezmos,** o de cualquiera otra renta destinada ya, o que en adelante se destinase por el mismo Congreso, para los gastos del culto y subsistencia de sus ministros" (art. 4º)— Véase Codificación Nacional, Tomo I, Nº 176 páginas 354 a 366. Así, pues, dada esta significación mixta —civil y eclesiástica— de la renta de diezmos, es explicable que el arrendador de la parroquia de Zambrano, hubiera promovido diligencias de deslinde y demarcación entre ella y la de El Carmen, para averiguar el territorio propio de su recaudación y entonces el Juez que conocia del asunto ordenó que se compulsara la copia que expidió el señor José Vicente López, en 1829, tomándola de un instrumento que se presume existente en Cartagena, donde la "compulsó", y no en el archivo parroquial de El Carmen. Es verosímil que después de la renta de diezmos, que pertenecía a la República y era de origen civil, aunque destinada al sostenimiento del culto y sus ministros, conforme a la ley que se deja citada, recaudada aquella en la parroquia de Zambrano, una vez examinados los títulos del Distrito y parroquia de El Carmen, los hubiera dejado en poder del cura vicario de esta última, por tratarse de persona abonada y cuya subsistencia dependía de los diezmos que se pagaran en el Carmen. Por motivos de interés común, el personero de El Carmen le pidió a los jueces parroquiales en 1839, que libraran y autorizaran una copia del expediente que estaba en la parroquia, como en efecto lo hicieron. Luégo esa copia fue a parar al archivo de la Alcaldía, donde en 1864, el doctor Ignacio Manjarrés hizo sacar nueva copia para mayor seguridad. Finalmente, en 1872, por interés de otro ciudadano, el doctor Manuel C. Bello, se cumple la protocolización de dicha copia en la notaría de El Carmen: ese el origen y la historia de la escritura Nº 63 de 20 de diciembre de 1872.

Examinado sumariamente el origen o historia de estos documentos, procede hacer un resumen de su contenido. De la propia escritura Nº 63 de 1872, se deduce que en los documentos por ella protocolizados consta lo siguiente: a) Una vista, dada por el Fiscal de la Real hacienda en Cartagena, señor José Antonio de Berrío, que lleva fecha 5 de febrero de 1778; b) Un auto muy lacónico, proveido en la misma Cartagena el 16 de febrero del citado año, en que el Gobenador Pimienta parece ordenar que se siga aplicando a los sitios fundados por D. Antonio de la Torre, a que se refiere el fiscal en su vista, lo que ya está ordenado respecto de la población de San Antonio Abad, cuyo decreto deberá agregarse en copia a las diligencias en donde figura la propia vista fiscal; c) Copia del mencionado decreto, relativo al repartimiento de tierras a los nuevos pobladores de San Antonio Abad, cuyo sentido merece considerarse por los aspectos de que se tratará adelante. d) La notificación que del anterior decreto recibe el comisionado, Sr. Antonio de la Torre, en Corozal, según diligencia del 6 de marzo de 1778, en la que expresa: "Estoy pronto a cumplir en ejecución cuanto en él se previene"; e) Hasta el 20 de febrero de 1779 no empieza las diligencias de señalamiento de tierras, pero en dicho día adelanta las de **San Agustín de Playa Blanca,** partiendo del paraje que llaman "La Madre Vieja", siguiendo por la "Madre Vieja del Silvadero y Cañito de Miguel Alonso", "suspendiendo al darles lindero que corresponde al centro de la Montaña, hasta que se verifique la medición de los caminos de San Juan Nepomuceno y San Cayetano"; f) En dicho día (20) mes (febrero) y año (1779) pasó al paraje que llaman "Loma chamuscada", donde señaló el

"mojón de término" de las tierras de **San Juan Nepomuceno** "suspendiendo los linderos que le corresponden hasta que se verifique la mediación del camino de San Agustín de Playa Blanca con los demás de otros costados"; g) El mismo día 20 de febrero de 1779, siguió al paraje denominado "Arroyo del Yayal", a señalar un punto inicial para la posesión de las tierras de D. Francisco de las Cuevas, pero dejando en suspenso el "señalamiento de tierras que les corresponden por los otros costados"; h) El mismo día 20 de febrero, pasó al sitio de "Popa Galera" a comenzar el señalamiento de la posesión de tierras para el pueblo de Nuestra Señora de El Carmen y parece que marcó un lindero o costado partiendo del punto a donde llegaban las tierras de los herederos de D. Francisco de las Cuevas, por el lado del rio Magdalena (oriente) las de El Carmen seguían "por la banda sur ... por los mismos (linderos) que tienen las tierras que poseen doña María de las Cuevas, herederos de don Pedro M. Gómez Hidaldo, y, contiguas a éstas, los linderos **del pueblo de Zambrano,** Santa Rita, Tacaloita, Guacimal, Constanza y Tetón". La diligencia que sigue lleva fecha del 10 de marzo de 1779, lo cual implica que hubo una suspensión desde el 20 de febrero. Durante este último día alcanzó a iniciar los señalamientos de las tierras para San Agustín, San Juan Nepomuceno, San Jacinto y El Carmen, tomando al parecer la línea más cercana al rio Magdalena, del cual iban separándolo las tierras de los herederos de D. Francisco de las Cuevas, y, buscando, por la colindancia como éstas, una línea, se fue internando en la montaña, hacia el lado oriental con dirección norte-sur. Es decir, que el 20 de febrero de 1779 alcanzó solamente a marcar ciertos puntos de una línea que, por el oriente, habría de separar las tierras de los nombrados herederos de D. Francisco de las Cuevas, de las que intentaba señalar a los sitios, así: de San Agustín de Playa Blanca, sobre el rio Magdalena desde el "paraje que llaman la Madre Vieja, caño de Playa Blanca, donde concluyen las tierras que posee don Martín de las Cuevas, vecino de Tenerife", siguiendo "por la banda de abajo de dicho rio de la Magdalena, en el paraje que llaman La Madre Vieja del Silbadero y Cañito de Miguel Alonso lindando con tierras del capitán de milicias de Tenerife don Manuel José Ballestas"; pasó luego "al paraje que llaman la Loma **Chamuscada"** internándose en tierras de "dicha Montaña de María", punto divisorio entre San Agustín de Playa Blanca y San Juan Nepomuceno; de ahí salta al Arroyo del Yayal', punto divisorio entre San Juan y San Jacinto; de ahí hasta Popa Galera donde empiezan las tierras de El Carmen. i) El expresado 10 de marzo, continúa el señor de la Torre los **señalamientos,** buscando el lindero que hubiera de corresponder a las tierras de El Carmen "por la banda de la costa de la mar", o sea por el occidente, porque en aquella dirección se sale al golfo de Morrosquillo, y lo hizo en el paraje que llaman la "Loma del Guapo", tomando "por el camino antiguo de las Sabanas de Tolú para la plaza de Cartagena, a cuyo paraje alcanzan las que poseen los vecinos del sitio de San Francisco de Asís, siguiendo dicho camino al arroyo que llaman Misinga, y por el camino real hasta la mitad del tránsito para San Francisco de Asis, correspondiendo lo demás, a éste; desde allí, al lindero que posee Felipe González, y desde dicho sitio de El Carmen hasta la mediación del de San Jacinto, quedando lo demás, por esta banda, a dicho sitio, y por la costa de la mar, en el paraje que llaman la Sabana de María, en dicho camino antiguo y la mediación del sitio de San Juan". Hasta aquí y a pesar de la vaguedad en las expresiones de linderos parece que don Antonio de la Torre entendió determinar los terrenos correspondientes al distrito de El Carmen y a los de San Jacinto, tratando de cerrar, por el occidente y sur, los perímetros que había dejado marcados por el oriente hasta la línea de Zambrano, Santa Rita, etc. La diligencia sugiere que el 10 de marzo se trasladó al punto de la Zona del Guapo y fue buscando hacia el sur la colindancia o mediación de las tierras de San Francisco, por un antiguo camino de las Sabanas de Tolú para Cartagena y, del punto donde, sobre ese camino, terminaban las tierras de San Francisco, sigue para el arroyo de Masinga (hacia el sur y el oriente); de ahí parece que tomó otro camino que entonces se consideraba "el camino real actual", llegando "hasta la mitad del tránsito para San Francisco", desde donde indicó como referencia el lindero de las posesiones de Felipe González, por cuya colindancia parece que debían rematar las tierras de El Carmen, yendo a buscar el extremo de la línea de Zambrano, Santa Rita etc., que marcó al final de la diligencia en 20 de febrero. Después de indicar el "lindero que posee Felipe González", la expresión que se encuentra en la escritura y que dice **"y desde dicho sitio del Carmen** hasta la mediación del de San Jacinto" hace pensar que, pa-

sando al propio sitio de El Carmen, o como si se dijera a la cabecera del pueblo, hubiera salido a buscar la mediación con San Jacinto, que era el otro inmediatamente colindante hacia el norte; para cerrar las tierras de San Jacinto, por el occidente, o "por la costa de la Mar", como reza el título, señaló: "El paraje que llaman la Sabana de María en dicho camino antiguo (el de las Sabanas de Tolú para Cartagena) y la mediación del sitio de San Juan". Esto fue lo que practicó o intentó practicar el 10 de marzo. j) El 11 del mismo pasó a "señalar los linderos de tierras que corresponden al sitio de San Juan Nepomuceno por la Banda de la mar", esto es, por el occidente y, al efecto, se fue hasta la división con las "tierras que llaman de Marquez", cuyo poseedor era un señor Salvador Gaviria; luego siguió por el camino real de entonces y "desde la mediación del que viene de San Jacinto, hasta la mediación del de San Cayetano", parece que dejó señalado el terreno de San Juan Nepomuceno. Ese mismo día señaló la línea de San Cayetano a San Agustín con las siguientes expresiones: "y por la de dicho San Cayetano correspondiendo lo demás de él desde allí a la vecindad de dicho San Cayetano, y por la banda del río de la Magdalena a la mitad del camino que hay para San Agustín de Playa Blanca, situada a orillas de dicho rio". — k) El propio 11 de marzo, en diligencia redactada inmediatamente después de la que precede, completó el señalamiento para San Cayetano, pues dice: "a dar posesión y señalar los linderos de tierras que corresponden al sitio de San Cayetano... las que corresponden desde la mediación del camino de San Juan por el camino real hasta la mitad del que sigue el Palenque de San Basilio, y por la banda de la costa hasta los linderos de tierras de la hacienda de Marquez que posee Salvador Gaviria...; y por la banda de Mahates a confinar con las tierras de la hacienda de Mandinga que posee don Manuel de Escobar, y por la del rio de la Magdalena a confinar con los linderos de la hacienda de lo que llaman del Rey y sus inmediaciones hasta la mitad del tránsito al sitio de San Agustín de Playa Blanca, situado a las orillas de dicho rio, etc". Si se compara esta terminación con lo que reza la diligencia iniciada el 20 de febrero arriba transcrita, parece que allí cerró su circuito don Antonio de la Torre; porque de San Agustín de Playa Blanca salió y a San Agustín de Playa Blanca volvió. l) En el sitio de San Cayetano, a 13 de marzo de 1779, otorga testimonio sobre que tiene cumplidas las diligencias de posesión de tierras "a todos los sitios de esta montaña". Explica que la "extensión" en la forma que queda redactada, "por razón de lo crecido de los vecindarios y algunos parajes infructuosos para las labranzas". m) Finalmente existe otra nota del señor de la Torre que hace constar el 14 de noviembre de 1780 que no habiendo podido entregar "estas diligencias" oportunamente, según lo que él mismo había ordenado a 13 de marzo del año anterior, resuelve ahora que se de testimonio a los interesados. Ese testimonio se expidió con destino a servir de título de posesión de tierras y lo autorizó con su firma don Antonio de la Torre en San Juan Nepomuceno el 17 de noviembre del citado año de 1780.

Hay fundamento para tener ese testimonio, junto con sus antecedentes, como el título original que el señor de la Torre entendió conceder a los vecinos de los mencionados sitios.

Aunque no existe en los autos prueba directa de que estos títulos se hubiesen llevado al Gobernador de Cartagena para su aprobación, don Antonio de la Torre sí ordeno entregar copia a los interesados, y es posible que las diligencias originales o una copia expedida por de la Torre hubiese servido para que en 1829 el Juez Episcopal Hacedor de Diezmos los tuviese a la vista cuando le ordenó al Notario del ramo expidiera la copia que luego autoriza José Vicente López en Cartagena el 3 de junio de dicho año de 1829 ... Estas consideraciones y las que ya se hicieron tocantes con el origen del título, que explican por qué funcionarios de jurisdicción eclesiástica intervinieron en ciertas diligencias y en expedición de copias sobre ellas, a lo que se agrega la relativa aproximación histórica entre la expedición del título por el comisionado del Gobernador de San Jacinto (año de 1780) y su aparición en Cartagena (1829), concurren a formar la deducción que la Sala hace de que el título aducido, si se considera su origen, debe admitirse como válido, a lo menos en principio, para acreditar que las diligencias que lo produjeron y el título mismo merecen considerarse como aptos para ser examinados y deducir si de ellos se desprende la comprobación de que las tierras a que se refieren fueron adjudicadas legal y válidamente al sitio de San Jacinto, después municipio del mismo nombre.

Ha sido preciso estudiar en conjunto la titulación de este municipio de El Carmen y de San Juan Nepomuceno por hallarse estrechamente relacionadas, pues la diligencia de posesión que se

alega como dada en respecto de esas tierras se practicó en un solo acto, aunque en varios días, por el nombrado capitán de la Torre. Y los razonamientos que siguen también habrán de comprender, por idéntica causa, a los tres sitios de la montaña de María que luego se convirtieron en Municipios, con las denominaciones vistas. Hecho el recuento de las piezas más importantes que constituyen los títulos insertos en la escritura número 63 de 1872, de la Notaría de El Carmen (Bolívar), corresponde expresar ahora algunas consideraciones sobre el decreto que expidió en Cartagena don Juan Pimienta, Gobernador de la Provincia, el 6 de febrero de 1778 y que aparece incorporado en las diligencias mencionadas de la adjudicación de tierras a los sitios de la Montaña de María, no expedido ciertamente con la denominación particular de ninguno de esos sitios, pero sí con un auto que ordena aplicar a ellos lo dispuesto por la adjudicación de tierras a San Antonio Abad, en lo cual no encuentra la Sala dificultad alguna, pues es claro el propósito del Gobernador de que se aplique lo que él dispone, en la misma fecha para la adjudicación de tierras a San Antonio Abad, a la de los sitios de la Montaña de María. Con esta advertencia, ha de verse el texto del dicho decreto, que es como sigue: "Cartagena 16 de febrero de mil setecientos setenta y ocho. Vistos y siendo muy conforme a las leyes novena y décima del título V., Libro IV de las Municipales que a los nuevos pobladores se les repartan tierras para sus ganados y labor con la proporción debida y sin exceso en términos de que, señaladas dehesas para el beneficio común de la población se verifique un proporcional repartimiento, suficiente a la actividad particular de cada población (poblador) dejando baldío el demás terreno para que se hagan otras mercedes en la forma regular, según lo advertido en la ley XIV, título VII del propio Libro y bajo los cargos y condiciones que comprenden las leyes primera y siguientes del título XII. Desde luego el capitán don Antonio de la Torre comisionado para la fundación de las poblaciones procederá a señalarles término y terreno bastante a la de (San Antonio Abad) dejando los ejidos y dehesas, y repartiendo tierra a cada poblador que puedan cultivar y aprovechar atentas las circunstancias locales y de las mismas personas a efecto de que, distribuído el terreno necesario, bajo de los cargos y condiciones insinuadas, puedan venderse las demás tierras que quedaron baldías con arreglo a las ordenanzas de su Magestad, y sin cuyo perjuicio en su real patrimonio se ejecutará esta providencia, para lo cual se remitirá copia de ella al capitán don Antonio de la Torre".

En el decreto transcrito se hace referencia a las leyes IX, y X, Título V, Libro IV de las leyes Municipales, incorporadas en el código de la Recopilación de 1680, y también a la ley XIV título VII del mismo libro. Ya en este fallo se hizo un estudio sobre el significado de tales leyes y acerca de su aplicación; y se observó cómo la adjudicación de tierras a poblaciones debió hacerse, según esos preceptos, destinando una parte a usos de aprovechamiento común y otra a darse individualmente a los pobladores. Es curioso ver cómo en el decreto del Gobernador se dispone el cumplimiento de las leyes de idéntico modo: "El capitán don Antonio de la Torre... procederá a señalarles término y terreno bastante... **dejándole ejidos y dehesas, y repartiendo tierras a cada poblador".** El capitán de la Torre, por lo que se ha visto, hizo un señalamiento global de tierras a las poblaciones, no siquiera a cada una en forma concreta o definida, sino a todas las de los sitios de El Carmen, San Jacinto y San Juan Nepomuceno, en conjunto, quedando por definir el límite particular del terreno asignado a cada población. En este particular es importante anotar que así lo admite el señor abogado del avisante cuando expresa: "Teniendo en cuenta estas bases, será fácil llegar a la verdadera interpretación del sentido que tienen las posesiones dadas por el Capitán de la Torre. En ellas, dada la circunstancia de que todas las poblaciones estaban situadas en un solo bloque de terreno, muy cercanas las unas de las otras, con intereses comunes, era muy indicado que no señalara en las diligencias la línea general del perímetro dentro del cual quedaba comprendido todo el sector de la Montaña de María en donde estaban ubicados los cinco sitios, señalamiento que sería el fundamental y más importante. Las líneas interiores de demarcación, por medio de las cuales se particularizaba el terreno de cada lugar, eran necesarias para fijar el derecho en uno u otro pueblo especialmente, pero hasta cierto punto adjetivas".

Dedúcese de lo observado que propiamente lo que el capitán de la Torre efectuó fue un señalamiento global de tierras a los sitios de la Montaña, que podría considerarse como un primer acto en la adjudicación. Las leyes vigentes, tantas veces mencionadas, y el propio decreto del Go-

bernador, ordenaban una entrega de las tierras en forma distinta: una parte para ejidos, dehesas y aprovechamientos comunes, y otra parte debía ser repartida entre los pobladores.

En una interpretación racional y humana del hecho jurídico que los títulos atestiguan, ha de reconocerse valor a esta primera parte, por así llamarla, de la adjudicación de las tierras; pero al propio tiempo y por imperativo claro que se deduce del contenido y ordenamiento de las leyes vigentes sobre adjudicación de tierras a poblaciones, hay que afirmar asimismo que con posterioridad al señalamiento de tierras que hizo el capitán de la Torre, debió producirse un acto de cada uno de los cabildos que cabía dentro de sus facultades, por dar aplicación a las tierras señaladas a su jurisdicción tanto lo dispuesto en las leyes y en el decreto del Gobernador Pimienta, y destinándolos a los varios fines previstos dichos ordenamientos. La intervención del cabildo en el repartimiento de las tierras dadas a las poblaciones se hallaba previsto en varias leyes, entre ellas la ley V, Título XII Libro IV de la Recopilación, que disponía: Habiéndose de repartir las tierras,... los virreyes o Gobernadores... hagan el repartimiento, **con parecer de los cabildos".**

En el título atrás relacionado de la adjudicación de tierras a la Villa de Tenerife, al Cabildo le correspondió intervenir en forma principal: La aplicación de las tierras a los fines señalados en las leyes se hizo con su intervención, y en todos los actos antecedentes las autoridades ante las cuales se cumplió el trámite expresaron su parecer o su voluntad de que las tierras a Tenerife se entregaran mediante comisión al Cabildo para que las distribuyese una vez señalados los límites generales del territorio cedido (vista del Fiscal de la Real Audiencia de Santa Fe), o a lo menos con acuerdo del Cabildo para la distribución. La posesión se dió, después del acuerdo del comisionado con el Cabildo, en dos lotes formados en seguida de la mensura de las tierras, uno de cinco leguas de montaña para las labores o suertes de labor, que decía darse a los pobladores, y otro también de cinco leguas para ejidos, dehesas, pastos y propios, de aprovechamiento común. Esta adjudicación de tierras a la Villa de Tenerife no es siquiera un antecedente de notoria validez e importancia para la interpretación de las leyes respectivas, sino un acto concomitante, ejecutado en la misma época y a cuya realización contribuyeron, como ya se ha dicho, los más altos funcionarios del Virreynato. La adjudicación a los sitios de la Montaña de María debió hacerse, si no con el lleno de todas las ritualidades y trámites que se emplearon para la de Tenerife, sí al ménos con el lleno de los requisitos esenciales establecidos en la legislación que se hallaba entonces vigente. Y uno de esos esenciales requisitos u objetos era el de que las tierras dadas a las poblaciones se aplicasen en una buena parte a los pobladores, individualmente considerados, y en otra a la entidad pública para rentas de ella (los propios), o para usos comunes.

Admitiendo, como lo admite la Corte, que la adjudicación a las poblaciones de la Montaña de María hubiese podido hacerse jurídicamente a través de los medios que demuestran los títulos presentados a este juicio, o sea con los actos ejecutados por el Capitán Antonio de la Torre en comisión del Gobernador de Cartagena, encuentra sinembargo que tales actos del comisionado no son bastantes para producir por sí solos la comprobación de haberse adjudicado válida y jurídicamente las tierras al objeto contemplado y que hoy se alegan haciendo radicar la adjudicación en las personas de derecho público llamadas municipales, de El Carmen, San Jacinto y San Juan Nepomuceno, como sucesores de las primitivas poblaciones. Porque a tal deducción se opone el imperativo ordenamiento de las leyes vigentes en la época en que actuó el Capitán de la Torre y que hacían obligatoria la distribución de las tierras en forma de beneficiar tanto a los pobladores en particular como a las poblaciones consideradas como personas de derecho público. Es posible que en un examen o estudio más detenido del que hasta ahora se ha hecho, con documentos complementarios pueda llegarse a la comprobación que en el presente juicio no ha podido aducirse; bien sea demostrando, como se ha explicado, qué áreas fueron las que realmente pasaron a poder de las poblaciones en su carácter de entidades públicas, bien sea estableciendo el uso común que de esas tierras se hizo por las poblaciones y el aprovechamiento que como dueños hubiesen hecho los pobladores y sus sucesores legales de conformidad con las leyes. Mientras éstas comprobaciones no se aduzcan, no es tampoco posible que el Juez, en el presente caso la Corte, reconozca la validez del título en mención, en la forma que se pretende, pues ello contrariaría los mandatos legales ya examinados y además podría significar el desconocimiento de la propiedad de particulares que

razonablemente pudo configurarse con origen en los repartimientos de tierras a los pobladores de los sitios de la Montaña de María.

De otro lado, y si se contempla la hipótesis de que las tierras adjudicadas a particulares hubiesen sido abandonadas por éstos y surgiera así la posibilidad de haberse convertido en bienes vacantes municipales, hay que advertir que las leyes españolas pertinentes estatuían que los bienes mostrencos (y bajo esta denominación se incluían los vacantes) cuyos dueños no se presentasen hechas las necesarias diligencias de publicidad, pertenecían al Fisco real o sea a la Corona. Por donde se llega al planeamiento de una situación que no podría desatarse sino a la vista de elementos de juicio y de pruebas adecuadas para resolver este interrogante, y que aquí no se han traído.

Adoleciendo el título presentado del vacío o laguna que se ha visto, ha de declararse por la Corte que es inoperante para los fines perseguidos con la presentación del aviso que dió origen a este juicio, sin que sea necesario el que la Sala se pronuncie sobre otro aspecto jurídico planteado por el Ministerio y contemplado por el señor Procurador al afirmar que el dicho título es inadmisible como prueba porque carece de la confirmación que las leyes aplicables exigían para todos los títulos de tierras. Se anota sí que el título expedido por don Antonio de la Torre, según en él se expresa, debía someterse a la aprobación del Gobernador de Cartagena, lo que no aparece en los documentos allegados al expediente.

Resolución

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es jurídicamente fundada la pretensión de la sociedad avisante, denominada La Junta Petroleum Company, de efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleos de propiedad privada y de explotar el petróleo que se encuentre en el globo de terreno ubicado en el Municipio de San Jacinto, departamento de Bolívar, alinderado como aparece al comienzo del presente fallo.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado C. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

AUTOS INTERLOCUTORIOS

El auto que decreta la práctica de pruebas es interlocutorio, lo mismo que el que las niega.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, enero veintiocho de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado).

El apoderado de doña Lucrecia Forero v. de Flórez pidió que con citación de la parte demandada —que lo es la Nación— se ordene practicar una prueba de testigos y un dictamen pericial.

El señor Magistrado a quien se le repartió en la Corte el negocio decretó las pruebas para que se practiquen con citación de la contraparte, de acuerdo con la solicitud de la actora.

Contra tal providencia interpuso el señor Procurador recurso de reposición para que se revoque "en cuanto ordena que los testigos a que se refiere la petición primera depongan sobre el sexto punto del interrogatorio, y en cuanto dispone que los señores peritos (petición quinta) dictaminen sobre el punto c) del respectivo cuestionario.

El señor Magistrado dijo en su auto de veintiocho de marzo:

"Como se trata de un auto interlocutorio, como lo es el que decreta una prueba, pase el anterior memorial de reposición al Magistrado de la Sala que sigue en turno, para que decida la súplica".

Así se hizo. El Magistrado del turno dispuso que se le diera cumplimiento a lo que dispone el artículo 488 del C. Judicial. Cumplida la formalidad sin que la contraparte hubiera dicho nada en orden a la reposición, está para resolverse el recurso.

El señor Magistrado ponente se desprende eventualmente del conocimiento para que lo asuman los restantes de la Sala, porque en su concepto el recurso está interpuesto contra un auto interlocutorio. Determinar si en realidad lo es, constituye la primera cuestión a dilucidar, ya que un recurso de súplica no podría prosperar respecto de un auto de mera sustanciación.

De acuerdo con la disposición del artículo 466 del C. Judicial, las resoluciones de carácter judicial se denominan autos y sentencias, y son de tres clases, a saber: autos de mera sustanciación; autos interlocutorios y sentencias propiamente dichas.

Conforme al numeral 1º son características de las sentencias la de ser decisiones sobre lo principal del pleito, y la de tener el alcance de definirlo o terminarlo.

Las de los autos de sustanciación son, de acuerdo con el numeral 3º, la de limitarse a disponer simples trámites y darle progresivo impulso a la actuación.

El numeral segundo describe otras providencias, que sin tener el alcance asignado a las sentencias, son, sin embargo, de alguna trascendencia en el pleito en que son pronunciadas.

Arquetipo de estas últimas providencias, es el auto que resuelve alguna de aquellas controversias accidentales discutibles en el curso del juicio, que el artículo 391 designa con el nombre de incidentes.

Pero hay otros autos como los que resuelven o determinan la personalidad de las partes o sus representantes, los que resuelven la inadmisión de la demanda o la denegación del recibimiento a pruebas del juicio, que pueden considerarse como decisiones especiales **inter loquentes** y que por esa condición merecen el título de autos interlocutorios. "A todos los que contengan resoluciones análogas" los cobija con ese calificativo el numeral 2º del artículo 466 del C. Judicial.

Las resoluciones o determinaciones que enuncia el numeral 2º tienen influencia en el juicio. Algunas veces definitiva, como la de la inadmisión de la demanda, porque una resolución tal, desde que quede ejecutoriada, le pone término al pleito.

La Comisión encargada de la elaboración del proyecto que es hoy Código de Procedimiento Civil, explicó en su informe que no había hallado "fórmula precisa para definir los autos interlocutorios" y añadió que a falta de fórmula se había visto precisada a hacer una enumeración. Ad-

virtió que tal enumeración "no tiene el carácter de limitativa, de suerte que —agrega— corresponde a los Jueces resolver en los casos dudosos cuales otras providencias, fuera de las enumeradas, y por razón de analogía, deben calificarse como interlocutorias".

La falta de una fórmula precisa ha dado lugar a que se haya querido calificar de distinta manera a los autos que ordenan la práctica de pruebas y a los que las niegan. A aquellos se les ha asignado el carácter de autos de simple sustanciación o mero trámite; a éstos el de autos interlocutorios. Esta diferenciación la han aceptado Jueces y Tribunales de nuestro país, auncuando con ella están en discrepancia profesores de derecho procesal. En concepto de esos profesores, el auto que decreta pruebas es interlocutorio, como lo es el que las niega.

A atribuírles a los autos que decretan pruebas el carácter de interlocutorios, acuden razones derivadas de la propia redacción del artículo 466, y de la naturaleza y el alcance de las providencias en cuestión.

A) La disposición del numeral 2º de tal artículo constituye, gramaticalmente examinada, una proposición cuyo sujeto es éste: **Los autos interlocutorios.** A este sujeto se le atribuyen estas acciones: la de determinar la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes; la de resolver o determinar la inadmisión de la demanda; la de resolver o determinar la denegación del recibimiento a pruebas; la de resolver o determinar la práctica de cualquiera de ellas; la de resolver algún incidente del juicio, y la de resolver o determinar incidencias análogas a las que el mismo artículo deja enunciadas.

Predicándose esos atributos de un solo sujeto, la proposición puede descomponerse en tantas otras cuantas son las acciones que al sujeto se atribuyen. Y entonces, sin quebranto del pensamiento esencial que tuvo el legislador, puede decirse: "son autos interlocutorios los que resuelven o determinan la personalidad de alguna de las partes"; con razón igual a la que hay para decir: "son autos interlocutorios los que resuelven o determinan la práctica de una prueba cualquiera".

B) Tal interpretación consulta mejor el alcance de la providencia que decreta las pruebas.

Antes que todo conviene recordar que de acuerdo con el artículo 593 del C. Judicial, el éxito de un asunto sometido a la decisión de los jueces, depende de la demostración que a éstos se les haga de la existencia y verdad de los hechos conducentes de la demanda y de la defensa. Vale decir que la propuesta de pruebas puede recatar la pauta de la resolución definitiva.

Por eso en el debate probatorio debe ser idéntica la conducta del Juez así para admitirlas como para rechazarlas. En uno y otro caso ha de tener en cuenta la oportunidad con que se propongan, la conducencia que revelen y la eficacia de que estén revestidas por la ley.

Ciertamente que cuando el Juez deniega una prueba, el auto que la deniega tiene estas características:

a) No se limita a darle impulso progresivo al juicio, sino que resuelve una cuestión propuesta por parte interesada;

b) Esa resolución, auncuando accidental en el juicio, puede causarle gravamen o lesión a las partes, en ocasiones irreparables;

c) Por la misma trascendencia que puede tener la negativa de las pruebas, al Juez no le es dado tomarla sin la motivación suficiente de que habla el artículo 470 del C. Judicial. Lo común es que esa motivación no esté explicada o detallada. Pero el silencio u omisión de detalles no arguye inexistencia de motivos. Se niega, v. gr. una diligencia de careo en materia civil, y el Juez no expresa el motivo de la negativa. Ese proveído negatorio no queda por esa circunstancia relegado a la condición de auto de simple sustanciación.

¿Tienen las providencias que decretan pruebas características esencialmente distintas de las que las niegan? Eso es lo que importa establecer ahora.

a) El Juez, salvo casos en que está autorizado por la ley —como el del artículo 600 del C. Judicial— no puede decretar oficiosamente la práctica de pruebas. Si no se han acompañado a los escritos de demanda o de excepciones o a las contestaciones respectivas, inspecciones o diligencias en que él y las partes intervienen, las pruebas tienen que ser pedidas, y el pedimento tiene que hacerse dentro de los términos señalados al efecto. Procede, pues, el Juez no oficiosamente, sino a petición de parte; es decir: que no obra en cumplimiento de la elemental obligación de "adelantar los juicios por sí mismo", que es lo que caracteriza a los autos de simple sustanciación o mero trámite.

b) Auncuando el Juez haya dispuesto el debate probatorio, por haber hechos pendientes que así lo exijan —v. gr.: en el caso del artículo 745 del C.

Judicial— si no se le piden pruebas, él no las puede decretar (salvo el anotado caso del artículo 600). Y si le piden, tiene que verificar si están pedidas en tiempo y si se las ha pedido quien tiene derecho a ellas.

c) Si alguien pretendiera que se decretaran pruebas extrañas al negocio que en particular ha de ser decidido por la justicia, el decreto de pruebas no lo podría expedir el Juez. Luego la resolución sobre práctica de pruebas no puede dictarse sino en vista de la pertinencia de las mismas.

d) El decreto de pruebas puede causarle gravamen o lesión a la parte contra quien ellas se oponen; la citación de una persona a que comparezca ante los jueces con fijación de dia y hora precisos, el cotejo de letras o de firmas, son ejemplos de que un decreto de pruebas les puede ocasionar perjuicios de gran trascendencia a las partes contra quienes deben obrar tales pruebas (arts. 618 y 628 del C. Judicial).

Explícase así que la resolución sobre prácticas de pruebas, en lo común y ordinario, se expide con citación de la parte contraria.

Síntesis de lo expuesto es que la resolución para que se practiquen pruebas, al igual de la resolución que las niega, no la puede tomar el Juez sin un examen previo, sin estar convencido de la pertinencia y oportunidad del pedimento, es decir, de los motivos que tenga quien lo haya formulado.

Quedan en esos términos expuestos los motivos que la Sala tiene para considerar como interlocutorio el auto que ha sido materia de la súplica.

Si para la sustentación del auto suplicado algo faltara, sería el recabar sobre la amplitud que en materia de pruebas ha puesto de patente el autor del estatuto procesal de 1931.

En ese espíritu amplio se informan las disposiciones regularizadoras de los trámites de probanzas en los pleitos ordinarios y en los especiales.

En ese mismo espíritu se inspiró el artículo 505 cuando provee sobre las apelaciones de los autos interlocutorios para dotarlos de debate probatorio. Allí puede verse que no solamente la negativa de pruebas por el inferior da lugar a recurrir al superior, sino que éste ha de despachar la alzada aún en el caso de que, decretada la prueba, ella no se hubiere practicado por circunstancias no imputables a quien la haya solicitado.

Es que el objeto de los procedimientos judiciales, como lo dice el artículo 472 del Código de la materia, es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva. De ahí la norma de que "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".

La admisibilidad del recurso. — La Comisión redactora del actual estatuto de Procedimiento Civil dice que la súplica "es el único recurso que se da contra los autos interlocutorios que dicte un Magistrado en calidad de ponente, esto es, cuando no procede como Juez **ad-quem**, lo que quiere decir que respecto de estas providencias, en vez de pedir que sean reformadas o revocadas por su mismo autor, se dirige la solicitud a los Magistrados restantes de la Sala, para que sean ellos los que la reconsideren, que es el medio más adecuado para que se enmiende el agravio o el error si lo ha habido. No hay otra diferencia que ésta entre el recurso de súplica y el de reposición. Es antijurídico decir, como lo dice la ley vigente (se refiere al C. Judicial al que rigió hasta el 31 de diciembre de 1931) que tales autos son apelables para ante el resto de la Sala, porque la apelación supone un segundo grado de jurisdicción, el que no se concibe dentro de un mismo cuerpo y con relación a un mismo asunto".

El recurso de súplica aparece como una innovación en la Ley 105 de 1931, pero no era desconocido en el derecho procesal. El reputado tratadista Escriche, al hablar en su Diccionario de Legislación y Jurisprudencia sobre las **suplicaciones** establecidas por las Leyes de Partida, hace presente que aquellas fueron un recurso ideado para que ciertos Tribunales (Audiencias y Chancillerías) pudieran corregir, enmendar o revocar sus propias providencias, ya que en rigor no podría apelarse ante esos mismos Tribunales, puesto que la apelación se ha de interponer de un Juez menor a otro mayor.

Al decretar las pruebas el señor Magistrado en el caso que se estudia, no ha procedido como Juez **ad- quem.** Ha procedido como sustanciador, y en cumplimiento de los deberes que le señala al ponente el artículo 84 del C. Judicial.

Debe, pues, entenderse que cuando el señor Procurador pidió reposición del auto en cuestión, quiso interponer el recurso pertinente. Y como en virtud de lo dicho hasta aquí el recurso pertinente es el de súplica, ha obrado dentro de la ley el señor Magistrado al dejar la resolución de tal recurso a los Magistrados restantes de la Sala.

La incongruencia y la ineficacia de las pruebas. Esta misma Sala de Negocios Generales de la

Corte, en auto de diez de junio de mil novecientos cuarenta, asentó la tesis de que basta que la prueba pedida, por la sola enunciación que de ella haga el solicitante, sea de las conducentes y legales para que haya obligación de decretarla (G. J. Nos. 1957 y 1958, Tomo IL).

Si se atiende a la enunciación de pruebas que para esta instancia quiere aducir el demandante, hay que convenir en que son ellas conducentes desde un punto de vista general. Se trata de pruebas testimoniales en el capítulo primero; de pruebas escritas en los capítulos II, III y IV; y de prueba de peritos en el capítulo final. La simple lectura del memorial deja la impresión de que quien lo ha elevado se propone demostrarle a la justicia la existencia y verdad de los hechos que ha invocado en la demanda, usando para ello de medios probatorios, como son los mencionados, específicamente reglamentados en el Título que el Código de Procedimiento Civil dedica a las pruebas.

En relación con la prueba testimonial, el memorial de pruebas deja ver que la intención de quien la propone es la de demostrar con ella el naufragio de la lancha en que perdió la vida el doctor León Francisco Flórez, a la vez que demostrar que el vehículo ya estaba en esa ocasión averiado.

Que la petición, tal como se ha elevado a la Corte sea ocasionada a que los testigos señalen causas del naufragio y expongan sus personales apreciaciones sobre el mismo hecho, podrá significar que el pedimento es defectuoso, pero no que la prueba sea inconducente.

Que uno de los puntos, el VI del memorial, en vez de pedir un testimonio, pida un concepto que incumbe a expertos, es ello cuestión que pertenece a la apreciación o calificación del mérito de la prueba; y la oportunidad de hacer esa calificación o justiprecio es el de la sentencia.

La labor discriminatoria del valor que las pruebas tengan en relación con las pretensiones de parte y parte y como fundamento del derecho sub lite, tiene su oportunidad. El Juez realiza esa labor al proferir la decisión de fondo (art. 742 C J.). Quiere ello decir que es entonces cuando puede hacer la disección de las pruebas para verificar hasta donde reúnen ellas las condiciones que las habilitan como elemento de convicción, y por donde flaquean o carecen de prestancia legal. En ese momento supremo es cuando el Juez tiene que apreciar las pruebas de acuerdo con su estimación legal.

La Sala suplicada comparte las opiniones del señor Procurador Delegado, sobre la necesidad de apreciar como pruebas de distinta índole la de testigos y la de peritos: si no hubiera distinción esencial entre ellas, no les dedicaría el Legislador a cada una de ellas un tratado por separado.

Mas como en el caso de autos las peticiones para que se oigan testimonios y se practiquen peritazgos los encuentra la Sala ceñidos al asunto materia del litigio; y como a primera vista no halla manifiestas la inconducencia y la ineficacia de esas pruebas, cree que deben ser admitidas, como las admitió el señor Magistrado, a reserva de que en la sentencia reciban la calificación que conforme a la ley les corresponde, y se aprecien si estuvieren estructuradas como lo dispone la ley, o se desestimen, en el caso contrario.

En mérito de lo expuesto, la Sala integrada por los Magistrados que firman esta providencia, MANTIENE la que ha sido materia del recurso de súplica.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al señor Magistrado del conocimiento.

Germán Alvarado. — **Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock.** — **Humberto Gómez Naranjo,** Conjuez. — **Ramón Miranda.** — **Nicolás Llinas Pimienta,** Srio.

AUTOS INTERLOCUTORIOS

El auto por medio del cual se ordena poner en conocimiento de las partes que determinada entidad judicial carece de competencia para conocer de determinado proceso, o cualquier otra causal de nulidad, no es un auto interlocutorio porque en él o por medio de él no se decide nada, ni esa providencia guarda ninguna analogía con las que enumera el artículo 466 del Código Judicial, puesto que ni decide ningún incidente del juicio, ni determina la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de cualquiera de ellas, casos enumerados en dicho artículo. El auto en cuestión se limita a ordenar un trámite procesal al igual que lo hace, v. gr., el que ordena fijar un negocio en lista, el cual, sin duda, nadie podría sostener que es interlocutorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero dos de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna)

Por auto de septiembre seis de mil novecientos cuarenta y siete, el Tribunal Superior de Bogotá, negó la reposición solicitada por el doctor Germán Cavelier Gaviria, apoderado de Shering Corporation en el juicio de oposición de registro de marca seguido por esa sociedad contra Sociedad Química Shering Colombiana S. A., del auto del mismo Tribunal de veinticuatro de julio último pasado, y concedió en el efecto suspensivo, para ante esta Sala de la Corte, el recurso de apelación que había sido interpuesto de manera subsidiaria.

En la providencia recurrida se dijo: "Vaya a conocimiento de las partes el vicio de incompetencia del Tribunal para conocer del presente negocio en primer grado (Ley 94 de 1931, art. 9º). Notifíquese personalmente".

Venido el negocio a la Corte, como el Magistrado sustanciador considerara que el recurso había sido mal concedido, pero quisiera al propio tiempo conocer el ilustrado concepto del Ministerio Público, en tan delicado asunto, ordenó correr traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, pero se abstuvo de ordenar en el mismo auto la fijación del negocio en lista, con el objeto de que caso que este alto funcionario fuera igualmente de parecer que la Corte carece de competencia para decidir el recurso evitar así una tramitación inútil, y llevar inmediatamente el asunto a la consideración de la Sala.

Al contestar el traslado que se le corrió, el Procurador, con fecha veinticuatro de noviembre conceptuó que la Corte debe declarar que no es el caso de resolver el recurso interpuesto por tratarse de un auto de sustanciación, y ordenar devolver los autos al Tribunal de origen.

Consideraciones de la Sala

Planteada así la cuestión, corresponde a la Sala decidir ante todo si la apelación es procedente en este caso, o si por el contrario, como lo estima el Procurador, se concedió por el Tribunal un recurso que no podía ser interpuesto, atendidas las disposiciones del Código de Procedimiento Civil reglamentarias de los recursos.

Estando generalmente admitido, aunque no existe al respecto norma legal explícita en el Código de Procedimiento Civil, como por el contrario sí se contiene en el de Procedimiento Penal (art. 186), que contra los autos de sustanciación no puede interponerse el recurso de apelación, el que sólo procede contra los interlocutorios y las sentencias, bastará con resolver ahora si el auto por medio del cual, conforme a lo dispuesto por el art. 455 del Código Judicial, se ordena poner en conocimiento de las partes la existencia de alguna causal de nulidad es interlocutorio o es de sustanciación.

Nuestros Códigos de Procedimiento, tanto Civil como Penal, no dan una definición de auto interlocutorio, sino que al tratar de éstos, se limitan a enumerar los principales. Ha correspondido, por tanto, a la jurisprudencia, cuando se trata de algún auto que no sea de aquellos que enumeran expresamente las leyes como interlocutorios o como de sustanciación, decidir en cada caso de qué clase de auto se trata.

Puede decirse, aunque ciertamente no con una absoluta e incontrovertible precisión, inadmisible por otra parte en esta materia, y atendiendo de manera principal al objeto mismo de los autos que los textos legales mencionados (arts. 466 G. J. y 156 Nº. 2. C. de P. P.) enumeran como autos interlocutorios, que éstos son aquellos autos o providencias que deciden una cuestión de fondo, diferenciándose sin embargo, de las sentencias, aunque éstas también deciden cuestiones de fondo en el proceso, principalmente por dos motivos: porque a diferencia de éstas, los autos interlocutorios no se profieren una vez que se ha agotado toda la tramitación procesal propia de cada juicio, aunque a veces ellos pongan término de manera definitiva a un proceso, y porque además la cuestión que se decide por medio de un auto interlocutorio no es aquella sobre la cual versa de manera principal el debate procesal, o, en otras palabras, que constituye el objeto principal de un proceso.

La comisión redactora del Código Judicial, al comentar la diferencia establecida en dicho Código, en lo que toca con los recursos, entre los autos de sustanciación y los interlocutorios, dijo: "en el fondo esa diferencia (se refiere a la existente entre las dos clases de autos) consiste en que los primeros no causan perjuicio, al paso que los segundos (habla de los interlocutorios) sí son susceptibles de producirlos".

Este criterio, que la citada comisión tuvo en cuenta para negar el recurso de apelación contra los autos de sustanciación, no es en opinión de la Corte, absolutamente exacto y suficiente para establecer una verdadera diferencia entre las dos clases de autos, aunque no puede desconocérsele cierta parte de verdad, puesto que la noción de perjuicio es bastante vaga y relativa, a tal punto que pueden entenderse por tal un sinnúmero de hechos.

Con las anteriores aclaraciones, no será ya muy difícil decidir si el auto recurrido es un interlocutorio, o si, por el contrario, debe considerársele como de simple sustanciación.

En efecto, si como se ha dicho, de los textos legales relativos a la materia, y, principalmente de la enumeración que esos mismos textos hacen de algunos interlocutorios, se deduce que estos autos deciden una cuestión de fondo, y no se limitan, como los de sustanciación, a ordenar simplemente un trámite, aunque la cuestión decidida por tales autos no es la principal del juicio, se llega fácilmente a la conclusión de que el auto por medio del cual se ordena poner en conocimiento de las partes que determinada entidad judicial carece de competencia para conocer de determinado proceso, o cualquier otra causal de nulidad, no es un auto interlocutorio, porque en él o por medio de él no se decide nada, ni esa providencia guarda ninguna analogía con las que enumera el artículo 466 del Código Judicial, puesto que ni decide ningún incidente del juicio, ni determina la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de cualquiera de ellas, casos enumerados en dicho artículo. El auto en cuestión se limita a ordenar un trámite procesal, al igual que lo hace v. gr. el que ordena fijar un negocio en lista, el cual sin duda nadie podría sostener que es un interlocutorio.

En el caso en referencia, como bien lo anota el Procurador, el que sí poseerá el carácter de interlocutorio es el auto que decide acerca de la nulidad que se ordenó poner en conocimiento de las partes.

Igualmente tomando en cuenta el criterio del perjuicio, que, como se deja dicho, adoptó la comisión redactora para diferenciar las dos clases de autos, y negar además el recurso de apelación contra los de sustanciación, se llega fácilmente a idéntica conclusión, porque francamente no se ve cuál sea el perjuicio que esta providencia pueda causar a las partes, distinto del que pueda provenir del retardo en la decisión final del juicio, perjuicio éste que sin duda se agrava todavía más con la interposición, sustanciación y decisión de una apelación, pues todas estas actuaciones demandan tiempo, y por tanto retardan aún más la terminación del proceso.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, se ABSTIENE de conocer del recurso de apelación interpuesto y concedido contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá de veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y siete, proferido en el juicio especial de oposición al registro de marca de fábrica seguido por Shering Corporation contra Química Shering Colombiana S. A., y en consecuencia ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

PERJUICIOS

1.—Los perjuicios deben ser algo concreto, tanto más los perjuicios materiales que no son algo únicamente subjetivo, sino que fácilmente puede comprobarse, estimarse y reducirse a una suma equivalente de pesos. Los perjuicios futuros que tan sólo se fundan en meras hipótesis o posibilidades, tal como es lo que una persona hubiera podido ganar de no haber fallecido o de no haber sufrido determinado accidente, no son en realidad, y estrictamente hablando, verdaderos perjuicios, algo que comporte el derecho a exigir una contraprestación o indemnización de quien ocasionó ese perjuicio o fue el autor del hecho del cual se siguió. Si a pesar de esto la Corte ha estimado en algunas ocasiones dichos perjuicios al liquidar la indemnización debida a determinada persona, lo ha hecho movida únicamente por un sentido de equidad y siempre que a virtud de determinados antecedentes pueda presumirse que éste existe con probable certeza y en potencia no muy remota.

2.—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 se 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.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero dos de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

El doctor Marco Naranjo López, en escrito presentado el trece de septiembre del año próximo pasado, interpuso recurso de reposición contra el auto de esta Sala de cinco del mismo mes, por medio del cual se confirmó el del Tribunal Superior de Bogotá de seis de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, que señaló en la cantidad de $ 24.908.33 el valor de los perjuicios materiales que la Nación debe pagar a la señora Emma Mendoza de Morales y a sus hijos menores, de conformidad con lo resuelto en fallos del mencionado Tribunal y de la Corte, de fechas 12 de julio de 1943 y 31 de enero de 1946.

Al recurso se dió la tramitación que ordena el art. 488 del C. J., y se procede a su decisión por medio de la presente providencia.

La objeción del recurrente va encaminada principalmente contra la parte del auto recurrido en la cual esta Sala con el objeto de rechazar la pretensión de la parte demandante de hacer computar para el efecto de la fijación del monto de la correspondiente indemnización de perjuicios, la evolución que habría tenido la renta del señor Carlos J. Morales, al no ocurrir su muerte, dijo lo siguiente:

"Entre los hechos de la demanda en que se dedujo la responsabilidad civil que motiva esta liquidación, figura el siguiente: "El citado Carlos Julio Morales era una persona joven todavía, de muy buenas condiciones personales y sociales...".

"El Tribunal de Bogotá, no obstante las probanzas aducidas en la primera instancia, no dispuso computar tales circunstancias y la Sala de Negocios Generales en la sentencia de segundo grado tampoco dió normas al respecto, pues la frase que figura en las bases y que pudiera tomarse como fundamento para estas pretensiones, indica que se tenga en consideración la edad del señor Morales en la época de su muerte y lo que ganaba en ese tiempo "de acuerdo con las constancias procesales y que hubiera podido producir una persona de sus peculiares condiciones".

"De esta frase no puede colegirse sino que para obtener el dato de lo que ganaba en la fecha de su fallecimiento el señor Morales, se deben estimar las constancias procesales y sus peculiares condiciones, más de allí no puede inferirse sin lugar a duda que se ordenara hacer cómputos en atención a proventos que se obtuvieran más

tarde por el desenvolvimiento de posteriores actividades del señor Morales".

En contra de estos argumentos de la Sala, sostiene el doctor Naranjo López "que la sentencia de cuyo cumplimiento se trata sí dispuso tener en cuenta las circunstancias mencionadas, entre las cuales se encuentra la de las condiciones personales, profesionales y sociales del señor Morales, o sea el hecho probado oportunamente de que el señor Morales era experto dibujante y hábil en negocios de construcción, que era persona de gran sociabilidad, y que había ejercido con eficacia tanto esas habilidades, como sus habilidades de contador".

Según el mismo abogado, la dicha disposición se contiene en las siguientes palabras de la sentencia de la Corte: "se haga la liquidación de los perjuicios materiales con base en lo dicho en los fallos de primero y segundo grado, y teniéndose en cuenta la edad del señor Carlos J. Morales al tiempo de fallecer, lo que en ese tiempo ganaba, de acuerdo con las constancias procesales y que hubiera podido producir una persona de sus peculiares condiciones; y su probable supervivencia, aplicándose al efecto las conocidas tablas del ingeniero Garuffa".

Además, para el recurrente, esas circunstancias siempre deberán ser tenidas en cuenta, aunque los fallos de primero y segundo grado no lo hayan dicho expresamente, porque ellas son necesarias para establecer la capacidad productiva de la víctima en el momento de la muerte, la que debe ser tenida en cuenta al establecer el monto de los perjuicios, porque así lo dispone la sentencia de la Corte con la frase "y que hubiera podido producir una persona de sus peculiares condiciones".

Subsidiariamente, y para el caso de que la Corte "insista en considerar que no debe tenerse en cuenta la evolución progresiva que habría tenido la productividad del señor Morales" solicita el recurrente se tenga en cuenta el proceso progresivo de desvalorización de la moneda que ha venido ocurriendo desde el año de 1941, y el correspondiente proceso progresivo del aumento del salario que devengaba el señor Morales en la fecha de su muerte, lo cual se acredita con el certificado expedido por el Ministerio de Guerra, y que obra a fols. 27 y 28 del cuaderno n. 5, a fin de que con base en este nuevo salario se haga la dicha liquidación porque, en sentir, cuando la Corte dijo que debe tenerse en cuenta "lo que ganaba en ese tiempo" se está refiriendo no al simple salario nominal, sino al salario real, es decir, no "a la suma de pesos que estaba recibiendo el señor Morales como compensación de su trabajo", sino el valor de las cosas que podía adquirir el señor Morales con la suma de pesos que recibía en los días de su muerte".

La Sala no encuentra suficientes ninguno de los argumentos aducidos por el doctor Naranjo López para fundar una modificación de su decisión adoptada en el auto recurrido.

En efecto, como ya lo dijo en la providencia de la cual se pide reposición, nada encuentra esta Sala en los fallos de cuyo cumplimiento se trata que obligue a hacer cómputos en atención a proventos que el señor Morales hubiera podido obtener más tarde por el desenvolvimiento de posteriores actividades, y, pese a la insistencia del demandante, no considera, como ya lo dijo en esa providencia, que de la frase que se contiene en la sentencia de segundo grado "que hubiera podido producir una persona de sus peculiares condiciones", se pueda sacar tal conclusión.

Los perjuicios deben ser algo concreto, tanto más los perjuicios materiales que no son algo únicamente subjetivo, sino que fácilmente puede comprobarse, estimarse y reducirse a una suma equivalente de pesos. Pues bien: se tiene entonces que los perjuicios futuros que tan sólo se fundan en meras hipótesis o posibilidades, tal como es lo que una persona hubiera podido ganar de no haber fallecido o de no haber sufrido determinado accidente, no son en realidad, y estrictamente hablando, verdaderos perjuicios, algo que comporte el derecho a exigir una contraprestación o indemnización de quien ocasionó ese perjuicio, o fue el autor del hecho del cual aquél se siguió. Si a pesar de esto la Corte en algunas ocasiones ha estimado dichos perjuicios al liquidar la indemnización debida a determinada persona, lo ha hecho movida únicamente por un sentido de equidad, y siempre que a virtud de determinados antecedentes pueda presumirse que éste existe con probable certeza y en potencia no muy remota.

Pero esto no es lo que ocurre en el caso de las sentencias de cuyo cumplimiento se trata en este incidente de liquidación, pues nada autoriza o da suficiente fundamento para considerar que el señor Morales abandonara el cargo oficial que ejercía al ocurrir su muerte, en un espacio de tiempo, más o menos breve, y que, una vez abandonado este cargo, sus especiales condiciones personales y sus conocimientos y habilidades le per-

mitirían conseguir una renta considerablemente mayor de lo que percibía como remuneración de su trabajo en el cargo que desempeñaba. Todas estas son simples hipótesis o posibilidades, lo mismo que lo es la del ascenso que dentro de su carrera administrativa habría podido obtener él, de lo cual habría derivado un mayor provento. Ninguna constancia o prueba obra en los autos que permita presumir tales eventos con probable certeza y en potencia no muy remota, condiciones que, como se ha dicho, son necesarias para que se tome en cuenta un perjuicio futuro.

Por otra parte, el ejemplo que en apoyo de sus afirmaciones trae en el memorial de reposición el doctor Naranjo López no viene al caso, porque nada está indicando que el difunto hubiera sufrido precisamente en los días en que ocurrió su muerte alguna disminución en sus ingresos anteriores, debido a la pérdida de un puesto, o a cualquier otro evento adverso, sino que todas las constancias procesales indican que el ingreso o renta de que disfrutaba cuando ocurrió el accidente aéreo en el cual perdió la vida, es el mismo que obtenía desde algún tiempo antes, no debiendo por lo tanto la Sala tomar en cuenta y resolver cómo debería procederse en un caso como el que se propone.

Menos fundado aún encuentra la Sala el argumento que propone el recurrente de manera subsidiaria, de que al decir la Corte que se tuviera en cuenta, al hacer la correspondiente liquidación de perjuicios, lo que el difunto señor Morales ganaba en el momento de ocurrir el accidente que le ocasionó la muerte, quiso referirse al salario real y no al salario nominal, y que por tanto debe atenderse a la devaluación que ha sufrido la moneda nacional en su poder adquisitivo desde aquel momento hasta la fecha, al efecto de fijar la suma que como indemnización debe pagarse a 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 influír los posibles cambios que durante ese plazo tenga el poder adquisitivo de la moneda, para que se 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 debe fijarse atendido 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.

Por tanto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, NO REPONE su providencia de cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EXCEPCIONES

1.—La excepción propuesta como dilatoria por el Sr. Fiscal del Tribunal de Medellín, según la cual la Nación no es responsable, "en casos como el presente, por mal desempeño de sus funciones por parte de sus empleados y funcionarios", es sustantiva y no de mero procedimiento. Ya dijo la Corte que "el que la acción sea actualmente ejercitable o no, el que radique o no en cabeza del demandante al tiempo de proponerse la demanda, son cuestiones de orden sustantivo, fuera del alcance de una excepción dilatoria".

2.—Cuando las personas que en un juicio comparecen a gestionar por otras no han acreditado su representación, puede el demandado exigir la conducente credencial antes de contestar la demanda.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— Bogotá, febrero nueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado).

Ante el H. Tribunal Superior de Medellín, entabló demanda ordinaria el señor Lino A. Ortiz. Señala como demandados a la Nación y al señor Eleázar Hernández, con la mira de que sean condenados solidariamente al pago de una suma de pesos.

El señor Hernández contestó la demanda. Pero el señor Fiscal Segundo del Tribunal, quien ha comparecido a representar a la Nación, propone excepciones antes de dar contestación a la demanda.

El incidente respectivo —que no tuvo debate probatorio— culminó con la declaratoria de ser **infundadas** las excepciones, y con la orden consecuencial de que el excepcionante debe contestar la demanda.

El señor Fiscal apeló y ha traído el negocio a la Corte.

El señor Procurador Delegado en la vista de su incumbencia halla ceñida a la ley la providencia recurrida, pero anota que las excepciones propuestas por el señor Fiscal en vez de infundadas son improcedentes.

Dos son las excepciones propuestas: la de inepta demanda y la de ilegitimidad de la personería. La primera la hace consistir el señor Fiscal en que la Corte ha asentado la doctrina de que la Nación no es responsable por el mal desempeño de las funciones de sus empleados y funcionarios. A la segunda le encuentra apoyo en el hecho de que la persona a quien apoderó el demandante para que lo representara en el juicio, no estaba matriculado en el Tribunal como abogado cuando hizo uso del poder.

La Corte considera:

El H. Tribunal resolvió las excepciones como cuestiones de puro derecho.

Excepción de inepta demanda. — La simple lectura del escrito de excepciones convence ciertamente de que el señor Fiscal no se propone el planteamiento de una excepción de las definidas en la primera parte del artículo 328 del C. Judicial. La ineptitud que le achaca la demanda no es la ineptitud prevista en el numeral 2º del artículo 335 de la misma obra, desde luego que no busca el simple aplazamiento o mejora de la demanda sino que ataca su eficacia intrínseca. Quiere que mediante el reconocimiento de la excepción se descargue a la Nación de toda responsabilidad.

La razón doctrinaria que el señor Fiscal excepcionante invoca en apoyo de su excepción —la que "según jurisprudencia ya sentada, la Nación no es responsable, en casos como el presente, por mal desempeño de sus funciones, por parte de sus empleados y funcionarios"— indica que no se debe tener en cuenta solamente la existencia de los presupuestos procesales y los impedimentos que la falta de ellos pudieran acarrear a la secuela, sino que se debe contemplar algo de mayor trascendencia, a saber: el título determinante de las obligaciones que la demanda le achaca a la Nación.

Patentízase así que el excepcionante ataca la acción en lo sustancial, y ese ataque no puede ser materia de un incidente previo. La ley señala la ocasión para ello: la de la sentencia definitiva.

Es entonces cuando puede hacer pronunciamientos sobre los puntos litigiosos, dando su derecho a cada una de las partes. (art. 471 C. J.).

Esta Sala de la Corte, dijo en fallo de siete de junio de mil novecientos cuarenta: "El que la acción sea actualmente ejercitable o no, el que radique o no en cabeza del demandante al tiempo de proponerse la demanda, son cuestiones de orden sustantivo, fuera del alcance de una excepción dilatoria" (G. J. Nos. 1957 y 1958).

No es, sinembargo, exacto que una defensa planteada en los términos propuestos por el señor Fiscal sea infundada. Puede tener su fundamento. Lo que hay es que no encajando su propuesta dentro del procedimiento breve del artículo 335, su improcedencia es palpable, como lo anota el señor Procurador.

Excepción de ilegitimidad de la personería. Cuando las personas que en un juicio comparecen a gestionar por otras no han acreditado su representación, puede el demandado exigir la conducente credencial ántes de dar contestación a la demanda.

El señor Fiscal excepcionante quiso, a guisa de excepción, exigir que don Lino A. Ortíz acreditara su condición de abogado inscrito. Ello, por aparecer firmada la demanda por él y por haberla presentado personalmente al Tribunal. Alega el señor Fiscal la prohibición contenida en el artículo 48 de la Constitución y reproducida en el 1º de la Ley 69 de 1945.

Pero la circunstancia de que, por sugerencia del mismo señor Fiscal, intervino ya un abogado inscrito, para prohijar y coadyuvar la demanda y para asumir el poder que en el libelo le confirió el señor Ortiz, ha hecho desaparecer la irregularidad que afecta a la presentación de la demanda. Hoy, resulta, por ello, improcedente la segunda de las excepciones.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— declara que son improcedentes las excepciones propuestas por el señor Fiscal, y confirma la orden de contestación de la demanda contenida en el auto recurrido.

Queda en estos términos reformado tal auto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

AUXILIO DE CESANTIA

Las leyes 22 de 1942 y 71 de 1945 no tienen efecto retroactivo y no pueden aplicarse, por tanto, a hechos plena y definitivamente consumados antes de su vigencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales— Bogotá, once de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

Por apelación legalmente interpuesta y concedida, corresponde a la Corte revisar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de veintiseis de agosto del año próximo pasado, por medio de la cual dicho Tribunal negó las peticiones de la demanda, que por apoderado formuló el señor Jesús M. Rodríguez O. contra la Nación, para que se decretara a su favor y a cargo del Tesoro Nacional, el pago del auxilio de cesantía a que se refiere el art. 1º de la Ley 71 de 1945.

El actor fundó su petición en los siguientes hechos: que el señor Rodríguez fue empleado de la Procuraduría General de la Nación durante treinta y siete años, es decir, del 4 de julio de 1901 hasta el 30 de junio de 1939, conforme aparece de la documentación que acompañó a la demanda; y que en la actualidad es mayor de sesenta y cinco años de edad.

En derecho se apoyó el demandante en lo dispuesto por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 71 de 1945 y en las disposiciones pertinentes de la Ley 22 de 1942.

La tesis del Tribunal

En la referida sentencia, dijo el Tribunal de Bogotá:

"Aparece acreditado de autos que el demandante señor Jesús M. Rodríguez O. sirvió cargos en la Procuraduría General de la República desde el mes de junio de mil novecientos dos (1902) hasta el mes de junio de mil novecientos treinta y nueve (1939); que en el desempeño de sus cargos observó buena conducta y que se retiró por renuncia aceptada por medio del Decreto Nº 8 del 15 de octubre del año de 1939. Es decir que fue empleado de dicha entidad por un lapso de 37 años, 6 meses y 19 días.

"Conforme a lo prescrito por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 71 de 1945, los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, tendrán derecho, al retirarse de su puesto, a más de la pensión de jubilación allí consagrada, al auxilio de cesantía correspondiente a los años que excedan de veinte de servicio, cuando su edad no sea inferior a cincuenta y cinco años. Dice así el Parágrafo citado: "Cuando el funcionario o empleado hubiere prestado servicios al Estado en los cargos dichos por más de veinte años, y su edad no sea inferior a 55 años, tendrá derecho, además, al auxilio de cesantía correspondiente a los años que excedan de veinte".

"Como se vé de lo anterior y como lo ha sostenido este Tribunal, el auxilio de cesantía a que se refiere el texto copiado es absolutamente diferente del auxilio de cesantía en general creado por la Ley 22 de 1942 en favor de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, ya que en realidad viene a ser un auxilio o complemento de la pensión que haya de otorgarse al funcionario o empleado que se halle en los casos contemplados por el artículo y parágrafo precitados, y en estas condiciones, teniéndose en cuenta la fecha en que el demandante cesó en sus funciones, ¿podrá sostenerse que tiene derecho al auxilio de cesantía que demanda? Estima el Tribunal que nó, por las siguientes razones:

"Como lo anota el señor Fiscal en su concepto, la fecha del retiro del señor Rodríguez O. del cargo que desempeñaba en la Procuraduría —mes de junio de 1939— no existían ni la Ley 22 de 1942 ni la 71 de 1945 en que se funda su pedimento. Por manera que al entrar en vigor dichos textos legales no existía vínculo jurídico alguno entre el demandante y la entidad demandada, y tales disposiciones no tienen el carácter retroactivo que ha pretendido atribuírseles en este caso. Por manera que mal podría condenarse o impo-

nerse a la Nación una carga que en manera alguna le corresponde. Por lo demás, ninguno de los textos relacionados impone a la Nación en forma directa, el pago de esta clase de prestaciones. Y si esto es así, fácil es concluír que las peticiones de la demanda no pueden prosperar".

La opinión del Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Civil solicita se confirme la sentencia recurrida, y dice: "Considera este Despacho, de acuerdo con el fallo apelado, que el auxilio de cesantía sólo puede decretarse a favor de aquellos empleados que estaban en ejercicio de sus cargos al entrar en vigencia la ley que lo estableció. Pero quienes dejaron de ser empleados con anterioridad a la vigencia de las leyes 22 de 1942 y 71 de 1945, no adquirieron en virtud de tales leyes, un derecho de que carecían al separarse de sus puestos".

Se considera:

A todo lo anterior basta agregar, en opinión de la Sala, que, como lo anotan también el **a quo** y el señor Procurador Delegado, ya esta misma Sala de la Corte dijo en sentencia de 22 de julio del año próximo pasado, proferida en el juicio seguido por Carlos Pérez Aguirre, en el cual se discutía una cuestión análoga a la que se encuentra **sub examine,** que: "la interpretación de la Ley 22 de 1942, por amplia que aquella sea, no puede llegar hasta el extremo de dar efecto a una institución, la del beneficio del pago por cesantía, para aplicarla retroactivamente a un fenómeno plena y definitivamente consumado, como ocurre con el retiro del señor Pérez Aguirre de sus funciones judiciales, lo cual hubo de suceder en época en que ese retiro en manera alguna originaba un reconocimiento y un pago por razón de cesantía".

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ASUNTOS REFERENTES AL TRABAJO

A partir de la vigencia del artículo 7º de la Ley 24 de 1947 los asuntos a que él alude corresponden a la justicia del trabajo.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— Bogotá, febrero doce de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna)

El doctor **Héctor Cuesta Angel,** como apoderado del señor Francisco **Restrepo P.,** demandó al Municipio de Andes, representado por el Personero, para que se hiciesen estas declaraciones:

"Primera. — Que el Municipio de Andes adeuda al señor Francisco Restrepo, la suma de mil nueve pesos con sesenta y seis centavos m/l. por concepto de servicios prestados en domingos y demás días festivos, ya nacionales, como religiosos.

Segunda. — Que el Municipio de Andes adeuda al señor Francisco Restrepo la suma de doscientos sesenta y dos pesos con setenta centavos m/l., por concepto de cesantía por el tiempo servido a su servicio (sic) y desde el año de 1942 en adelante.

Tercera. — Que el Municipio de Andes adeuda igualmente la suma de sesenta y siete pesos con cincuenta centavos m/l., por concepto de vacaciones no otorgadas y a que tenía derecho el señor Francisco Restrepo por haber trabajado al servicio de la entidad aludida.

Cuarta. — Que las sumas anteriores deben cubrirse dentro de los dos días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que finalice este juicio".

El Juzgado 2º del Circuito de Andes, por providencia de 16 de septiembre de 1946 falló así: 1º "El Municipio de Andes está obligado, una vez ejecutoriada esta providencia, a pagar al señor Francisco Restrepo, por concepto de vacaciones, la suma de setenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 77.50), suma ésta correspondiente a los años de 1942 y 1944 por los oficios desempeñados por dicho señor en su calidad de Inspector de Sanidad e Inspector de Obras Públicas del Municipio.

2º. — No hay lugar a hacer las demás solicitudes; y

3º — Se absuelve al Municipio de los demás cargos formulados".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, considerando que asuntos de la naturaleza a que se contrae este negocio, competen al Tribunal Seccional de lo Contencioso-Administrativo, lo remitió a esta entidad, la cual estimó no corresponderle "revisar, en el orden jerárquico, ninguna sentencia proferida por un Juez de Circuito", y en consecuencia dispuso devolver el negocio al Tribunal de origen.

Dicha corporación conceptuó que el conocimiento incumbe a la justicia del trabajo, en atención a que "la Constitución y la Ley crearon una justicia para conocer de todos los asuntos de orden social".

Entre el Tribunal Judicial y el Seccional del Trabajo se suscitó un conflicto de jurisdicción que toca decidir a la Sala de Negocios Generales, dando aplicación al artículo 427 del C. J.

El señor Procurador Delegado en lo Civil es de opinión que la competencia no pertenece ni a los Tribunales Judiciales ni a los laborales, sino a lo contencioso administrativo, según las respectivas normas de la Ley 167 de 1941. Así lo ha resuelto la Sala en varios pronunciamientos, como lo relativo a un juicio seguido por el señor Antonio Ramírez contra el Municipio de Rionegro sobre prestaciones originadas en leyes.

Hoy, con la vigencia del artículo 7º de la Ley 24 de 1947, la cuestión requiere otro planteamiento. Dice esta disposición: "El inciso 2º del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 quedará así: "También conocerá la justicia del trabajo de las controversias que se susciten por razón de las primas, sueldos, bonificaciones, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, cesantías y demás derechos y prestaciones sociales que tengan origen en leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional; ordenanzas, decretos y resoluciones de carácter departamental; acuerdos municipales o reglamentos particulares de entidades e institutos oficiales o semioficiales, siempre que se haya agotado el procedimiento de reclamación que en tales disposiciones se establezca. Para estos efectos, se entenderá haberse agotado el procedimiento por la tar-

danza en un mes o más en resolver la solicitud".

De conformidad con la norma tarnscrita, aquellas controversias competen a la justicia del trabajo, una vez que se haya agotado el procedimiento prejurisdiccional de reclamación.

De acuerdo con el art. 6º de la Ley 6ª de 1945, los Jueces de Circuito, donde no haya Jueces de Trabajo, conocerán de cuestiones laborales a prevención con el Juez del Trabajo, más cercano.

Cuando se siguió el juicio de que se trata, el Juez de Andes no tenía jurisdicción para el negocio, porque no era de los que le correspondían a la justicia laboral, como se infiere de los términos del inciso 2º del art. 58 de la mencionada Ley 6ª. Porque es obvio que el citado artículo 6º debe interpretarse en armonía con los artículos 58 y 59 ibidem.

En tales condiciones, la sentencia se profirió sin jurisdicción, y la Ley 24 —art. 7º— no ha revalidado la actuación. Quiere ello decir que este negocio debe volver al Tribunal Judicial para que allí se le encauce por las vías que se estiman legales.

Es, de otro lado, evidente que a partir de la Ley 25, estos asuntos corresponden a la justicia laboral.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte decide:

1º No es de competencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el conocimiento del asunto en segundo grado en el fondo.

2º Esta clase de negocios corresponden hoy a la justicia del trabajo desde que entró a regir la Ley 24 de 1947;

3º Devuélvase el presente negocio al Tribunal Judicial de origen para los fines a que haya lugar.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta. Srio.

SUSPENSION DEL JUICIO CIVIL MIENTRAS SE DECIDE LA ACCION PENAL

Cuando la decisión penal puede influir en la civil este último juicio se debe suspender.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales— Bogotá, febrero diez y nueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

Por medio de apoderado la señora Teresa Saldarriaga de Restrepo demandó al Departamento de Antioquia por indemnización de perjuicios, a causa de lesiones sufridas por su hijo, menor de edad, Alberto Restrepo, en la ciudad de Medellín, en un accidente ferroviario.

Conviene destacar del libelo el hecho 6 que dice así: "El accidente ocurrió por imprevisión, descuido, desorganización e imprudencia de la empresa ferroviaria cuyo estado de anarquía y de caos es del dominio público".

En auto de 5 de marzo de 1947 el Tribunal del Distrito Judicial de Medellín decidió lo siguiente:

"En mérito de las consideraciones expuestas, se dispone suspender la presente acción hasta que se decida definitivamente la penal que se adelanta por razón de las lesiones sufridas por el menor Alberto Restrepo Saldarriaga en la fecha y lugar de que habla la demanda.

Solicítese de la autoridad penal respectiva copia de la sentencia a que se refiere el aparte anterior, si ya se hubiese dictado; y en caso contrario, la misma autoridad enviará dicha copia una vez dictada la providencia respectiva y ésta tuviere el carácter de firme".

Tal decisión fue apelada, y así vino el negocio a esta Sala de la Corte, donde se tramitó de acuerdo con el procedimiento legal.

Cita el Tribunal el inciso 2º del art. 11 del C. de P. P., y se apoya en la sentencia de 29 de agosto de 1945 de la Sala de Negocios Generales de la Corte y que aparece publicada en los Nos. 2022, 2023 y 2024 de la Gaceta Judicial, pág. 585. En ella se expresó el concepto de que cuando la decisión penal puede influír en la civil, este último juicio se debe suspender. Allí se dijo: "Por lo que dentro de este orden de ideas encuentra exacta aplicación el art. 11, tantas veces mencionado, si a solicitud de parte como ocurre en el negocio **sub judice,** u oficiosamente por la Sala, se decretare suspender el trámite del asunto, o sea la abstención de dictar un pronunciamiento de fondo hasta tanto no concluya la actuación penal y se traigan al expediente las constancias correspondientes con fuerza definitiva o la sentencia con carácter firme".

En fallo publicado en los números 2046 y 2047 de la Gaceta Judicial, pág. 287 se dijo por la Sala que la finalidad de los arts. 11, 28 y 29 del C. de P. P. era evitar incompatibilidades inconciliables entre las decisiones penales y civiles.

Y en providencia de julio 7 de 1947 (G. J. Nos. 2048 y 2049 pág. 578) la misma Sala de la Corte, aplicando igual tesis, confirmó un auto en que el Tribunal de Medellín suspendió un juicio.

Dado este antecedente, no es preciso estudiar el problema referente a la oportunidad de la suspensión que algunos sostienen; debe hacerse sólo al fallarse en segunda instancia.

En el hecho 6 de la demanda transcrito, se imputa a la empresa descuido, imprevisión, imprudencia. Como la empresa funciona por medio de empleados, es claro que al imputarse a aquella tales culpas debe entenderse que en ese concepto están incluídas las de los empleados, las cuales se reflejan en el empleador. Por las pruebas que pidió la parte actora se puede deducir que en el proceso penal se aclarará la cuestión. En este supuesto, la decisión Penal puede influír en la civil, por lo que es jurídica la suspensión que dispuso el **a quo.**

Una reforma ha de hacerse a la providencia apelada y ella consiste en expresar que la suspensión se hará hasta que se dicte auto de sobreseimiento definitivo o sentencia con carácter de firme.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA el auto apelado, con la reforma de que la suspensión de este juicio durará hasta que se dicte auto de sobreseimiento definitivo o sentencia de la misma naturaleza, lo cual comunicará a la respectiva autoridad penal en la forma que se ordena en la providencia que se confirma.

Notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

CAUCION. — JUICIOS SOBRE PROPIEDAD DEL PETROLEO

1,—El señalamiento de la cuantía de la caución es potestativo del Juez según lo expresa el artículo 1º de la ley 38 de 1945, inciso 2º; él tiene facultad para estimar discrecionalmente qué cantidad es suficiente para responder al demandado de los perjuicios que le ocasione el registro de la demanda.

2.—No es indiferente la manera como deba presentarse una demanda para que en juicio ordinario se decida respectò a la propiedad del petróleo cuando se controvierte entre un particular y el Estado. Las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 establecen un sistema que señala la oportunidad en que pueden iniciarse tales juicios; hay la caducidad de la acción que se produce al transcurrir el término de dos años allí fijado.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— Bogotá, diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Pedro de los Reyes Gómez, por medio de apoderado, y en su calidad de comunero de las tierras de "Purnio", demandó a la Nación por vía ordinaria, ante el H. Tribunal Superior de Barranquilla, para que se declare que el globo de tierra llamado "Purnio" es de propiedad de la comunidad nombrada, tanto en lo relativo al suelo como al subsuelo, y que por consiguiente la Nación carece de derecho para aceptar como aceptó la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleo hecha por el Gerente de la Compañía "Esmeralda de Colombia" y registrada bajo el número 134. El Tribunal aceptó la demanda, dispuso su inscripción en el libro de registro de demandas civiles y ordenó al demandante prestar una caución por dos mil pesos, con base en el art. 1º de la ley 38 de 1945. El demandante pidió posteriormente que, previo el trámite de una articulación, se rebajara el monto de la caución señalada por el Tribunal. La articulación se surtió, y en auto que lleva fecha 28 de noviembre de 1946 señaló en la suma de mil pesos ($ 1.000.00) la caución que debe prestar el demandante.

El juicio ha llegado a la Corte a virtud de recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal contra el mencionado auto de 28 de noviembre que redujo a mil pesos la caución. Se halla surtido en la Corte el recurso, y se procede a dictar la providencia correspondiente.

Estimó el señor Fiscal que no era procedente ordenar la inscripción de la demanda ni disponer que el demandante prestara caución, pues considera que estos requisitos solamente se refieren a las demandas que versen sobre la propiedad del suelo o de cualquiera otro derecho real principal constituído sobre el suelo, "y en ningún caso a las demandas ordinarias que se instauran de acuerdo con el artículo 5º de la ley 160 de 1936, referente al subsuelo".

De lo anterior se desprende, como observa el señor Procurador, que la decisión apelada no es materia de controversia. El señor Fiscal no solamente no se ha opuesto a que se reduzca la cuantía de la caución sino que manifiesta que debe prescindirse de ese requisito por considerar improcedente la inscripción de la demanda en el registro. Advierte además la Procuraduría que en concepto de ese despacho el auto que ordenó la inscripción de la demanda y la prestación de la caución está ejecutoriado, que lo dispuesto en él no es objeto de apelación, y que por tanto, no se puede entrar ya a discutir si son o nó procedentes el registro de la demanda y la caución, pues el auto admisorio de la demanda —que fue el que dispuso el registro y señaló la caución— no fue recurrido oportunamente, y en virtud de la articulación promovida por el actor sólo se puede debatir lo relativo al monto de la caución.

La Sala se halla de acuerdo con esta apreciación del señor Procurador. Habiéndose ejecutoriado el auto que dispuso la inscripción de la demanda en el registro y la prestación de la caución, solamente puede la Corte pronunciarse sobre lo resuelto

en la articulación, es decir, sobre la cuantía de la caución que debe prestar el demandante; y no le toca entrar a decidir respecto a la inscripción de la demanda y a la prestación de la caución, sobre lo cual no emite concepto alguno por no ser necesario.

El señalamiento de esta cuantía es potestativo del Juez según lo expresa el art. 1º de la Ley 38 de 1945 —inciso 2º—; él tiene facultad para estimar discrecionalmente qué cantidad es suficiente para responder al demandado de los perjuicios que le ocasione el registro de la demanda; y en el caso de auto ya hemos visto que la Nación (parte demandada) por medio de su representante, no solamente no se opone a la rebaja fijada por el Tribunal sino que advierte que para juicios de esta naturaleza no se debe llenar esa formalidad. La rebaja en la cuantía debe pues mantenerse.

Observa la Sala que conforme a otras decisiones suyas no es indiferente la manera como se presenta una demanda para que en el juicio ordinario se decida respecto a la propiedad del petróleo cuando se controvierte entre un particular y el Estado. Las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 establecen un sistema que señala la oportunidad en que pueden iniciarse tales juicios; hay la caducidad de la acción que se produce al transcurrir el término de dos años allí fijado. En el presente juicio no aparece la comprobación del hecho de hallarse el demandante, al proponer su acción, dentro de ese lapso, contado a partir de la ejecutoria de la Resolución de 13 de junio de 1944, que aceptó la propuesta de contrato de la Compañía de Petróleos "La Esmeralda de Colombia" a que se refiere la tercera de las peticiones del libelo. (Véase la Gaceta Judicial Tomo LIX, números 2025, 2026, páginas 1171 y siguientes; y Tomo LXII, números 2046-47, página 233 y siguientes).

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, confirma el auto recurrido.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PERJUICIOS ORIGINADOS POR CULPA CIVIL EXTRACONTRACTUAL

En los casos en que la culpabilidad se presume corresponde al autor del daño exonerarse de esa responsabilidad probando que no ha cometido culpa o estableciendo que el daño se ha debido a causa extraña o a fuerza mayor o caso fortuito. Para probar que no se ha cometido culpa debe el autor del daño demostrar que obró como hubiera actuado en circunstancias análogas un hombre avisado y prudente.

De la culpa presunta general puede el autor del daño exonerarse probando la ausencia de ella.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— Bogotá, febrero veinticuatro de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Los señores Bernardo y Pablo Murcia Rivera y las señoritas María Ismaelina y Sildana Murcia Rivera, por medio de apoderado, en demanda ordinaria dirigida al Tribunal Superior de Bogotá solicitaron que se hiciera en contra de la Nación las siguientes declaraciones:

"Primera. — Que la Nación colombiana es responsable civilmente de la muerte de la señora Dolores Rivera de Murcia, acaecida en esta ciudad el día 3 de mayo de este año (1944) a consecuencia de las lesiones que le causó el automóvil del Gobierno Nacional, al servicio del Ministerio de Guerra, con placa número 0060 'Minguerra' y manejado por el soldado del Ejército Nacional señor Jorge Gracia, de la Escuela de Motorización.

"Segunda. — Que, como consecuencia de lo anterior, la Nación colombiana debe pagar, dentro del término legal, a mis poderdantes Bernardo, Pablo, María Ismaelina y Sildana Murcia Rivera el valor de los perjuicios morales que han recibido por la muerte de su legítima madre señora Dolores Rivera de Murcia, perjuicios que aprecio en dos mil pesos ($ 2.000.00) por cada uno de ellos".

Así relaciona el actor los hechos en que fundamenta la demanda:

1) El día primero de este año (sic) la señora Dolores Rivera viuda de Murcia se trasladó a los cuarteles del Ejército Nacional que quedan en los alrededores de la población de Usaquén, con el objeto de ver y saludar a su hijo Bernardo Murcia Rivera, Sargento del Ejército que presta servicio en dichos cuarteles. 2) Al regresar la señora Dolores Rivera de Murcia, en las primeras horas de la noche de ese día... por la carretera Central del Norte, fue violentamente atropellada por el automóvil distinguido en ese entonces con la placa 'Minguerra' número 0060, estando manejado dicho carro por el soldado del Ejército Nacional, con servicio en la Escuela de Motorización señor Jorge Gracia. 3) El atropello violento que se indica produjo lesiones óseas y pulmonares a la señora Rivera de Murcia, a consecuencia de las cuales murió el día 3 de mayo de 1944, en el Hospital de la Hortúa. 4) El accidente que causó lesiones orgánicas mortales a la señora Dolores Rivera de Murcia, se debió a exceso de velocidad, imprudencia y descuido por parte del soldado señor Jorge Gracia. 5) El carro marcado con placa 'Minguerra' 0060, es de propiedad del Gobierno Nacional, al servicio del Ministerio de Güerra. 6) Mis poderdantes son hijos legítimos de la señora Dolores Rivera de Murcia. 7) Mis poderdantes sufrieron el dolor moral de la pérdida de su madre legítima, lo que se traduce en un perjuicio moral que requiere una apreciación por lo alto, que no puede ser inferior a dos mil pesos ($ 2.000.00) para cada uno de ellos".

El Tribunal de Bogotá decidió la primera instancia negando las peticiones de la demanda y absolviendo a la Nación de los cargos que se le formularon.

Esta providencia, luégo de analizar en forma extensa los fundamentos que debe tener toda acción de indemnización de perjuicios por culpa civil extracontractual, y de concluír que todo daño inferido a otro por un acto u omisión que implique la violación de un derecho o impida el cumplimien-

to de un deber debe indemnizarse económicamente, y de exponer las razones que hacen aplicable esta misma doctrina a las entidades de Derecho Público, como la Nación, que carecen de entidad física que les permita unirse en contacto material con las personas o las cosas, pero que actúan por medio de sus agentes, representantes, empleados o dependientes, se expresa así: "La parte demandante imputa el hecho del accidente sufrido por la madre de los demandantes a la actividad del chofer oficial Jorge Gracia quien según dice, era quien conducía en ese momento el automóvil del Ministerio de Guerra distinguido con la placa número 0060 y con el cual se produjo el atropello debido 'a exceso de velocidad, imprudencia, descuido por parte del conductor Jorge Gracia'. Planteada así la controversia corresponde averiguar primeramente si los autos dan demostración de las anteriores circunstancias, es decir, si se halla establecido legalmente que con el automóvil oficial el chofer Jorge Gracia causó el atropello; establecidos estos hechos en favor de la demanda procederá entonces entender si en el caso obra la presunción de culpa, si debió demostrarse y en tal caso, si aparece establecida debidamente en el proceso. Se repite nuevamente que a excepción de Dolores Morales, ninguna otra persona presenció el accidente. Mas ocurre que esta declarante no vió la manera como se desarrollaron los hechos, caminaba delante de la víctima, y solamente, dice la testigo, 'cuando sentí el choque al volver a mirar ví que el carro había atropellado a la señora Dolores, pues estaba caída en el suelo'; no pudo la declarante identificar el automóvil, pero en todo caso asegura que fue un carro del Ejército el que produjo el accidente. Mas si todo lo anterior es así, con el dicho de un solo declarante no puede concluírse que esté demostrado el hecho principal en que se funda la imputación que la parte actora hace a la Nación, cuando afirma que fue un carro oficial de esa entidad el que atropelló a la señora que apareció lesionada sobre el pavimento de la carretera en donde varios declarantes la vieron luégo en estado casi agonizante. Es más: no se trajo al expediente ni siquiera la declaración del chofer que iba manejando el automóvil cuando los hechos tuvieron ocasión, y nada se sabe en el proceso del resultado de la investigación penal que debió haberse adelantado en averiguación de los hechos y en donde seguramente hubo de localizarse al chofer que conducía el carro. Figura solamente la declaración del Coronel Carlos Bejarano Muñóz, Comandante del Ejército acantonado en los cuarteles de Usaquén, quien declara que el chofer Jorge Gracia encargado del manejo del automóvil de este Comando 'le contó el día dos de mayo de 1944 que el día anterior o sea el 1º de mayo citado, entre las siete y las ocho de la noche, cuando viajaba de Bogotá a la Escuela de Motorización (Usaquén), atropelló a una señora, unos ciento cincuenta metros al norte del Retén de Policía. Más tarde supe que se trataba de la señora Dolores Rivera de Murcia...'. Pero no se trajo a los autos la declaración de este chofer, que tal vez hubiera sido definitiva en el sentido de establecer la verdad de lo que por referencia declara el expresado Coronel".

Dentro del trámite de la segunda instancia la única prueba practicada a iniciativa de la parte demandante consiste en la declaración del chofer Jorge Gracia, que dice en el aparte F) de su exposición: "es verdad que ese día primero de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, cuando transitaba entre 7 p. m. y 8 p. m. de la noche, por la carretera Central del Norte, después de haber pasado el retén de Usaquén, atropellé con el carro 0060 Minguerra a una señora que resultó ser Dolores Rivera de Murcia". Puede decirse en consecuencia que la prueba echada de menos por el Tribunal para admitir como probados los hechos en que se fundamentó la demanda se halla legalmente incorporada a los autos. Y si sólo en estos elementos se fuera a fundamentar la providencia que ahora dicta la Corte, ella muy posiblemente sería condenatoria para la parte demandada, pues probado el hecho que ha dado origen a la petición indemnizatoria y del perjuicio (al menos moral) sufrido por los demandantes y presumida la responsabilidad civil que de acuerdo con la ley y la jurisprudencia hay lugar a suponer cuando el agente que ocasiona un daño obra ejerciendo una actividad peligrosa, se llenarían los requisitos necesarios para proferir un fallo de esta clase.

Pero la situación probatoria en el juicio se ha modificado no solamente con la declaración del chofer Gracia; el señor Procurador Delegado en lo Civil hizo llegar al expediente la copia auténtica, expedida por el Juzgado Segundo Superior de Bogotá, que contiene el sobreseimiento definitivo dictado por ese Juzgado a favor de Jorge Gracia, por los mismos hechos que han dado origen a este juicio, sobreseimiento que fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá, en pro-

videncia cuya copia también se halla incorporada a los autos.

Debe pues la Sala examinar no solamente las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal, con la declaración que la parte demandante hizo llegar a los autos, sino también el sobreseimiento y su confirmación aportados por el señor Procurador para ilustrar el proceso.

Es innecesario repetir aquí la doctrina muchas veces expuesta y reiterada por la Sala sobre la presunción de culpa civil cuando el agente que ocasiona un daño ejerce una actividad peligrosa, e igualmente examinar a espacio la responsabilidad que corresponde a las personas morales por actos de sus dependientes o servidores. Bien sabido es que en los casos en que la culpabilidad se presume corresponde al autor del daño exonerarse de esa responsabilidad probando que no ha cometido culpa o estableciendo que el daño se ha debido a causa extraña o a fuerza mayor o caso fortuito. Para probar que no se ha cometido culpa debe el autor del daño demostrar que obró como hubiera actuado en circunstancias análogas un hombre avisado y prudente.

El sobreseimiento definitivo, y su confirmación, deben examinarse, en combinación con las demás piezas del proceso, a fin de concluír si no existe culpa en quien ocasionó el daño, o si el accidente en que perdió la vida la señora Rivera de Murcia se debió a fuerza mayor o caso fortuito.

Esta pieza del juicio luégo de transcribir una parte de la indagatoria rendida por el chofer Gracia y la declaración de la señora Dolores Morales —única testigo presencial del accidente automoviliario— se expresa así: "... La misma señora Dolores Rivera viuda de Murcia, al explicar el accidente en el Hospital de San Juan de Dios, entre otras cosas, dijo textualmente: '**Yo iba por el lado derecho de la carretera** y de repente me dieron un golpazo por las espaldas; creo sería un automóvil porque **ví dos luces**; el golpe fue muy fuerte y me botó lejos'. "Luégo agrega el juzgador que del examen de cada uno de los hechos inherentes a los insucesos acaecidos en la noche del primero de mayo del año pasado..., tenemos que aceptar con sincero racionamiento (sic) que ese accidente en la forma como se produjo, era inevitable e irresistible por fuerza mayor a los designios previsores (sic) del chofer del Ministerio de Guerra". También el Tribunal en las consideraciones que hace para fundamentar la confirmación del sobreseimiento advierte: ,'frente a las probanzas a que someramente se ha hecho mérito en los anteriores resultandos, no queda, pues, la menor duda de que el accidente en que perdió la vida Dolores Rivera viuda de Murcia no se debió a imprevisión, falta de destreza o habilidad en el manejo del vehículo, ni a negligencia alguna que hiciera presumir en el conductor del mismo, Jorge Gracia, una responsabilidad culposa, sino posiblemente a imprudencia de doña Dolores, pues tal cosa se infiere de la diligencia de reconstrucción visible al folio 62 fte.".

Tanto el señor apoderado del demandante como el señor Procurador Delegado en lo Civil se ocupan del alcance que pueda tener el sobreseimiento dictado en un juicio penal, sobre el proceso que se adelante civilmente, aante la justicia ordinaria, para obtener una indemnización de perjuicios. Para el primero ninguna influencia tiene el juicio penal en el civil, y la Procuraduría, aunque admite esa tesis, advierte que es imposible permitir la coexistencia de providencias judiciales contradictorias".

La Sala estima que en el caso de autos no es necesario entrar a estudiar a fondo la influencia que pueda tener en general el resultado que se obtenga de las investigaciones que adelanta la justicia penal. Al presente juicio se ha hecho llegar un sobreseimiento definitivo proferido en favor del agente que ocasionó la muerte de la señora Rivera de Murcia y la Sala lo ha considerado como un elemento de los varios que han contribuído a formar su juicio respecto a la manera como sucedieron los acontecimientos; pero constatando la existencia del sobreseimiento va a llegar a conclusiones directas que no se contraponen a aquél y que sirven para fundamentar completa y claramente su decisión.

Los elementos probatorios que existen en los autos son: a) la declaración del Coronel Carlos Bejarano Muñoz, superior jerárquico del chofer Gracia, quien afirma que éste, encargado del manejo del automóvil a su servicio "le contó el día dos de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro que el día anterior o sea el primero de mayo citado, entre las siete y las ocho de la noche, cuando viajaba de Bogotá a la Escuela de Motorización (Usaquén), atropelló una señora, unos ciento cincuenta metros al norte del retén de policía. Más tarde supe que se trataba de la señora Dolores Rivera de Murcia... El soldado me contó que al llegar al retén de la Policía hizo alto para efectos

de la identificación del carro y al continuar la marcha y no habiendo desarrollado arriba de quince kilómetros de velocidad, venía en sentido contrario al que él llevaba y por la orilla oriental de la carretera una señora; que cuando él se dió cuenta **dió un timonazo hacia la izquierda** para evitar chocarla, ... que a pesar de todo la atropelló **con el guardafango derecho delantero.** ... que él se dió cuenta de que la había atropellado y que por nerviosidad había continuado la marcha ... que cuando iba frente a la Escuela de Caballería reflexionó y dió media vuelta para volver a donde había atropellado a la señora... se bajó y la examinó ... observando que tenía **un marcado olor a chicha".** Igualmente figura la declaración de la señora Dolores Morales, única testigo presencial de los hechos, quien afirma que pocos minutos antes, "estando yo en una tienda de la estación de Usaquén" conoció a la señora Rivera de Murcia, que "luégo un señor nos ofreció **un jarro de chicha** y nos lo tomamos entre ella y yo y otras amigas". Esta declarante no da detalles sobre la manera como sucedieron los hechos, sólo afirma que sintió un golpe detrás de ella y que al volver a mirar vió que un carro había atropellado a la señora Dolores Rivera de Murcia. El señor Aristides Sandoval afirma que momentos antes del suceso Dolores Morales y Dolores Rivera de Murcia salieron de su casa "a una tienda denominada 'El Pedregal' **a comprar chicha.** También se encuentra agregada a los autos, en esta segunda instancia, la declaración del chofer Jorge Gracia quien confiesa haber atropellado "con el carro 0060 de Minguerra a una señora que resultó ser Dolores Rivera de Murcia", y agrega que el accidente se debió a que la señora "se le atravesó en la carretera por hallarse en estado de beodez".

Igualmente se estimarán en este fallo, según se advirtió, como pruebas legalmente producidas, las copias del sobreseimiento dictado por el Juzgado segundo Superior de Bogotá a favor del chofer Jorge Gracia, y la confirmación proferida por el Tribunal Superior de Bogotá. La fundamentación de estas piezas arroja mucha luz sobre el hecho que ha motivado el litigio, y ellas sirven, junto con las que ya se dejan examinadas, para basar esta decisión de la Corte. En el sobreseimiento del Juzgado se relatan así los sucesos: "El primero de mayo pasado la señora Dolores Rivera de Murcia ... estando en la estación se conoció con la señora Dolores Morales, con quien hizo inmediata amistad; ambas se fueron para el rancho de ésta últimamente nambrada **después de haber tomado 'un jarro de chicha con una dulce'** en la tienda de propiedad de María de Jesús Garzón de Torres. Como a las ocho de la noche en vista de que Dolores Morales había salido a comprar un **poco de chicha,** la señora viuda de Murcia salió al encuentro de aquella con quien se unió nuevamente. Al dirigirse ambas para la pieza o rancho de Dolores Morales, en el sitio 'El Pedregal', en la carretera central del norte a unos doscientos metros del retén de circulación Nº 1 fue atropellada la señora viuda de Murcia por el carro número 0060 de propiedad del Ministerio de Guerra...". Transcribe el sobreseimiento la declaración de la víctima, al explicar el accidente en el Hospital de San Juan de Dios, de donde aparece que dijo textualmente: "Yo iba por **el lado derecho de la carretera** y de repente me dieron un golpazo por las espaldas; creo que sería un automóvil porque ví **dos luces;** el golpe fue muy fuerte y me botó lejos...". En la confirmación de este sobreseimiento considera el Tribunal que "frente a las probanzas" que deja examinadas "no queda pues, la menor duda, de que el accidente en que perdió la vida Dolores Rivera de Murcia no se debió a imprevisión, falta de destreza o habilidad en el manejo del vehículo, ni a negligencia alguna que hiciera presumir en el conductor del mismo, Jorge Gracia, una responsabilidad culposa, sino posiblemente a imprudencia de doña Dolores, pues tal cosa se infiere de la diligencia de reconstrucción visible al folio 62 cte".

De la culpa presunta general puede el autor del daño exonerarse probando la ausencia de ella.

En el de que aquí se trata resulta el chofer Jorge Gracia, y por tanto la Nación indirectamente exentos de culpa civil por la muerte de la señora Rivera de Murcia.

El vehículo transitaba por el lado derecho de la carretera, pues así lo afirma el conductor y lo declaró también la víctima cuando dijo: **"yo iba por el lado derecho de la carretera** y de pronto me dieron un golpazo **por las espaldas";** las luces del carro estaban encendidas lo que se desprende de la misma declaración de la víctima cuando afirma: "creo que sería un automóvil porque ví **dos luces";** la velocidad hay que suponerla moderada, no solamente por la afirmación hecha por el chofer —que podría ser interesada— sino también porque acababa de cruzar el retén de Usaquén (a 150 ó 200 metros de éste ocurrió el accidente), don-

de las máquinas suspenden la marcha o la disminuyen notablemente; y el suceso se produjo cuando la víctima había ingerido bebidas fermentadas. Iba pues el chofer por la derecha de la vía, o sea por la parte de ella por donde le correspondía transitar; y a poca velocidad. Es de presumir que la víctima, que había ingerido licor, y se hallaba posiblemente embriagada, se atravesó al vehículo en forma intempestiva, que no le permitió al conductor evitar el choque. La ausencia de culpa en éste se halla comprobada. Por lo cual procede declarar la absolución del demandado.

Estas consideraciones imponen la confirmación de la providencia dictada en la primera instancia de este juicio.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Germán Alvarado C. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

SUSPENSION DEL PROCESO CIVIL MIENTRAS SE FALLA LA ACCION PENAL

La doctrina de la Corte es la de que el juicio civil debe adelantarse hasta el momento del fallo, sin proferir éste mientras no se conozca el resultado de la acción penal. Y la razón en que se apoya esta doctrina es muy clara: el resultado de la acción penal puede tener influencia para el fallo, pero no la tiene para el procedimiento; éste será invariablemente el mismo, cualquiera que sea el pronunciamiento de la justicia penal. No habría pues razón alguna para que el proceso se detuviera en mitad de su trámite.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos cuarenta y ocho.

El Procurador General del Departamento de Cundinamarca, en su calidad de apoderado especial de esta entidad, solicitó con base en lo dispuesto "por los artículos 24 y siguientes (especialmente el 28) del Código de Procedimiento Penal" y con aplicación del artículo 11 de la misma obra, que se suspenda este juicio ordinario iniciado por Demetrio Robayo contra el Departamento de Cundinamarca. A esta solicitud recayó una providencia dictada por el señor Magistrado sustanciador, según la cual se aplaza la solicitud del señor Procurador para considerarla "en su oportunidad".

Para fundar su petición el señor Procurador expone las razones que se sintetizan en seguida:

1º Consta en el expediente que existe en el Juzgado Primero Superior de Bogotá un proceso criminal en el que figura como sindicado Israel Burgos Salcedo, iniciado para averiguar la responsabilidad de éste en el accidente de tránsito que ocasionó la muerte de Blas Ignacio Robayo; y consta igualmente que en providencia de 27 de noviembre de 1946 se sobreseyó definitivamente a favor del sindicado y se "ordena remitir los autos a los señores Jueces del Circuito para que conozcan del delito de lesiones personales por competencia"; consta igualmente que este auto está en consulta.

2º El dolo o la culpa que pudieran atribuirse al agente Israel Burgos Salcedo están a conocimiento de las autoridades penales correspondientes que no se han pronunciado sobre el particular en forma definitiva. Existe el mandato legal del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal que ordena la suspensión del juicio civil mientras se decide en forma definitiva la situación penal del presunto responsable, y la suspensión ha sido reiteradamente ordenada por la Corte en casos análogos.

3º Al disponer la Corte que en su oportunidad se decretará la suspensión del juicio, ordena continuar la tramitación y obliga a las partes a pedir la apertura a pruebas dentro del término de fijación en lista —que es la próxima providencia de sustanciación y a solicitar la práctica de pruebas antes de que se haya decidido definitivamente el proceso penal y cuando ha de permanecer dentro del estado de reserva, lo que impide al Departamento de Cundinamarca aportar al juicio piezas del proceso por la prohibición que existe de pedir y compulsar copias dentro del estado de sumario.

4º No puede solicitarse, dentro del término probatorio, la prueba a que se viene refiriendo el peticionario para que se produzca cuando la ley permite la expedición de copias, por las siguientes dificultades: A) Al ignorar la entidad demandada en qué sentido se profiere la providencia que pone fin al proceso penal podría suceder que ha pedido, para que se agregue a los autos, una prueba que es adversa a sus intereses; y B) "las pruebas así pedidas en tiempo y producidas extemporáneamente no podrían ser discutidas, como debe serlo toda prueba, ni complementadas con otras por la parte a quien favorecen, ni menos podría la parte a quien perjudican contraprobar, pues los términos de prueba ya se habrían cumplido y no existiría ocasión nueva para ejercitar en un todo el derecho de defensa y de prueba que a las partes concede la legislación nacional".

5º Es necesario que la Corte conozca, para fallar, los motivos que indujeron al Juzgado Superior a dictar el auto de sobreseimiento y disponer que el Juez competente conociera de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el sindicado por lesiones personales.

6º La parte demandada no quiere dilatar innecesariamente el juicio civil, pero estima innecesario continuar su tramitación sin el concurso de una prueba que puede influír decisivamente en el resultado final.

7º La ley ordena la suspensión del juicio, pero no dice la oportunidad en que debe adoptarse; así, no se violaría ninguna norma al suspenderlo antes del término para pedir pruebas.

El demandante se opone a la suspensión del juicio pedida por el Procurador manifestando que se trata de dos juicios completamente distintos, uno que trata de averiguar la responsabilidad penal y otro la responsabilidad civil, y que el resultado de uno no puede influír en el del otro.

Concretamente, la sola diferencia entre lo establecido por la Sala unitaria en el auto que se reclama y el señor representante de la parte que interpone el recurso de súplica reside en que según la Sala no ha llegado la oportunidad de decretar la suspensión del juicio, mientras se decide la acción penal, y el señor Procurador del Departamento estima que la suspensión puede pedirse y decretarse en cualquier situación del proceso civil. Las demás razones que expone el reclamante se encaminan a sostener la necesidad de la suspensión del juicio civil en las condiciones que éste presenta y a examinar las posibilidades de que el resultado que se obtenga en el penal pueda influír en el definitivo del presente juicio.

Esta tesis —la de la suspensión del juicio civil— es la misma que ha sostenido reiteradamente la Sala en diversas providencias y sería redundante que se detuviera ahora en consideraciones para demostrar su juridicidad.

La doctrina de la Corte es la de que el juicio civil debe adelantarse hasta el momento del fallo, sin proferir éste mientras no se conozca el resultado de la acción penal. Y la razón en que se apoya esta doctrina es muy clara: el resultado de la acción penal puede tener influencia para el fallo, pero no la tiene para el procedimiento; éste será invariablemente el mismo cualquiera que sea el pronunciamiento de la justicia penal. No habría pues razón alguna para que el proceso se detuviera en mitad de su trámite.

Las objeciones que presenta el señor Procurador están contenidas en los numerales A) y B) del punto 4º del memorial y fueron reproducidas arriba sintéticamente. El temor del reclamante, de que se obligue a las partes a pedir pruebas que pueden serle perjudiciales por no conocerse el sentido de la providencia que va a pronunciarse en el juicio penal, no se justifica por lo siguiente: la Corte ordena la suspensión del juicio hasta tanto se haya allegado a los autos la providencia de la justicia penal; no es necesario que la prueba llegue pedida por las partes, sólo es necesario que llegue; esta providencia no puede ser adversa a las dos partes; alguna ha de sentirse favorecida con ella y la hará llegar para la terminación del juicio, o el juzgador la pide de oficio. Además, no es esencial que la prueba sea pedida por las partes: al decretarse la suspensión "mientras llega el auto de sobreseimiento o la sentencia definitiva" se ha dispuesto que la prueba llegue a los autos cuando el proceso penal permita la expedición de las copias respectivas.

Igualmente es inválido el argumento que se presenta en el numeral B) sobre imposibilidad de discutir, contraprobar o complementar la prueba así producida. El Código Judicial tiene establecido para los juicios ordinarios, como norma permanente, la de que las pruebas pueden llegar al proceso hasta antes de la citación para sentencia, es decir, con posterioridad al vencimiento del término probatorio y al de traslados para alegar. Lo mismo podría decirse de aquellas pruebas que se decretan en autos para mejor proveer o que se presentan en audiencias públicas. Si se admitiera la tesis expuesta por el representante de la parte demandada tendría que convenirse en que cada una de las partes debe hacer llegar las pruebas antes de vencido el término para pedirlas a fin de que la contraparte pueda solicitar contrapruebas para desvirtuarlas.

El señor apoderado del demandante no presenta argumentos nuevos para sostener la improcedencia de la suspensión del juicio, sino que repite los que ya han sido examinados y rebatidos por la Sala en diversas oportunidades, por lo cual se abstiene de considerarlos nuevamente. (Véase la Gaceta Judicial, Tomo LXII, páginas 578 y siguientes).

Aunque el auto reclamado no dice en qué momento ha de suspenderse el juicio, la Sala estima sobreentendido —por ser esa la doctrina de la Corte— que esta suspensión se decreta al final de la sustanciación y antes del fallo. Por esta razón y las anteriores expuestas debe confirmarse el auto suplicado.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA el auto proferido en este juicio por el señor Magistrado sustanciador a que se refiere el presente recurso de súplica.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

PERSONERIA EN EL JUICIO

El ordinal 4º del artículo 450 del C. J. alude a dos modalidades: cuando el que obra por otro carece de poder, interviniendo como agente de oficio, o cuando el mandato judicial es imperfecto legalmente. Así las cosas, el indebidamente representado debe hacer una clara manifestación de que acepta la agencia oficiosa o el poder aparente o putativo. No es indispensable que el consentimiento sea expreso; bastaría que el interesado intervenga en una diligencia, reciba una notificación o dirija cualquier escrito al Juez, sin reclamar contra quien se ha arrogado su personería. En tales condiciones la personería y, en consecuencia, la actuación procesal, se convalida.

El artículo 169 del C. J. no dispone que los Agentes del Ministerio Público tienen todas las facultades de las personas naturales o sus apoderados. Esa disposición se refiere a poderes del Juez en el adelantamiento y tramitación de los negocios. Esos Agentes no pueden despojarse de su representación sino otorgando poderes dentro de los límites de la ley. Síguese de aquí que tales funcionarios no pueden consentir la agencia oficiosa ni los poderes otorgados fuera de la ley.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.).

El doctor Luis Eduardo Gacharná, con poder de José Antonio Fernández de Castro, José Francisco Díaz Granados Galindo, Adriano Díaz Granados, Sara Fernández de Castro ,Manuel D. Varela, Rafael Díaz Granados, Feliciano García, Andrés Polo Polo, Ana de del Gordo, y Zarina Díaz Granados, se presenta formulando algunos reparos contra el auto de esta Sala de seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis. Dice que con este poder queda subsanada la irregularidad anotada en lo tocante a la personería de los demandantes, y que en lo que se relaciona con el Departamento demandado hay que observar cómo el señor Procurador Delegado en lo Civil asumió la representación de dicha entidad, sin hacer objeción alguna. Arguye que los Agentes del Ministerio Público se asimilan a los apoderados judiciales, en consonancia con el art. 169 del C. J.; que ellos están facultados para ratificar la actuación, siempre que la nulidad no se origine en incompetencia de jurisdicción improrrogable; que según el ordinal 4º del artículo 450 del C. J., no hay nulidad, por ilegitimidad de personería, cuando resulta claramente en los autos que el interesado ha consentido en la indebida representación, y que, en tal evento, se ha operado una ratificación tácita.

Se muestra, asimismo inconforme con la exigencia de que en los autos figure la resolución administrativa que declara ser el caso de que el Departamento se haga representar por apoderado.

Finalmente concluye así:

"Servíos, señor, como respetuosamente os lo pido, declarar que respecto de la personería de la parte demandante está subsanado el vicio que anotasteis, y que respecto del vicio de la personería de la parte demandada no existe por ratificación tácita del Ministerio Público, razón por la cual en esa parte queda reformado el auto recurrido en este escrito".

La Sala considera:

Tiene razón el doctor Gacharná cuando patentiza su inconformidad acerca de la omisión de la resolución administrativa; pero la ausencia de ésta no es el soporte principal de la providencia contra la cual se protesta. En verdad, el hecho de no constar tal resolución en el proceso, no es cuestión que afecte la personería en el juicio, ya que lo fundamental, para calificarla, es el poder, sus condiciones y su origen.

Desde que el abogado de la entidad pública acepta o hace uso del mandato, se supone que ha precedido una resolución de la autoridad política sobre los particularismos excepcionales del asunto, y el justiprecio de las circunstancias que autori-

zan el apartamiento de las normas generales sobre representación incumbe únicamente a aquella autoridad. Tanto esta resolución como el contrato administrativo con el abogado son cosas muy distintas del convenio judicial entre poderdante y apoderado.

La argumentación encaminada a obtener la reforma del proveído se sintetizó en otra parte de esta providencia.

Sabido es que el artículo 450 del C. J. contempla varios casos en que la nulidad, por ilegitimidad de la personería, no existe o se restringe, y uno de ellos es el que describe el ordinal 4º de la susodicha norma, en los términos siguientes: "Cuando resulte claramente de los autos que el interesado ha consentido que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos aunque carezca de poder o éste no se halle arreglado a la ley".

No basta el silencio sobre la actuación; preciso es que se relieve claramente el consentimiento del interesado en relación con la persona que obra sin poder o con poder ilegal. Si estos requisitos se cumplen, esa personería oficiosa o irregular se subsana.

El transcrito ordinal alude a dos modalidades: cuando el que obra por otro, carece de poder, interviniendo como agente oficioso, o cuando el mandato judicial es imperfecto legalmente. Así las cosas, el indebidamente representado debe hacer una clara manifestación de que acepta la agencia oficiosa o el poder aparente o putativo.

No es indispensable que el consentimiento sea expreso; bastaría que el interesado intervenga en una diligencia, reciba una notificación o dirija cualquier escrito al Juez, sin reclamar contra quien se ha arrogado su personería.

En tales condiciones la personería y, en consecuencia, la actuación procesal, se consolidan.

En la primera instancia no aparece en forma alguna ni expresa ni tácitamente el asentimiento del Fiscal del Tribunal, y en la segunda sólo ha obrado como representante del Departamento el señor Procurador Delegado en lo Civil, de suerte que su intervención ordenada por la ley no implica un consentimiento voluntario sobre la indebida representación de la primera instancia.

Su silencio con respecto a actuaciones pasadas, cuando intervenían representantes irregulares, no es una ratificación y menos un consentimiento en la forma requerida por el transcrito ordinal 4º. La misma inflección verbal empleada en esta norma está significando que el consentimiento debe ser simultáneo con la representación indebida.

Por otra parte, el art. 169 del C. J. no dispone que los agentes del Ministerio Público tienen todas las facultades de las personas naturales o sus apoderados. Esa disposición se refiere a poderes del Juez en el adelantamiento y tramitación de los negocios. Así lo expresó esta Sala, cuando dijo: "Lo que quiere decir que la asimilación es de carácter general para el adelantamiento y tramitación de los asuntos, menos cuando ocurre el caso de apremios, los que se reemplazan o efectúan por el medio establecido en la disposición. A esa regla general ha de someter su conducta el juzgador. Por consiguiente, las reglas comunes de tramitación se aplican a los agentes del Ministerio Público, salvo normas especiales..." (G. J. Nº 2029, 2030, 2031, pág. 340).

Además, los Departamentos, conforme al art. 252 del C. J., no pueden ser representados por apoderados sino en la forma especial estatuída en el art. 173 ibidem. Vale decir que los agentes del Ministerio Público no pueden despojarse del ejercicio de representación sino otorgando poderes dentro de los límites de la ley. Es que los funcionarios públicos no pueden ejercer sino las atribuciones trazadas en las pautas legales.

Síguese de aquí que tales funcionarios no pueden consentir la agencia oficiosa ni los poderes otorgados fuera de la ley.

En cuanto al poder de los demandantes otorgado al doctor Gacharná, quien venía figurando como apoderado putativo en esta instancia, puede aceptarse en este caso como una manifestación de consentimiento de los interesados con respecto a la representación de este mandatario y sus antecesores. El ordinal 4º prenombrado sólo requiere que el consentimiento sea evidente, y en el caso ocurrente, los interesados han dado amplias facultades al doctor Gacharná.

Eliminada así la causal de nulidad por este aspecto, quiere decir que desde este punto de vista la providencia, por sustracción de materia, no producirá efecto, por lo cual esta circunstancia habrá de tenerse en cuenta.

Siendo ello así, lo lógico sería proceder a dictar el fallo, si no persistiera la otra causal anulatoria, o sea, la ilegítima representación de la entidad demandada, a partir del auto de 15 de mayo de 1941.

En fuerza de lo discutido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve:

Se reforma el auto protestado en el sentido de que sólo subsiste la nulidad por ilegítima representación de la entidad demandada, a partir del auto de mayo de 1941.

Reconócese personería al doctor Luis Eduardo Gacharná, al tenor del poder que figura en autos.

Para la notificación personal de esta providencia al señor Gobernador del Departamento del Magdalena se comisiona al señor Juez Civil del Circuito de Santa Marta.

Líbrese el despacho con los insertos del caso. Notifíquese.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PERJUICIOS. — ANALISIS DE LA DOCTRINA JURIDICA SOBRE EL PARTICULAR

Es indubitable que las entidades de derecho público son responsables civilmente por los perjuicios producidos por sus funcionarios o dependientes y, consecuencialmente, el Estado, ora proceda como ente político o civil, debe someterse al derecho. El Código Civil ha consagrado en el art. 2341 una obligación general de indemnización, con respecto a todas las personas, ora sean físicas o morales, lo cual no es sino una natural derivación del precepto que dice: "NEMINEM LAEDERE". Y el 2347 de la misma obra pregona que tal responsabilidad se extiende a todos aquellos que se hallen en relación de dependencia, de donde es fácil deducir, como lo establece la jurisprudencia, que allí quede comprendido el Estado, de tal suerte que éste es responsable cuando sus agentes o subordinados obran en una forma en que no hubiera procedido un particular diligente y colocado en idénticas o similares circunstancias. La antigua jurisprudencia excluía de la responsabilidad ciertos actos de la Administración, ejercidos en función de la potestad pública y que los expositores denominaban actos IURE IMPERII. Sin embargo, después esta misma Sala de la Corte desestimó tal teoría al deducir responsabilidad al Estado por actos irregulares de sus dependientes en el desempeño de funciones de esa naturaleza, como se vislumbra en varios pronunciamientos, entre los cuales se cita el siguiente: en una diligencia judicial se le escapó a un agente un tiro de fusil, con lo cual fue herido un ciudadano. Dijo en esa vez la Sala: "Si acaso hubo del lado del agente alguna extralimitación acerca del sitio mismo en donde debía prestar sus servicios, se trataría entonces de una falta de su parte que en manera alguna habría de eliminar la que podría corresponderle por haber dado muerte a N., al presentarse en ejercicio de sus funciones, en diligencia oficial presidida por el Alcalde y en territorio de su jurisdicción, es decir, en una diligencia oficial por su esencia misma y portando además las armas de la República, culpa de la cual es civilmente responsable el Estado que lo tenía a su servicio". (G. J. Nº 2016, p. 515). Nadie se atrevería a negar que las intervenciones estatales por medio de la policía se habrán de catalogar entre los actos denominados IURE IMPERII.

Cuando, con argumentaciones regalistas se entendía que el Estado al actuar como potestad pública, no podía someter sus decisiones a los Tribunales, se partió quizá de un concepto de soberanía absoluta, que implicaba lógicamente la impecabilidad del Estado. Empero, semejante construcción ideológica fue desplazada de su sitio por nuevas teorías más racionales que preconizan la responsabilidad de las entidades públicas, siempre que en sus procederes hubiese extralimitaciones u omisiones por culpa de sus representantes o dependientes en el ejercicio de las funciones correspondientes. Ello fue un triunfo de la democracia. Primeramente se creyó que tal responsabilidad quedaba circunscrita a la esfera de los autos llamados "de gestión", de lo cual se concluía que el Estado era irresponsable cuando obraba IURE IMPERII, con el fin de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos esenciales, pero que sí lo era cuando administraba los bienes de su patrimonio a la manera de los particulares. Tal procedimiento discriminatorio mantuvo su vigencia largo tiempo; pero luego observaciones más exactas llevaron a la jurisprudencia a sostener que semejante línea divisoria adolecía de vaguedad e indecisión, puesto que todos los actos administrativos, cualesquiera que fuese su especie, estaban gobernados por el fin de satisfacer las necesidades de los servicios públicos, y se realizaban en virtud de la autoridad ineludible otorgada al Estado en las organizaciones sociales. Fue así como pudo exclamar Tessier: "Esta distin-

ción no tiene ninguna base legal, no reposa sobre nada real y no corresponde en absoluto a la realidad de los hechos".

Desde que el Estado, al actuar, causa perjuicios por culpa de sus órganos o subordinados, su situación no debe ser diferente a la de los particulares colocados en las mismas condiciones, y su responsabilidad ha de quedar bajo el imperio de las normas civiles que regulan la indemnización por daños provenientes de culpas ocurridas en las circunstancias del artículo 2347 del C. C. y concordantes. Es una responsabilidad contractual o extracontractual, según los casos. Sin embargo, se advierte que de acuerdo con el Derecho colombiano y la jurisprudencia, solamente es posible la responsabilidad del Estado y demás entidades públicas cuando obran por medio del órgano administrativo. En lo legislativo es excepcional el caso de responsabilidad, y en la rama judicial ésta aún no existe entre nosotros.

Las entidades de derecho público son responsables de los hechos culposos de sus agentes, pero no por los hechos de los demás ciudadanos. Para que prospere una acción dirigida contra una entidad pública basada en un hecho culposo de una persona natural, es requisito indispensable demostrar que cometió la infracción. Cierto es que las entidades políticas, al actuar, por medio de la policía, para amparar la libertad, la tranquilidad y la seguridad públicas proceden como personas de derecho público; pero ello no es obstáculo para que ellas respondan por los actos u omisiones de sus dependientes cuando causen perjuicios en el jercicio de sus funciones. ¿Podrá sostenerse que la responsabilidad del Estado comprende los casos en que el daño es producido por actos intencionales o dolosos de terceros? Para algunos doctrinantes, haciendo a un lado las nociones civilistas, allí donde se ha cometido un delito, el Estado incurre en culpa, pues ello revela que éste ha sido negligente por no haber dado la protección necesaria a los derechos conculcados, ya que el fin primordial de las autoridades es defender a los ciudadanos en su vida, honra y bienes. Aun en la hipótesis de que esta tesis, que podría catalogarse en la teoría de "falta en el servicio público" llegara a aceptarse, hay que anotar que aquellos doctrinantes, cuando se trata de la policía, han exigido para la responsabilidad la existencia de una falta grave, por ser el servicio de policía una labor difícil. Por consiguiente, en tales condiciones, en la apreciación de las faltas debe procederse con un criterio de apreciación atemperado a las circunstancias mencionadas.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— Bogotá, marzo dos de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

El doctor Manuel F. Robles, como apoderado del señor Enrique E. González, demandó a la Nación, para que se le condenara a pagar a su poderdante los perjuicios, consistentes en la destrucción de unas fincas de bananos, denominadas ,'Virginia", "Yobelito", "Fresno", y "Olivo" efectuada por una banda de usurpadores, sin que los agentes del Gobierno hubieran prestado protección.

En los hechos del libelo se expresa que el señor González ha sido propietario y poseedor de los mencionados predios; que éste el 19 de mayo de 1942, día de la invasión a las fincas, solicitó protección a la Inspección de Policía de Riofrío y a la Gobernación del Departamento del Magdalena, las cuales fueron negligentes, pues la primera de las autoridades mencionadas sólo se presentó en el teatro de los sucesos el 23 de mayo, a pesar de que la distancia entre este lugar y Riofrío es apenas de una legua.

El demandante en los hechos marcados con los números 10, 11, 12 y 13 pone de relieve cómo las medidas tomadas por el Inspector no fueron suficientes para detener el huracán de la destrucción.

Conviene transcribir estos apartes del libelo: "17 — Mi mandante, viendo la morosidad de los agentes del Gobierno en darle protección en sus propiedades se dirigió, en varias ocasiones, a Bogotá, por telégrafo a varios Ministerios del Despacho Ejecutivo, a la Procuraduría General de la Nación...".

"19. — Sin la morosidad del Gobierno de Bogotá y de sus agentes en el Departamento del Magdalena en dar protección a mi mandante don Enrique E. González en sus fincas de banano, en plena producción, Virginia, Yobelito, Fresno y Olivo, no se hubiera consumado la devastación de ellas".

"22. — Los inspectores de policía de los corre-

gimientos, los Alcaldes municipales y los Gobernadores del Departamento, son agentes del Gobierno nacional".

Dió contestación a la demanda el señor Fiscal del Tribunal de Santa Marta, manifestando no constarle la mayor parte de los hechos.

Tramitado con todas las formalidades legales, el asunto fue fallado en primera instancia en los siguientes términos:

"En presencia de estas circunstancias y acogiéndose la Sala al fallo preinserto de la Corte cuya doctrina condensa la solución justa y exacta que corresponde impartir en el caso de autos, el Tribunal Superior de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ACCEDE A DECLARAR LAS PETICIONES QUE SE HACEN EN LA DEMANDA".

La sentencia del Juzgador **a quo** se basó en las consideraciones que la Sala de Negocios Generales de la Corte hizo en el fallo publicado en el número 1895 de la GACETA JUDICIAL, a propósito de un litigio en que se demandó al Departamento del Atlántico por los daños causados a un almacén por una turbamulta desenfrenada, sin que la policía hubiera dado una oportuna y eficaz protección.

La aludida providencia estudia detenidamente la cuestión de la responsabilidad, cuando se trata, no de actos u omisiones de los agentes de las entidades de derecho público y que hayan causado perjuicios, sino de esa responsabilidad cuando los daños han sido causados por acción propia de los ciudadanos y ha habido, de otro lado, negligencia en las autoridades para evitar o reprimir los desafueros.

Dice al respecto la Corte: "Mas los artículos 2356 y 2347 mencionados, como pertinentes que son del Código Civil, regulan relaciones de derecho privado, en que actúan personas naturales o jurídicas o entidades de derecho público cuando estas últimas obran en su condición de personas civiles o cuando ejecutan actos de gestión en su condición de administradores de los negocios públicos...".

Anota en seguida la Corte que en el caso no se trataba de actos u omisiones de los agentes públicos y que hubiesen causado directamente perjuicios, y concluye que en tales condiciones era preciso que existiera una disposición expresa que estableciera la responsabilidad civil.

Luégo agrega: "Tampoco puede considerarse como determinante de esa responsabilidad, el artículo 19 del estatuto fundamental (hoy el 16), invocado en el alegato de conclusión de segunda instancia, porque una cosa es que las autoridades estén instituídas, como lo dice aquel texto, para proteger a todas las personas residentes en el país en sus vidas, honra y bienes, y otra muy distinta es que una entidad de carácter político, como es el Departamento, esté obligado a indemnizar perjuicios civiles cuando sus agentes pueden no cumplir satisfactoriamente sus deberes en tratándose de actos de imperio. Además, así la disposición del artículo 19 de la Constitución, como el 20 de allí, al referirse a las autoridades, determina una responsabilidad individual en los sujetos que ejerzan el mandato público y no señala responsabilidad para las entidades políticas de que aquellas dependan".

Consideraciones de la Corte:

La sentencia de primer grado fue apelada por el actor, y el recurso se tramitó con todas las formalidades legales. En la secuela de esta segunda instancia no se aportaron nuevas pruebas, por lo cual la cuestión de hecho no ha sufrido modificaciones.

Para la Sala es indubitable que las entidades de derecho público son responsables civilmente por los perjuicios producidos por sus funcionarios o dependientes, y consecuencialmente, el Estado, ora proceda como ente político o civil, debe someterse al derecho.

El C. C. ha consagrado en el artículo 2341 una obligación general de indemnización, con respecto a todas las personas, ora sean físicas o morales, lo cual no es sino una natural derivación del precepto que dice: **"Nominem laedere".** Y el 2347 de la misma obra pregona que tal responsabilidad se extiende a todos aquellos que se hallen en relación de dependencia, de donde es fácil deducir, como lo establece la jurisprudencia, que allí quede comprendido el Estado, de tal suerte que éste es responsable, cuando sus agentes o subordinados obran en una forma en que no hubiera procedido un particular diligente y colocado en idénticas o similares circunstancias.

La antigua jurisprudencia, como se ve en el fallo transcrito por el **a quo,** excluía de la responsabilidad ciertos actos de la Administración, ejercidos en función de la potestad pública y que los expositores denominaban actos **jure imperii.** Sin embargo, con posterioridad, esta misma Sala de

la Corte, desestimó tal teoría, al deducir responsabilidad al Estado por actos irregulares de sus dependientes en el desempeño de funciones de esa naturaleza, como se vislumbra en varios pronunciamientos, entre los cuales se cita el siguiente: en una diligencia judicial, a un agente policial se le escapó un tiro de fusil, con lo cual fue herido un ciudadano. Dijo en esa vez la Sala: "Si acaso hubo del lado del agente alguna extralimitación acerca del sitio mismo en donde debía prestar sus servicios, se trataría entonces de una falta de su parte que en manera alguna habría de eliminar la que podría corresponderle por haber dado muerte a N., al presentarse en ejercicio de sus funciones, en diligencia oficial presidida por el Alcalde y en territorio de su jurisdicción, es decir, en una diligencia oficial por su esencia misma y portando además las armas de la República, culpa de la cual es civilmente responsable el Estado que lo tenía a su servicio" (G. J. n. 2016, pág. 515).

Nadie se atrevería a negar que las intervenciones estatales por medio de la policía se habrán de catalogar entre los actos denominados **jure imperri.**

Cuando, con argumentaciones regalistas, se entendía que el Estado al actuar como potestad pública, no podía someter sus decisiones a los Tribunales, se partió quizá de un concepto de soberanía absoluta, que implicaba lógicamente la impecabilidad del Estado. Empero, semejante construcción ideológica fue desplazada de su sitio por nuevas teorías más racionales que preconizan la responsabilidad en las entidades públicas, siempre que en sus procederes hubiese extralimitaciones u omisiones por culpa de sus representantes o dependientes en el ejercicio de las funciones correspondientes. Ello fue un triunfo de la democracia.

Primeramente se creyó que tal responsabilidad quedaba circunscrita a la esfera de los actos llamados "de gestión", de lo cual se concluía que el Estado era irresponsable cuando obraba **jure imperii,** con la finalidad de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos esenciales, pero sí lo era cuando administraba los bienes de su patrimonio a la manera de los particulares.

Tal procedimiento discriminatorio mantuvo su vigencia largo tiempo; pero luégo observaciones más exactas llevaron a la jurisprudencia a sostener que semejante línea divisoria adolecía de vaguedad e indecisión, puesto que todos los actos administrativos, cualquiera que fuese su especie, estaban gobernados por la finalidad de satisfacer las necesidades de los servicios públicos, y se realizaban en virtud de la autoridad ineludible otorgada al Estado en las organizaciones sociales. Fue así como pudo exclamar Tessier: "Esta distinción no tiene ninguna base legal, no reposa sobre nada real y no corresponde en absoluto a la realidad de los hechos".

Desde que el Estado, al actuar, causa perjuicios, por culpa de sus órganos o subordinados, su situación no debe ser diferente a la de los particulares colocados en las mismas condiciones, y su responsabilidad ha de quedar bajo el imperio de las normas civiles que regulan la indemnización por daños provenientes de culpas ocurridas en las circunstancias del artículo 2347 del C. C. y concordantes. Es una responsabilidad contractual o extracontractual, según los casos.

Sin embargo, se advierte que de acuerdo con el derecho colombiano y la jurisprudencia solamente es posible la responsabilidad del Estado y demás entidades públicas, cuando obran por medio del órgano administrativo. En lo legislativo es excepcional el caso de responsabilidad, y en la rama judicial ésta aún no existe entre nosotros.

Si se atiende a los hechos alegados en el libelo, se puede afirmar que en él la culpa se atribuye principalmente a la Inspección Municipal de Riofrío y la Gobernación del Magdalena.

No obstante esta particularidad, la responsabilidad se exige de la Nación, porque en concepto del actor la defensa de la propiedad contra hechos como los ocurridos era una cuestión de orden público que está vinculado al régimen político, centralizado en nuestra Constitución.

Ello es verdad, pero también lo es que los departamentos y municipios, como administradores, tienen a su cuidado la policía local, la cual consta de funcionarios, cuyos actos y comisiones pueden ocasionar la responsabilidad civil respectiva a cargo de ellos, y no de la Nación.

Siendo así las cosas, podría decirse que desde este punto de vista se había demandado a quien no tenía la obligación respectiva, lo cual genera una excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, suficiente por sí misma para desatar la litis.

Con todo, la Sala no se detiene a considerar este hecho exceptivo, porque halla que le incumbe lógicamente estudiar primero si la acción propuesta no es viable, teniendo además en cuenta que los perjuicios se imputan también a morosidad del Gobierno central.

"Las entidades de derecho público son responsables de los hechos culposos de sus agentes, pero no por los hechos de los demás ciudadanos. Para que prospere una acción dirigida contra una entidad pública basada en un hecho culposo de una persona natural, es requisito indispensable demostrar la relación de dependencia entre la entidad pública y la persona natural que cometió la infracción. Por ello, piensa este despacho que la acción promovida por el señor González para que la Nación le indemnice los perjuicios causados por una banda de salteadores que arrasaron sus siembras de bananos, es completamente infundada.

El señor González habría podido reclamar indemnización contra los directamente responsables, bien dentro del respectivo proceso penal, bien en acción civil posterior. Pero la falta de relación entre la Nación y los antiguos trabajadores de la finca del demandante hace imposible suponer que la parte demandada debe responder de los daños causados por estos últimos".

Cierto es que las entidades políticas, al actuar, por medio de la policía, para amparar la libertad, la tranquilidad y la seguridad públicas proceden como personas de derecho público; pero ello no es obstáculo para que ellas respondan por los actos u omisiones de sus dependendientes, cuando causan perjuicios en el ejercicio de sus funciones.

¿Podrá sostenerse que la responsabilidad del Estado comprende los casos en que el daño es producido por actos intencionales o dolosos de terceros? Para algunos doctrinantes, haciendo a un lado las nociones civilistas, allí donde se ha cometido un delito, el Estado incurre en culpa, pues ello revela que éste ha sido negligente por no haber dado la protección necesaria a los derechos conculcados, ya que el fin primordial de las autoridades es defender a los ciudadanos en su vida, honra y bienes.

Aún en la hipótesis de que esta tesis, que podría catalogarse en la teoría de "falta en el servicio público" llegara a aceptarse, hay que anotar que aquellos doctrinantes, cuando se trata de la policía, han exigido para la responsabilidad la existencia de una falta grave, por ser el servicio de policía una labor difícil. Por consiguiente, en tales condiciones, en la apreciación de las faltas debe procederse con un criterio de apreciación atemperado a las circunstancias mencionadas.

En el cuaderno de pruebas del actor figuran en copias (fl. 128 y vto.) varios telegramas de la Gobernación del Magdalena al Alcalde de Ciénaga y al Director "Polinal de Sevilla" para que protegiese al señor González contra los atropellos de que era víctima. Allí mismo se dice: "No aparece ninguna constancia en los archivos de la Gobernación de que el señor Enrique E. González haya dirigido telegramas a dicho Despacho, ni de respuestas a dicho señor".

De esta documentación no es posible deducir si hubo o no morosidad de las autoridades. A fols. 35 y siguientes constan varias copias de la Inspección de Riofrío en las cuales puede verse cómo esta Inspección sí atendió las quejas del señor González, pues se trasladó varias veces al sitio donde se verificaron los atropellos.

No entra la Sala al estudio de la prueba testimonial, porque no lo estima necesario, ya que los daños fueron producidos por actos de terceros, no dependientes de la administración, y en ese evento falta el nexo de causalidad entre ésta y los daños causados.

A la luz de la teoría civilista, que es la de la mayoría de la Sala, como antes se expresó, no hay disposiciones para fundar una responsabilidad por culpa en el caso de que se trata, puesto que para imputar los hechos a la Administración es preciso que éstos hayan sido ejecutados por sus agentes o dependientes, bien por actos positivos o de omisión.

Los arts. 16 y 20 de la Constitución no dan tampoco asidero para ello: el primero consagra un principio abstracto y no establece normas de responsabilidad civil, y el segundo se refiere a la responsabilidad individual de los funcionarios, cuando violan la Constitución o las Leyes, se extralimitan u omiten actuaciones que les incumben. No existe, por otra parte, ley especial que obligue a la administración pública a indemnizar los perjuicios realizados por personas extrañas a ella.

Siendo esto así, la acción no existe.

Y sin necesidad de más argumentos, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INDICE

Págs.

Colocación de acciones por las Sociedades Anónimas 597

SALA PLENA

Demanda de inexequibilidad del artículo 17 de la Ley 84 de 1931 y del artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 1640 de 1944. Se dispone estar a lo resuelto en la sentencia de la Sala Plena de fecha 12 de junio de 1945 Magistrado ponente, doctor Víctor Cock.. 599

Acusación de inexequibilidad de la Ley 68 de 1946. Interpretación de la Ley. — Se declara que no es inexequible la ley acusada. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 601

Acusación de inexequibilidad de los artículos 365 y 433 de la Ley 94 de 1938, o Código de Procedimiento Penal, y de los incisos 2º y 3º del artículo 113 de la Ley 95 de 1936, o Código Penal.—Se declaran exequibles los artículos acusados. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 608

SALA DE CASACION CIVIL

Concepto jurídico de mejora en el Derecho Civil. — Incongruencia. — Interpretación del contrato hecha por los Tribunales.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario seguido por Jorge de Barsy contra Eudoro Escobar sobre declaración negatoria del pago de unas mejoras. Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 614

Acción reivindicatoria y de nulidad de un contrato. — Estipulación por otro. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio promovido por Julio C. Urrego contra Clímaco Echeverri y la sucesión de Rubén Urrego sobre reivindicación. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 619

Reivindicación. — Técnica de casación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario de reivindicación promovido por Agustín Gómez contra Luis Alba y Camilo Gama. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 623

Reivindicación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio seguido por Emilia Zuleta de Cano contra la sucesión de Carlos Sierra Cadavid, sobre reivindicación. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 629

Acción de nulidad de un contrato y reivindicación. — Incongruencia. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario promovido por Eduvigis y Feliciana Bonilla contra Custodio Pérez y Ana Beatríz Pérez de Pérez, sobre las acciones dichas. Magistrado ponente, doctor Gabriel Rodríguez Ramírez 633

Acción de nulidad por simulación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario promovido por Belarmina Jiménez v. de Moreno contra Campo Elías Moreno, sobre simulación de un contrato. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza.... 638

Acción de rescisión de un contrato por lesión enorme y de reivindicación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Su-

Págs.

perior de Bogotá en el juicio ordinario sobre las acciones dichas promovido por Blanca Evelia Dueñas contra Rafael A. Meisel. Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 643

Reivindicación. — Auto para mejor proveer. Inspección ocular. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario sobre reivindicación, promovido por Ester Barreto v. de Bermúdez y su hija Leonor Bermúdez Barreto contra Ester Ronderos v. de Díaz. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 646

Recurso de reposición contra el auto que declaró inadmisible el recurso de casación Se declara improcedente el recurso de casasación propuesto por Elías M. Muvdi contra el Municipio de Barranquilla. Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 652

Acción petitoria de simulación de un contrato de compraventa. — Reconvención petitoria de inexistencia de un contrato y otras prestaciones mutuas. — Acción de simulación. — Costas. — Principio de prueba por escrito. — Distinción entre la acción y la simulación.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, proferida en el juicio ordinario sobre las acciones dichas, promovido por Flaminio Mora y Rosa Atilia Mora de Beaine contra Rafael Saravia Gallo y Rosa María Saravia v. de Mora. Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda.... 656

Acción de perjuicios. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario seguido por Cornelio Dulce contra Temístocles Pérez por perjuicios. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 670

Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición. — Se declara inadmisible el recurso de casación intentado contra la sentencia aprobatoria de la partición en el juicio de sucesión de Claudia Campos de Aguirre. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 674

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Mandato. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por la sociedad colectiva Pedro Luis Mejía & Compañía Sucesores contra la sociedad anónima Compañías Unidas de Transportes S. A., por perjuicios. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 678

Acción de filiación natural.—Estado civil de hijo natural. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Alfredo Villegas contra Jesús María Tobón en acción de filiación natural. Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales 682

Acción petitoria de indemnización de perjuicios. — Culpa delictual y cuasidelictual Condena en costas. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Julio César Patiño contra Rómulo Guzmán, por perjuicios. Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 692

Acción de rescisión de un contrato de compraventa por lesión enorme. — Venta de bienes raíces. — Venta de minas. — Dictamen pericial. — Apreciación del dictamen pericial. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Gabriel Chalarca contra Alfonso Montoya V., sobre rescisión de una compraventa por lesión enorme. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 701

Petición de restitución de términos para la demanda de casación.—Se niega la restitución de términos pedida en el juicio de reivindicación seguido por Joel Carrillo contra Rizo Hermanas Limitada 709

Págs.

Acción de revisión de una sentencia de excepciones proferida en juicio ejecutivo. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por Emilio Kaelber contra Leonardo Libernecht. Magistrado ponente, doctor Gabriel Rodríguez Ramírez 711

Acción petitoria de pago de una suma de pesos. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario por pesos seguido por María Luisa Osorio v. de Vélez contra Elías González H. Magistrado ponente. doctor Gabriel Rodríguez Ramírez 715

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Apreciación de pruebas. — Requisitos para que haya cosa juzgada. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario por perjuicios seguido por Elías Monroy contra Florentina Forero de Kaelberg. Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 721

Acción de nulidad de unos contratos y de reivindicación. — Buena fe. — Venta de cosa ajena. — Apreciación de pruebas. — Apreciación de la personería. — Interpretación de las leyes 28 de 1932 y 68 de 1946. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido por Obdulia Tovar de Bermúdez y hermanos contra Gilberto Tovar y otros sobre nulidad de unos contratos y reivindicación de un inmueble. Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 729

SALA DE CASACION PENAL

Se declara infundado el impedimento manifestado por el doctor Camargo Sierra, Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena, para que se le separase del conocimiento del proceso adelantado contra Santos Leones Barrios por un delito de "falso testimonio". Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 738

Denuncio de delitos. — Se ordena cesar todo procedimiento contra los doctores Ramón Suárez Candela, José María Villegas y Saulo Victoria Viveros, Magistrados del Tribunal de Buga, por no haber existido el hecho imputado. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 740

Recursos en el proceso penal. — Apoderados y defensores. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio por homicidio contra Isabel Hernández de Valenzuela. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 742

Tentativa de delito. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida en la causa contra Ana Teodora o Teodoro Arroyave, por heridas. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 747

Prescripción de la acción penal. — Se revoca el auto de sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal de Cartagena para declarar en cambio extinguida la acción penal por prescripción contra el doctor Carmelo Saladén M. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 760

Interpretación del artículo 29 del Código Penal. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Víctor Manuel Benavides Guerrero por homicidio. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 763

Recurso de casación por perjuicios en materia penal. — Se concede el recurso de casación propuesto por el doctor José María Sarmiento contra la sentencia en que se le condenó por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 770

No se repone el auto reclamado. — No repone la Sala el auto anterior. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 774

Desistimiento. — Se admite el desistimiento del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual se condenó a Alfonso Mon-

Págs.

tañez Rojas por homicidio. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 776

Apreciación de la riña en el proceso penal. El parentesco. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual se condenó a Manuel Antonio Almonacid por homicidio. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 779

Delitos de responsabilidad. — Se dispone pasar al Procurador Delegado en lo Penal las diligencias iniciadas contra el doctor Alberto Pumarejo para que conceptúe si de ellas se desprende un hecho que constituya delito de responsabilidad. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 783

Nulidades del proceso penal. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en la causa contra Marco Aurelio Pérez por hurto. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 786

Apreciación de la amistad íntima y de la enemistad grave. — Declara la Corte inexistente el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Cali, doctor Máximo H. Martínez para conocer del negocio a que se alude. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 789

Interpretación del artículo 29 del Código Penal. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual se condenó a Alfonso Cárdenas Jaramillo por homicidio. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 792

Impedimentos y recusaciones. — Se declara fundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal de Buga, doctor Cayetano Rengifo Illera para conocer del negocio a que se alude. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 801

Impedimentos y recusaciones. — Se abstiene la Corte de conocer del auto proferido por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo en el asunto aludido. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 803

Págs.

Aplicación de las penas. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali por la cual se condenó a Ricardo María Villada por homicidio. Magistrado ponente, doctor cardo Jordán Jiménez 810

Recusación. — Se declaran infundados los motivos de recusación contra varios Magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez. .....???

Recurso de hecho. — Se estima bien denegada la apelación intentada por el doctor Mauricio Ospina Devia contra una providencia del Tribunal Superior de Bogotá en el asunto aludido. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 814

Sobreseimiento definitivo. — Se sobresee definitivamente en favor de varios Magistrados del Tribunal Superior de Pasto por los cargos que se les hicieron. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 816

Requisitos para la exención de la responsabilidad determinada por error. — Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Santa Marta por la cual se sobreseyó definitivamente en favor del doctor Luis González Urbina, ex-Juez del Circuito de Valledupar. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 820

Cambio de radicación del proceso. — Se emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso seguido contra Jesús Escobar Ochoa. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 827

Preguntas al Jurado. — Imposición de las sanciones. — Calificación de los hechos por el Jurado. — Significación de las palabras insidia, alevosía y acechanza. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta por la cual se condenó como reo de homicidio a Ramón Sánchez Herrera. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 829

Cambio de radicación del proceso.—Se emite concepto favorable al cambio de radicación

Págs.

del proceso seguido contra Leopoldo Luna Hoyos por homicidio. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 833

Desistimiento. — Se admite el desistimiento del recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por la cual se condenó a Leopoldo Torres Flórez por lesiones personales 835

Impedimentos. — Se declara fundado el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Carlos Alberto Olano V. para conocer del negocio adelantado contra Noé Puerto y otros. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 836

Pruebas en el proceso penal. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en que se condenó a Moisés Gómez por lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 839

El recurso de revisión en materia penal. Se niega el recurso de revisión propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual se condenó a Teófilo Butrabi por abuso de confianza. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 843

Equivocación en el sorteo de jurados. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga por la cual se condenó a Joaquín Alfaro por homicidio. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 854

Calificación de la reincidencia. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual se condenó a Antonio Arellano o José Antonio Novoa López por hurto. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 857

Estimación de las pruebas del proceso en el ramo penal. — Apreciación de los elementos que constituyen la riña. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual se condenó a Marcos Morales Rincón por lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 861

Págs.

Calificación de los impedimentos de los Fiscales. — Se inhibe la Corte de decidir la apelación del Fiscal 2º del Tribunal Superior de Barranquilla contra el auto que ordenó pedirle concepto en el proceso por lesiones contra José A. Vargas. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno. 865

Suspensión de actuaciones civiles o administrativas durante la investigación penal. — Se confirma el auto del Tribunal Superior de Bogotá por el cual se sobreseyó definitivamente en favor del doctor Rafael María González, Juez 5º del Circuito de Bogotá, Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 867

La condena condicional en casación. — Complicidad en la culpa. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín a José Piedrahita Gómez y a Luis Quintero Gallego por homicidio. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada..... 869

Aplicación de las sanciones al delincuente. Reincidencia. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, por la cual se condenó a Noé Castañeda Palomino por hurto. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 873

Apreciación de los hechos y de la responsabilidad del delincuente. — Nulidades. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil por la cual se condenó a Leoncio Alarcón y a Pablo Emilio Alarcón Torres por asesinato. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 876

Individualización de la pena en el nuevo Código Penal. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga por la cual condenó a Leonardo Mantilla por homicidio. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno..... 879

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Aviso de exploración y explotación de petróleo. — Régimen jurídico indiano de tierras para poblaciones. — Ordenanzas de

Págs.

1573. — Fundación de poblaciones conforme a la Recopilación de las leyes de Indias. Régimen de derecho público sobre adjudicación de tierras a las poblaciones y a sus fundadores. — Se declara infundada la pretensión de la Sociedad avisante, denominada Junta Petroleum Company, de efectuar exploraciones con perforación en el terreno a que se alude. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 887

Autos interlocutorios. — Se mantiene el auto recurrido en el juicio seguido contra la Nación por Lucrecia Forero v. de Flórez. Magistrado ponente, doctor Germán Alvarado 909

Autos interlocutorios. — Se abstiene la Corte de conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de oposición al registro de una marca de fábrica seguido por Shering Corporation contra Química Shering Colombiana S. A. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 913

Perjuicios. — No se repone el auto de la Sala por el cual se confirmó el del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido contra la Nación por Emma Mendoza de Morales, por perjuicios. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 915

Excepciones.—Se declaran improcedentes las excepciones propuestas por el Fiscal en el juicio seguido por Lino A. Ortíz contra la Nación y Eleázar Hernández. Magistrado ponente, doctor Germán Alvarado.... 918

Auxilio de cesantía. — Se confirma la sentencia apelada del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por Jesús M. Rodríguez O. contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 920

Asuntos referentes al trabajo. — Se declara que corresponde a la justicia del trabajo el juicio propuesto ante el Juez 2º del Circuito de Andes por Francisco Restrepo P. y que luégo decidió el Tribunal de Medellín. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 922

Suspensión del juicio civil mientras se decide la acción penal. — Se confirma el auto apelado del Tribunal Superior de Medellín en el juicio propuesto por Teresa Saldarriaga de Restrepo contra el Departamento de Antioquia, por perjuicios. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 924

Caución. — Juicios sobre propiedad del petróleo. — Se confirma el auto recurrido en el juicio seguido contra la Nación por Pedro de los Reyes Gómez para que se declarase que determinado globo de tierra era de propiedad de la comunidad nombrada. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 925

Acción de responsabilidad civil por perjuicios originados por culpa civil extracontractual. Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio seguido por Bernardo y Pablo Murcia Rivera y María Ismaelina y Sildana Murcia Rivera contra la Nación, por perjuicios. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 927

Suspensión del proceso civil mientras se falla la acción penal. — Se confirma el auto suplicado en el juicio seguido por Demetrio Robayo contra el Departamento de Cundinamarca 932

Personería en el juicio. — Se reforma el auto protestado en el juicio a que se alude. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 934

Acción petitoria de pago de perjuicios. — Responsabilidad del Estado por perjuicios. Análisis de la doctrina jurídica sobre el particular. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, proferida en el juicio seguido por Enrique E. González contra la Nación, por perjuicios. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 937

NOTA IMPORTANTE

CON EL PRESENTE NUMERO TERMINA EL TOMO LXIII DE LA "GACETA JUDICIAL". EL NUMERO 2059 ESTA DESTINADO A INDICE Y JURISPRUDENCIA DE ESTE TOMO.

Talleres Gráficos
Mundo al Día

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"
CALLE 14, Nº 13-56 — TELEFONO 43-25

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono Nº 43-25, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: Dr. JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO LXIII BOGOTA, 1949 NUMERO 2059

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LXIII (Nos. 2053 A 2058) DE LA GACETA JUDICIAL

— A —

ABUSO DE CONFIANZA

— 1 —

Los elementos estructurales del delito de abuso de confianza son: a) La apropiación o uso indebido de una cosa en provecho propio o de un tercero; b) Que la cosa ajena sea mueble, y c) Que se haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio. (Casación Penal. Auto de abril 14 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 153, 1ª

ABUSO DE FUNCIONES
(Su diferencia con el abuso de autoridad)

— 2 —

En el artículo 295 del Código Penal se hallan incluídos todos los elementos del abuso de funciones. Pero no debe confundirse este elemento con el simple abuso de autoridad, sancionado en el Código en el artículo 171. Es cierto que ambos actos provienen de un funcionario público y se basan en la arbitraria aplicación de la ley, formal y esencialmente. La diferencia subsiste, en cuanto el abuso de funciones del artículo 295 se refiere concretamente a la libertad individual, esto es, al bien jurídico tutelado de la autonomía personal para que el ciudadano goce de su libre movimiento y no sea atacado su derecho por parte de los agentes del Estado. En cambio, en el abuso de autoridad, simplemente considerado, es decir, en forma genérica, el bien jurídico tutelado ya no es la libertad del invidiuo, sino el de la administración de justicia o pública, que en determinados casos puede ser vulnerada o violada su recta práctica por actos de los funcionarios que sólo dañan o tienen su efecto dentro de la estricta esfera de la gestión de los órganos del Estado. (Casación Penal, auto de septiembre 12 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 447, 2ª

— 3 —

ACCESION (Contra quien debe dirigirse la demanda de indemnización de mejoras realizadas en terreno ajeno)

Según los preceptos de la teoría legal de la accesión en el caso de edificaciones en suelo ajeno, la ley asigna al dueño del terreno el dominio de la edificación, constituyendo los dos bienes una sola entidad, y no por un dominio distinto o separado del que se tiene sobre la cosa principal, sino como una consecuencia de éste, que se extiende sobre la cosa que se junta, pero le impone al adquirente, para evitar un enriquecimiento indebido, la obligación de pagar al dueño de los materiales las indemnizaciones prescristas a favor de los poseedores para el caso de la reivindicación. El modo de adquisición opera y produce sus efectos jurídicos cuando el hecho material de la unión de las cosas se realiza, porque es entonces cuando la cosa que accede adquiere la calidad jurídica de inmueble por adherencia y se incorpora a la principal. En ese momento nacen las obligaciones que la ley establece entre los propietarios de lo principal y lo accesorio. Con apoyo en estos principios ha dicho la Corte que "la demanda para reclamar el valor de las mejoras efectuadas en terreno ajeno debe dirigirse, no contra el actual poseedor del suelo, sino contra el que era dueño o poseedor del terreno donde se hicieron las obras cuyo valor se reclama, y el cual las adquirió por accesión. Pues es de presumirse que con dichas obras (construcciones, plantaciones), se ha aumentado el valor del inmueble para el mismo dueño y no para otro que lo haya adquirido después de mejorarlo por compra o por cualquier otro título". (Casación Civil. Octubre 24 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) .... 84, 2ª y 85, 1ª

ACCION DE DOMINIO

— 4 —

Toda acción de dominio se plantea sobre la situación jurídica que establece el artículo 762 del Código Civil y tiene por objeto destruir probatoriamente la presunción que ella otorga. A cargo del demandante corre esta obligación de probar, como lo establece el principio general de derecho a que alude la citada disposición. (Casación Civil. Diciembre 17 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 631, 1ª

ACCION DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD NATURAL
(Contra qué personas puede ejercerse legalmente)

— 5 —

En los juicios de investigación de la paternidad natural es preciso distinguir la legitimidad del contradictor que es cuestión que se refiere, como se ha explicado en recientes fallos de la Sala, al valor y efectos de las sentencias que se profieran en esas controversias; la legitimidad de la personería sustantiva de las partes que se vincula a la cuestión de quiénes pueden ser sujetos activos y pasivos de la acción, como elemento esencial para su procedencia ,tan íntimamente ligado a ella que se confunde con el derecho mismo, y cuyas fallas o defectos son constitutivos de una excepción perentoria de declaración oficiosa; finalmente, la legitimidad de las partes, como cuestión puramente procesal o adjetiva desde el punto de vista de su representación en el juicio. Legalmente procede el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural que consagra la Ley 45 de 1936 contra el presunto padre, mientras viva, y después de su muerte, contra los herederos como los

continuadores de su personalidad jurídica, en representación del sujeto pasivo de esa acción. La calidad de heredero, cuando se ejerce la acción de filiación en este último caso, no es cuestión de mera representación procesal sino cosa que afecta más pronunciadamente la personería como elemento constitutivo que es de una situación legal o investidura jurídica esencial para la procedencia de la acción. Su prueba, por consecuencia, tiene que ser legalmente perfecta, (Casación Civil. Septiembre 18 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 27, 2ª

ACCION DE SIMULACION
(Prestaciones a que están tenidas las partes en caso de que el demandado vencido esté obligado a restituir la cosa)

— 6 —

Las disposiciones legales que gobiernan lo relacionado con las prestaciones mutuas a que puede haber lugar en las acciones reivindicatorias, de nulidad y rescisoria tienen su fundamento en evidentes razones de equidad, porque siendo posible que el demandado mientras conserva la cosa en su poder se haya aprovechado de sus frutos, o la haya mejorado o deteriorado, en el caso de que fuera condenado a restituírla debía naturalmente proveerse lo conveniente sobre esos puntos porque de otro modo se consagraría bien un enriquecimiento indebido de parte del reo, cuando se aprovecha de los frutos de una cosa que no es suya, o del actor, al recibir mejorado a costa ajena un bien que le pertenece o se causaría al último un perjuicio injusto al restituírsele deteriorado el mismo bien por culpa del demandado.

En la acción de simulación, que es el caso de autos, la ley no ha reglamentado expresamente las consecuencias que deben desprenderse en el evento de que haya que imponérsele al demandado la obligación de restituir la cosa a su verdadero dueño y se confronten las mismas circunstancias o hechos mencionados; pero se comprende fácilmente que la solución a que debe llegarse al respecto es la misma que la ley consagra en las aludidas acciones de nulidad, reivindicatoria y rescisoria, no sólo porque subsisten los mismos motivos de equidad que para éstas la han determinado, sino porque razones de analogía imponen al juzgador el deber de aplicar las leyes que regulan casos o materias semejantes (artículo 8º, Ley 153 de 1887), y también porque las disposiciones sobre prestaciones mutuas tienen tal generalidad que de suyo son aplicables para regular las indemnizaciones recíprocas, en todos los en que un poseedor vencido pierda la cosa y sea obligado a entregarla a quien corresponde (Casación Civil. Febrero 11 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 659, 2ª y 660, 1ª

ACCION DE SIMULACION
(Su diferencia con la de nulidad)

— 7 —

Es una jurisprudencia sostenida por la Corte y consagrada en varias sentencias, entre otras las de 30 de septiembre de 1936, (G. J. Tomo 43, Nos. 1911 y 1912), 24 de octubre de 1936, (G. J. Tomo 44, Nos. 1914 y 1915), 24 de noviembre de 1936, (G .J. Tomo 44, Nos. 1918 y 1919), y 22 de octubre de 1937, (G. J. Tomo LXIII, página 70), la de que la acción de nulidad es distinta de la de simulación; que ésta no engendra por sí misma la nulidad del acto o contrato oculto, y que la esencial diferencia que las distingue a ambas consiste en que la nulidad judicialmente pronunciada da acción contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales, y que la simulación no produce acción contra terceros de buena fe que confiaron en la realidad del acto ostensible,

o sea que para ellos es inoponible el contrato simulado. (Casación Civil. Febrero 11 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 668, 1ª

ACCION POPULAR DEL ARTICULO 1005 DEL CODIGO CIVIL (su objetivo)

— 8 —

El artículo 1005 del Código Civil sólo concede la acción popular para prevenir siniestros de que puedan ser víctimas los particulares por el derrumbamiento de edificios u otras construcciones o de árboles mal arraigados (artículo 988, C. C.), que amenacen caer sobre los transeúntes. La acción, pues, no se ha otorgado por el artículo 1005 del Código Civil con mira al arreglo de los bienes de dominio público, sino de los del dominio privado cuando se hallen en las precarias circunstancias que hagan temer su ruina, según la expresión legal.

Otra cosa es la referente a los daños que ocasione a los particulares una obra pública por no haber sido reparada oportunamente o por defectuosa construcción, pues entonces hay solamente una acción de responsabilidad por la culpa en que haya podido incurrir la entidad de derecho público que hizo la obra, o que permitió su uso, o a cuyo cuidado se hallaba. Es la única relación posible entre los particulares y el Estado en razón de las posibles consecuencias de la falta de cuidado de las entidades públicas en el mantenimiento seguro y adecuado de los bienes de uso común. (Negocios Generales. Agosto 6 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 245,2ª y 246, 1ª

AGUAS

(Características jurídicas del dominio sobre las mismas)

— 9 —

La importancia del agua como elemento vital, reconocida siempre y atendida por todas las legislaciones, cobra relieve mayor con el desarrollo e intensificación de las industrias. De ahí que por punto general sean bienes del Estado los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales. Así lo establece, por ejemplo, nuestra ley en disposición expresa. De ahí también que nuestro legislador, ajustando sus preceptos a las necesidades y al ambiente de cada época, acordara cambios como los consignados, v. gr., en la Ley 113 de 1928 y en los Decretos-Leyes 1381 y 1382 de 1940 que, entre otras cosas, hacen del Gobierno el administrador supremo de las aguas, bienes nacionales, y dan a la reglamentación de su uso y aprovechamiento un cariz marcadamente administrativo. Bien que el dominio implica todas las facultades que le reconoce el artículo 669 del C. C., el de las aguas, así sea público o privado, tiene peculiaridades que obligan a reconocer que mira cardinalmente a su uso y goce. El de la Nación, dentro de estos fines, tiene por norma la equidad y el pro común. Ante esos fines y norma se explica claramente que la Nación tenga, por principio genérico; el dominio de las aguas, según la disposición aludida, y que ésta agregue la significativa locución "de uso público". (Artículo 677, inciso 1º, C. C.). Sólo en circunstancias excepcionales, establecidas, por lo mismo, taxativamente en la ley, hay aguas de dominio privado, como son las señaladas en el inciso 2º del artículo 677 y en el artículo 895 del Código Civil, según los cuales, respectivamente, pertenecen a los dueños de las riberas las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, y a quien ha construído un cauce artificial con los requisitos legales, las que por éste corren. (Casación Civil. Septiembre 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) ..... 31, 2ª y 32, 1ª

AMISTAD INTIMA Y ENEMISTAD GRAVE
(como causal de impedimento)

— 10 —

No se puede emitir una opinión en concreto sobre los elementos que en determinado caso pueden servir de guía para precisar los conceptos de la amistad íntima y de la enemistad grave de que habla la ley, porque correspondiendo estas expresiones a factores subjetivos, de orden interno, su valoración no puede deducirse del simple postulado que sirve de base a la causal de impedimento, sino de los hechos o manifestaciones que exterioricen ese estado afectivo de la amistad íntima.

"Las relaciones de trato, comunicación o correspondencia que imponen los deberes de la sociedad o las provenientes de la vida de negocios, si bien es verdad que originan un estado de amistad, no son precisamente la amistad íntima que de acuerdo con la ley produce el impedimento. En la amistad íntima se busca y se realiza una compenetración de ideas y sentimientos espirituales que identifican en estas relaciones a las personas que la profesan, y en las manifestaciones exteriores, se traduce por la demostración recíproca de un afecto personal, desinteresado, no egoista, que lleva a intimar con el amigo, "para la confidencia de sus secretos y el depósito de sus recónditos estados sentimentales, de su problema, de sus aspiraciones, desencantos, proyectos, tristezas y alegrías".

De manera que la determinación del impedimento por **amistad íntima** con alguna de las partes que intervienen en el proceso no se deduce por la simple manifestación que de ella se haga, sino de los motivos o causas —existentes— que lleven al magistrado a hacer la afirmación de ese estado, para que el superior que decida pueda apreciarlas, y con fundamento en ellas concluir negando o aceptando el impedimento. (Casación Penal. Agosto 25 de 1947. T. LXIII. 2057-2058)

789, 2ª y 790, 1ª

ANOMALIA PSIQUICA (grave)

— 11 —

Cuando al tiempo de cometer el hecho —dice el artículo 29 del C. P.—, se hallare el agente en estado de enajenación mental, o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padece de grave anomalía psíquica, se aplicarán las medidas fijadas en el capítulo II del Título II de este Libro.

De esta disposición ha dicho el doctor Jorge Gutiérrez Gómez, en sus "Comentarios al Código Penal", que al incluir la frase "grave anomalía psíquica' 'incurrió en una redundancia que sólo habrá de servir para producir perturbaciones en la aplicación de la justicia penal, por la imposibilidad en que habrán de hallarse los falladores para precisar cuándo existe ese estado de grave anomalía, diversa naturalmente de la enajenación mental de que se habla al principio del mismo artículo (página 142, obra citada).

En realidad no carece de fundamento la crítica, aun cuando la confusión la despeje la medicina legal, porque en la grave **anomalía psíquica** —dice el doctor Guillermo Uribe Cualla— en su obra "Medicina Legal y Psiquiatría Forense", página 394—, se comprenden muchas psicosis y muchas perturbaciones mentales que están muy lejos de ser "verdaderas locuras o demencias".

El nuevo Código Penal no habla de locos ni de dementes, y ello parece más acorde con la moderna terminología médico-forense. Porque el sustantivo **loco** no es tolerado actualmente por la ciencia psiquiática, y el calificativo **demente** (mente captus) que traduce un estado de mentecatez, tiene en psiquiatría un significado mucho más reducido que el que

le dan los Códigos Penales (clasificación de las enfermedades mentales en orden a las necesidades médico-legales. Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología. Tomo 2º, página 109).

Pero en donde la duda ofrece más resistencia para ser disipada es en la cuestión relativa a la aparente redundancia, o sea el incluir al enajenado mental y al normal psíquico dentro de un mismo cuadro patológico, porque —y esta es una consideración que surge a simple vista— si la psique es el alma, la mente o el espíritu, según el punto de vista filosófico del intérprete, es claro que al encontrarse perturbada esa potencia directora de las acciones humanas, el sujeto que las padece no es normal, como lo es el enajenado mental.

De esta palabra (psique) arrancan etimológicamente todas las denominaciones conocidas para designar las diversas alteraciones de la mente (psicopatía). Ejemplos: Psicoparesis (debilidad mental); psiconosema (desorden mental); psiconeurosis (trastorno nervioso de origen mental); psiquinosis (enfermedad nerviosa funcional), etc.

Sin embargo, el mismo hecho de no ser correspondientes en medicina legal las expresiones **enajenación mental y anomalía psíquica**, está indicando la necesidad de no dejar por fuera el caso del afectado de esta última. Porque si en el examen pericial del delincuente advierten los peritos que no es un enajenado mental, pero que sí sufre de una grave anomalía psíquica, una psiconeurosis, v. gr., al no existir en el Código incluída esa categoría (anomalía psíquica) el procesado tendría que ser sometido a un género de represión que no se compadece con el estado de sus facultades mentales, y la justicia no cumpliría sus altos fines. Más bien que cumplirlos estaría quebrantando el principio de la individualización, que es canon de la conciencia penal moderna. (Casación Penal. Julio 4 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 767, 2ª

APARCERIA

— 12 —

(Naturaleza jurídica de este contrato. No es contrato de trabajo. Véase "Testamento. No es inhábil para ser testigo de un testamento el colono aparcero", en el No.272 de este índice).

APODERADOS Y DEFENSORES
(Derechos de los)

— 13 —

El pensamiento del legislador al crear y reglamentar la institución de apoderados y defensores en el proceso penal, no fue otro, sino el de que el sindicado o procesado estuviera asistido por hombres entendidos en las disciplinas del derecho, para que la defensa de sus intereses sea benéfica y eficaz. Los derechos que la ley confiere al apoderado o defensor son los mismos que le otorga al sindicado o procesado, y en ejercicio de éstos, tanto el uno como el otro, conjunta o separadamente —dentro de las restricciones legales— pueden formular peticiones, e interponer los recursos legales contra las providencias que dictan los funcionarios de la rama jurisdiccional. De manera que la intervención del apoderado o defensor no se reduce al acto material de firmar notificaciones, sino al de ejercer los derechos legales que crea convenientes a la defensa de los intereses de la persona que representa.

Si en el ejercicio de esa función pide la aplicación de una ley más favorable, con prescindencia de otra, restrictiva o desfavorable, su petición no necesita estar precedida de la autorización del representado, y el acto realizado o cumplido, en uso de ese derecho es legal, y la resolución del funcionario creada por ese acto tiene fuerza compulsiva dentro de las actuaciones procesales y

contra ella no vale alegar causal de nulidad por el hecho de no haber sido previamente consentida por el procesado. Así, pues, la nulidad constitucional alegada, no existe. (Casación Penal. Junio 11 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) ..... 745,2ª y 746, 1ª

ARRENDAMIENTO

— 14 —

Nuestro Código Civil, luégo de fijar los principios generales de las obligaciones, les ha dado vigencia y realización reglamentando cierto número de contratos y estableciendo para algunos de ellos normas ya complementarias de la voluntad de las partes, ya imperativas y de respecto ineludible. Las primeras, que son las más numerosas, se presume que interpretan el querer de las partes y por tanto está al arbitrio de éstas atenerse a ellas o modificarlas, en tanto que las segundas son de obligada observancia porque su existencia deriva de un interés general que el legislador quiso garantizar. Las reglas que en los contratos complementan la voluntad de las partes, dejan de aplicarse y el contrato se cumple de acuerdo con esas mismas estipulaciones que constituyen una ley de ámbito particular. Así, en el contrato de arrendamiento, si las partes guardaron silencio sobre regulación de mejoras, se dispone que las locativas son de cargo del arrendatario; las indispensables para la conservación de la cosa, que el código llama reparaciones, son de cargo del arrendador, salvo que el arrendatario las haya hecho necesarias por su culpa. Si los contratantes han guardado silencio sobre mejoras útiles, el arrendador no está obligado a reembolsar su costo, y el arrendatario sólo podrá separar y llevarse los materiales, a menos que el arrendador se allane a pagar su valor (artículos 1993 y 1994 del C. C.). Lo señalado en estas disposiciones debe entenderse como mero suplemento de la voluntad de las partes, las cuales pueden, como ya se ha dicho, a virtud de la libre contratación y dentro de los dictados del orden público y de las buenas costumbres, establecer condiciones especiales que ya son una ley para quienes las han convenido (artículo 1602 del C. C.). (Casación Civil. Noviembre 17 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) .. 517, 1ª y 2ª

ASESINATO

— 15 —

La Corte se ha pronunciado ya sobre el tema de si el estado de ira o intenso dolor excluye el asesinato, en el sentido de que sí son compatibles. (Casación Penal. Julio 16 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 405, 2ª

ASESINATO

— 16 —

Si la infracción se consumó con más de uno de los elementos previstos en el artículo 363 del Código Penal, los restantes pueden servir para individualizar la sanción, bien atendiendo a la gravedad y modalidades del hecho (artículo 36 del C. P.), o bien considerando esos factores como circunstancias de mayor peligrosidad, lo que puede hacerse como lo dice el artículo 37. (Casación Penal. Agosto 19 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 419, 2ª y 420, 1ª

AUTOS

(Naturaleza jurídica del que ordena poner en conocimiento de las partes la existencia de una causal de nulidad)

— 17 —

El auto por medio del cual se ordena poner en conocimiento de las partes que determinada entidad judicial carece de compe-

tencia para conocer de determinado proceso, o cualquier otra causal de nulidad, no es un auto interlocutorio porque en él o por medio de él no se decide nada, ni esa providencia guarda ninguna analogía con las que enumera el artículo 466 del Código Judicial, puesto que ni decide ningún incidente del juicio, ni determina la personería de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de cualquiera de ellas, casos enumerados en dicho artículo. El auto en cuestión se limita a ordenar un trámite procesal al igual que lo hace, v. gr., el que ordena fijar un negocio en lista, el cual, sin duda, nadie podría sostener que es interlocutorio. (Negocios Generales. Auto. Febrero 2 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) .. 914, 2ª

AUTO DE PROCEDER

(Razón por la cual en su parte resolutiva no se debe expresar la especie a que pertenece el delito)

— 18 —

La prohibición hecha en el inciso final del artículo 431 de la Ley 94 de 1938 no debe entenderse como un capricho del legislador. Obedece a consideraciones muy juiciosas acerca del juzgamiento. Porque si se determinara la especie del delito en la parte resolutiva, que es aquella que contiene los lineamientos generales del cargo que la sociedad le hace al sindicado por medio de la rama jurisdiccional del poder público, la defensa, que no es una protección graciosa del Estado sino un derecho que la Constitución ampara y quiere se desarrolle con la plenitud de las garantías que ella concede, quedaría circunscrita, delimitada previamente y sin ámbito. Refiriéndose al homicidio, por ejemplo, no se podría en la parte resolutiva del auto de proceder hablar de asesinato, porque se calificaría de antemano la infracción. El homicidio es el género, y sus especies son: asesinato, de propósito, culposo, concausal, ultraintencional, piadoso, etc. Esto (especies) es lo que la ley no quiere que se determine en la parte resolutiva del auto de proceder, y parece que la razón, aunque muy concisamente, se acaba de dar. (Casación Penal. Agosto 25 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) ... 424, 1ª

AUTO DE PROCEDER

— 19 —

No es necesario que se diga de modo expreso en el auto de enjuiciamiento que se trata de un "concurso real de delitos" o de un "concurso material de delitos", ni que se cite el artículo 33 del código, si de la discriminación de los hechos delictuosos con sus elementos constitutivos aparece claramente que existe un concurso de infracciones debidamente individualizadas. (Casación Penal. Mayo 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 208, 2ª

AUTO INTERLOCUTORIO

(Cuales providencias tienen este carácter. Su diferencia con las sentencias)

— 20 —

Puede decirse, aunque ciertamente no con una absoluta e incontrovertible precisión, inadmisible por otra parte en esta materia, y atendiendo de manera principal al objeto mismo de los autos que los textos legales mencionados (artículos 466 C. J., y 156 Nº 2 C. de P. P.), enumeran como autos interlocutorios, que éstos son aquellos autos o providencias que deciden una cuestión de fondo, diferenciándose sin embargo, de las sentencias, aunque éstas también deciden cuestiones de fondo en el proceso, principalmente por dos motivos: porque a diferencia de éstas, los autos

interlocutorios no se profieren una vez que se ha agotado toda la tramitación procesal propia de cada juicio, aunque a veces ellos pongan término de manera definitiva a un proceso, y porque además la cuestión que se decide por medio de un auto interlocutorio no es aquella sobre la cual versa de manera principal el debate procesal, o, en otras palabras, que constituye el objeto principal de un proceso. (Negocios Generales. Auto. Febrero 2 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 914, 1ª

AUTO PARA MEJOR PROVEER

— 21 —

Uno de los pocos casos en que excepcionalmente puede tener el juez actividad oficiosa en materia de pruebas dentro de nuestro sistema legal que en general atribuye a las partes la iniciativa y escogencia de los medios probatorios, es el contemplado en el artículo 600 del C. J. El ejercicio de esta preciosa facultad establecida para que los jueces puedan alumbrar su criterio y juzgar con más acierto, lo subordina la ley al propio juicio del sentenciador respecto de la existencia de dudas y ausencia de suficiente claridad en torno de puntos trascendentales del litigio. No importa que para las partes, desde sus respectivas posiciones en el litigio, los puntos comprendidos en el auto para mejor proveer se consideren claros y ciertos; si en concepto del juez hay oscuridad o duda, ningún reparo cabe por este aspecto a la iniciativa judicial. Claro que mientras se mueva y desarrolle dentro de los límites y fines de la ley, esto es, como medio para purgar de confusionismo y oscuridad las pruebas y no como oportunidad procesal de crear nuevos elementos de convicción suplantando el interés e iniciativa de las partes. Aludiendo al legal y adecuado ejercicio de la facultad probataria del artículo 600 del C. J. ha considerado la Sala que "esta norma tiene dos caracteres, potestativa y adjetiva, y teniendo esta última especie no puede influir en casación". (Casación Civil. Febrero 7 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 648, 1ª

— B —

BALDIOS

— 22 —

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 57 de 1887 la resolución sobre adjudicación de baldíos no hay necesidad de inscribirla en el libro duplicado a que ese artículo se refiere, pues basta que lo haya sido en el libro de Registro número 1º. (Casación Civil. Diciembre 12 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 398, 1ª y 2ª

BUENA FE

— 23 —

En desarrollo de los artículos 768 y 769 del Código Civil ha establecido la jurisprudencia que la buena fe es un elemento moral que pertenece al fuero interno, que se presume en los contratantes y en cuya apreciación los tribunales son soberanos. La estimación del sentenciador sobre hechos morales, ha dicho la Sala, no puede ser desatendida por la Corte en casación, sino por pruebas evidentes en contrario, desechadas por el fallador en segundo grado. Además, debe recordarse que el poseedor irregular, y así habría de calificarse a la persona que adquiere de quien no tiene justo título sobre la cosa que vende, puede ser de buena fe con arreglo a los artículos 764, 769 y 770 del C. C. (Casación Civil. Febrero 13 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) ..... 731, 2ª y 732, 1ª

— C —

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

— 24 —

Cuando quiera que en un determinado momento el clima social de una ciudad se haya apasionado o por el carácter político del suceso, o por la posición social importante tanto de la víctima como del victimario, es necesario sustraer a la posible acción coaccionadora de estos elementos el juzgamiento de aquél, sobre el cual recaería un fallo —en cuanto a los jueces de conciencia se refiere— impulsado por un prejuzgamiento interesado, en desacuerdo con la serena y ecuánime administración de la justicia. (Casación Penal. Auto. Octubre 6 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) ..... 459, 1ª y 2ª

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO (Fundamento de esta institución)

— 25 —

La ley busca como expresión de la justicia la verdad procesal, y ésta no se consigue cuando el sindicado o procesado se halla privado de medios adecuados para su defensa. Nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio dice la norma constitucional, y esta defensa no puede ejercerse cuando personas extrañas al proceso penal ejercen directa o indirecta influencia sobre los apoderados o defensores del sindicado, para obligarlos a renunciar sus cargos y privar en esta forma al reo de medios lícitos para defenderse. En esta condiciones y para salvar los intereses de una recta administración de justicia el concepto de la Corte sobre cambio de radicación del proceso debe ser favorable. (Casación Penal. Auto. Diciembre 17 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 834, 2ª

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO (Quien puede pedirlo)

— 26 —

El derecho consagrado en el artículo 58 del C. de P. P., para pedir el cambio de radicación de un proceso, de un Distrito Judicial a otro, no puede ejercerse sino mediante el cumplimiento de las condiciones expresamente determinadas en la disposición que se invoca; la ley no otorga esa facultad a todos los ciudadanos, sino exclusivamente a las personas que en calidad de partes intervienen en el proceso penal, como serían el Agente del Ministerio Público, el procesado y la parte civil.

El cambio de la radicación del proceso sería viable si la petición hubiera sido formulada por el Agente del Ministerio Público, por el sindicado o procesado, por el representante legal —apoderado o defensor— y por la parte civil, o su mandatario judicial, que son las partes que intervienen en el proceso penal, a quienes la ley ha otorgado esa facultad; pero cuando el cambio de radicación se pide por una persona extraña al proceso, el concepto de la Corte, en ningún caso puede ser favorable, porque ello implica una violación de la ley procedimental.

El denunciante no es parte en el proceso penal, y en el sumario la ley no le ha otorgado ningún derecho para intervenir en las diligencias, ni siquiera lo catalogó entre las personas que pueden intervenir en esta etapa del proceso. El denunciante al tenor del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, no contrae otro deber que el de decir la verdad, y para que su aseveración no sea temeraria se le exige el respectivo juramento sobre los cargos materia del denuncio; su intervención o actividad está limitada y circunscrita por el artículo 275 de la obra citada, y ella se contrae a ampliar el denuncio y a dar los informes que estime convenientes,

"quedando a esto reducida su intervención". Si por mandato expreso de la ley el denunciante sólo puede ampliar su denuncio y dar los informes que crea indispensables para el descubrimiento de la verdad, es lógico que apoyado en esa calidad —denunciante— no puede solicitar el cambio de radicación del proceso. (Casación Penal. Auto. Octubre 27 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) ... 828, 1ª y 2ª

CASACION

— 27 —

Como lo ha dicho la Corte "cimentándose la decisión del Tribunal no sobre determinado elemento de prueba sino sobre todo el haz probatorio del juicio, el ataque singular sobre probanzas aisladas es incapaz de destruir la fundamentación de la sentencia". (Casación Civil. Octubre 11 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 65, 2ª

CASACION
(El quebranto de los preceptos reguladores del mírito probatorio no es conducente a obtenerla)

— 28 —

En variadas ocasiones se ha dicho que el simple quebranto de los preceptos reguladores del mérito probatorio no es por sí mismo conducente a obtener la casación de un fallo; en otras tantas se ha expuesto la doctrina sobre el modo como obran los errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria sobre la viabilidad de este recurso, y en numerosísimos casos más se ha detallado en qué consiste la incongruencia que la ley erige en segunda causal de casación.

La índole extraordinaria de este recurso radica en que no está instituído en provecho de las partes sino de la ley y en que precisamente por provocarse y surtirse contra el acto jurisdiccional ya cumplido que normal y definitivamente precluye la controversia, puede reputarse dirigido a quebrantar la eficacia de la cosa juzgada. Estos tres aspectos interdependientes que configuran la naturaleza extraordinaria de la casación hacen que la ley no permita controvertir en su ámbito sino el interés general expresado en el mantenimiento de la ley sustancial mediante las tres primeras causales relativas a los errores **in iudicando,** y en el de la previsión constitucional sobre las normas de juzgamiento, mediante las demás causales relativas a los errores **in procedendo,** en cuanto se proyectan sobre los llamados presupuestos procesales; la ciencia procedimental los concibe como requisitos que han de reunirse necesariamente para que pueda sobrevenir una sentencia estimatoria de la demanda, ora acogiendo, ora rechazando sus pretensiones; se considera que en definitiva no son sino tres: juez, actor y reo, ya que la legitimación en causa es una condición de la acción, y no un presupuesto procesal. (Quod deest vide corpore sententiae). (Casación Civil. Septiembre 30 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 43, 1ª

CASACION
(Error de derecho)

— 29 —

El error de derecho, cuando de casación se trata, no puede tomarse como locución equivalente a errado raciocinio o a juicio equivocado, ni como una forma del consentimiento vicioso al cual niega el artículo 1509 del C. C. poder para invalidar el contrato; el error de derecho en casación ha de estar vinculado necesariamente a la apreciación de la prueba, y por eso se le conoce como yerro de valoración probatoria; consiste, según lo tiene advertido la Corte, en haber estimado el mérito de los elementos de convicción en

desacuerdo con las regulaciones de la ley constitutivas de la tarifa de pruebas. Esta, como se observa a la simple lectura del artículo 593 del C. J., comprende dos restricciones: la primera, relativa a la naturaleza de los medios de prueba, ya que son inadmisibles y legalmente ineficaces aquellos que no estén comprendidos dentro de la especificación contenida en el Título XVII, Libro II del Código Procesal; la segunda, atinente al poder de convicción cuya plenitud y alcance determina la ley en forma de la cual no le es posible separarse al juzgador al decidir sobre la existencia y la verdad de los hechos alegados por las partes en apoyo de la acción o de la excepción. De esta suerte el error de derecho a que alude la causal 1ª del artículo 520 del C. J. se refiere al caso de que el Tribunal, en presencia de una prueba, le haya desconocido el mérito que la ley le da, o le haya reconocido uno de que la ley la priva. (Casación Civil. Octubre 31 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) .. 94, 1ª

CASACION

(por errónea apreciación de las pruebas)

— 30 —

La Corte, teniendo en cuenta la índole del recurso extraordinario de casación y su primordial objeto que es el de unificar la jurisprudencia, ha sostenido en numerosos fallos, que constituyen doctrina de la Sala, que la demanda de casación en que se acuse por errónea apreciación de pruebas sin expresar las disposiciones sustantivas que configuran el derecho que se supone violado, no da base suficiente para que pueda entrarse al fondo del negocio. Y esto aunque se demuestre el error, porque el elemento esencial de la acusación y lo que hace casable una sentencia no es el error en sí mismo, sino la violación de la ley sustantiva que, por lo tanto, debe citarse con concepto sobre su quebrantamiento. La simple cita de disposiciones legales referentes al mérito de las pruebas y que no pueden tenerse como normas propiamente sustantivas porque no tutelan el derecho reclamado por el actor, no da lugar a casación. (Casación Civil. Octubre 24 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) ..... 387, 1ª y 2ª

CASACION

(Momento en que termina la jurisdicción de la Corte para conocer de este recurso)

— 31 —

La actuación del recurso de casación, este mismo y consecuencialmente la jurisdicción de la Corte terminan habitualmente con la sentencia que desecha el recurso por no aparecer justificada ninguna de las causales aludidas (artículo 537 C. J.) o con la sentencia que por prosperar el recurso infirma la recurrida y la reemplaza (artículo 538). Pero si esto es lo procedente cuando se justifica alguna de las tres primeras causales del artículo 520, según el 539, si es otra la acogida, ya no se dicta esa sentencia, sino que se provee como manda el artículo 540, sin que por ello pueda decirse que dentro del recurso de casación, como tal, el negocio no ha quedado resuelto o que sigue en pie la jurisdicción de la Corte. Más todavía: tampoco puede decirse que la jurisdicción de la Corte siga vigente y que ella no ha resuelto el negocio cuando por no haberse suministrado papel sellado para repartir el asunto se declara ejecutoriada la sentencia recurrida (artículo 353) o cuando por no haberse presentado dentro del término legal la demanda de casación, se declara el recurso desierto (artículos 530 y 532). (Casación Civil. Febrero 21 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 709, 2ª

CASACION (técnica de)

— 32 —

Hay falta de técnica de casación en el hecho de acusar por violación directa de la ley conclusiones del fallo que por asentarse en examen de pruebas hay que enderezar la acusación por los caminos del error probatorio. En casación no se pueden desplazar las bases esenciales del pleito ni alegar modificaciones a la cuestión de hecho planteada por las partes y reconocida por la sentencia, porque de esta suerte se entra a la zona de los llamados medios nuevos, cuya inadmisibilidad es incuestionable en este terreno extraordinario que excluye por su naturaleza todo extremo que no fue materia de controversia entre las partes y de decisión para los jueces de fondo. (Casación Civil. Diciembre 17 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 627, 1ª

CASACION

(La infracción de las disposiciones que regulan la producción de pruebas y de las que determinan su valor no es por sí solo motivo suficiente para la casación)

— 33 —

Los artículos 1757 del Código Civil y 605, 608 y 697 del Código Judicial son normas que regulan y determinan la producción y mérito de las pruebas, que si bien de naturaleza sustantiva, son apenas medio para tutelar la efectividad de los derechos subjetivos, pero que por no consagrar ni tutelar por sí solas ninguno de estos derechos su infracción o desconocimiento no puede dar base de prosperidad al recurso de casación si no inciden en el quebranto de un precepto de naturaleza sustantiva, en el sentido en que esta calificación se da en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. (Casación Civil. Diciembre 17 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 631, 2ª

CASACION (causal 2ª)

— 34 —

Contra una sentencia absolutoria no tiene, por lo general, operancia la causal segunda de casación, según lo ha resuelto la Corte en constante jurisprudencia. (Casación Civil. Noviembre 6 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 101, 2ª

CASACION

— 35 —

(No es susceptible de este recurso la sentencia proferida en juicios reguladores de servidumbres. Véase la doctrina en el número 259 de este índice bajo el título "Servidumbres").

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CASACION

— 36 —

Este recurso extraordinario de casación, destinado primordialmente a llenar la necesidad de asegurar la unidad jurisprudencial, se desenvuelve en forma de una acusación contra las sentencias de último grado por violación de la ley sustantiva, de tal modo que es condición esencial del debate acusatorio que se desarrolle dentro de los límites precisos y sobre la pauta ineludible que señalan los motivos jurídicos del fallo, la forma concreta y el concepto en que fue aplicada la ley por el Tribunal. No se puede impugnar con buen éxito la legalidad de una sentencia ignorando o variando las razones de derecho en que se apoya. (Casación Civil. Octubre 24 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 84, 1ª

CASACION
(Contra que procede este recurso en los juicios de división de bienes comunes)

— 37 —

En los juicios de división de bienes comunes sólo puede recurirrse en casación de la sentencia aprobatoria de la partición, mas no de cualquier otro auto que en ellos se dicte. (Artículo 519, C. J.). (Auto. Casación Civil. Septiembre 30 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 34, 2ª

CASACION (por error de hecho)

— 38 —

Admite nuestra ley que para los fines de este recurso extraordinario se invoquen como errores in iudicando los de hecho que haya sufrido el sentenciador de segundo grado al apreciar el acervo probatorio, pero sólo cuando el error es manifiesto y cuando por haberse incurrido en él se quebranta, aplicándolo indebidamente, algún precepto sustancial. La transgresión de la ley, generada en error de hecho, presupone que por causa de éste se dejara de aplicar la norma adecuada a un hecho existente, o se tutelara un hecho no acaecido. (Casación Civil. Octubre 31 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 92, 2ª

CASACION
(Por error en la apreciación de pruebas)

— 39 —

Si el fallador tuvo como plena prueba el dictamen pericial, no incurrió en su apreciación en el error de derecho que el recurrente le adjudica. Es de observarse que, salvo errores manifiestos de hecho o carencia de lógica en la respectiva concatenación, no puede corregirse en casación el concepto de instancia que ante un dictamen fundado estima su fundamentación suficiente. (Casación Civil. Noviembre 20 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 395, 2ª

CASACION (causal 2ª de)

— 40 —

Ha sido jurisprudencia reiterada de la Corte que la causal 2ª de casación no tiene aplicación dentro de los juicios ventilados ante el Tribunal de conciencia, puesto que esa entidad goza de toda amplitud para apreciar las pruebas y, por tanto, su decisión sólo puede ser impugnada como contraria a la evidencia de los hechos por los juzgadores de instancia. (Casación Penal. Agosto 27 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 433, 1ª

CASACION (causal 2ª)

— 41 —

La Corte ha sostenido en forma insistente que la causal 2ª no se puede admitir en los procesos en que interviene el Jurado, dada su libertad para apreciar las pruebas según su íntimo convencimiento y porque el ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos no es causal de casación en el nuevo código adjetivo. (Casación Penal. Septiembre 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 454, 2ª

CASACION
(La contraevidencia del veredicto no es causal de casación)

— 42 —

No es exacto que en los juicios por Jurado sea el Juez de derecho quien deba apreciar los hechos y decidir sobre la responsabilidad,

pues que todo lo contrario dice el Código Penal, o sea, que en las causas en que interviene el Jurado, es a éste a quien corresponde calificar los hechos y definir la responsabilidad (artículos 480 del C. P. y 28 de la Ley 4ª de 1943). Al Juez de derecho no le incumbe sino dictar la sentencia de acuerdo con aquella calificación, señalando las sanciones que deban imponerse en caso de condena, o absolviendo al procesado cuando el tribunal popular lo haya declarado libre de reato. Lo que sí puede es declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, cuando así lo estime (artículo 537 del C. de P. P.). Pero como el Jurado no está sujeto a pauta alguna para justipreciar las pruebas de un proceso criminal, pues sólo debe guiarse por el íntimo convencimiento que de ellas se forme, y como la casación es un estudio de derecho sobre el fallo de segundo grado, no parece lógico que figure la contraevidencia del veredicto entre las causales de casación, porque entonces se convertiría este recurso extraordinario en una tercera instancia. (Casación Penal. Febrero 11 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 877, 1ª

CASACION
(Requisitos de la demanda de)

— 43 —

Para que una demanda de casación prospere y sus causales sean dignas de estudio no basta citar o enunciar las disposiciones que se estiman violadas, sino que es necesario e indispensable, expresar en forma concreta los motivos, las razones o fundamentos de orden técnico y legal en que se apoya la causal invocada, para que la Corte tenga base suficiente sobre la cual hacer el estudio, y resolver si es procedente o no el motivo alegado. (Casación Penal. Mayo 14 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 177, 2ª

CASACION
(La contraevidencia del veredicto no es causal de casación)

— 44 —

El Código de Procedimiento Penal no erigió como causal de casación la contraevidencia del veredicto, sino la del numeral 3º del artículo 567 o sea que la sentencia esté en pugna con el veredicto. Y es doctrina constante de la Sala, que la causal segunda de casación no es pertinente para los juicios en que interviene el Jurado, sino para los juicios de derecho. (Casación Penal. Mayo 14 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 178, 1ª

CASACION
(La contraevidencia del veredicto del jurado no es causal de)

— 45 —

La injusticia notoria del veredicto o la contraevidencia de éste con los hechos procesales, es problema que sólo pueden resolverlo los juzgadores de instancia; el examen de los diversos elementos probatorios con las respuestas del Jurado, conduce a la declaratoria de contraevidencia del veredicto; función privativa del Juzgado o del Tribunal, pero no de la Corte, toda vez que el recurso de casación no constituye dentro del proceso penal una tercera instancia, sino la confrontación de la ley con la sentencia, para saber si ésta fue correctamente aplicada o no. Por esto se ha dicho en multitud de fallos que la causal segunda no puede invocarse en juicios en que interviene el Jurado porque expresamente fue excluída del recurso de casación, "según lo dejó claramente establecido la Comisión Redactora del nuevo Código de Procedimiento Penal". Esta causal —la segunda— sólo es procedente alegarla en los juicios en que no interviene el Jurado.

La ley de procedimiento penal no consagró como causal de casación, la contraevidencia del veredicto del Jurado, sino el hecho de que la sentencia se pronuncie teniendo como fundamento un veredicto contradictorio; puntos sustancialmente distintos, y que como ya se expresó, el primero sólo puede resolverse en las instancias del juicio, y el segundo ante la Corte. (Casación Penal. Mayo 27 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) ..... 191, 2ª y 192, 1ª

CASACION

— 46 —

Aunque en el caso del proceso afirma el señor Procurador Delegado que por haber omitido el Juez incluir en la pregunta una cuestión tan característica y específica del delito imputado al acusado, como es el haber hecho uso de armas en su consumación, lo que le imprimió al hecho ilícito una modalidad en extremo grave que quedó concretada en la parte considerativa del auto de proceder de segunda instancia, se incurrió en nulidad, la Corte sin embargo no halla justificada su declaración en el caso del proceso. No desconoce la Sala que ello es así, en términos generales. Y menos puede negarse que en esa forma se han resuelto más de dos recursos de este género. Sin embargo, hay que decir que la semejanza jurídica de los casos que cita el Procurador con el del proceso, es apenas relativa. Y esto en manera alguna debe entenderse como una rectificación al principio imperante en este recurso extraordinario, por explícita orden legal (artículo 568, C. de P. P.) de que no debe tenerse en cuenta causal que no haya sido expresamente alegada por las partes. O, lo que es lo mismo, que si se alega una por otra, o resulta impertinente la única propuesta, por más que la sentencia merezca algún serio reparo, no le es dado a la Corte suplir la deficiencia del demandante invalidando el fallo por la existencia de error no fundado en casación. El Juez concretó en su pregunta un delito de robo, cuya sanción oscila, en la época de los hechos a que se contrae el proceso, entre ocho meses y seis años de prisión (actualmente uno a ocho años), y el jurado contestó que ese era el delito del cual declaraba responsable al acusado. No obstante, el Tribunal dedujo la sanción del artículo 404. Y esto quiere decir sencillamente que la sentencia se pronunció en desacuerdo con el veredicto. Porque no hubo vaguedad en la determinación del jurado, ni es dudosa su respuesta. Su misma simplicidad la libera de toda confusión. Hubo sí descuido del Juez, porque habiéndose planteado en el proceso un caso más grave, omitió someter esa gravedad al Tribunal popular. Y si esta omisión podría ser causa de nulidad, es evidente que también el indiscutible desacuerdo entre la sentencia y el veredicto conduce a la invalidación solicitada. Diferente fuera el resultado si el uso de armas en el delito de robo o el cometerse en despoblado no estuvieran establecidos como circunstancias modificadoras del mismo. Pero es precisamente una de ellas, y su pronunciamiento corresponde al jurado y no al juez de derecho. (Casación Penal. Mayo 28 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 202, 1ª y 2ª

CASACION POR PERJUICIOS

— 47 —

El recurso de casación a que se refiere el artículo 559 del C. de P. P. no se otorga en consideración a la disposición penal violada, sino en atención a la cuantía, monto o valor de la indemnización impuesta en la sentencia. Si este recurso —casación de perjuicios— se concediera en atención a la pena sería inútil su repetición por estar ya consagrada en disposiciones anteriores (artículos 556 y 557). El pensamiento de la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal

fue claro y explícito sobre el particular: el recurso se concede por la determinación de los perjuicios y no por la pena.

Cuando se recurre en casación por perjuicios, la Corte no puede examinar problemas referentes a la responsabilidad del delincuente o a la agravación de la pena principal, porque ese tema es propio de la casación por pena privativa de la libertad. De allí que la casación por perjuicios se rige por el procedimiento y causales de la casación civil. Si en casación con base en la indemnización de perjuicios se pudieran examinar puntos que inciden en la responsabilidad o en la agravación de la pena principal, el legislador hubiera consagrado un sistema adecuado para tal fin, pero como expresamente se determinó que las partes en el proceso y especialmente la civil tienen derecho a interponer recurso de casación en lo referente a perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos, lógico es que para tal fin no se tiene en cuenta la cantidad de la pena privativa de la libertad.

La cita de los artículos 556 y 557 a que hace referencia el artículo 559 del C. de P. P. no se hizo para vincular la casación por perjuicios a la pena principal, sino para determinar la clase de sentencias que están sujetas a este recurso o sea las sentencias de segunda instancia que dictan los Tribunales en causas de que hayan conocido los Jueces Superiores o de Circuito y en donde la pena impuesta por perjuicios sea o exceda de tres mil pesos.

La Sala afirma su competencia para conocer en casación por perjuicios, siempre y cuando que esa acción sea una consecuencia directa de la responsabilidad de un delito o culpa penal, y la acción privada por perjuicios, se haya ventilado dentro del proceso penal .Cuando la acción por perjuicios provenientes de una infracción de la ley penal, se ventila por separado, la Corte —Sala Penal— no tiene competencia para conocer del negocio —en casación— porque no puede invadir una órbita ajena a su ramo que el legislador le atribuyó expresamente a una Sala distinta.

La competencia que le otorga la ley a la Corte –Sala Penal– en lo referente a perjuicios es cuando esta acción se ejercita en el proceso penal, y su fundamento lo deriva del carácter de **acción pública** que el legislador le atribuyó a la acción de perjuicios. Tanto el Código Penal como el de Procedimiento, le dieron a esta acción un doble carácter de pública y privada; en este caso, la acción civil aunque de carácter privado está reforzada por una razón de carácter público derivada de la naturaleza especial del delito que sirve de fundamento al daño privado. (Casación Penal. Auto. Julio 4 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) págs. 772, 2ª y 773, 1ª y 2ª;y Auto, septiembre 3 de 1947, ib.) 774, 2ª y 775, 1ª

— 48 —

CAUCION

El señalamiento de la cuantía de la caución es potestativo del Juez según lo expresa el artículo 1º de la Ley 38 de 1945, inciso 2º; él tiene facultad para estimar discrecionalmente qué cantidad es suficiente para responder al demandado de los perjuicios que le ocasione el registro de la demanda. (Negocios Generales. Auto. Febrero 19 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 926, 1ª

— 49 —

CAUSAL 1ª DE CASACION
(Diferencia de su contenido con el de la causal 6ª)

La causal 1ª de casación se refiere a errores **in iudicando,** a la infracción de leyes sustanciales o de fondo, y la causal 6ª a los errores **in procedendo,** al quebrantamiento de algunas leyes de forma. (Casación Civil. Febrero 28 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) .. 719, 1ª

— 50 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

El artículo 716 del Código Judicial es una norma procedimental o adjetiva como que apenas señala las reglas que deben observar los peritos en el desempeño de su encargo, y el motivo de casación consagrado en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. es precisamente y en todo caso el de violación de ley sustantiva, entendida por tal la que confiere derechos o impone obligaciones a las personas. (Casación Civil. Febrero 7 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 644, 2ª

— 51 —

CAUSAL 6ª DE CASACION

Para enmendar el error en que pudiera haber incurrido el sentenciador al apreciar la personería de las partes en el juicio, el legislador estableció entre las causales de casación señaladas por el artículo 520 del C. J. la relativa a la nulidad de los juicios, o sea, la señalada por el numeral sexto de ese artículo y no podría acusarse el fallo por la causal 1ª. (Casación Civil. Febrero 13 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 734, 2ª

— 52 —

CAUSAL 6ª DE CASACION

(Que causales denulidad abarca)

En muchas sentencias ha dicho la Sala que la causal sexta de casación no abarca todas las nulidades de que pueda adolecer una actuación judicial, sino exclusivamente las definidas y consagradas en los tres numerales del artículo 448 del C. J., dentro de ninguna de las cuales puede catalogarse la que se origina en la omisión de la formalidad del aviso a que se refiere el artículo 79 de la Ley 63 de 1936. Los motivos de nulidad que no correspondan a la incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes y a la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, no dan base para acusación ante la Corte por la causal sexta, y no puede proponerse y alegarse sino dentro de las instancias del correspondiente juicio. Bien sabido es que la causal de nulidad por falta de citación o emplazamiento sólo reza generalmente con las partes litigantes propiamente dichas y no tiene otra razón que la de evitar que se dicten sentencias contra personas que no tuvieron oportunidad ni forma de hacerse oir en su defensa. Por lo demás, esta causal de nulidad no puede alegarse legítimamente en el juicio o como motivo de casación sino por quien no fue legalmente citado o emplazado, que es la única persona en quien reside el interés jurídico necesario para demandar la invalidación de lo actuado. (Casación Civil. Noviembre 7 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 113, 1ª

— 53 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

La Sala ha creído que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal se refiere únicamente a la ley penal llamada sustantiva, es decir, a esas normas que en su mayor parte se encuentran en el Código Penal, que es el Derecho Penal material, y a todas las disposiciones del mismo contenido sustantivo que se encuentren en otras leyes y aún en el Código de Procedimiento, que es el Derecho Penal formal, en el cual hay varios artículos que bien pudieran hacer parte de aquel. Por otra parte, no debe entenderse que la violación de la ley penal (causal 1ª) constituya motivo de casación por separado y que también lo constituya la errónea interpretación o la indebi-

da aplicación de ella. En otros términos: los motivos referentes a esta causal no son tres sino dos: error en la interpretación o mala aplicación, lo que al fin y al cabo viene a ser lo mismo, porque lo que se interpreta mal está erradamente aplicado. Propiamente, pues, el motivo es uno o debiera ser uno. Y en esa forma, por error o por mala aplicación, es como se viola la ley penal, o mejor dicho, como resulta pertinente invocar la causal 1ª de que se está hablando. De donde se colige que no puede alegarse en una demanda, a propósito de la causal 1ª, violación de la ley y al mismo tiempo error o mala aplicación de ella. (Casación Penal. Mayo 28 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 203, 2ª

— 54 —

CAUSAL PRIMERA DE CASACION

Como lo afirma la Procuraduría, la causal primera ha sido estatuída únicamente en relación con la llamada Ley Penal sustantiva, no con la procedimental, para la cual se han formulado otras causales diferentes. Lo cual no significa en forma rotunda que no existan en el Código de Procedimiento Penal ciertas normas excepcionales que por su naturaleza y características sean de aquellas que pueden considerarse como sustantivas porque consagran ciertos derechos fundamentales que, por esas razones, se han colocado en el Código de Procedimiento. Tal cosa ocurre, por ejemplo, cuando en esta última se trata lo relativo al Habeas Corpus, detención preventiva, liberación provisional, etc., y para estos casos es precisamente función de la jurisprudencia la de destacar y señalar por vía de interpretación cuáles de las normas incluídas en el Código llamado generalmente adjetivo pueden considerarse como formando parte de la legislación penal sustantiva. No es precisamente el artículo 131 del C. de P. P. una de estas excepcionales normas, pues el derecho de indemnización por los daños ocasionados con la infracción penal emana concretamente del C. P. (artículo 92), resultando, en cambio, que el artículo 131 es por esencia y por su naturaleza de carácter puramente adjetivo puesto que se limita a reglamentar en parte el artículo 92 del Código Penal. (Casación Penal. Mayo 28 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 195, 1ª

— 55 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

Es cierto que al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, la Sala, guiada por un criterio de amplitud, dio cabida en algunos casos a la causal segunda del artículo 567 de la ley procedimental, pero a partir del fallo de noviembre 3 de 1944, la Corte recogió sus conceptos, y en sentencias posteriores unificó su doctrina afirmando que la causal segunda de casación no puede ser alegada en los juicios en que interviene el jurado, sino únicamente en los juicios de derecho. El examen de la responsabilidad del acusado, no es tema propio del recurso de casación, sino de las instancias del juicio, es el **juri** en los juicios por jurado, quien afirma o niega la responsabilidad fundado en la libre apreciación de las pruebas según el criterio de su íntima convicción. La Corte, no tiene facultad para examinar en casación y en los juicios en que interviene el jurado, el valor legal de las pruebas para afirmar o negar la responsabilidad del acusado, porque esa atribución la dio la ley únicamente a los jueces de conciencia y no al Juez de derecho, quien dicta sentencia con base en el veredicto del jurado. (Casación Penal. Abril 18 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 158, 2ª

— 56 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

Según constante jurisprudencia de la Sala la causal 2ª es improcedente en los juicios ventilados ante el Jurado, puesto que una posible errónea apreciación de las pruebas sólo llevaría a la impugnación del veredicto por injusticia, causal que no ha sido incluída en el Código Penal vigente. (Casación Penal. Agosto 22 de 1947. T. LXIII. 2055-2056)

411,ª 2ª

— 57 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

Es inoperante la causal segunda en procesos como el de que se trata, por cuanto ella conduciría a rechazar la determinación del Tribunal popular —agotada la etapa de las instancias— si se acepta, como es preciso aceptar, que la casación no es instancia de ningún grado. Y de ahí que la Corte hubiera tenido que declarar —y lo ha hecho insistente y perentoriamente—, que la causal 2ª, no procede en los juicios en que colabora el Jurado ,cuyo veredicto sólo es atacable en este recurso no común, cuando resulta **contradictorio**, que no es lo mismo que **contraevidente**, porque lo primero es subsistir simultáneamente, y lo segundo es lo que pugna con la verdad plenamente establecida. (Casación Penal. Agosto 25 de 1947. T. LXIII. 2055-2056

423, 2ª

— 58 —

CAUSAL 3ª DE CASACION

La razón de ser, jurídicamente, de la causal tercera de casación, en torno al desacuerdo que pueda advertirse entre la sentencia y el veredicto, radica en la circunstancia fundamental de que el veredicto constituye por sí mismo la expresión con fuerza de verdad legal hecha por el Jurado sobre la responsabilidad del acusado en consonancia con los cargos que a éste han hecho al través del proceso, cargos que define y concreta en una sencilla fórmula el Tribunal de Conciencia, poniendo de esta manera límites precisos a las hipótesis planteadas. En consecuencia, la sentencia con la cual concluye el juez de derecho el proceso, no puede ser otra cosa que la traducción fiel del veredicto, sometiéndolo formalmente a las normas de la ley, con la acomodación, a que haya lugar dentro de los textos correspondientes del Código Penal y sin variar en nada la esencia del fallo de conciencia. Cualquier desviación que se haga en la sentencia por fuera de los límites que haya fijado el Jurado constituye, desde luego, un desacuerdo entre el veredicto y la sentencia. El juez de derecho no tiene atribución ninguna para transformar con ánimo de interpretación lo que concretamente haya respondido el Jurado y tan sólo puede moverse dentro de esos precisos límites. (Casación Penal. Marzo 28 de 1947. T. LXIII. 2053-2054)

149, 2ª y 150, 1ª

—59 —

CELOS

La circunstancia de que hubiera obrado el homicida "en momentos de ofuscación producida por la pasión de los celos", no constituye causal de excusa de la responsabilidad, pues no equivale a la "demencia o locura" de que habla el artículo 29 del antiguo Código Penal, sino que apenas señala el móvil del delito y sirve solamente para que se excluya la premeditación. En efecto, aun dentro de las teorías clásicas que inspiraban el antiguo estatuto penal, las pasiones no constituyen motivo de justificación o excusa de la responsabilidad, sino que apenas son

aminorantes de la misma, siempre que hubiera mediado una provocación o un hecho capaz de producir un arrebato súbito e impensado. De acuerdo con estos principios, el Código Penal de 1890 consideraba como homicidio **simplemente voluntario** el cometido, entre otras circunstancias, "por causa de un acto primo, etc.", como lo dice el artículo 587, ordinal 6º. Es decir, que esa explosión súbita y violenta de la pasión no servía en aquel estatuto para excusar de responsabilidad, sino únicamente para descartar la premeditación. Es más, en él se consideraba como homicidio más grave (parricidio), digno de la pena de muerte, no sólo el premeditado, sino también el **voluntario** y el asesinato cuando se perpetraban en la persona de cualquier ascendiente o del cónyuge (artículo 615, ordinal 1º). (Casación Penal. Agosto 26 de 1947. T. LXIII .2055-2056) 428, 2ª

— 60 —

CESACION DEL PROCEDIMIENTO
(por muerte del procesado)

Ha sido jurisprudencia de la Sala, de acuerdo con un sano criterio de equidad, el decretar que siempre que haya necesidad de cesar el procedimiento penal por causa de la muerte del acusado y cuando obre la prueba de la inexistencia del delito, se dé aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal con base en la absoluta inocencia del imputado, con el objeto de que su memoria quede al amparo de cualquier sombra de actitud delictuosa. (Casación Penal. Auto. Julio 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 408, 2ª

— 61 —

CESACION DEL PROCEDIMIENTO
(El concepto desfavorable del Ministerio Público puede ser desechado por el juez en caso de existir la plena prueba de la muerte del procesado)

Es evidente que la sentencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, requiere como condición previa el concepto favorable del Agente del Ministerio Público, pues, si la acción penal que se ejercita por el Estado está atribuída a estos funcionarios, naturalmente que no puede prescindirse de su concepto, para saber si es indispensable que se adelante la investigación o se termine por estar el hecho comprendido en los términos de la citada disposición.

Pero si bien es verdad que el concepto del Agente del Ministerio Público en estos casos concretos es indispensable para dictar sentencia, esa norma general, ni el principio que informa el contenido de la disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal se viola, cuando el problema por resolver es de apreciación objetiva y real cuya situación probatoria, frente a la realidad de los hechos, no sería modificable, por imposible físico y material, como ocurre cuando fallece el presunto sindicado.

El concepto del Ministerio Público, favorable o desfavorable, no modificaría la situación procesal creada por la muerte del sindicado, y aun en el supuesto de ser adverso, el juez o funcionario que conoce del negocio puede rechazarlo para dar aplicación preferente al contenido de la disposición sustantiva de la ley penal que en su artículo 100 determina que, la muerte real y no presunta del procesado extingue la acción penal, toda vez que no se podría sacrificar el contenido esencial de la norma sustantiva —para este caso de excepción— a los términos formales o externos de la ley adjetiva.

La tesis que se propugna, como excepción, al principio general del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, es de aplicación restringida para aquellos casos de muer-

te real del procesado, siempre que la prueba demostrativa de ese hecho no admita duda alguna, porque en el supuesto de tratarse de un homónimo, o de una presunción de muerte por desaparecimiento, el concepto del Ministerio Público es indispensable y necesario para dictar sentencia. (Casación Penal. Auto. Mayo 6 de 1947. T. LXIII. 2053-2054)

165, 1ª y 2ª

— 62 —

CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS

La ley no ha reglamentado, conforme lo hizo para los créditos personales, el mecanismo de la cesión de los derechos litigiosos. Sin embargo, la jurisprudencia ha tratado de llenar la ausencia de normas positivas señalando las formalidades que deben cumplirse para que la cesión de esta suerte de derechos produzca las debidas consecuencias para el cesionario.

En la **Gaceta Judicial** Nos. 1973 y 1974, página 489 está expuesta tal doctrina en el sentido de que dentro del proceso por medio del cual el derecho controvertido se reclama es indispensable "que el cesionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte, en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que presente el título de la cesión y pida al Juez que se notifique a la contraparte que él ha adquirido ese derecho, porque mientras esto no suceda, no sale para aquellos del poder del cedente el derecho litigioso". (Negocios Generales. Septiembre 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 469, 1ª

— 63 —

CESION DE CREDITOS

En el caso del proceso la víctima del accidente tenía, en principio, la facultad legal de exigir del Estado las reparaciones consiguientes al daño sufrido; pero en manera alguna aquel hecho —el accidente— podía constituir al lesionado en titular de un crédito personal susceptible de ser transferido mediante la cesión. Esto es obvio, desde luego que no basta la ocurrencia de un hecho material para que la obligación de reparar se produzca; sino que es necesario, además, que se establezcan procesalmente otros elementos, entre ellos, el del carácter de culposo que aquél tenga, el daño causado y su extensión, así como la responsabilidad del autor; es decir, que sólo cuando la obligación de indemnizar se haya deducido en juicio y declarado en sentencia firme existe un derecho de crédito cesible, conforme al Capítulo 1º, Título 25 del Código Civil. Mientras tanto, como efectos del acaecimiento culposo, la víctima únicamente tiene la facultad potencial de ejercitar la acción de reparación contra el presunto responsable. (Negocios Generales. Septiembre 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) ..... 467, 1ª y 2ª

— 64 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Motivos innobles o fútiles)

La ley coloca en el mismo plano de gravedad la futileza y la bajeza en la acción del delincuente. (Artículo 37, C. P.). Es decir, que para ella revela tanta peligrosidad aquel que procede sin un motivo que, cuando menos, explique su actitud, como quien obra movido por instintos despreciables. (Casación Penal. Agosto 19 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 419, 2ª

— 65 —

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA RESPONSABILIDAD
(Cuando puede entenderse que las aceptó el jurado)

Si el cuestionario formulado comprende circunstancias modificadoras de la responsabilidad de las que enumera el artículo 363 del Código Penal y el Jurado no las desecha en

forma expresa, hay que entender que las acepta, porque así lo enseñan la gramática y la lógica: que un SI después de una serie de preguntas se refiere a todas, a menos de constar lo contrario. (Casación Penal. Agosto 14 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 415ª 2ª

— 66 —

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS
(Su apreciación por el jurado)

Para que puedan aceptarse las circunstancias modificadoras del hecho ilícito el Tribunal de conciencia debe expresarse o expresarlas con todos sus elementos integrantes con el objeto de que ante las posibles dudas, controversias y argumentos de hecho y de derecho presentados habilidosamente por la defensa, no se otorgue el veredicto en una forma confusa que no permita el desentrañamiento estricto de las circunstancias aceptadas en conciencia por el Jurado. Dentro de un recto desenvolvimiento y práctica de la institución del Jurado ha querido la ley dar a los dos factores que lo integran un amplio margen, con el objeto de que el defensor pueda presentar en el debate público todas las circunstancias que tiendan a salvaguardiar los derechos de su defendido. Y el Juez del conocimiento deberá aceptar todas aquellas peticiones que dentro de los moldes de la ley procesal se dirijan a expresar situaciones que converjan a la aceptación o no aceptación por parte del Jurado de los elementos de derecho que ulteriormente habrán de ser tenidos en cuenta por el juzgador. Por este motivo siempre que el defensor pretenda hacer valer en favor del procesado una circunstancia modificadora que —con base en la discusión de las pruebas ante el Jurado— éste las acepte como verdaderas, su petición primordial debe ser la de solicitar al Juez la inclusión de esa pregunta dentro del plenario o la de incitación a los Jurados a dar una respuesta que contenga clara y concisamente cada uno de los elementos de derecho que integran la circunstancia modificadora que el defensor alega en favor de su defendido. Muchas han sido las ocasiones en que dada una respuesta equívoca del Jurado en la cual sólo se expresan una o algunos de los elementos que integran una circunstancia modificadora, el Juez del conocimiento ha tenido necesidad de rechazarla, puesto que ella puede cobijar otras circunstancias que estructuran una antinomia o que a simple vista aparezcan con un respaldo contradictorio dentro de los hechos. (Casación Penal .Agosto 27 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 434, 2ª

— 67 —

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DEL DELITO
(Requisitos para que el juez las tome en cuenta cuando en el juicio intervino jurado)

Como lo ha repetido la Sala en otras ocasiones es lógico que cuando el Jurado quiera referirse a una circunstancia modificadora del delito debe señalarla con todas sus modalidades características a fin de que no pueda ser confundida y en caso de que alguno de sus elementos falte, el Juez de Derecho no puede suplirlos, sin riesgo de modificar sustancialmente la voluntad del Jurado. (Casación Penal. Agosto 22 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 412, 1ª

— 68 —

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA SANCION

En cuestiones como la de autos en que se trata de una circunstancia modificadora de la sanción, no puede procederse sobre conjeturas o probabilidades, sino sobre la plena prue-

ba de que tal circunstancia existe. (Casación Penal. Mayo 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 209, 2ª

— 69 —

COADYUVANCIA

El auto recurrido no afirma que los fallos de los incidentes constituyen una providencia que le pone término al juicio en todas las ocasiones, sino solamente en aquellas en que se hace imposible su continuación, como cuando se acepta un desistimiento o se decreta una nulidad. En el primer caso el seguimiento del proceso constituiría un contrasentido, pues el fin de un desistimiento es precisamente ese, terminar la litis, instancia o recurso, según el caso; su continuación desvirtuaría el fin de esta iniciativa que debe provenir de las partes y haría inútil su aceptación por el juzgador. Cuando en el juicio haya codemandantes, litisconsortes, coadyuvantes, el desistimiento sólo puede perjudicar a quien lo hace, mas no a quien no ha desistido.

La sola manifestación del deseo de ser admitido como coadyuvante no tiene la virtud de convertir a una persona en interviniente en juicio. Quien solicita su admisión solamente tiene una expectativa que puede ser favorable o desfavorable a su pretensión. No puede considerarse al coadyuvante "apersonado en el juicio" desde que así lo solicita, pues si así fuere no tendría objeto su reconocimiento posterior. Esta interpretación se pone más de manifiesto como jurídica si se considera que el Código contempla expresamente el caso de que 'si alguno se opone a la intervención, se sustancia el incidente como articulación". No puede considerarse la solicitud que va a resolverse en la articulación produciendo de antemano los efectos que solamente pueden definirse en el fallo del mismo incidente. Se llegaría al absurdo procesal de tener como parte interesada a un solicitante cuya intervención en el juicio sólo puede quedar definida al resolver la articulación a que ella ha dado origen.

En cuanto a la oportunidad para la admisión de una solicitud de coadyuvancia no niega la Sala que, bien sea que la intervención de una persona extraña al juicio, como coadyuvante, suscite incidente o no, de todas maneras en cualquier momento del juicio esa intervención es oportuna, pues el artículo que la autoriza no le pone límite. Pero la intenvención debe hacerse en una forma adecuada para que surta efectos. La técnica en el procedimiento no está reñida con la oportunidad. No basta hacer las solicitudes dentro de los términos que señala la ley sino también llenar los demás requisitos que ella exige y utilizar los recursos que la misma señala para que las peticiones hechas dentro de los términos surtan sus efectos. Habiéndose presentado en el caso de autos la solicitud de coadyuvancia cuando ya se había decretado el desistimiento de la única parte que había en él, y sin que se hubiese hecho uso del recurso de reposición contra ese auto, éste quedó ejecutoriado. (Negocios Generales. Mayo 22 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 295, 1ª

— 70 —

COMPETENCIA PARA CONOCER DE CONTROVERSIAS EN QUE SE VENTILEN CUESTIONES ATINENTES AL TRANSPORTE POR FERROCARRILES NACIONALES

En jurisprudencia reciente sentó la Sala la doctrina de que "los juicios en que se ventilen cuestiones atinentes al transporte en empresas dirigidas por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, se clasifican en la categoría general que la ley reconoce para las acciones en que tiene interés la Nación y que se adelantan en primera instancia ante el Tribunal correspondiente;

mas no se hallan comprendidas en la regla especial del artículo 40 del C. J., la que únicamente se refiere a las controversias provenientes de los contratos celebrados por la Nación". La más decisiva razón para no aplicar el artículo 40 del C. J. a demandas como la que se inicia en este juicio, consiste en que la **causa petendi**, la acción proviene de un contrato de adhesión, en el cual el consentimiento no puede perfeccionarse en las mismas condiciones en que dicho consentimiento se presta en los contratos generales: faltan en aquéllos las formalidades de la negociación, la preparación y estudio de las estipulaciones. Ocurre que por su naturaleza de ente colectivo el Estado no manifiesta su consentimiento por un acto simple, en un solo momento y sin un proceso especial que requiere el concurso de actos consecutivos y de varias personas. No es que la Sala desconozca los contratos de adhesión, sino que afirma que ellos no se han celebrado dentro de las normas del tipo tradicional y clásico, en que las cláusulas y condiciones son pesadas, discutidas y establecidas durante el tiempo de la contratación. En dichos contratos, una de las partes se contenta con prestar su adhesión, por lo cual puede decirse que ellos constituyen más bien un acto unilateral, como dicen los autores, "puesto que una de las partes, emitiendo una voluntad reglamentaria, impone su decisión a la otra que no juega en la operación más que un papel casi pasivo". Si se para la atención en los artículos 1494 y 1495 del C. C., se observa que la noción de contrato allí descrita, sólo forzadamente es aplicable a los contratos de adhesión. Supuesto que el artículo 40 determina una competencia excepcional, de interpretación restrictiva, es lógico deducir que en él no tienen cabida sino aquellas relaciones que estrictamente pueden denominarse contratos de acuerdo con los artículos ya citados del Código Civil. Para la Sala, aun en la hipótesis de una duda, es más acorde con la doctrina acomodar la competencia dentro de la norma del artículo 76 del C. J., porque las excepciones confirman la regla general en los casos que no caben estrictamente en ellas. (Negocios Generales. Septiembre 26 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 274, 1ª

COMPLICIDAD EN LA CULPA

— 71 —

La Corte reconoce que ha sido motivo de discusión entre los comentadores el tema de si es admisible la complicidad en la culpa. Se afirma que ella no puede ocurrir "porque la complicidad requiere la intención criminosa, el propósito de causar daño, y en la culpa no existe esa intención". (Gutiérrez Gómez, Comentarios al Código Penal Colombiano, página 102). Carrara dice que "en la práctica claudica el principio en algunas ocasiones", pero que eso no significa que la práctica se equivoque ni que sea falso el principio. "El principio es absolutamente verdadero —añade— y mientras se pretenda fundar la acusación desde el punto de vista de la complicidad, es expuesto a dar con el escollo y naufragar, porque no se puede establecer complicidad en un hecho no previsto ni querido. Pero esto no quita para que el pretendido cómplice deba ser castigado como autor principal de un hecho subsistente de por sí y que individualmente considerado haya de considerarse como culpable". Ferri, en cambio, sostiene que en los delitos culposos es posible que haya complicidad, "porque si bien los copartícipes en el hecho culposo realizado conjuntamente no podían querer el efecto dañoso en el que ninguno pensó, se encontraban, en cambio, en las condiciones de imprudencia, negligencia o inobservancia de las leyes, etc., de las que se deriva aquel efecto". "Claro es que para que exista coparticipación de un delito culposo —agrega—, no es bastante la simple concomitancia de actos productores

del efecto" esto es, según explica, no basta que los actos imprudentes se realicen "con independencia uno del otro", sino que es necesario que haya algún acuerdo expreso o tácito en sus agentes para su realización". (Principios de Derecho Criminal, parte segunda, capítulo III, número 82 y capítulo IV, número 90). También el profesor argentino Sebastián Soler admite que en la culpa "es posible la participación que, en definitiva, es la causación de un resultado por varias personas. Pueden el chauffeur y su acompañante ponerse de acuerdo en andar a exceso de velocidad, y mientras el uno guia, el otro da presión al aceite de la máquina. Puede el pasajero instigar al conductor a que marche a exceso de velocidad y éste acatar la orden ilegal". (Derecho Penal Argentino, tomo II, página 153). (Casación Penal. Febrero 9 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 870, 2ª y 871, 1ª

COMPLICIDAD

— 72 —

Nuestro Código consagra dos formas de complicidad: la necesaria, esto es, la que consiste en prestar al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el delito; y la no necesaria o secundaria, que consiste en cooperar de cualquier otro modo no indispensable para que el hecho se consume. Es obvio que la primera forma equivale a la coautoría o codelincuencia y por eso el infractor debe ser sancionado con la pena establecida para el delito; mientras que la segunda, como accesoria que es, comporta una disminución de la pena, según la importancia de la actividad desarrollada, esto es, de la participación en el delito. (Artículos 19 y 20, C. P.). En el caso del proceso, habiendo declarado el jurado responsable a una de los acusados como cooperador necesario no se le puede tener como secundario, lo que equivaldría a declarar contrario a la evidencia de los hechos el veredicto, y esa circunstancia no figura entre las causales de casación del nuevo Código de Procedimiento. (Casación Penal. Mayo 23 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) ..... 186, 2ª y 187, 1ª

COMPETENCIA

(de la Corte para conocer de controversias provenientes de contratos celebrados por la Nación)

— 74 —

El artículo 2º de la Ley 67 de 1943, puesto en relación con el 40 del Código Judicial le asigna a la Sala las funciones de juez de única instancia en "todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos". (Negocios Generales. Noviembre 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 525, 1ª

COMPETENCIA DE LA CORTE

(para conocer en única instancia de controversias civiles)

— 74 —

El artículo 40 de la Ley 105 de 1931 y el numeral 8º del 40 —C. J. derogado— contienen una misma doctrina. Vale decir que la Corte Suprema sólo tiene atribuciones en única instancia para conocer de las controversias que se susciten entre la Nación y los particulares sobre contratos celebrados con éstos mas no sobre controversias que se susciten en relación, más o menos lejana, con tales contratos. No basta, por tanto, que las controversias se refieran a dichos contratos, sino que es preciso que versen sobre ellos mismos. (Negocios Generales. Auto. Marzo 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 219, 2ª

COMPRAVENTA

(cuándo se entiende efectuada con relación a la cabida)

— 75 —

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 las consecuencias ulteriores en caso de discrepancia de lo pactado con la realidad objetiva, gobernadas por el precepto subsiguiente al citado. Cada contrato de esa índole es un caso que se ofrece al juzgador con rasgos y fisonomía propios; en cada declaración de voluntad los contratantes habrán dejado o no a la justicia margen de investigación sobre si el móvil fue la dimensión del predio, o la adquisición de éste a despecho de su mayor o menor superficie; por tanto, no es posible ensayar una especie de legislación jurisprudencial sobre la cabida aproximada, haciéndola correr artificialmente en forma paralela a los preceptos que hablan de cabida sin aproximaciones, y reglamentan su expresión en una sola cifra o en cifras parciales que, en todo caso, han de concordar en el precio total con el fijado para cada unidad. La expresión de una cabida aproximada no es propiamente una estipulación contractual porque sobre ella no puede 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 su cerramientos, etc. (Casación Civil. Octubre 31 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) .... 93, 1ª y 2ª

COMPRAVENTA

(naturaleza jurídica de la)

— 76 —

El contrato de venta, oneroso por esencia, es generalmente conmutativo y hasta puede tenerse como tipo de los de esta clase, porque las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde su celebración en forma que las partes pueden determinar el beneficio o la pérdida que van a reportar; comúnmente se estima que la cosa vale lo que por ella se paga. Sólo excepcionalmente puede asumir la venta la naturaleza de contrato aleatorio, en que la extensión de las obligaciones de los contratantes o la existencia de ellas dependa de un suceso futuro e incierto que les permita establecer inmediatamente la ganancia o la pérdida, tal como acontece cuando la venta tiene por objeto una cosa futura y se expresa o aparece de la naturale-

za del contrato que se compró la suerte; o cuando el objeto de la venta es un derecho litigioso, o un derecho en una herencia en que no hay datos ciertos sobre los resultados de su liquidación. Aceptan los doctrinantes que también puede tener esa calidad excepcional la venta de una mina propiamente dicha, sin elaboración ninguna y su consiguiente precio, pero no las que se vendan en estado de explotación, porque disponiéndose de noticias y datos utilizables para la determinación del precio y el ajuste de la economía contractual, se excluye el evento futuro que le comunica imprevisibilidad a los resultados del contrato. Cosa distinta de esta calificación jurídica del contrato dentro de la subclasificasión de los onerosos es la naturaleza contingente que generalmente conllevan los negocios de explotación minera.

Una mina, esto es, una masa de substancias minerales o fósiles enterradas, repartidas en el subsuelo en forma que no coincida con la propiedad superficiaria, jurídicamente considerada es un bien inmueble susceptible de ser objeto de dominio, que puede corresponder a los particulares o al Estado y que está sometida a una reglamentación legal especial, según su naturaleza y las diferentes clases de minerales en el código de la materia. Como las minas son jurídicamente bienes distintos del terreno que las cubre, mientras su dueño no las enajene específicamente como minas propiamente dichas o haga reserva de su dominio al enajenar la propiedad del suelo, hay que considerarlas como parte integrante del terreno donde se encuentran. (Casación Civil. Febrero 20 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) ..... 705, 1ª y 2ª

CONDENA EN COSTAS

— 77 —

Según el sistema del Código Judicial la condena en costas, salvo los casos excepcionalmente previstos en los numerales 3º y 4º del artículo 575 ibídem no se pronuncia automáticamente contra el vencido en el juicio, por el mero hecho del vencimiento, pues ella está subordinada, además, a la temeridad o malicia con que se haya procedido en el sostenimiento de la acción u oposición y para apreciar esas circunstancias se ha considerado siempre por la jurisprudencia que los Tribunales gozan de una absoluta libertad de criterio, en atención a que la ley no prescribe reglas para juzgar sobre los elementos subjetivos que crean la temeridad o la malicia. Por este motivo y en atención también a que lo atañedero a la condenación en costas no es materia del debate sino una consecuencia procesal de él, o un accesorio del derecho principal deducido en el pleito, la Corte ha considerado de manera invariable que las cuestiones relativas a su reconocimiento son extremos que escapan al recurso de casación. (Casación Civil. Febrero 11 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 660, 2ª

CONDENA EN COSTAS

— 78 —

Según el sistema del Código Judicial la condena en costas, salvo los casos excepcionalmente previstos en los numerales 3º y 4º del artículo 575 ibídem, no se pronuncia automáticamente contra el vencido en el juicio, por el mero hecho del vencimiento, pues ella está subordinada, además, a la temeridad o malicia con que se haya procedido en el sostenimiento de la acción u oposición y para apreciar esas circunstancias se ha considerado siempre por la jurisprudencia que los Tribunales gozan de una absoluta libertad de criterio en atención a que la ley no prescribe reglas para juzgar sobre los elementos subjetivos que crean la temeridad o la malicia. Por este motivo y en atención también a que lo atañedero a la condenación en

costas no es materia del debate sino una consecuencia procesal de él, o un accesorio del derecho principal deducido en el pleito, la Corte ha considerado de manera invariable que las cuestiones relativas a su reconocimiento son extremos que escapan al recurso de casación. Como también lo ha dicho la Sala, sólo excepcionalmente, en el concepto de ser una parte de la reparación del daño, puede la condena en costas dar lugar y materia al estudio de casación como cargo por violación legal contra una sentencia. (Casación Civil. Febrero 20 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) ..... 699, 2ª y 700, 1ª

CONDENA CONDICIONAL

— 79 —

Espontáneamente surge la pregunta de si es posible que prospere la acusación que se haga contra una sentencia porque los juzgadores de instancia no le otorgaron al reo la condena condicional. La respuesta es sencilla, si se tiene en cuenta, que ella es una forma de represión penal que termina el proceso, aunque confiriéndole al Juez la facultad de suspender la ejecución de la sentencia. Pero esa facultad no es arbitraria, sino sujeta a condiciones: si el procesado no ha sufrido condenas anteriores, si su conducta precedente ha sido siempre buena, y si su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes le dan al Juez la convicción de que el culpable no es peligroso y no volverá a delinquir. Lo que pasa es que será difícil separarse de lo resuelto por el Juez de la causa, pues por más que estén especificadas las condiciones de su otorgamiento, ellas están sujetas a su "convicción", vale decir, a la prudencia y buen sentido de quien ha estado o ha debido estar en contacto directo con el infractor. (Casación Penal. Febrero 9 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 870, 1ª

CONFESION

— 80 —

La confesión judicial es la declaración hecha ante el juez por la misma parte que litiga. Confesar es reconocer como verdadero un hecho o un acto de índole suficiente para producir contra el que lo admite consecuencias jurídicas. La confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante agrega hechos distintos y separados, que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar. (Artículo 609, C. J.). (Casación Civil. Agosto 30 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 77, 1ª

CONGRESO (Remuneración de sus miembros)

— 81 —

El artículo 113 de la Constitución quitó a la remuneración de los miembros del Congreso el carácter de norma constitucional que tenía y suprimió el sistema de pago anual por los servicios legislativos, dejando a la iniciativa del parlamento la adopción del sistema remuneratorio y la fijación de la cuantía. Por consiguiente, no es inconstitucional el artículo único de la ley acusada. (Sala Plena. Junio 4 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 309, 1ª

CONSEJEROS DE ESTADO (A quién corresponde su juzgamiento)

— 82 —

La Corte carece de competencia para juzgar a los Consejeros de Estado, porque las

acusaciones contra estos funcionarios deben ser presentadas por la Cámara ante el Senado, previa la denuncia que ante la primera entidad puede hacer cualquier ciudadano (artículo 579 del C. de P. P.). La Corte, en Sala Plena, no puede conocer de las causas contra los Consejeros de Estado sino cuando, por merecer pena distinta de la destitución del empleo o la suspensión o privación de los derechos políticos, los ponga el Senado a su disposición. Así se deduce de lo preceptuado en los artículos 46 de la Ley 167 de 1941 (Código de lo Contencioso Administrativo), 20 y 29 del Código Judicial y concordantes de ellos. (Casación Penal. Auto. Septiembre 12 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) .. 451, 1ª y 2ª

CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO
(No es causal de casación)

— 83 —

El Jurado se ha constituído para calificar los hechos en los juicios en que debe intervenir, de tal suerte que el juez de derecho no tiene otra atribución que la de declarar el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, cuando así lo estime. Como esa calificación la hace el tribunal popular por íntimo convencimiento y sin sujeción a reglas probatorias, y como la casación es un estudio de derecho de la sentencia, el estudio de los hechos está fuera de ella en los juicios en que el Jurado los califica, como tantas veces lo ha repetido la Sala. Esa es la razón para que el nuevo Código de Procedimiento no hubiera incluído entre las causales de casación la contraevidencia del veredicto. (Casación Penal. Agosto 14 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 415, 1ª

CONTRATO

— 84 —

Sabido es que el contrato —ya sea de carácter administrativo o de derecho privado— es un acuerdo libre de voluntades destinado a crear obligaciones, en cuya formación necesariamente deben concurrir dos partes contratantes, pues es imposible concebirlo como el acto de una sola persona (artículo 1945, C. C.). Cuando quiera que ese acuerdo falte, el contrato no tiene existencia real ni jurídica, o mejor dicho, no ha llegado a crearse, pues esa es una nota o requisito esencial para su formación.

No existiendo en el caso de autos un contrato, la demanda ejercitada, bajo la apariencia de una acción civil o de derecho privado, envuelve en el fondo una acción contencioso-administrativa que escapa, en consecuencia, de la competencia atribuída a los jueces ordinarios. (Casación Civil. Octubre 10 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 57, 2ª

CONTRATO (Su inmodificabilidad por voluntad de uno de los contratantes)

— 85 —

Así como es posible que por una convención entre las partes interesadas se le pueda quintar todo efecto a las obligaciones por ellas estipuladas en convención anterior, de la misma manera es posible que una obligación pueda ser sustituída en todo o en parte por otra, merced a ese mismo acuerdo o concierto de las voluntades. Lo que no es posible es que una sola de las partes pueda sustituir a su arbitrio la obligación que ha contraído, sin la anuencia o el consentimiento del cocontratante, ni que por esa sola voluntad unilateral el contrato sufra modificaciones esenciales. En los contratos las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades. Por eso todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. (Negocios Generales. Noviembre 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056). 531, 1ª

CONTRATOS DE ADHESION

— 86 —

De contratos como el de transporte de correos hace Josserand esta exégesis: "Una de las partes expone un proyecto de convención; públicamente la ofrece al primero que se presente y quiera entrar en el trato, eso sí con la condición de tomarlo tal como se le plantea o de hacerse a un lado. En esta categoría figura la inmensa mayoría de los contratos de transportes. "De esa manera—dice el autor citado—ha venido a modificarse la antigua técnica de la formación de los contratos", porque una parte hace el reglamento y emite una tarifa prerredactada. La otra, se limita a apoderarse de ella, se apropia de sus disposiciones sin tener la posibilidad de discutirlas. Se contenta con prestarle su adhesión". Aun en el campo del derecho privado no son hoy escasos esos contratos, a pesar de la desigual posición en que aparecen actuando las partes. Planiol y Ripert citan como ejemplos, además de los de transporte terrestre y marítimo, las varias clases de seguros, las empresas de suministro de agua y luz, los arrendamientos de locales para ejercicio de profesiones, etc. La prerredacción del reglamento y la tarifa ha hecho que se discuta la naturaleza de tales contratos; se ha llegado por algunos a afirmar que son unilaterales, pues dicen que el oferente impone su voluntad en absoluto a virtud de ciertas fácultades reglamentarias de que está investido. En contraste con esa omisión está la de quienes sostienen que desde el momento en que el contratista conoce la oferta —mediante la publicación y los detalles del pliego de cargos— tiene facultad de deliberar y, si contrata, aporta su libre voluntad. La Corte se ha pronunciado por la bilateralidad. Hablando de la contratación de los servicios públicos por el Gobierno ha dicho: "El contrato no puede surgir sino de la aceptación absolutamente voluntaria del contratista a las condiciones que la administración establece con sujeción a la norma jurídica". La tesis de que se trata de contratos bilaterales no impide que se discrimine lo que es contractual de lo que pertenece al reglamento institucional y que se separen, como aconsejan Planiol y Ripert, las cláusulas esenciales que obligan al adherente—porque éste indiscutiblemente las ha pesado— de las accesorias, que solamente podrán tenerse en cuenta por los Tribunales en cuanto responden a la real intención común de las partes, a la buena fe y a la esencia del contrato. (Negocios Generales, octubre 24 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).....496, 1ª y 2ª

CONTRATOS (Soberanía de los Tribunales en su interpretación)

— 87 —

La interpretación que corresponde a los Tribunales Superiores en materia de contratos, solamente está limitada, ha dicho esta Sala, en el desarrollo del recurso de casación, cuando se demuestren errores de hecho evidentes cometidos en la labor interpretativa. De modo que mientras la adoptada por el Tribunal no desnaturalice los términos de la convención rompiendo su armonía o desconociendo sus fines o la naturaleza específica del contrato, debe ser respetada por la Corte. (Casación Civil. Noviembre 17 de 1947. T. LXIII. 2057-2058).....618, 1ª y 2ª

CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA (Lugar donde se entienden celebrados)

— 88 —

Según el artículo 191 de nuestro Código de Comercio los contratos por correspondencia se entienden celebrados, para todos los

efectos legales, en el lugar de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta, y esta regla es aplicable por analogía a los contratos celebrados por correspondencia internacional, sobre todo cuando el contrato es de mandato, pues es principio de legislación universal que este contrato no se perfecciona sino por la aceptación del mandatario. (Artículos 2150, C. C. y 338, C. de Co.). (Casación Civil. Septiembre 30 de 1947. Tomo LXIII. 2053-2054).....38, 2ª

CONVERSION DE SANCIONES (Cuándo hay lugar a hacer la operación a que alude el artículo 60 del C. P.)

— 89 —

La operación a que alude el artículo 60 del Código Penal sólo es conducente es necesario hacerla, o sea, cuando a un procesado hay que imponerle por varios hechos sanciones de diversa calidad. Si para no quebrantar el artículo 45 del C. P. (sobre duración de las penas) se hace uso de las reglas de que trata el 60, sencillamente se cae en otro quebrantamiento, éste sí mayor, porque el artículo o artículos que fijan las sanciones para cada delito son normas especiales, de obligada aplicación a un caso concreto y determinado en el proceso penal. Y con aquel procedimiento, que pretende salvar pautas generales de la ley no se libra ésta, en lo que tiene de más intocable y, de contera, se afecta el derecho del procesado, cuya situación resulta inesperadamente agravada porque al reo, en cuanto a penas privativas de la libertad, le interesa casi exclusivamente la cantidad más que la calidad. La interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, consecuencias de las de presidio y prisión —que dejaría de imponerse al convertir en arresto lo que la ley manda que sea prisión— esa accesoria, por más que sea algo así como una **capitis diminutio** y que se confunde con la duración de la pena principal, cuenta mucho menos para el delincuente que el aspecto cronológico de la sanción. Este es precisamente un caso de indebida aplicación de la ley penal por error en su interpretación. (Casación Penal. Agosto 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).....438, 1ª y 2ª

COOPERATIVAS (No son aplicables a sus socios la protección y garantías establecidas en la ley en favor de la sociedad)

— 90 —

La Corte considera que extender a los miembros de una cooperativa la protección y las garantías o beneficios establecidos positivamente en la ley para la persona colectiva es una interpretación que llevaría a confundir los actos jurídicos de las sociedades con la que ejecutan o celebran los miembros de la misma, sin que valga alegar, como lo hace el recurrente, la indefinición de linderos entre la agrupación cooperativa y las personas que la integran. De ahí que no pueda sostenerse que la tutela de carácter privilegiado establecida por el artículo 6º de la ley 51 de 1940 en favor exclusivo de las cooperativas cobije los actos individuales de sus socios y menos que las entidades de que se trata tengan la representación en el juicio de sus miembros en tales casos, porque esta representación no puede surgir más que de una convención o del precepto de una ley expresa, que no existe. (Negocios Generales, septiembre 15 de 1947. T. LXIII. 2053-2054. 251, 2ª

COSA JUZGADA

— 91 —

Para que exista la situación jurídica de cosa juzgada se necesita que la nueva de-

manda 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. Se requiere, pues, la identidad de personas, cosas y acciones. (Art. 479, C. J.). Por causa se entiende en derecho procesal el motivo por el cual se demanda, "la narración del libelo, la relación del caso que ha originado los derechos y dado motivo a la reclamación en justicia". (Caravantes). La **causa petendi** es "el hecho jurídico" o el conjunto de ellos, en que el actor basa su pretensión de tutela jurídica. (Coviello). En derecho procesal se ha agitado una interesante controversia sobre la identificación de acciones, que se ha resuelto a favor de la acogida de los elementos que como noción aceptada habían venido configurando esta situación jurídica especial. Al efecto, se ha afirmado que no se puede individualizar exactamente el objeto del proceso con la sola individualización del conflicto de intereses preexistentes al proceso, sino que es preciso determinar además en qué asume este conflicto de intereses el carácter de desacuerdo en torno a la existencia de una relación jurídica (**causa petendi**) y con qué providencia jurisdiccional pretenden las partes que el conflicto sea compuesto. (Casación Civil, febrero 24 de 1948. T. LXIII. 2057-2058.

726, 2ª

CUESTIONARIOS AL JURADO (Manera como deben formularse)

— 92 —

No es exacto que al Jurado haya de formularse un cuestionario con preguntas separadas para cada una de las circunstancias constitutivas o modificadoras de la responsabilidad. Al contrario, la ley ordena que se haga una sola pregunta, en la cual se incluyan los hechos con las circunstancias peculiares en que se crea se hayan realizado, salvo las previstas en el artículo 29 del Código sustantivo (Ley 4ª de 1943, art. 28).. Lo que pasa es que es distinto formular una pregunta clara y precisa que no se preste a confusiones para los jueces populares, y otra hacer una pregunta con varios términos idénticos u opuestos que no permitan contestar con nitidez sobre lo que se interroga o que dejen dudas sobre el sentido de la respuesta. (Casación Penal. Noviembre 5 de 1947. Tomo LXIII. 2057-2058) .....830, 1ª y 2ª

CULPA (responsabilidad civil por)

— 93 —

Respecto de la relación de causalidad entre la culpa y el daño, basta la causalidad ocasional y, en caso de multiplicidad de causas, sólo se requiere para la existencia de la responsabilidad civil, la concurrencia de una que pueda ser imputada a culpa de determinada persona, sin que sea necesario una relación directa en el sentido de proximidad en el espacio y en el tiempo. (Casación Civil. Octubre 31 de 1947. T. LXIII. 2055-2056)).

393, 1ª

CULPA (Responsabilidad civil por hechos culposos. Presunción de culpabilidad)

— 94 —

De conformidad con los principios de derecho que gobiernan la responsabilidad civil por hechos propios o de sus dependientes que causen daño a otro, además de la culpa y del perjuicio, se requiere la existencia del vínculo de causalidad entre tales extremos, es decir, que el daño sea una consecuencia de la culpa. Se requiere, pues, un hecho básico culposo, de donde dimane como el efecto de la causa el resultado que ha producido el daño. Según las normas de derecho probatorio corresponde al demandante la demostración tanto de la culpa a favor de la víctima,

lo cual equivale a invertir la carga de la prueba y a asignarle al demandado la obligación de demostrar una fuerza mayor, un caso fortuito o la intervención de un elemento extraño, para que pueda admitirse su no responsabilidad. Tal acontece con la presunción de culpa consagrada en el artículo 2356 del Código Civil y que se aplica a los daños ocasionados por actividades de naturaleza peligrosa. En tales casos se invierte la carga de la prueba; al demandante sólo le basta probar que el daño se causó por una de tales actividades para que el demandado quede bajo el dominio de la presunción de culpa y solamente puede exonerarse de la obligación de indemnizar demostrando una fuerza mayor, un caso fortuito o la intervención de un elemento extraño. Tal presunción de culpa se hace extensiva a las entidades de derecho público, Nación, Departamento y Municipio por los actos de sus agentes en perjuicio de terceros, con fundamento en lo establecido en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil. Mas de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte la presunción de culpa consagrada en el artículo 2356 del C. C. obra en favor de la víctima pasiva de un siniestro ocasionado por actividades de naturaleza peligrosa, pero no tiene lugar cuando quien demanda es precisamente la persona que ejercitó directamente la actividad peligrosa y representaba a la entidad demandada, y causó el daño. (Negocios Generales. Noviembre 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) . . 537, 1ª y 2ª

CULPA DELICTUAL Y CUASIDELICTUAL

— 95 —

La culpa delictual y la cuasidelictual son de naturaleza diferente. Para que la primera exista es, en resumen, indispensable que el demandado haya deseado verdaderamente que se realice el perjuicio y haya obrado con ese propósito. Para que se dé la segunda es apenas menester que incurra en imprudencia o negligencia, por acto u omisión, o sea "en un error de conducta en el que no habría incurrido un individuo colocado en las mismas circunstancias externas que el demandado". En aquella se considera subjetivamente la actuación del agente, lo que vale decir que se aprecia en concreto y en ésta se la compara con el tipo de buen padre de familia, o sea, que se aprecia in abstracto. La no existencia de la última implica necesariamente la de la primera. (Casación Civil. Febrero 20 de 1948. T. LXIII. 2057-2058). 699, 1º

— D —

DAÑOS A TERCEROS

— 96 —

El artículo 2350 del C. C. se refiere a daños a terceros. Cuando tal disposición expresa que el dueño de un edificio es responsable de los perjuicios que ocasione su ruina, se está refiriendo indudablemente a los daños que a otras personas distintas del propietario se infieran por esta causa. Mal puede entenderse que el legislador quiso decir que el dueño es responsable consigo mismo de los daños que sufra por sus actos. (Casación Civil. Febrero 24 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 727, 1ª

DECRETO Nº 928 DE 1943 (Acusado como inexequible en sus artículos 1º y 7º)

— 97 —

El Decreto acusado fue sustituído por el 2004 de 17 de junio de 1947, y el artículo 7º del Decreto demandado fue derogado por mandato del artículo 1º del Decreto número 2010 de 1945. Y como ha sido constante jurisprudencia de la Corte el inhibirse de co-

nocer de las demandas de inexequibilidad cuando ellas recaen sobre actos que han sido derogados, pues es obvia la sustracción de materia para decidir sobre ellos, la Corte Plena debe decidir en consecuencia absteniéndose de decidir la demanda de inexequibilidad presentada. (Sala Plena. Septiembre 3 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....2, 2ª

DECRETO 0750 DE 1947 (Acusado como inconstitucional en varios de sus artículos)

— 98 —

A lo dicho ya sobre la acusación de los artículos citados, distintos del 41 y 42 del Decreto acusado, dice ahora la Corte sobre estos últimos que no es la calidad de disposiciones de mero trámite lo que les puede acarrear a los artículos 41 y 42 la tacha de inconstitucionalidad. Lo que hay es que si el Gobierno quiso hacer uso de las facultades conferidas en la ley 27 de 1946 y en el artículo 12 de la ley 60 de 1946, como lo dice el preámbulo del Decreto, de tales facultades se salió y dictó reglas de derecho relacionadas con materias distintas de las que el estatuto de las autorizaciones le señaló de modo preciso. Vistos los artículos 41 y 42 en frente de las normas establecidas en las leyes 27 y 60 de 1946, se advierte que no encajan dentro de tales normas y merecen la misma tacha que indujo a la Corte a hacer la declaración de inconstitucionalidad de los nombrados en el fallo de fecha 15 de noviembre. (Sala Plena. Noviembre 28 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).....332, 2ª y 333, 1ª

DECRETO 0750 DE 1947 (Acusado como inexequible en varios de sus artículos)

— 99 —

(Sala Plena. Noviembre 15 de 1947. Tomo LXIII. 2055-2056).....326

DECRETOS LEYES (Normas a las cuales debe ceñirse el Gobierno en su expedición)

— 100 —

Los actos por medio de los cuales el Gobierno hace uso de su potestad de dictar las normas en reemplazo del Congreso deben ceñirse estrictamente a los preceptos constitucionales por un doble aspecto; desde el punto de vista de contenido material: porque aquellos actos —denominados decretos extraordinarios o decretos-leyes— no pueden referirse a materias distintas de las señaladas en el estatuto de las autorizaciones; y porque igualmente, y como todo ordenamiento obligatorio en derecho, debe estar sujeto al régimen de la superlegalidad, vale decir que sus prescripciones quedan gobernadas en cuanto a su eficacia jurídica por los mandatos superiores de la Constitución Nacional. En el primer caso —provisión del decreto fuera de la órbita de las autorizaciones— sobreviene un quebranto a los preceptos constitucionales porque entonces obra el Gobierno sin competencia y, por consiguiente, su acto es sancionable con la inexequibilidad. Es lo que ocurre con el decreto 0750, el cual contiene un cuerpo de disposiciones reglamentarias de las licencias de especialidades farmacéuticas y otros productos, que son por completo extrañas a las leyes de autorizaciones 27 y 60 de 1946, y, por consiguiente, dictados por el Ejecutivo sin competencia constitucional para ello. En consecuencia, son inexequibles los artículos del Decreto acusado. (Sala Plena. Noviembre 15 de 1947. T. XLIII. 2055-2056)...330, 1ª y 2ª

DELITOS (Algunos de los hechos sancionados por la Ley 48 de 1936 con delitos y no contravenciones)

— 101 —

La ley 48 de 1936 en sus puntos esenciales se funda en el Decreto-ley Nº 1863 de 1926.

Sus normas se encaminan principalmente a reprimir estados antisociales y de peligrosidad, pero no por esto, se puede afirmar que todos los hechos por ella sancionados son constitutivos de estados antisociales. Existen disposiciones que en forma expresa señalan los hechos que no tienen el carácter de contravenciones sino de delitos; la circunstancia de que esas infracciones de la ley penal estén contenidas en el Decreto no les quita el carácter de delitos para convertirlos en simples contravenciones.

El artículo 2° del Decreto-ley, en sus numerales 1º, 2º, 3° y 4º da el calificativo de rateros a las personas que hubieran sufrido tres o más condenas de policía por delitos contra la propiedad, por hurtos o robos cometidos en casas, habitaciones, almacenes o tiendas.

Los hechos sancionados en virtud de estas disposiciones son verdaderos delitos y éstos no pierden su entidad aunque la sentencia que los reconoce y declara haya sido dictada por un funcionario de policía en desarrollo de las normas del Decreto-ley, porque tanto en la vigencia de los códigos anteriores como en los actuales, la policía tiene competencia para conocer de los delitos contra la propiedad, y esos fallos por reprimir delitos deben tenerse en cuenta para efecto de computar las reincidencias. (Casación Penal. Junio 24 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) . . 757, 1ª y 2ª

DELITO MILITAR

— 102 —

Examinando la Corte lo dispuesto por los artículos 170 de la Constitución Nacional y 140 de la Ley 3ª de 1945 afirmó que eran requisitos esenciales para tomar un acto ilícito como infracción de carácter militar, los siguientes:

a) Que la violación la lleve a cabo un militar, o un civil al servicio de las fuerzas militares;

b) Que se viole la ley penal militar;

c) Que en el sitio donde se cometa la infracción se hallen establecidas o actúen fuerzas militares, y

d) Que el delito se cometa con ocasión del servicio militar o por funciones inherentes a su cargo. (Casación Penal. Auto. Febrero 27 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 128, 1ª

DELITOS DE RESPONSABILIDAD (Requisitos necesarios para que se configure una de estas infracciones)

— 103 —

Los delitos oficiales o de responsabilidad son los que se cometen por los funcionarios públicos, por razón o por motivo de funciones inherentes al cargo que desempeñan, en tanto que, los delitos comunes son los que se realizan sin tener en cuenta—para nada—la calidad de empleado o las atribuciones de las cuales se halla investido; en estos casos, el delito se configura por la simple violación de la norma legal, en tanto que, en los otros, la infracción penal se caracteriza por la violación de la ley condicionada a la cabalidad de la persona—empleado público—y al ejercicio de funciones derivadas de dicho cargo.

La consideración abstracta del delito como entidad jurídica independiente del agente activo del mismo, no es lo que configura propiamente el delito de responsabilidad, es la relación y valoración conjunta de esos elementos —delito y persona revestida de funciones públicas— la que en cada caso concreto determina el delito oficial. En tratándose de cargos de responsabilidad la ley penal no puede violarse sino por la persona que ejerce determinadas funciones y a pesar de que la infracción propiamente no esté tipificada en las disposiciones penales que reprimen los delitos de responsabilidad, el hecho

cae dentro de esa escala por consideración especial de la persona —funcionario público— que lo ejecuta y a quien la ley lo ha revestido de un fuero especial. (Casación Penal. Auto. Agosto 19 de 1947. Tomo LXIII. 2057-2058) 785, 1ª

DEMANDA (Presentación de la demanda en los juicios ordinarios sobre petróleos)

— 104 —

No es indiferente la manera como deba presentarse una demanda para que en juicio ordinario se decida respecto a la propiedad del petróleo cuando se controvierte entre un particular y el Estado. Las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 establecen un sistema que señala la oportunidad en que pueden iniciarse tales juicios; hay la caducidad de la acción que se produce al transcurrir el término de dos años allí fijado. (Negocios Generales. Auto. Febrero 19 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 926, 1ª

DEMANDA (Requisitos de la de casación)

— 105 —

Si el objeto o fin primordial del recurso de casación es promover un nuevo examen desde el punto de vista jurídico entre la sentencia y la ley, es natural que para que sea procedente ese estudio, las causales de casación que se invocan se ajusten a las prescripciones legales, pues no basta invocarlas cuando por otra parte no se las funda; porque en ese supuesto la demanda adolece de un defecto sustancial que consiste en la falta de demostración en forma clara y precisa de los fundamentos que sirven de base a la causal invocada. (Casación Penal. Mayo 27 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 192, 1ª y 2ª

DEMORAS (Cuándo configuran delito la omisión o el retardo)

— 106 —

No porque simplemente omita un funcionario, retarde o rehuse la ejecución de un acto, se está ya en posibilidad de afirmar que se ha hecho acreedor a las sanciones que establece el artículo 172 del Código Penal. Es necesario que ese acto sea uno de aquellos a que "legalmente" esté obligado el funcionario remiso. (Casación Penal. Auto. Octubre 23 de 1947. T. LXIII. 2057-2058). 818, 1ª

DENUNCIANTE (No es parte en el proceso penal. A qué se limita su intervención en el mismo).

— 107 —

(Véase "Cambio de radicación de un proceso. Quién puede pedirla", en el número 26 de este Indice).

DENUNCIO

— 108 —

El desarrollo de una investigación criminal no puede llevarse a efecto sino mediante el supuesto de que se hubiera cometido una infracción de la ley penal. El denuncio se subordina al principio de la existencia del delito que es la base de la investigación, y el conocimiento de un hecho que posiblemente quebranta el orden social puede ser oficial o privado; oficial, cuando es un funcionario el que por cualquier medio sabe o tiene conocimiento de que se violó la ley, y privado, cuando el hecho es conocido por cualquier habitante del territorio colombiano mayor de veintiún años. En ambos casos —fuera de las excepciones establecidas por

la ley— existe la obligación de denunciarlos para que las autoridades adelanten la respectiva investigación a fin de comprobar los hechos e imponer a su autor la corespondiente sanción.

Pero la investigación no puede adelantarse con perjuicio manifiesto de los presuntos sindicados, cuando el denunciante no hace ninguna imputación clara y expresa, contra aquellos que supone posibles infractores de la ley penal. En estos casos es necesario dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal por ausencia de un cargo que constituya delito. (Casación Penal. Auto. Junio 11 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) .....741, 1ª y 2ª

DERECHO DE DEFENSA (Se declaran exequibles los artículos 365 y 433 del C. de P. P. y el artículo 113 del C. P.).

— 109 —

No implican los preceptos legales tachados por el demandante de inconstitucionalidad la existencia de una denegación de oír al acusado. Tiene éste, en efecto, facultad de presentarse oportunamente ante los correspondientes funcionarios públicos a dar sus explicaciones y a comprobar sus descargos. Obedecen, por lo demás, los mandatos de los preceptos legales acusados a necesidades manifiestas de hecho, que de no ser tenidas en cuenta conducirían en la práctica a hacer nugatorio el ejercicio de la justicia represiva, la cual por su interés social y público tiene su entraña en la Constitución misma. Y así que el artículo 26 de la Carta debe ser interpretado y aplicado en forma armónica con los demás principicios que en aquella gobiernan y sin menoscabo en todo caso de éstos. Se comprende, por lo que se deja expuesto, que hay lugar a declarar exequibles las disposiciones legales a las cuales se ha venido haciendo referencia.

En cuanto a la acusación de inexequibilidad del artículo 113 de la Ley 95 de 1936 o Código Penal, acoge la Corte el concepto del señor Procurador General de la Nación, el cual, entre otras cosas, dice lo siguiente: "Que el señalamiento de un término posterior al cumplimiento de la pena principal, dentro del cual no puede pedir (el condenado) la rehabilitación, implique en realidad una prolongación de esa pena principal, no significa que eso sea violatorio de la Carta, pues es la ley misma la que lo hace; a lo sumo ello podría ser objeto de discusión sobre lo técnico o antitécnico de una disposición semejante, pero en ningún caso puede afirmarse que sea inconstitucional". Por otra parte, agrega la Corte, la tacha de inconstitucionalidad de la disposición en su inciso 2º, que es el que se refiere al caso de pena principal, sólo le fue posible fundarla al demandante en la razón de que contraría, a su juicio, el artículo 58 del Código Penal (Ley 95 de 1936) y es obvio que perteneciendo la disposición acusada a la misma ley a que pertenece el precepto que se dice contrariar, no sólo no origina ello un motivo de inconstitucionalidad, sino que aun en el supuesto de que esos preceptos fueran contradictorios, el llamado a prevalecer es precisamente el acusado, por cuanto, perteneciendo ambos a un mismo Código hay lugar a aplicar el artículo 5° de la Ley 57 de 1887. Y en lo atinente al caso de la pena accesoria, y por cuanto el Constituyente no ha señalado el período de tiempo para la rehabilitación de la ciudadanía, aparece de manera incontrovertible que corresponde a la competencia constitucional del legislador fijar por medio de leyes el término respectivo. Razón ésta que ha de considerarse operante también para el caso, antes mencionado, de pérdida de los derechos de ciudadanía en calidad de pena principal. Y es que en el fondo la disposición constitucional faculta al legislador para imponer la pérdida de la ciudadanía, y,

como ésta necesariamente debe tener alguna duración en el tiempo, puesto que la propia disposición constitucional, merced al reconocimiento de la posibilidad de la rehabilitación, le quita el carácter de obligada perpetuidad, lógicamente es el legislador el llamado a fijar ese término de duración y en todo caso el momento del restablecimiento del penado a su condición de ciudadano. (Sala Plena. Febrero 4 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).....611, 2ª y 612, 1ª

DERECHO LITIGIOSO

— 110 —

La Sala estima que para que un derecho tenga la calidad de litigioso basta que sea controvertido en todo o en parte, aun sin que sobre él se haya promovido jurisdiccionalmente un pleito mediante el ejercicio de la acción respectiva; y, por consiguiente, el titular de ese derecho puede cederlo por venta o permutación a otra persona, entendiéndose como tal operación el traspaso del evento incierto de la litis, conforme a las propias expresiones del Código (artículo 1969, C. C.). Una cesión en tales condiciones obliga plenamente —a juicio de la Corte— a las personas que en ella intervienen, o sea, al cedente y al cesionario. Otra cosa es que la disposición citada haya previsto en su último inciso lo que debe entenderse por derecho litigioso "para los efectos de los artículos siguientes", los cuales se refieren al título de la adquisición del derecho, a la personería del demandante en el juicio y a la regulación de la facultad de retracto que corresponde al deudor cedido. De donde se desprende que, si para los fines mencionados el derecho se tiene por litigioso desde que se notifica judicialmente la demanda, es lógico que para objetos distintos —que son todos los demás no expresados en la ley— no cabe ni se aplica la misma limitación y debe darse a la expresión —derecho litigioso— su sentido obvio y natural. Pero así como, en opinión de la Corte, puede concebirse el derecho con carácter de litigioso aun antes de que se haya trabado la querella jurisdiccional y la cesión que se haga vincular jurídicamente a las partes, no pasa lo mismo con respecto a la persona del deudor cedido. En relación con éste el pacto de cesión no produce efectos sino después de que se haya notificado la demanda judicial, pues desde ese momento nace para él la facultad de ampararse con el retracto litigioso que reglamentan los artículos 1971 y 1972 del Código Civil. (Negocios Generales. Septiembre 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).....468, 2ª

DESISTIMIENTO (de un recurso)

— 111 —

El desistimiento como acto procesal obedece o se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para proseguir o determinar el juicio, y si por otra parte, el procesado es la única persona a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad para desistir de la apelación y aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual se interpuso el recurso. (Casación Penal. Auto. Noviembre 18 de 1947. T. LXIII. 2057-2058).....835, 2ª

DESISTIMIENTO (de un recurso)

— 112 —

El desistimiento de un recurso puede llevarse a efecto en cualquier estado del juicio, y para que sea procedente debe reunir los requisitos legales. Cuando la solicitud se hace por intermedio de apoderado o de defensor, estos mandatarios deben tener auto-

rización especial para ello, porque de lo contrario, su petición no produce ningún efecto por prohibición expresa de la ley. Pero si el desistimiento se hace por una de las partes interesadas en los resultados o consecuencias del juicio o proceso, la entidad ante quien se haga la petición debe decretarlo.

El desistimiento del recurso para que la Corte se abstenga de revisar o estudiar la sentencia que por medio de dicho recurso se trata de imputar, necesariamente, implica abandono o renuncia del derecho que la ley otorga en beneficio exclusivo de las partes interesadas. Si el procesado —parte en el proceso penal— a quien afecta de manera directa el resultado favorable o desfavorable del recurso, es la persona que desiste, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad o poder para desistir del recurso de casación y como consecuencia de ello aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual interpuso el recurso.

Si el memorial de desistimiento llena formalidades legales, el funcionario o entidad que tiene jurisdicción para revisar la providencia contra la cual se ha interpuesto el recurso, es el competente para resolver sobre la solicitud del desistimiento. (Casación Penal. Auto. Mayo 6 de 1947. Tomo LXIII. 2053-2054) .....163, 1ª y 2ª

DESISTIMIENTO (de un recurso)

— 113 —

"El desistimiento de un recurso —ha dicho la Corte— puede llevarse a efecto en cualquier estado del juicio, y para que sea procedente debe reunir los requisitos legales. Cuando la solicitud se hace por intermedio de apoderado o defensor, estos mandatarios deben tener autorización especial para ello, porque de lo contrario, su petición no produce ningún efecto por prohibición expresa de la ley. Pero si el desistimiento se hace por una de las partes interesadas en los resultados o consecuencias del juicio o proceso, la entidad ante quien se haga la petición debe decretarlo.

"El desistimiento del recurso para que la Corte se abstenga de revisar o estudiar la sentencia que por medio de dicho recurso se trata de impugnar, necesariamente, implica abandono o renuncia del derecho que la ley otorga en beneficio exclusivo de las partes interesadas. Si el procesado —parte en el proceso penal— a quien afecta de manera directa el resultado favorable o desfavorable del recurso, es la persona que desiste, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad o poder para desistir del recurso de casación y como consecuencia de ello aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual interpuso el recurso". (Casación Penal. Auto. Julio 22 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 776, 2ª

DETENCION ARBITRARIA (Cuándo se configura este delito)

— 114 —

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, esto es, caprichosa o arbitrariamente, dando pábulo a una simple animadversión personal, 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. Es necesario aclarar que la locución "detención arbitraria" que le dio el legislador a esta infracción se refiere al hecho material de aprehender a un individuo, esto es, de detenerlo, de parali-

zarlo, en el ejercicio normal de su libertad de acción y movimiento; puede afirmarse que este hecho se envuelve siempre bajo el fenómeno de la captura. Con este hecho material se consuma la acción delictuosa; y no importa que él tenga como fin detener provisionalmente dentro de un proceso penal o capturar para los fines de los artículos 346, 379 y 384 del Código de Procedimiento Penal, o el de imponer una pena de arresto, de las que han sido deferidas a los funcionarios administrativos, o el de sancionar con pena de prisión, como puede hacerlo un funcionario judicial. En estos casos, si se llenan los tres elementos del artículo 295 del Código Penal, se tendrá perfeccionado el delito de detención arbitraria. (Casación Penal. Auto. Septiembre 12 de 1947. Tomo LXIII. 2055-2056).....447, 2ª y 448, 1ª

DOMICILIO

— 115 —

Si la parte demandada objeta la existencia de un domicilio del actor para efectos de la fijación de la competencia jurisdiccional, por ejemplo, corresponde a esa parte demandada presentar la prueba correspondiente a fin de que pueda aceptarse por el juez la existencia de un domicilio para el demandante que sea diverso del que éste hubo de afirmar en la demanda misma.

Si se analiza la noción de domicilio, tal como la instituye y reglamenta el Título 1º del Libro 1º del Código Civil, se puede concluír lo siguiente:

a) Que el domicilio es por su naturaleza misma mudable (arts. 81 y 82 del C. C.).

b) Que, en oposición a lo que ocurre en otros países, en Colombia una persona dada puede tener más de un domicilio y ya que el artículo 83 del Código citado es concluyente en cuanto estatuye que "cuando ocurran en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene".

c) Que el precepto en parte transcrito (artículo 83, C. C.) agrega: "Pero si se trata de casos que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo". (Negocios Generales. Auto. Junio 30 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).

462, 1ª y 2ª

DOMICILIO (El actor no está obligado a suministrar la prueba de su domicilio o vecindad)

— 116 —

Considera la Corte que no se desprende de los textos positivos que rigen la materia, especialmente del artículo 205 del Código Judicial, la obligación de los actores de dar la prueba de su domicilio, pues esta norma, en la cual se indican los elementos constitutivos de la petición con que un juicio se inicia, apenas establece que el escrito correspondiente deberá contener la vecindad o residencia de las partes si es conocida o la afirmación de que se ignora, con protesta de no faltar a la verdad. Y por su parte el artículo 593 de la misma obra preceptúa que son los hechos conducentes de la demanda y de la defensa los que deben aparecer demostrados en forma plena; de donde surge que si es impugnada la vecindad del actor corresponde a la parte demandada presentar la prueba del caso conforme lo sostiene la providencia del sustanciador. (Negocios Generales. Auto. Diciembre 10 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).....543, 1ª y 2ª

DOMINIO (acciones de)

— 117 —

Que se haya pedido o dejado de pedir en la demanda la calificación de la fe de los po-

seedores es cosa de ninguna importancia en las acciones de dominio, porque debiéndose decidir legalmente en ellas sobre las prestaciones mutuas a que da lugar la reivindicación, la materia de la buena o mala fe que corresponda al poseedor vencido es cuestión de la naturaleza del fallo porque ella determina el alcance y contenido de las prestaciones recíprocas de que trata el capítulo 4º, del título 12 del libro 2º del Código Civil. (Casación Civil. Octubre 2 de 1947. Tomo LXIII. 2053-2054).....48, 1ª

DOMINIO DE MINAS (Características jurídicas especiales de este derecho)

— 118 —

En nuestro derecho la pretensión de propiedad particular sobre las minas no se configura sobre las mismas bases que el dominio sobre el resto de los bienes susceptibles de apropiación; aquélla se instituye con fines de utilidad general representada por el Estado; éste, ante la imposibilidad de explotar por sí mismo los minerales, para provecho común confía tal labor a los particulares a quienes recompensa reconociéndoles sobre las mismas diversas clases de derechos, precarios todos, sujeto el más estable a eventos resolutorios previstos en interés del Estado y que sólo guarda semejanza, pero en caso alguno identidad, con lo que en derecho civil se llama dominio. En esta ordenación nuestra ley apenas encauza la herencia conceptual recibida al respecto de la Corona Española; ésta desde las Ordenanzas de Felipe II, quien las promulgó en San Lorenzo el 22 de agosto de 1584, y que forman la ley 4ª, título 18 de la Novísima Recopilación partía del principio regalista y declaraba las minas de propiedad del Soberano; cuando por la evolución política que en España, como en el resto del mundo, se sustituyó al monarca de derecho divino por la entidad colectiva del Estado, el principio en mención vino a quedar reemplazado por otro expresivo del dominio del subsuelo por parte del Estado; dicho concepto informaba la legislación minera de la metrópoli española en el momento de la liberación americana y fue recogido por nuestra organización legislativa según el artículo 188 de la Constitución de 1821. Con ligeras modificaciones subsiste actualmente el mismo espíritu que reserva para el Estado los principales atributos y proventos de la minería, y es así como en Colombia pertenecen a la Nación gran parte de los minerales, unos en dominio eminente, y otros como bienes patrimoniales. De esto se deduce muy claramente que si en el ejercicio de todos los derechos ha de proceder el titular teniendo en cuenta que su propio interés cede al público o general, en materia de minas tal idea prima eminentemente porque las reservas a favor del Estado, ya como entidad de derecho público o de derecho privado, no hallan su origen en el beneficio egoísta de su patrimonio fiscal o civil sino en la necesidad de mantenerlas para impulsar la actividad de una industria cuyos beneficios redundan en la pública y general utilidad; pero es obvio que el servicio de estos fines excluye la posibilidad de asignar a la ley minera una hermenéutica cuya aplicación permita que las gestiones individuales dilaten o entorpezcan la rápida ejecución de las operaciones jurídicas previstas por el derecho positivo como instrumentos del fin que se deja indicado. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....10, 2ª

— E —

EMBRIAGUEZ

— 119 —

La embriaguez común u ordinaria se caracteriza por tres grados diferentes: perío-

do de excitación en que predomina el estado eufórico, con exuberancia de alegría y jocosidad; período de depresión que se determina por una especie de ataxia física e intelectual, depresión, tristeza, decaimiento, temblor y titubeo, expresión lenta, difusa, e ideas confusas; y período de sueño comatoso que sigue a la depresión que se manifiesta por un sueño largo y profundo acompañado de sudores profusos y el "coma" o sea cuando el alcohol ha dominado al individuo completamente.

La embriaguez patológica se produce en individuos tarados o debilitados por el ancestro patológico y en sus reacciones, se manifiesta con toda la brutalidad porque su mente no está en condiciones de ponerse a tono con el mundo exterior. "La embriaguez patológica no se presenta sino en los tarados, temperamentos enfermos y nerviosos. No se emborracha patológicamente el que quiere sino el que puede".

Establecida la diferencia entre la embriaguez que se produce en individuos normales, y la embriaguez patológica que opera en personas taradas, en las cuales el alcohol, en pequeñas o grandes cantidades, no es sino un medio o vehículo para que explosione una individualidad enferma y se revele la peligrosidad del delincuente; no parece acertado darle "más importancia a la circunstancia referente a la embriaguez aguda, que a las causas biológicas y constitucionales que actuaron principalmente en la dinámica criminosa del delincuente". (Casación Penal. Septiembre 9 de 1947. T. LXIII, 2057-2058.

795, 2ª y 796, 1ª

EMBRIAGUEZ (No es excusa de la responsabilidad)

— 120 —

La embriaguez no es excusa de la responsabilidad, porque, en sentir de los comentadores de la escuela positiva, es apenas la causa ocasional reveladora de las inclinaciones antisociales del infractor cuando éste llega a quebrantar la ley. (Casación Penal. Mayo 23 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).

187, 2ª

EMPLEADOS PUBLICOS (Su situación jurídica en orden a prestaciones sociales)

— 121 —

Entre un municipio y los empleados públicos no existe contrato de trabajo, ya que las funciones de éstos emanan de la ley y no de un acuerdo de voluntades entre las partes. (Negocios Generales. Auto. Noviembre 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 523, 1ª

ERROR (Requisitos para que exima de responsabilidad)

— 122 —

Los requisitos que la ley establece para la exención de responsabilidad determinada por error, son: el de que éste se cometa con plena buena fe; que el error sea esencial en la apreciación de los hechos o en las normas de derecho; que este error esencial se cometa sin negligencia de la parte acusada. Para que el error de hecho o de derecho sea esencial, es indispensable que afecte la sustancia misma de los hechos o del derecho, es decir, que la falsa valorización de los hechos destruya la naturaleza misma del acto que se trata de demostrar, o que la interpretación de las normas de derecho lleven a la conclusión de la inaplicabilidad de la disposición violada; pero no basta la simple apreciación de los hechos o del derecho en forma errada: es necesario que el error no sea proveniente de negligencia imputable a su autor.

La negligencia puede consistir en el descuido u omisión, olvido o inadvertencia, o

falta de atención en el estudio de los problemas que debe resolver el funcionario en cumplimiento de los deberes de su cargo, y cuando alguna de estas circunstancias concurra a la integración del acto, bien sea en cuanto al hecho o en cuanto al derecho, el agente humano no está exento de responsabilidad, porque la negligencia de que habla la ley es imputable al actor. (Casación Penal. Auto. Octubre 23 de 1947. T. LXIII. 2057-2058).

823, 1ª y 2ª

ERROR (Cuándo constituye vicio del consentimiento)

— 123 —

La palabra consentimiento viene del latín sentire cum, sentir con otro. Sugiere la idea de varias voluntades encaminadas a producir un acuerdo. Se define: acuerdo de las voluntades de las partes sobre una misma prestación. El consentimiento es uno de los elementos esenciales en los contratos. Entre las condiciones exigidas por el artículo 1502 del C. C. para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad está la de que "consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio".

Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son aquellos de que trata el artículo 1508 del Código Civil. Del error hablan los artículos 1510 a 1511 del mismo Código. El error desnaturaliza los contratos. Para que éstos puedan efectuarse es necesario, como ya se dijo, un acuerdo de voluntades referente a determinada prestación u objeto, idéntico éste para todos ellos. Acuerdo libre, resultante de un acto razonado de la voluntad de los contratantes. Si esa manifestación volitiva ha sufrido alguna modificación o se ha expresado por error, éste refluye sobre el objeto y el contrato participa de esa modificación, error o imperfección, presentando caracteres diversos. No todo error vicia el consentimiento. Nuestro Código Civil determina taxativamente los casos en que el consentimiento queda viciado por error y son señalados en los artículos 1510, 1511 y 1512. El primero de estos textos se refiere a errores sobre la naturaleza misma de la operación y a los relativos a la existencia o identidad del objeto. El 1511 se refiere a las calidades sustanciales de la cosa; finalmente, el 1512 contempla el error sobre la persona. (Casación Civil. Septiembre 16 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).

16, 2ª y 17, 1ª

ERROR (Tacha por tal motivo a un dictamen pericial. Qué debe entenderse por error grave)

— 124 —

Ya dijo la Sala que si con pretexto de error grave "se aceptase en el incidente de tacha discusión al rededor de las bases subjetivas que cada perito estime adecuadas para sacar sus conclusiones, se prejuzgaría sobre el fondo mismo del dictamen, anticipándose fallo sobre aspectos propios de la sentencia definitiva".

También dijo la Sala que "el error grave debe ser ostensible, para lo cual debe recaer sobre circunstancias materiales u objetivas de la sujeta materia sometida a la pericia; como si tratándose de avaluar una casa de construcción antigua los peritos parten de la base de ser nueva, o una hacienda dedicada al engorde y cría de ganados la aprecian los peritos como si estuviera dedicada, no a la ganadería sino a la agricultura; o una joya en cuyo justiprecio debe jugar principalmente el valor de afección la estiman los peritos como joya común, por su valor comercial, etc."

De acuerdo con el artículo 720 del C. J. el error grave debe aparecer ostensible y objetivado.

Un error en la cantidad no es razón para una objeción de error grave en consonancia con las normas judiciales vigentes. (Negocios Generales. Auto. Septiembre 23 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....264, 1ª, 265, 1ª y 265, 2ª

ESTADO CIVIL (Su prueba en un proceso penal)

— 125 —

La prueba del estado civil no puede ser tan rigurosa en lo penal como en lo civil, por que no se exige para poder contraer determinadas obligaciones o ejercitar ciertos derechos, sino como un hecho que, por obra de la misma naturaleza o de las vinculaciones que el matrimonio apareja, impone deberes de respeto recíproco entre los parientes o allegados. En el ramo penal basta, pues, la certeza de que el autor de un delito tenía conocimiento claro y preciso del vínculo que lo unía con su víctima, pues puede darse por demostrado el parentesco por medios comunes, distintos de los que exige la ley civil, que no exige la ley penal. (Casación Penal. Septiembre 5 de 1947. T. LXIII. 2055-2056)..... 444, 1ª

ESTADO DE NECESIDAD EN MATERIA CIVIL

— 126 —

El estado de necesidad —figura no definida ni reglamentada en el ordenamiento del C. Civil— supone que el agente, colocado ante un peligro actual y en la imposibilidad de evitarlo sin sacrificar o dañar un derecho ajeno causa sin embargo un perjuicio menor que el que por este medio trató de evitar. No existe entre los expositores unanimidad en la aceptación de este fenómeno como entidad propia del derecho civil conforme lo es en el derecho penal; pues al paso que algunos lo adoptan o consagran como factor liberante de culpabilidad independientemente de la fuerza mayor, en cambio otros, con argumentos lógicos muy poderosos le niegan intransigentemente aquella pretendida autonomía y aun su característica de ser una especie de la fuerza mayor.

La doctrina colombiana carece de antecedentes sobre este particulár, y la jurisprudencia de la Corte, de un modo permanente, ha venido aceptando de manera exclusiva la exoneración en los casos de actividades peligrosas mediante la demostración por el autor del hecho dañoso de la fuerza mayor, el caso fortuito o la causa extraña, dentro de la cual se comprende la propia culpa de la víctima. En realidad, carece de interés que la Sala se incline por una u otra tesis de las enunciadas para aceptar o negar la autonomía del llamado estado de necesidad como elemento constitutivo de liberación, ni aun que se detenga a considerar si él quedará más bien comprendido dentro del concepto de causa extraña, puesto que ninguna influencia ha de tener esto en la revisión de la sentencia recurrida.

Aun admitiendo la hipótesis de que el estado de necesidad pudiera coexistir con la noción de la simple culpa y constituír una circunstancia justificativa de la misma, preciso se hace delimitar su esfera de operancia al campo de las relaciones privadas, sin que sea admisible en forma alguna extenderla a las vinculaciones que se conforman entre la administración y los particulares; y esto por dos motivos tan poderosos el uno como el otro: es el primero que la administración, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones que vinculan a los particulares, no tiene la facultad de optar entre los dos extremos que el estado de necesidad comporta, desde luego que su actuación no se determina —ni aun dentro de los más rígidos principios del Estado de derecho— por

otros móviles que el de realizar los fines sociales que le son propios, mediante el empleo de métodos distintos a los que están al alcance de las personas de derecho privado con la natural consecuencia del sacrificio de éste en beneficio colectivo, en caso de conflicto entre sí.

El segundo motivo encuentra su razón de ser en la circunstancia de que la administración desarrolla siempre su actividad material o jurídica bajo el estímulo del interés público; en que sus funciones no tienen otro objeto que el de satisfacer las necesidades de los ciudadanos traducidas en el funcionamiento de los servicios públicos, en la construcción de obras, en el mantenimiento del orden, la preservación de la salubridad, etc.; y en una palabra, en que la administración de acuerdo con esto opera ordinaria, normalmente en estado de necesidad, lo que implica tanto como aceptar que si se tuviera el imperio de esta circunstancia como exonerativa de responsabilidad no podría ser nunca obligada a indemnizar los perjuicios que el desenvolvimiento de su compleja actividad cause a los gobernados. Con la consagración de una tesis semejante se llegaría al absurdo de eliminar las bases fundamentales de la responsabilidad administrativa, haciendo retroceder de esta suerte las instituciones jurídicas a etapas definitivamente canceladas por las exigencias de la cultura, la evolución de la idea de justicia y los postulados de la equidad. En cambio, si se acepta el principio —que la Sala proclama y sostiene— de que el estado de necesidad no acarrea la liberación cuando el deber de reparar el perjuicio se exige de la administración, fatalmente se llega a la conclusión de que es entonces un fenómeno indiferente, que no cuenta en absoluto para determinar judicialmente la responsabilidad civil de las entidades de derecho público. (Negocios Generales. Octubre 2 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).

479, 1ª y 2ª y 480, 1ª

ESTIPULACION POR OTRO

— 127 —

Para que exista la estipulación por otro es necesario que el estipulante no sea mandatario ni representante legal ni gestor de negocios del tercero beneficiario, y que éste no haya tenido ninguna ingerencia en la celebración del contrato, exclusivamente acordado entre estipulante y promitente. El tercero no es parte contratante. Es precisamente porque la voluntad jurídica de éste está ausente por lo que esta figura de la estipulación por otro constituye una excepción al principio general de que los contratos carecen de efectos con relación a los terceros. La aceptación del beneficiario es lo que hace inmodificable la entipulación que, mientras no sea aceptada, puede revocarse por los contratantes por efecto del mutuo consentimiento como forma de extinguir las obligaciones. (Casación Civil. Diciembre 16 de 1947. T. LXIII. 2057-2058).....622, 1ª

EXCEPCIONES

— 128 —

La excepción propuesta como dilatoria por el señor Fiscal del Tribunal de Medellín, según la cual la Nación no es responsable, "en casos como el presente, por mal desempeño de sus funciones por parte de sus empleados y funcionarios", es sustantiva y no de mero procedimiento. Ya dijo la Corte que "el que la acción sea actualmente ejercitable o no, el que radique o no en cabeza del demandante al tiempo de proponerse la demanda, son cuestiones de orden sustantivo, fuera del alcance de una excepción dilatoria". (Negocios Generales. Auto. Febrero 9 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).....918, 2ª

EXTINCION DE LA ACCION PENAL
(Por muerte del procesado)

— 129 —

Uno de los medios naturales de extinguirse la acción o la condena penales, es la muerte del inculpado o del condenado, y el fundamento racional de este precepto, estriba en la razón de que tanto la imputabilidad como la condena penales son o tienen el carácter de personales, de manera que muerto el sujeto activo de la infracción o de la condena, prácticamente, desaparece una de las partes del proceso penal, y el Estado, no puede hacer efectiva la prosecución del juicio o los resultados de la condena por carencia de sujeto. (Casación Penal. Auto. Mayo 6 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....161, 2ª

EXTRADICION

— 130 —

El artículo 9º del Código Penal colombiano dispone que la extradición se ofrecerá o concederá, de acuerdo con los tratados públicos y que a falta de tratados públicos el Gobierno puede ofrecer o conceder la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal, previo dictamen de la Corte Suprema de Justicia.

Como entre Colombia y Ecuador, existe un acuerdo sobre extradición, suscrito por los países Bolivarianos el 18 de julio de 1911, y ratificado en nuestro país por la ley 26 de 1913, las disposiciones aplicables al caso **sub judice** serán de preferencia las contenidas en dicho Acuerdo.

Los Estados contratantes convinieron mutuamente, en entregar a los individuos que condenados o procesados por las autoridades judiciales de los respectivos países, en calidad de autores, cómplices o encubridores busquen asilo o se encuentren en territorio de uno de ellos. Pero este principio —Extradición— no se consignó en el tratado público como norma absoluta y libre, sino —como precepto— restringido o condicionado, bien sea a la calidad de la persona cuya extradición se pide, ora a las modalidades que pueden acompañar al hecho, para tipificarlo como delito común o delito político o también a la pena correspondiente, con la cual cada Estado reprime la infracción.

La Corte al emitir concepto sobre la solicitud de extradición, no tiene facultad legal para examinar factores o condiciones inherentes a la responsabilidad del autor o autores del hecho. Esa es función privativa de las autoridades judiciales donde se consumó el delito y no de los funcionarios de la rama jurisdiccional que emiten un concepto.

Si el Acuerdo o la ley, expresamente, le hubieran conferido esa atribución, a la Entidad que emite concepto, naturalmente, tendría que pronunciarse sobre el punto referente a la responsabilidad, pero no existiendo disposición especial su deber se limita a conceptuar sobre la conveniencia o inconveniencia de la extradición. (Casación Penal. Auto. Marzo 27 de 1947. Tomo LXIII. 2053-2054).....145, 1ª y 2ª

— F —

FERROCARRILES NACIONALES
(Su representación)

— 131 —

El Administrador de los Ferrocarriles Nacionales ejerce la representación del Consejo Administrativo en los asuntos que comprometan por una u otra causa el patrimonio que por la ley 7ª de 1943 se le puso al cuidado de esa entidad. Tal ha sido la jurisprudencia de la Sala. (Negocios Generales. Octubre 30 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).

509, 1ª

FILIACION NATURAL (Prueba de las relaciones sexuales estables)

— 132 —

La adquisición del estado civil de hijo natural respecto del padre no halla en nuestro derecho sino dos orígenes: el reconocimiento y la declaración judicial. El primero, que es la génesis primaria de dicho estado, por cuanto emana de la voluntad libremente expresada, se configura por ciertas características esenciales, a saber: a) Es declarativo, en tanto no constituye un medio de prueba sino un negocio jurídico en cuya virtud se establece el vínculo familiar sobre bases preexistentes, puestas en evidencia jurídica por medio del reconocimiento; por eso algunos autores lo señalan como un acto-admisión, no como un acto-confesión, circunstancia que en nuestro derecho se destaca en el texto del artículo 1° de la ley 45 de 1936, armonizado especialmente con el 4º ibídem; b) es facultativo, es decir, constituye un acto libre del padre que reconoce (artículo 55 de la ley 153 de 1887); c) es bilateral por que, a pesar de ser facultativo, debe ser notificado al hijo y aceptado por éste en los términos del artículo 57 de la misma ley 153 de 1887; d) es personal, ya que conforme al artículo 55 de la ley 153 citada, sólo el padre que reconoce puede realizarlo, característica ésta que excluye toda posibilidad de eficacia al reconocimiento que halle origen en los herederos del presunto padre, por ejemplo; e) es individual por cuanto quien lo ejecuta no debe revelar el nombre de la persona con quien hubo el hijo, rasgo que se pone de relieve en la norma contenida en el último inciso del artículo 2° de la ley 45 de 1936; f) es solemne porque precisamente ha de constar en alguno de los instrumentos que detalla el inciso primero del artículo 2º de la misma ley de 1936; g) es irrevocable según el mandamiento contenido en la disposición legal últimamente mencionada.

Estas características, comunes algunas al derecho francés, y todas al español, imprimen al acto de reconocimiento una importancia mayor, y efectos jurídicos superiores, a las que presenta el mismo acto en otros ambientes legales, el alemán por ejemplo, ya que en ellos apenas implica una renuncia a la posibilidad de oponer la excepción "plurium construpatorum" ante una posible investigación judicial de la paternidad, al paso que en nuestra ley representa el modo fundamental o primario, como ya se dijo, de establecer las relaciones jurídicas aparejadas por el vínculo de la filiación natural. Señálase como medio primario el reconocimiento porque la declaración judicial de paternidad, como toda actividad jurisdiccional, es secundaria; quiere significarse con esto que en cualquier acto de la jurisdicción se halla que el Estado, sólo ante la inactividad de los sujetos de una relación jurídica, sustituye esa inercia con la declaración del derecho, con la condena a la prestación, o con la actuación de un estado jurídico. De esta suerte cuando la libertad individual no descubre el estado civil ya causado en los hechos, la ley permite que el beneficiario del estado oculto busque ante la justicia la declaración correspondiente. La sentencia declarativa presupone una voluntad de la ley contenida en un mandamiento abstracto, y la existencia de uno o más hechos por los cuales el querer legal se concreta en un caso determinado. La declaración judicial de paternidad natural está prevista en nuestro derecho, pero en una forma circunscrita y limitada, comoquiera que el artículo 4º de la ley 45 de 1936 en forma taxativa señaló cuáles son los antecedentes sobre los que hay lugar a proferir tal declaración; ese límite opera sobre el elemento de hecho (causa petendi) de la acción declarativa, el cual ha de referirse necesariamente y en forma exclusiva a los casos u ocurrencias previstos por el legislador; por esto el dicho límite

tiene ante todo incidencia sobre el material probatorio cuyo tratamiento por parte de la justicia ha de atemperarse a la sistematización restrictiva de que el legislador se valió para configurar la acción enderezada a obtener la declaración, como un poder jurídico hasta cierto punto excepcional, y, en todo caso, estrictamente regulado.

Las tres primeras causales reconocidas por el artículo 4° no dan lugar a dificultad alguna.

Las discrepancias entre las relaciones sexuales previstas en la ley 45 y el concubinato, se han hecho depender de que éste se configura como una unión "irregular entre dos personas solteras", acepción que corre en el Diccionario de Escriche al tratar de la palabra "concubina", aunque en el mismo aparte añade: "Bien que en sentido más lato y general se llama concubina cualquier mujer que hace vida maritable con un hombre que no es su marido, cualquiera que sea el estado de ambos"; este concepto lo afirma el mismo autor cuando trata de la palabra "amancebamiento", describiendo dicho estado como el del "hombre y la mujer que tienen entre sí trato ilícito y habitual". Nada puede hacer afirmar en forma excluyente y cierta que el legislador colombiano al exigir la preexistencia de relaciones sexuales estables y notorias estaba refiriéndose a un estado irregular más amplio que el concubinato, no sólo porque el tipo de relaciones descrito por la ley coincide con la noción corriente y jurídica del concubinato, sino porque la prueba del estado a que aluden los preceptos importa necesariamente la de hechos que en forma externa desde el punto de vista social, delatan la existencia de un vínculo sexual constante, durable, firme o permanente que son las acepciones que el Diccionario trae de la palabra **estable** usada por la ley; esa notoriedad y estabilidad son precisamente las características que ostenta la relación concubinaria.

Nuestro estatuto no permite que la paternidad natural pueda reclamarse sobre pruebas de lazos sexuales más o menos permanentes pero ocultos en el sentido de que quienes los sostienen no los han descubierto voluntariamente ante su ambiente social; en consecuencia, es inhábil la prueba consistente en el dicho de quienes voluntaria o casualmente han sorprendido a los amantes, o han sido depositarios de sus confidencias, o han llegado a saber o a inferir por modo diverso del que recae sobre los hechos notorios, el común conocimiento, la existencia de un determinado vínculo de amor ilícito.

El testimonio de la servidumbre de los amantes, si bien excepcionalmente idóneo respecto del hecho aislado del amancebamiento, es ineficaz para demostrar la publicidad y notoriedad de éste, comoquiera que los sirvientes adquieren su ciencia sobre lo acaecido entre sus patronos por razón de la convivencia con ellos, y no de circunstancias que rebasen los límites de la vida privada e íntima. (Casación Civil. Febrero 17 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) . . 685, 1ª y 2ª y 686, 1ª y 2ª

FIRMA A RUEGO

— 133 —

La nuera no está impedida legalmente para firmar a ruego una escritura por sus suegros. (Artículos 2586 y 2587, C. C.). (Casación Civil. Octubre 25 de 1946. T. LXIII. 2055-2056) 358, 1ª

FOMENTO MUNICIPAL (Fondo de)

— 134 —

El artículo 2º del proyecto de ley "Por la cual se provee a la electrificación del Departamento del Atlántico y se dictan otras disposiciones", pasado a la Corte se ajusta al

régimen legal preexistente para el fomento de plantas eléctricas y otras obras de fomento departamentales y municipales. La tacha de inconstitucionalidad que se le hace sería extensiva a todo el sistema de fomento previsto en la ley 126 de 1938 y en el Decreto 503 de 1940, en cuanto pudiera admitirse que el aporte nacional que se prevé en esos ordenamientos contraría lo dispuesto por el artículo 76, numerales 4° y 20 de la Constitución, por no ajustarse a los planes y programas fijados en leyes normativas generales anteriores.

La ley 71 de 1946 no gobierna la acción del Fondo de Fomento Municipal y de los aportes nacionales del mismo. (Sala Plena. Septiembre 12 de 1947. 2055-2056) . . 312, 2ª

FUERZAS ARMADAS (Cuándo pueden requerir su colaboración los funcionarios civiles)

— 135 —

La prerrogativa constitucional que tienen los funcionarios civiles para requerir la colaboración de las fuerzas armadas no se ejerce únicamente cuando ha habido una declaración de estado de sitio o de perturbación del orden público; es suficiente que dichas autoridades presuman que puede presentarse una situación anormal, como en los casos de conflictos sociales, para que hagan intervenir las fuerzas armadas con el objeto de cumplir la misión de preservar ese orden, misión que no es de exclusivo carácter policivo sino también militar. (Casación Penal. Auto. Febrero 27 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 129, 2ª

FUNDACION DE POBLACIONES (Régimen legal vigente durante la Colonia)

— 136 —

De conformidad con los preceptos de la Recopilación de Leyes de Indias la fundación de poblaciones se hacía, o en virtud de capitulaciones que celebraba la persona que tomaba a su cargo el establecimiento en proyecto, con la autoridad competente que la autorizaba al efecto, o bien a virtud de un acuerdo de personas particulares, no menos de diez, las que directamente obtenían la licencia y la adjudicación de las tierras para formar la población. (Leyes VII y X, Título V). En la primera categoría de las leyes relacionadas se comprende el sistema llamado aristocrático por los tratadistas, en que la persona que se obligaba en capitulación obtenía, si cumplía sus obligaciones, "cuatro leguas de término y territorio en cuadro, o prolongado", que debía aplicarse así: sacar lo necesario para solares del Pueblo, Ejidos y Dehesas "en que pueda pastar abundantemente el ganado que han de tener los vecinos", y otro tanto para los propios del lugar: "el resto del territorio y término se haga cuatro partes: la una de ellas, que escogiere, sea para el que está obligado a hacer el pueblo" y las otras tres se debían repartir en suertes a los pobladores. Es decir, que al fundador de población según ese sistema le correspondía una buena parte de la extensión territorial destinada a la fundación. (Ley VII, Título VII). Aquel fundador debía reunir treinta vecinos o a lo menos diez, en las circunstancias ya explicadas. En el otro sistema los vecinos de un lugar obtenían directamente para ese sitio el terreno necesario al objeto de fundar y organizar debidamente la población. En este caso todo el territorio se aplicaba y distribuía según las reglas de la ley, sin lugar a la entrega en propiedad de la parte que en el primero de los sistemas había de darse al fundador de la población. Pero en ambos debían cumplirse tierras para la fundación de poblaciones y su aplicación a tal fin.

Esas reglas, ya enunciadas en términos generales, tienen su desarrollo, particularmente en cuanto al modo de aplicación de

las tierras, en las leyes XIII y XIV del título séptimo. La primera de éstas manda que los ejidos estén de acuerdo con el crecimiento de la población y que haya espacio bastante para que "la gente se pueda recrear y salir los ganados sin hacer daño". La segunda dispone que habiéndose señalado la tierra para **ejidos de la población,** se señalen **dehesas** que confinen con los ejidos "en pastar los bueyes de labor, caballos, y ganados de la carnicería, y para el número ordinario de los otros ganados, que los pobladores por Ordenanza han de tener". Luego agrega la disposición, que ha de aplicarse "alguna buena cantidad más" para **propios** del Concejo; la que según la Ley VII ha de ser de "otro tanto para los propios del lugar" o sea una extensión igual a la de los solares del pueblo, los ejidos y dehesas. Lo restante en tierras de labor debía aplicarse en suertes para los pobladores, correspondientes a las suertes de los solares del pueblo; pero que en todo caso debía ser, la tierra de repartimiento a pobladores de tres cuartas partes, si había capitulación, o si no la había, de la totalidad de "el resto del territorio", después de sacado lo necesario para solares del pueblo, ejidos, dehesas, pastos y propios.

El derecho consagrado por las leyes a favor de la persona que establecía una población, está indicando que para que él no fuese ilusorio y se le respetase siempre, las reglas consignadas en esas normas, especialmente en la Ley VII, debían tener cumplimiento también en todos los casos y en su totalidad; es decir, que no tan sólo habían de separarse tierras para solares, ejidos, dehesas y propios, sino también, junto con aquellas aplicaciones, tenía que hacerse las de las porciones que habrían de ir a particulares, uno de ellos el fundador, y los pobladores las demás. O sea: que la entrega de tierras a los pobladores hay que entenderla establecida en las leyes que se comentan, no como subsidiarias de la entrega de tierras para objetos de aprovechamiento común, sino al propio tiempo con la que se destinaba a esos fines. Este comentario tiene interés para juzgar acerca de la validez de los títulos de tierras para poblaciones que hoy pueden aducirse, por el cumplimiento que en cada caso se haya dado a aquellos ordenamientos.

Las reglas examinadas configuran en lo esencial el régimen jurídico de las adjudicaciones de tierras a poblaciones en el período en que rigió el Código de Indias. Este régimen, como ya se ha anotado, es de derecho público. (Negocios Generales. Diciembre 10 de 1947. T. LXIII. 2057-2058)..893, 1ª y 2ª

— G —

GOBERNADORES (Alcance de la competencia de la Corte para su juzgamiento)

— 137 —

El Código de Procedimiento, atribuye competencia a la Corte —Sala Penal— para conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o las leyes, o por mal desempeño de funciones, se promuevan contra los Gobernadores de los Departamentos, pero esa competencia se refiere exclusivamente a los delitos de responsabilidad y no a los delitos comunes que dichos funcionarios puedan cometer aunque se hallen investidos de autoridad proveniente de un cargo público.

La sola investidura oficial del sindicado no es causa suficiente que confiera a la Corte facultad legal para ampliar las normas relativas a jurisdicción y competencia; éstas son de orden público y su aplicación no puede hacerse con criterio analógico sino restringido, ya que aplicando el principio analógico se llegaría a la conclusión de dar a los simples delitos comunes el carácter de delitos de responsabilidad. El fuero especial

de que gozan los Gobernadores no es para los delitos comunes sino para los de responsabilidad, y como el hecho imputado en el supuesto de que existiera, cae dentro de la jurisdicción de los primeros, la competencia es de los jueces de circuito. (Casación Penal. Auto. Abril 15 de 1947. T. LXIII. 2053-2054. 156, 1ª y 2ª

GOBIERNO (Sentido actual de esta palabra)

— 138 —

A falta de la pertinente salvedad, o de una reproducción de lo dicho en el artículo 5º de la Ley 53 de 1909, la palabra **gobierno** debe tomarse hoy en el sentido que le asigna la Constitución, según la cual el Presidente con el Ministro del respectivo ramo constituyen el Gobierno cuando se trata de negocios particulares. (Vid. artículos 59 de la Constitución de 1886 y 57 de la de 1945). (Negocios Generales. Octubre 24 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 502, 1ª

GRAVE ANOMALIA PSIQUICA (Interpretación del artículo 29 del C. P.)

— 139 —

La Sala está en desacuerdo con la interpretación que el Tribunal da al artículo 29 del Código Penal. Esta disposición comprende o cataloga tres estados de enfermedades de la mente: enajenación mental propiamente dicha; intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia; y grave anomalía psíquica, que abarca la zona de estados intermedios o fronterizos entre la enajenación mental —locura— y la normalidad absoluta, estados que se caracterizan por deficiencias mentales o psíquicas.

Al hablar de la grave anomalía psíquica el legislador omitió hacer una clasificación de categorías en —permanente o transitoria— de manera que no existiendo disposición legal que sirva de base para hacer esa distinción cuando en un proceso se reconozca o declare la existencia de la grave anomalía psíquica, no debe hacerse distinción, para con ese criterio rechazar la una y aceptar la otra, sino que interpretando en forma amplia (no exensiva) el contenido del artículo 29 del C. P., debe admitirse el estado de la grave anomalía psíquica con el fin de individualizar la sanción correspondiente. (Casación Penal. Septiembre 9 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 794, 2ª

— H —

HEREDERO (Prueba de esta calidad)

— 140 —

En innumerables decisiones ha establecido la Corte como doctrina firme e invariable que la prueba de confesión no es admisible en ningún caso para establecer el carácter de heredero de una persona respecto de otra. Esas pruebas son de carácter solemne. (Casación Civil. Septiembre 18 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 28, 1ª

HURTO (Cuándo tiene el carácter de delito militar)

— 141 —

La ley ha establecido un fuero especial para los delitos cometidos por militares, en razón de su actividad o sobre objetos destinados al servicio de las fuerzas militares. En tal forma, los delitos de hurto que recaigan sobre objetos pertenecientes al patrimonio de la fuerza militar, destinados a su servicio, están sometidos al juzgamiento de los tribunales militares. En cambio, los delitos sobre bienes particulares se someterán a la jurisdicción ordinaria. (Ley 3ª de 1945).

(Casación Penal. Auto. Agosto 11 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).....410, 1ª

HURTO Y ROBO (Cuál es el momento consumativo en estos delitos)

— 142 —

El hurto y el robo que se diferencian únicamente por el elemento de la violencia que requiere el segundo, son delitos instantáneos que se consuman desde el momento en que el ladrón toma para sí una cosa mueble ajena, sin el consentimiento de su dueño, poseedor o tenedor, y con el ánimo de aprovecharse de ella. Pero sobre el momento en que deben entenderse consumados discuten los autores: unos requieren la simple aprehensión material de la cosa; otros esa aprehensión seguida de la remoción de la misma del punto en que se tiene; otros exigen, además, que se haga **la ablatio,** o sea, el traslado fuera de la órbita de acción del poseedor; quiénes llegan hasta pedir que la cosa se haya llevado a lugar seguro; y no ha faltado la opinión de que es menester **la locupletatio** o aprovechamiento efectivo del bien por parte de su detentador.

De acuerdo con el concepto general de los comentadores, no basta la simple aprehensión material de la cosa, pero tampoco es necesario que el ladrón la haya trasladado a lugar seguro o que se haya aprovechado de ella: con lo primero no puede decirse que haya habido **apoderamiento** del bien; pero cuando se realizan esos otros actos ya se ha ejecutado antes el de tomarlo para sí con el ánimo de hacerlo propio, y ha quedado excluída de hecho la posesión del dueño o de quien a nombre de éste la tenía, sin que sea indispensable el lucro efectivo, pues basta el propósito de obtenerlo. Sobre el particular sólo se controvierten hoy las doctrinas de Pessina y de Carrara. (Casación Penal. Junio 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054). 207, 1ª

— L —

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA (Excepción de)

— 143 —

Cuando las personas que en un juicio comparecen a gestionar por otras no han acreditado su representación, puede el demandado exigir la conducente credencial antes de contestar la demanda. (Negocios Generales. Auto. Febrero 9 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 919, 2ª

— I —

IMPEDIMENTOS (Quién conoce del manifestado por un Magistrado de un Tribunal)

— 144 —

Dice el artículo 75 del C. de P. P. en su parte pertinente: "Cuando el impedimento o recusación se refiere a un Magistrado, **conocerá del asunto** el Magistrado de la misma Sala que le sigue en turno; si hubiere necesidad de completar la Sala, se sorteará conjuez".

Esta disposición determina al Magistrado que debe conocer del negocio después de **fallado el incidente**; por esto dice que cuando falte alguno de los Magistrados se sorteará conjuez para integrar la Sala de Decisión que debe conocer del asunto (artículo 44); pero el artículo, no determina qué Magistrado debe calificar el impedimento o recusación, y si éste se resuelve con anuencia de los Magistrados restantes de la Sala, o por decisión de uno solo de ellos; por consiguiente, para cumplir esa deficiencia y llenar el vacío de la ley, hay que aplicar las disposiciones del C. J. por mandato expreso del artículo 7º del C. de P. P.

El artículo 442 del C. J. ordena que del

incidente de recusación de un Magistrado conocen los demás que forman la Sala respectiva, o sea, "los dos que le siguen en turno al ponente, según el artículo 70 del mismo Código", es decir, que el auto que califica el impedimento por mandato de la ley, lo dictan los dos Magistrados que integran la Sala de aquél que se declara impedido y no uno solo de ellos. Si el Código de Procedimiento Penal hubiera determinado en forma clara el funcionario que debe fallar el impedimento o recusación, naturalmente que no se podrían aplicar las disposiciones que rigen a los juicios civiles. (Casación Penal. Auto. Septiembre 12 de 1947. T. LXIII. 2057, 2058) 801, 2ª

IMPEDIMENTOS (Por haber emitido opinión)

— 145 —

Tratándose de un auto de detención o del auto en que aquél se revoca o confirma, el hecho de haber dictado tales autos no constituye el elemento "haber emitido opinión" de que habla la causal 4ª del artículo 73 del C. de P. P. Así, pues, en ese caso no hay impedimento para conocer del proceso. (Casación Penal. Auto. Septiembre 12 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 449, 2ª

IMPEDIMENTOS (Quién resuelve el de un Fiscal de Tribunal)

— 146 —

Tratándose del de un Fiscal de Tribunal, corresponde al Magistrado del proceso declararlo separado si lo halla fundado y, en ese caso, pasar el negocio al Fiscal que en orden numérico le sigue si hay dos o más en ese Tribunal, o pedir al Gobernador que designe un interino para ese proceso si solo hay uno; pero si el Magistrado calificador lo declara infundado, es decir, si disiente del Fiscal impedido, envía el negocio a la Corte para que decida sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento. (Casación Penal. Febrero 4 de 1948. T. LXIII. 2057-2058). 865, 2ª

IMPEDIMENTOS

— 147 —

La función que la ley adscribe a la Corte, como entidad superior a aquella que declara infundado un impedimento, se concreta—según la norma general—a decidir, de plano y en fallo motivado, la discrepancia entre el impedido y el que ha de sustituírlo, es decir a decidir si es o no legal el que el calificador ha declarado infundado. (Casación Penal. Auto. Febrero 4 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 865, 2ª

IMPEDIMENTOS (Por haber emitido opinión)

— 148 —

Es doctrina de la Corte expresada en varias providencias que la causal 4ª de impedimento, comprende a los funcionarios de la rama jurisdiccional, que en estudios de fondo emiten su opinión o concepto sobre lo sustancial del proceso, y posteriormente, como funcionarios de segunda instancia tienen que revisar el negocio. (Casación Penal. Auto. Noviembre 20 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 837, 1ª

IMPEDIMENTOS (Por haber emitido opinión)

— 149 —

La Corte en la interpretación del numeral 4° del artículo 73 del Código de Procedi-

miento Penal, acepta como causal de impedimento el hecho de que el Juez o Magistrado haya manifestado su opinión en providencia de fondo, distinta de aquella del numeral 7º, cuando con posterioridad a dicha providencia el mismo funcionario, revestido de una dignidad jerárquica de superior categoría, tiene que conocer del negocio en segunda instancia.

Quien apela de un negocio pretende que el superior revise la providencia del inferior, para saber si ella está o no de acuerdo con la ley y así confirmarla o revocarla. No se cumpliría una de las finalidades del recurso, si el Juez o Magistrado que debe fallar el negocio en la **segunda instancia,** es el mismo funcionario que con anterioridad a la interposición de la apelación dictó el correspondiente auto de proceder y emitió concepto sobre temas referentes a la imputabilidad o responsabilidad del procesado. Quien emite opinión sobre puntos tan fundamentales del proceso, en cierto modo se vincula a sus conceptos y es casi difícil que se aparte de ellos, cuando por circunstancias especiales—ascensos en la rama jurisdiccional—tenga que revisar sus providencias dictadas como funcionario de **primera instancia.** En estos casos, para tutelar los derechos del procesado y evitar cualquier sospecha de parcialidad contra el Juez o Magistrado debe admitirse el impedimento, ya que el estudio del negocio en las dos instancias por distintos funcionarios constituye una de las mejores garantías para los intereses del procesado y de la sociedad.

El impedimento que hoy estudia la Sala no comprende al Juez o Magistrado que pronuncia el auto de detención, sino a aquellos funcionarios que dictan providencias de fondo y que posteriormente adquieren dentro de la rama jurisdiccional un puesto de mayor categoría y por tal motivo tienen que conocer del negocio en **segunda instancia.** Este es el pensamiento consignado por la Corte en las providencias a que antes se hizo mención; y no la que el Tribunal pretende deducir cuando afirma que "el Juez Superior a quien le hubiere tocado revocar, oficiosamente o por apelación, un auto sobre libertad proferido por el funcionario investigador, estaría impedido para calificar posteriormente el mérito del sumario". La Sala no ha hecho esa afirmación ni podría hacerla porque ello implica un desconocimiento absoluto de la ley. (Casación Penal. Auto. Septiembre 12 de 1947. T. XLIII. 2057-2058)

801, 2ª y 802, 1ª

IMPEDIMENTOS (No es causal de impedimento en un proceso penal el hecho de que en el mismo interviniera como perito un pariente del juzgador)

— 150 —

El nuevo Código de Procedimiento Penal reglamentó íntegramente el problema relativo a impedimentos y recusaciones que pueden presentarse en el proceso penal, y en la enumeración taxativa que trae el artículo 73 no se encuentra erigida como causal de este género el motivo expuesto por el doctor Camargo Sierra, o sea el de haber intervenido como perito avaluador de daños y perjuicios el padre legítimo del Magistrado.

Es evidente que el Código Judicial en su artículo 435 consagra como causal de impedimento, para el juez o magistrado que conoce del negocio, el hecho de haber intervenido como **perito** en el juicio, pero este impedimento no se refiere a los parientes dentro de los grados de consanguinidad previstos por la ley, sino al juez o magistrado que habiendo intervenido como perito en el asunto, con posterioridad a este acto, le corresponda fallar el negocio. Por tanto, en este caso, no es aplicable lo dispuesto en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, pues lo concerniente a impedimentos y recusaciones fue reglamentado expresamente por

dicha obra. (Casación Penal. Auto. Junio 4 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) .....738, 2ª ... y 739, 1ª

IMPUESTO DE SUCESIONES

— 151 —

El artículo 79 de la ley 63 de 1936 fue dictado, como lo han explicado los funcionarios correspondientes de la rama administrativa, para controlar la forma de fraude al impuesto sobre sucesiones en caso de que al morir una persona dejaba pendientes diligencias ante las autoridades sobre cobro de créditos, reclamaciones administrativas u otras semejantes y en que sus sucesores, con copia del auto de apertura de la sucesión y su declaración de heredero, se apersonaban en el juicio y hacían efectivos derechos de la herencia con pretermisión de inventarios y avalúos y pago del impuesto. Al imponerse al funcionario la obligación de avisar al Síndico Recaudador y al Juez de la causa mortuoria en la misma providencia en que se sustancia la solicitud de reconocimiento de los sucesores, se daba a estas autoridades la oportunidad y manera de proceder al inventario y avalúo correspondientes, en caso de omisión de los herederos. La ocasión, pues, de cumplimiento de esta norma la da la petición que ante el funcionario que conoce del asunto distinto del juicio mortuorio hace alguna persona para que se le reconozca como sucesora del litigante muerto. (Casación Civil. Noviembre 7 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 112, 2ª

INCONSONANCIA

— 152 —

La falta de consonancia entre las pretensiones de los litigantes y la sentencia debe buscarse en la parte resolutiva del fallo y cuando ésta es absolutoria no procede la segunda causal de casación porque el fallo absolutorio resuelve todas las cuestiones contenidas en la demanda y en la contestación y guarda congruencia entre lo pedido y lo sentenciado. (Casación Civil. Diciembre 17 de 1947. T. XLIII. 2057-2058) 635, 1ª

INCONSONANCIA (Como causal de casación)

— 153 —

En repetidas ocasiones ha expresado la Sala que la inconsonancia ha de consistir en que la sentencia resuelva sobre puntos ajenos al debate, o en que deje de disponer sobre los que las partes sometieron a juicio y debieron fallarse. La falta de consonancia se refiere necesariamente a la parte resolutiva del fallo, que es donde se encuentra el imperio de las decisiones judiciales. No puede, por tanto, hacerse consistir en que haya oposición entre las pretensiones de los litigantes y uno o algunos párrafos de la parte motiva de una sentencia. (Casación Civil. Noviembre 17 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 616, 1ª

INDAGATORIA DEL SINDICADO

— 154 —

La recepción de la indagatoria no es diligencia esencial del proceso, según lo enseña claramente el artículo 365 del Código de Procedimiento y lo ha sostenido la Corte, pues nadie está obligado a acusarse a sí mismo (artículos 25, Constitución Nacional, 192, C. P. y 225 a 228, C. de P. P.). La indagatoria tiende más bien a proporcionarle al culpado una manera de probar sus descargos o de ejercitar su derecho de defensa. (Artículo 354, C. de P. P.). (Casación Penal. Mayo 14 de 1947. T. XLIII. 2053-2054). 180, 1ª

INDEMNIZACION CIVIL Y SEGURO DE VIDA POR DAÑOS A TRABAJADORES

— 155 —

El seguro de vida por daños o perjuicios causados a los trabajadores es diferente de las indemnizaciones que se solicitan con fundamento en la responsabilidad civil que exige la demostración del vínculo de causalidad entre el hecho culposo y el daño. (Negocios Generales. Noviembre 19 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 519, 2ª

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Forma de pago)

— 156 —

La mayoría de la Sala ha llegado a la conclusión, en casos como el presente, de no ser jurídicamente aceptable la solución consistente en señalar en un caso de la naturaleza del actual cuotas fijas para prestaciones periódicas, en lugar de una cantidad global pagadera de contado como monto de la indemnización. (Negocios Generales. Octubre 7 de 1947. T. XLIII. 2055-2056).....489, 1ª

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (No puede promover demanda civil quien se ha constituído parte civil en el proceso penal)

— 157 —

De los artículos 24 y 25 del Código de Procedimiento Penal se deducen las siguientes consecuencias: 1ª Que si el perjudicado o sus herederos se han constituído parte civil en el proceso penal no puede después de proferido el fallo en que se condena al resarcimiento de perjuicios promover demanda ante la jurisdicción civil para obtener el mismo fin. La ley sólo da esta facultad a quien no haya intervenido como parte en el juicio penal, lo cual es muy lógico, desde luego que no podría obligársele a aceptar las resultas de una acción de carácter civil adelantada sin su consentimiento, y hasta es posible, sin su conocimiento; y de ahí que únicamente en el caso de que el perjudicado acepte voluntariamente lo estatuído en la sentencia en punto a la indemnización, tenga el derecho de hacerlo ejecutar. 2ª Que si en cambio, el damnificado por la infracción interviene en el proceso penal con la calidad de parte civil, lo referente a la indemnización de los perjuicios queda definido para él en la sentencia penal sin que le sea posible ocurrir luego a la jurisdicción civil en persecución civil en persecución del mismo objetivo. (Negocios Generales. Septiembre 17 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....257, 2ª

INDICIOS (Apreciación de)

— 158 —

Sobre el cargo referente a apreciación de indicios por el Tribunal sentenciador ha dicho la Sala que no le sería dado casar una sentencia porque ella estime que como fallador de instancia no habría llegado en la apreciación de los indicios a la convicción a que llegó el Tribunal para decidir, o porque éste decidió como lo hizo por no haber llegado a ese convencimiento y la Corte crea que ella sí habría llegado. En casación las únicas salvedades a lo que acaba de decidirse son las de la referida falta de lógica en la conexión entre antecedentes y consecuentes y el mencionado error de hecho de pasar por alto los comprobados o dar por probados los que no lo están y haberse llegado al fallo recurrido como resultado de estos errores o de la ausencia de dicha relación de causalidad. (Casación Civil. Febrero 4 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).....641, 2ª

INDICIOS (Apreciación de)

— 159 —

En la apreciación de los indicios el juzgador de instancia tiene libertad de criterio y amplitud de exégesis, tan sólo limitada por la posible ejecución de errores manifiestos y evidentes. (Casación Penal. Marzo 6 de 1947. T. XLIII. 2053-2054).....135, 2ª

INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

— 160 —

El artículo 36 del estatuo penal vigente —en el fondo transcripción del artículo 20 del Proyecto Ferri de 1921—estableció como condiciones de fijación de la pena las siguientes: la gravedad y modalidades del delito, sus motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del agente.

En el Código de Ferri, ortodoxamente positivista, la sanción se aplica al delincuente de acuerdo con su peligrosidad, la cual se determina según la gravedad y modalidades del delito, sus motivos y la personalidad del infractor; en el colombiano, las circunstancias de peligrosidad concurren con los otros elementos a la individualización de la pena, o según la expresión positivista, a "la adaptación de la sanción represiva a la personalidad del delincuente por el delito por él cometido".

La gravedad del delito puede considerarse —según la clasificación de Ferri— en el doble aspecto, de su cantidad (relativa a la categoría, importancia o entidad del derecho o bien jurídico lesionado o destruído y a las circunstancias y modos de ejecución), y de su cualidad (relativa a los motivos determinantes del delito).

El criterio de indagación de los motivos determinantes está en la naturaleza de éstos, esto es, el de ser opuestos o no a las condiciones morales o jurídicas de la convivencia social, y comprobable según las circunstancias reales y personales anteriores al delito, su ejecución y la actitud o conducta del agente antes y después del delito. (Casación Penal. Febrero 27 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).....884, 1ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

— 161 —

Cuando la decisión penal puede influír en la civil este último juicio se debe suspender. (Negocios Generales. Febrero 19 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).....924, 2ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL (Momento en que debe suspenderse éste)

— 162 —

La doctrina de la Corte es la de que el juicio civil debe adelantarse hasta el momento del fallo, sin proferir éste mientras no se conozca el resultado de la acción penal. Y la razón en que se apoya esta doctrina es muy clara: el resultado de la acción penal puede tener influencia para el fallo, pero no la tiene para el procedimiento; éste será invariablemente el mismo, cualquiera que sea el pronunciamiento de la justicia penal. No habría pues razón alguna para que el proceso se detuviera en mitad de su trámite. (Negocios Generales. Auto. Febrero 27 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).....933, 1ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL (Requisitos para que se ordene la suspensión de éste)

— 163 —

La ley no requiere para que la suspensión proceda que el proceso esté en estado de

causa por el auto de proceder, ni siquiera que se haya decretado la detención contra el culpable o los culpables, pues lo que se busca es evitar el conflicto de jurisdicciones, esto es, que dos categorías de jueces puedan llegar a conclusiones opuestas sobre un mismo hecho, con desmedro de la autoridad, y alterando el orden que debe presidir el adelantamiento de los procesos. Lo que sí es necesario para que el juez en lo civil o el funcionario administrativo suspenda su actuación es que el fallo que corresponda dictar en lo penal pueda influír en la solución civil o administrativa. Desde luego, es obligatorio y no solamente potestativo para el juez civil suspender la actuación, en los casos del artículo 11 del C. de P. P., no sólo porque la acción penal es siempre pública y de elevado interés social que la hace prevalecer sobre acciones privadas, sino por aquel otro motivo de que en el adelantamiento de una y otras se guarde la debida prevalencia y orden. (Casación Penal. Auto. Febrero 4 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) .867, 2ª y 868- 1ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

— 164 —

Reiterada y constante ha sido la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que los preceptos consignados en los artículos 11 y 28 del Código de Procedimiento Penal exigen una decisión definitiva, por parte de los jueces del crimen, en el adelantamiento de las investigaciones tendientes a declarar responsabilidad por hechos dañosos, para poder después adentrarse, por parte de los jueces civiles, en un pronunciamiento que resuelva la acción relativa al resarcimiento de perjuicios. (Negocios Generales. Septiembre 22 de 1947. T. LXIII. 2053-2954) 261, 2ª

INSIDIA Y ALEVOSIA

— 165 —

La **insidia** es lo mismo que la asechanza, o sea, el engaño o artificio para hacer daño a otro; la **alevosía** es la cautela para cometer un delito contra las personas, sin riesgo para el victimario; y la **acechanza** es el acto de observar con cautela, o de mirar a escondidas y con cuidado. (Casación Penal. Noviembre 5 de 1947. T. XLIII. 2057-2058) .831, 1ª

INSPECCION OCULAR (Interpretación del artículo 730 del C. J.)

— 166 —

El juez a que se refiere el artículo 730 del Código Judicial es el que ha practicado el examen de las cosas, el que hace el reconocimiento por sí o por comisión para allegar tal prueba y mediante ella aportar al proceso un elemento que dé mayor convicción para el fallo definitivo.

Testigo de excepción es el juez en las inspecciones oculares. Por eso no debe limitarse a escuchar pasivamente lo que las partes digan, sino que debe dejar cuidadosa constancia de las cosas y los hechos examinados por él, consignando las observaciones conducentes. Ese examen, esas observaciones le servirán de fundamento para lo que debe decir en la sentencia. Sin la constancia del examen, sin la consignación de sus observaciones, no se puede decir que el juez haya podido formarse concepto exacto del estado actual de las cosas sometidas a su examen y reconocimiento. (Negocios Generales. Octubre 30 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 512, 2ª

INSPECCION OCULAR

— 167 —

La prueba de inspección ocular, cuyo objeto es el examen y reconocimiento que hace

el juez directamente, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate, tiene por fin, como lo dice el artículo 724 del C. J. y en mayor medida que los demás medios probatorios porque pone al sentenciador en contacto con la realidad objetiva del litigio, juzgar con más acierto. La importancia de este medio probatorio hace que pueda producirse en los juicios a solicitud oportuna de las partes, o de oficio para mejor proveer, y para garantizar su efectividad permite la ley al juez, contra la norma general que le prohibe investigar de oficio la comprobación de hechos, que durante la diligencia haga cualquiera investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos y ampliar oficiosamente los puntos sobre que deben dictaminar los peritos. (Artículo 728, C. J.). La ley, pues, en la reglamentación de esta prueba, describe para la actividad e iniciativa del juez una amplia órbita permitiéndole hacer averiguaciones oficiosas según su criterio, con la sola limitación de que versen sobre hechos relacionados con la controversia. (Casación Civil. Febrero 7 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) .....649, 1ª y 2ª

INTENDENCIAS Y COMISARIAS (Competencia de los Tribunales Superiores para conocer en primera instancia de los juicios en que son parte)

— 168 —

El artículo 1º de la ley 2ª de 1943 no deja ninguna duda sobre la manera y las ocasiones en que deben aplicarse a las Intendencias y Comisarías las leyes que se refieran a los Departamentos. Sólo en dos casos no son aplicables esas leyes: cuando se hace "exclusión manifiesta de las Intendencias y Comisarías" o cuando son "incompatibles con la naturaleza de éstas" y con su régimen especial. Si se tiene en cuenta la norma anterior no ve la Sala por qué han de aplicarse en los juicios en que son parte las Intendencias las reglas generales de competencias y procedimiento. No importa que no exista un precepto que señale expresamente una jurisdicción especial para estos casos. Basta aplicar la disposición que fija en los Tribunales Superiores el conocimiento en primera instancia de los juicios en que son parte los Departamentos y tener en cuenta que a las Intendencias y Comisarías "les son aplicables las leyes que se refieran a los Departamentos", con las dos excepciones anotadas.

En los asuntos en que son partes las Intendencias y Comisarías, éstas deben estar representadas por los Fiscales de los Tribunales Superiores cuando la actuación se verifica ante éstos. (Negocios Generales. Agosto 28 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) .249, 2ª

INTERPRETACION AUTENTICA DE LA LEY

— 169 —

Si la ley 68 de 1946 se limita sólo a interpretar la ley 28 de 1932, no es entonces retroactiva, porque conforme a los expresos ordenamientos de los artículos 58 del C. P. y M. y 14 del C. C., 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 ella.

La interpretación de una ley proviene a veces del Legislador, quien por medio de otra declara el sentido y alcance de la que se presenta oscura u origina en su aplicación discusiones y dudas. Tal interpretación se denomina auténtica o realizada "con autoridad", como lo expresa el artículo 25 del C. C. y es la que se lleva a cabo de una manera general y obliga a todas las personas y en todos los casos que están sujetos al imperio de la ley interpretaitva. La segunda clase de

interpretación la denomina el artículo 26 del C. C. "por vía de doctrina", y es la que realizan los jueces y demás funcionarios, al aplicar las leyes a los casos concretos, de modo semejante a como proceden los particulares al acomodar las normas legales a hechos e intereses propios. Pero, ora se hable de la auténtica o de la doctrinaria, es claro que el intérprete, cualquiera que sea, debe tener presentes las reglas de la hermenéutica y acomodarse a ellas, pues de otro modo, ya no se trataría de interpretar una norma legal sino de crear otra, o de la derogación o reforma de la existente. No puede argüírse que a este respecto la obra del Legislador no reconoce límites y que a él le es dado fijar el sentido y alcance que mejor le parezcan, pues entonces la nueva disposición no sería ya interpretativa sino verdaderamente constitutiva de derecho. De aquí que la Corte no acepte la tesis general del señor Procurador cuando asevera que la interpretación auténtica no es susceptible de esfuerzo hermenéutico alguno y que obliga necesariamente. Es obvio que la interpretación legislativa es obligatoria, pero si la ley que pretende ser interpretativa no lo es en realidad, porque es creación de una nueva norma, o bien reforma o deroga la interpretada, entonces ya no sería lógico considerarla como una mera interpretación y, en consecuencia, tenerla como incorporada en la otra o vigente desde la promulgación de esta última. En tales condiciones dicha ley no podría aplicarse a aquellas cuestiones que hayan tenido origen en el lapso de tiempo comprendido entre la promulgación de la una y la otra norma legal, porque así podría haber retroactividad, en contraposición a lo que previene el artículo 30 de la Constitución Nacional. (Sala Plena. Febrero 2 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).

604, 1ª y 2ª

INTERPRETACION AUTENTICA DE LEYES

— 170 —

Habiendo interpretado el legislador, con interpretación auténtica, la ley 28 de 1932 por medio del artículo 1º de la ley 68 de 23 de diciembre de 1946, no hay lugar ya a aplicar aquella ley, como lo dijo la Corte en sentencia del 29 de julio de 1947, publicada en la **Gaceta Judicial.**

Por medio de la interpretación auténtica, cuando el legislador estima conveniente explicar o interpretar una ley de un modo generalmente obligatorio, fija y declara su sentido por medio de otra, y por efecto de una ficción legal las dos forman un solo cuerpo para la decisión de las cuestiones que deben gobernarse por ellas y que no están amparadas por la cosa juzgada. Al decir imperativamente cómo debe entenderse y explicarse la ley interpretada, no dicta el legislador una disposición propiamente retroactiva, porque el influjo que de este modo se ejerce sobre el hecho o situaciones jurídicas anteriores a su vigencia es el mero efecto de la reiteración de un imperio legal ya existente al que sólo se señala su sentido y alcance. Dentro del fenómeno de la incorporación legal que se opera en la interpretación legislativa, es la antigua ley la que se aplica con la inteligencia que le impone la nueva. Para todos sus efectos legales la ley interpretativa se aplica desde la fecha de la interpretada. Lo cual se advierte para explicar la ocurrencia, a primera vista irregular, de que se acuse prósperamente en casación una sentencia por violación de ley en que no pudo incurrir el día en que fue pronunciada. (Casación Civil. Octubre 8 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) .....52, 2ª y 53, 1ª

IRA E INTENSO DOLOR (Requerimientos para que den lugar a atenuación de la pena)

— 171 —

En varias ocasiones ha repetido la Corte que la gravedad y la injusticia son requisitos esenciales para que la pena se atenúe por provocación, porque lo que excusa no es simplemente la ira o el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor. Si así no fuera, todo estado emocional o pasional habría de considerarse como índice de una personalidad poco peligrosa, aunque tuviera el origen más innoble y antisocial que pudiera imaginarse, lo cual es inadmisible. Además, ha agregado la Sala que un veredicto que no hable de esas calidades de la gravedad e injusticia de la provocación no puede autorizar la disminución de la pena de que habla el artículo 28 del Código Penal. Por mandato expreso de la ley, quien debe calificar los hechos es el tribunal popular y la sentencia tiene que acomodarse a su veredicto (artículo 480 C. de P. P.). Si el juez de derecho encuentra el fallo de los jueces de conciencia contrario a la evidencia de los hechos, puede así declararlo; pero en ningún caso puede completar el pensamiento del Jurado haciéndole decir lo que no dijo expresamente, porque una interpretación caprichosa basada en meras suposiciones o conjeturas no está autorizada por la ley; al contrario, debe considerarse prohibida, porque equivale a desconocer el veredicto. (Casación Penal. Julio 16 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).

405, 1ª y 2ª

— J —

JUBILACION

— 172 —

Ya dijo la Corte que no halla razón para que el beneficio que el artículo 75 de la ley 6ª de 1945 concede a los empleados y obreros nacionales pueda extenderse también a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional. También había dicho la Corte que se debe aplicar la ley vigente en el día de la presentación de la demanda por cuanto en ese día llena el interesado las exigencias previstas en la ley como suficientes para que el derecho se incorpore en el patrimonio del peticionario. (Negocios Generales. Octubre 30 de 1947. T. LXIII. 2055-2056)..505, 1ª y 2ª

JURADO (Soberanía del Jurado en la calificación de los hechos)

— 173 —

Es ineficaz la afirmación de que es errado considerar el homicidio como asesinato porque los indicios no alcanzan dicha categoría, sino la de simples indicios, como que basta con replicar que en los juicios en que interviene el Jurado, éste es el encargado de calificar los hechos sobre los cuales ha versado el debate y la sentencia tiene que fundarse en el veredicto (artículo 480 del C. de P. P.). Además, este argumento sería adecuado si se estuviera alegando la causal segunda, que bien se sabe que no es procedente en los juicios en que el Jurado interviene. (Casación Penal. Noviembre 5 de 1947. T. LXIII. 2057-2058).....831, 1ª

— L —

LEGALIDAD (En qué consiste el principio de la de los delitos y de las penas)

— 174 —

Los artículos 1º y 11 del Código Penal, consagran el principio de la legalidad de los delitos y de las penas —**nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege**— según el cual la ley es la única fuente del Derecho Penal, ora

en lo relativo a la creación del hecho como delito, ya también en cuanto a la pena; en otros términos, no se puede considerar como delito una acción sino cuando la ley la ha erigido como tal, y es objeto de sanción.

El principio de la legalidad de los delitos y de las penas, se estableció como una reacción al arbitrio judicial de los jueces contra los ciudadanos, arbitrio que los llevó hasta el extremo de aplicar sanciones mayores o menores a las señaladas por la disposición penal, y a interpretar la ley con un criterio analógico para deducir o crear delitos que previamente no habían sido previstos por las leyes sustantivas; para reprimir este abuso se consagró la garantía penal denominada "legalidad de los delitos y de las penas".

Estos postulados informan el contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional cuando dice que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias del juicio, de manera que; si el hecho atribuído al sindicado se halla erigido en delito por la ley penal, ese acto será materia de represión; pero si por olvido del legislador se omitió consagrarlo como delito, aunque el acto hiera los sentimientos de la sociedad no es motivo de sanción, pues no le es dado al juzgador dentro de la función de interpretar y aplicar la ley, crear delitos, ni sancionar hechos con disposiciones que propiamente no contemplan el hecho. (Casación Penal. Auto. Octubre 23 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 824, 1ª

LEGITIMA DEFENSA (Sus elementos. Cuándo puede alegarla el provocador.

— 175 —

Según nuestro Código un hecho de apariencia delictuosa por estar prohibido por la ley se justifica, si se ha realizado para tutelar la vida, el honor o los bienes, puestos en peligro por la violencia actual e injusta de otro, pero siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Muchas teorías se han formulado para darle fundamento a esta causa de justificación. Entre ellas destaca Cuello Calón, por su buen sentido, la de la Escuela Clásica, que encuentra su base en la necesidad: "Ante la imposibilidad momentánea en que el Estado se encuentra de evitar la agresión injusta y de proteger al injustamente atacado, es justo y lícito que éste se defienda. La defensa privada, según esta teoría, viene a ser un sustitutivo de la defensa pública cuando la necesidad lo exige". (Derecho Penal, 7ª edición, pág. 358). La Escuela Positiva coincide en este pensamiento diciendo que quien se defiende sustituye momentáneamente y coadyuva la potestad represiva del Estado "a causa de la necesidad del instante"; pero la apoya principalmente en los "motivos legítimos de conservación propia o ajena" frente al injusto agresor. (Ferri, Principios, pág. 437).

Bien conocidas son las condiciones de la legítima defensa, iguales en el fondo en los códigos, aunque unos las especifican o detallan más que otros: que haya una violencia o ataque para un derecho jurídicamente protegido; que esa violencia sea actual o inminente y, además, injusta y, en fin, que la defensa sea proporcionada a la agresión. La violencia, ataque o agresión debe ser actual, o sea, inminente, pues antes de aparecer no es necesaria y una vez que el peligro ha cesado resulta superflua. Ha de ser también injusta, pues no puede haber defensa legítima contra quien actúa en ejercicio de una facultad o en cumplimiento de un deber. Y tiene también que ser proporcionada la defensa ya que, según lo dicho, lo que la justifica es la necesidad de repeler la violencia o peligro, necesidad que no autoriza sino para ejecutar lo necesario y suficiente en

orden a conseguir ese resultado, pero nada más.

El provocador no puede alegar la legítima defensa, pues con su acto propio reprobable o antijurídico viene a ser el autor del daño que la reacción del provocado puede ocasionar. A no ser que éste reaccione en forma notoriamente desproporcionada, como en el ejemplo que trae Ferri del injuriado de palabra que resuelva matar al ofensor, caso en que no podría negarse a éste la facultad de repeler la reacción desmedida de que es objeto. Y en cuanto a la riña ha dicho la Corte que excluye la legítima defensa, pues la pelea o combate que significa, requiere en los contrincantes el propósito de emplear la violencia para lesionar al otro, mientras que la defensa, para ser legítima, de suyo tiene que excluír esa intención de ocasionar daño, ya que con ella sólo se pretende la tutela del derecho propio. Pero también cabe admitir la hipótesis de que uno de los empeñados en la lucha cambie sustancialmente sus condiciones, rompa la continuidad de los actos, como dice Carrara, pues entonces "puede subsistir la excusa del peligro sobreviniente". (Programa, vol. II, N° 297). (Casación Penal. Septiembre 5 de 1947. Tomo XLIII. 2055-2056).....442, 1ª y 2ª

LEGITIMACION EN LA CAUSA

— 176 —

En muchas ocasiones se ha referido la Sala a los llamados presupuestos procesales como a requisitos previos que deben llenarse cumplidamente en los juicios para poder obtener una sentencia de fondo, catalogando entre éstos el de la legitimación en la causa, que muchos autores consideran más bien como elemento estructural de la acción y que "se refiere a que la persona que la instaura sea la misma a quien la ley concede esa facultad, y la persona contra la cual se hace valer sea aquella que conforme a la ley es la responsable". Consiste esta legitimación en determinar si la acción se ha dirigido contra la persona frente a la cual dispone la ley que debe hacerse valer el derecho que se demanda, esto es, la declaración de la filiación natural en el caso de autos, que es el objetivo principal del juicio, ya que los demás pedimentos son consecuenciales y están subordinados a esta petición declarativa de estado civil. (Casación Penal. Septiembre 18 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).
27, 2ª

LEY (Sistema de la territorialidad de la)

— 177 —

El rigor del sistema de la territorialidad de la ley, establecido por el artículo 18 de nuestro Código Civil y después por el 57 del C. P. y M., se atempera por motivos de conveniencia, entre otros casos cuando se trata de contratos celebrados en el extranjero, pues el comercio internacional exige el amparo de la seguridad y rapidez de los cambios. Así, el artículo 20 del C. C., después de sujetar a la ley colombiana los bienes situados en el territorio nacional, dice que "esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño". Esto supone la admisión del principio de que la capacidad de las partes, los requisitos intrínsecos de los contratos, sus condiciones de formación y validez, se rigen por la ley extranjera, la del lugar de la celebración o perfeccionamiento del contrato (**lex loci contractus**). (Casación Civil. Septiembre 30 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....38, 1ª

LEY INTERPRETATIVA

— 178 —

No apareciendo una manifiesta oposición entre lo dispuesto por la ley interpretada y

la interpretativa, no es dado aseverar que la ley 68 acusada no es una interpretación auténtica, sino una derogación o modificación de las disposiciones de la ley 28 de 1932. De esto se infiere que los preceptos de la ley 68 deben considerarse incorporados a la ley 28 interpretada y vigentes desde que empezó a regir. Siendo ello así, no es posible jurídicamente hablar de retroactividad de la ley 68 en frente de derechos adquiridos al amparo de la ley 28. En consecuencia, la ley acusada no es inexequible. (Sala Plena. Febrero 2 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).

605, 2ª

LEY 6ª DE 1945. — ARTICULO 65. (Acusada por inconstitucionalidad)

— 179 —

Como la Corte Plena, después de detenido estudio, llegó a la conclusión de que el artículo acusado es violatorio del 108 de la Constitución Nacional, no hay necesidad de hacer un nuevo estudio sobre la materia, y así debe estarse a lo dispuesto en sentencia de fecha 3 de julio de 1947. (Sala Plena. Octubre 3 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).

314, 2ª

LEY 71 DE 1945. ARTICULO 7º (Apartes B y C y parágrafo). (Acusada por inconstitucional)

— 180 —

Está excusada la Sala Plena de examinar el contenido de los preceptos que fueron materia de la tacha de inconstitucionalidad, por cuanto desde el 13 de diciembre del año pasado empezó a regir la ley 95 de 1946, cuyo artículo 6ª reprodujo implícitamente aquellas disposiciones.

En casos análogos ha decidido la Corte abstenerse de resolver en el fondo por falta de materia, reservándose así el derecho de estatuír sobre la constitucionalidad de la ley nueva si contra sus provisiones se ejercita la acción prevista en el artículo 214 de la Carta. (Sala Plena. Octubre 16 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).....325, 1ª y 2ª

LOTERIA (Los billetes de las loterías oficiales son título ejecutivo)

— 181 —

Los billetes de loterías oficiales expedidos con control oficial y sorteados de la misma manera ante autoridades y funcionarios públicos son documentos públicos, lo mismo que las actas de sorteo producidas con el lleno de los requisitos correspondientes, porque reúnen las calidades que para tenerlos como tales exige la ley. Por eso puede afirmarse que un billete de lotería de esta clase, junto con el acta de sorteo en que aparece favorecido, reviste el carácter de título ejecutivo. (Negocios Generales. Auto. Julio 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....235, 2ª

— M —

MANDATO (Cuál es el lugar donde se entiende celebrado este contrato cuando tal cosa ocurre por correspondencia)

— 182 —

(Véase "Contratos por correspondencia" en el número 88 de este **Indice**).

MANDATO

— 183 —

Si el mandatario celebra un contrato en tal calidad, no contratando para sí sino para el mandante, son de éste los derechos y obligaciones respectivos. Si, por ejemplo, aquél,

en tal carácter, compra una casa para el mandante, éste es quien la adquiere y quien ha de pagarla; de suerte que si por faltar a esta obligación lo demanda el vendedor ya por el precio, ya para que resuelva la compraventa, la demanda tiene que dirigirla contra el mandante y éste por sí o por medio de apoderado afrontará el litigio. Si este abogado que recibe poder es la misma persona que como mandatario para el negocio lo celebró, de esta identidad de personas no podrá deducirse identidad entre sus dos mandatos. El judicial debe conferirse como manda el Código de este ramo en sus artículos 255 y 256. Y si se confiere por escritura pública ella puede contener las dos facultades en referencia, esto es, la de contratar y la de litigar. (Casación Civil. Febrero 17 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 679, 2ª

MEDIDAS DE SEGURIDAD (No pueden imponerse al procesado que en el momento de ser condenado se halle restablecido a la normalidad psíquica. — Es aplicable a estas medidas lo dispuesto por el artículo 96 del Código Penal)

— 184 —

Cuando en el artículo 96 del Código Penal se habla de penas, ello debe entenderse en forma concreta a una cualquiera de las que están definidas por la ley penal, como el presidio, la prisión o el arresto, si son corporales, o el confinamiento, la multa o la interdicción de derechos o funciones públicas cuando no entrañan separación o aislamiento de los demás asociados. No podría, por consiguiente, pensarse que por vía de extensión, cuando se habla tan expresamente de penas en el artículo 96, pudiera abarcarse a la vez esa otra forma de sanción legal que está constituída por las medidas de seguridad. Pero puede suceder, a la vez, que al momento de ejecutarse la medida de seguridad se halle el reo restablecido a la normalidad porque su estado de insania fue pasajero y se manifestó precisamente en el momento de comisión del hecho ilícito. Resultaría inaceptable, no sólo desde el punto de vista teórico sino también práctico, imponer la medida de seguridad — manicomio criminal — a un sujeto que ya no es anormal y a quien se causaría un grave perjuicio sometiéndole al régimen privativamente especial y científico adecuado para los enajenados de la mente, cuando el mínimo de la sanción impuesta se ha cumplido ya en detención preventiva, no en un manicomio ni en una colonia agrícola especial, sino en una cárcel común de detención, sin detrimento alguno ni para la justicia ni para el propio reo por haberse reintegrado éste a la normalidad psíquica. En otras palabras, si por la latitud del proceso penal no es posible aplicar ni la medida de seguridad, cuando se trata de anormales, ni la pena, cuando se trata de normales, porque una y otra han sido cumplidas en el término de la detención preventiva, la solución debe ajustarse a los principios que rigen la cuestión.

Armonizando los artículos 96, 98 y 99 del C. P. resulta posible conferir al condenado a cumplir una medida de seguridad el beneficio de que se le descuente como parte cumplida de la misma el tiempo que haya permanecido en detención preventiva. (Casación Penal. Mayo 28 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) .....196, 1ª y 2ª

MEJORAS

— 185 —

La acepción más corriente de mejora es la que la toma como aquello que "se ha obrado en algún edificio o heredad para ponerlo en mejor estado". Hay tres especies de mejoras: las necesarias, las útiles y las voluptuarias. Las necesarias son las que se hacen

en la cosa para impedir su pérdida o deterioro, como las reparaciones realizadas en un edificio que amenaza ruina y la calzada que se hace en una heredad para preservarla de la rapidez de un torrente. Mejoras útiles son las que, aun cuando no sirven para conservar la cosa, aumentan sin embargo su valor o renta; como el plantío de árboles frutales, la construcción de hornos, trapiches, garages, caballerizas, acueductos, etc. Mejoras voluptuarias son las que ni contribuyen a la conservación de la cosa, ni aumentan su valor o renta, sino que sólo sirven de adorno, lucimiento o recreo, como las pinturas, las fuentes ornamentales u otros trabajos decorativos semejantes. Nuestro Código no habla de mejoras necesarias, sino de "reparaciones indispensables", no locativas, que el arrendatario se viere precisado a efectuar en la cosa arrendada y dispone que el arrendador está obligado a reembolsarle el costo de tales reparaciones, siempre que el arrendatario no las haya hecho necesarias por su culpa y que haya dado noticia al arrendador para que las haga por su cuenta. (Artículo 1993, C. C.). Las obras a que tal disposición se refiere son las meras conservativas de la cosa y en desarrollo del principio de que el arrendador debe garantizar al arrendatario el uso y goce del bien arrendado. (Artículo 1982). Pero algo muy distinto es el trabajo que se realiza en una heredad no ya para conservarla, sino para ponerla en mejor estado. Las obras de esta naturaleza son las reconocidas por nuestro Código en su art. 1994 como mejoras útiles, que aumentan el valor de la cosa y su renta. (Casación Civil. Noviembre 17 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 617, 1ª

— N —

NULIDAD (por incompetencia de jurisdicción)

— 187 —

El hecho de que la investigación la haya iniciado un funcionario público de otra jurisdicción no implica que lo actuado por él carezca de validez. Es una simple información que es preferible ratificar siempre que sea posible o fácil por el funcionario competente, pero que no carga con más consecuencias que las naturales relativas a los defectos que pueda tener. Los artículos 57, 69, 70 y 71 del Código de Procedimiento Penal y 4º de la ley 3ª de 1945 están indicando que en relación con las medidas que los funcionarios están en el deber de tomar cuando tengan noticiá de la comisión de un delito, medidas cuyo conjunto es lo que compone el sumario, en materia penal las exigencias legales no pueden ir precisamente contra lo que en su espíritu predomina, que es la defensa social. Otro es el resultado cuando en la función concreta de administrar justicia el empleado invade una órbita que no le corresponde, pues el conocimiento de un determinado asunto está señalado por la ley, o por una Resolución Ejecutiva con concepto favorable de la Corte, en los casos en que sea conveniente cambiar la radicación natural de un proceso.

Para que pueda prosperar un cargo de nulidad por incompetencia de jurisdicción, es preciso demostrar que un juez de la República decidió una controversia o conoció de un proceso atribuído expresamente a otro. (Casación Penal. Julio 7 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 402, 2ª

NULIDAD (Qué personas deben intervenir en el juicio de la de un contrato)

— 188 —

Persiguiendo la acción personal de nulidad destruír el vínculo contractual formado entre los contratantes, debe ventilarse con las personas que concurrieron a la formación del vínculo según el principio de que en derecho las cosas se deshacen generalmente

como se hacen, y porque naciendo de la declaración de nulidad, por efecto retroactivo que le corresponde, obligaciones entre los contratantes, desatar una controversia sin audiencia de éstos equivaldría a condenarlos sin ser oídos ni vencidos en juicio. La nulidad es una sanción civil impuesta por la ley a quienes no se sujetan a sus mandatos o burlan sus prohibiciones, que no puede producirse sino como consecuencia de los hechos taxativamente determinados por la ley como causas del fenómeno jurídico, entre las cuales no figura la venta de cosa ajena. (Casación Civil. Noviembre 18 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 122, 1ª

NULIDAD (Cuándo la constituye el error en el nombre de la víctima)

— 189 —

Cuando la ley se refiere al error en el nombre de la víctima como causal de nulidad, lo hace con el objeto de proteger las bases necesarias para el correcto procedimiento en la configuración jurídica de la sentencia como la certeza de identidad en los sujetos activo y pasivo del delito. Cuandoquiera que haya una sombra de duda en estos dos términos, la nulidad se hace indubitable, puesto que se levanta sobre bases deleznables la arquitectura inculpativa del proceso penal. La nulidad estatuída por la ley tiene dos fases: una adjetiva o formal y otra sustantiva o esencial. La fase formal se refiere a la simple diferencia gramatical de sílabas o palabras en el nombre o apelativos determinantes del sujeto. Esta discrepancia no puede ser causal de ningún tropiezo procedimental puesto que encarnará no sólo una irregularidad de carácter meramente adjetivo, la cual no sólo puede traerse al proceso sino cometerse dentro del mismo por equivocaciones fáciles que pueden referirse hasta a simples errores en la escritura a mano o en máquina. Pero, en cambio, cuando esa discrepancia de nombres contiene un error que presente dudosa e incierta la identidad del sujeto en unión de otros indicios puntualizadores de la equivocación, entonces ya no se tratará de un error formal sino de una equivocación sustancial que desintegra la ecuación identificativa sobre la cual se basa la acción incriminadora del proceso penal. (Casación Penal. Febrero 17 de 1947. Tomo LXIII. 2053-2054) .....124, 2ª y 125, 1ª

NULIDADES

— 190 —

La omisión de firmas en la notificación sobre designación de un jurado y la falta de constancia escrita sobre traslado del expediente al mismo, si bien es verdad que constituyen irregularidades de forma no implican pretermisión de formalidades sustanciales en el procedimiento capaces de constituír nulidad procedimental. Si la falta de notificación del auto de proceder y la del que señala día y hora para el sorteo de jurados, constituyen nulidades relativas, subsanables por el transcurso del tiempo, o por notificaciones de autos posteriores al que entraña la nulidad, con mayor razón se puede decir, que la falta de notificación del nombramiento o designación de un jurado queda subsanada por la intervención de éste en la celebración de la audiencia pública. (Casación Penal. Marzo 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 138, 1ª

NULIDADES

— 191 —

La Corte ha decidido en repetidas ocasiones que las nulidades que atenten contra el lleno de las formalidades que se imponen a la presentación del plenario ante el Jurado

deben alegarse dentro del juicio. (Casación Penal. Agosto 27 de 1947. L. XLIII. 2055-2056) 433, 1ª

NULIDADES (Por error relativo a la denominación jurídica del delito, etc.)

— 192 —

El omitir las especificaciones de que habla el ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P. en la parte resolutiva del auto de proceder no significa que se haya incurrido en error sobre algunas de ellas porque la omisión consiste en dejar de hacer o de expresar algo necesario o conveniente, mientras que el error es la falta de consonancia entre los conceptos y la realidad, o dicho en otros términos, en tomar una cosa por otra. De otro lado, el artículo 431 del C. de P. P. no exige que en la parte resolutiva del auto de proceder se expresen circunstancias que sirvan para precisar el hecho con todos sus detalles de lugar, tiempo y modo; ni las personas con todas sus determinaciones de nombre, edad, ocupación, sexo, domicilio, etc.; ni mucho menos las que sirvan para fijar la especie a que pertenezca el delito. Todas esas circunstancias deben expresarse en la parte motiva, pues la resolutiva, que no es sino la "conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva", como dice el artículo 431, no debe contener sino el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, determinado con la denominación que le dé el Código Penal, y nada más. (Casación Penal. Septiembre 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 453, 1ª y 454, 2ª

NULIDADES (Por falta de asistencia del procesado menor de edad)

— 193 —

La falta de asistencia al procesado menor se ha tenido por grave, por nulidad sustancial o esencial, aunque no esté contemplada en los artículos 198 y 199 del C. de P. P. (Casación Penal. Febrero 11 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 878, 1ª

NULIDADES

— 194 —

La omisión del Juzgado al no formular en el respectivo cuestionario, la pregunta relativa a la riña imprevista, no es hecho constitutivo de nulidad constitucional, porque las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, si bien es verdad que deben ser resueltas por el Jurado, su declaración sólo es obligatoria para el **Juri**, cuando previamente se reconocen, bien sea en el respectivo auto de proceder o en el curso del juicio en virtud de pruebas aducidas legalmente. No hay lugar a reconocer la existencia de la nulidad prevista en el artículo 26 de la Carta, cuando se omite proponer a la consideración de los jueces de conciencia una circunstancia modificadora de la responsabilidad, que no está probada ni reconocida en el proceso; para que exista esta nulidad, y para que prospere en casación, no basta alegarla sino que es indispensable demostrarla. (Casación Penal. Abril 18 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 159, 2ª

NULIDADES

— 195 —

No es causal de nulidad el hecho de que uno de los Magistrados que integran la Sala de Decisión dicte los autos de sustanciación y otro redacte el proyecto de fallo que deben adoptarse por mayoría de votos. El reparto y adjudicación de negocios a cada uno de los magistrados que componen la Sala, se realiza para facilitar una labor de trabajo en relación con los procesos que deben fallarse, y cuando por olvido o inadvertencia

se pasa el negocio a un magistrado distinto de aquel a quien se adjudicó, éste tiene facultad para dictar los autos de sustanciación que preceden al fallo y aun redactar el proyecto, sin que por este motivo, esa actuación quede viciada de nulidad, porque la jurisdicción y competencia, no la confiere la ley en favor del magistrado a quien se adjudica el negocio—como lo insinúa el recurrente—sino a la Sala Penal en la Corte y a la Sala de Decisión en el Tribunal, entidades que en definitiva pronuncian el corespondiente fallo. (Casación Penal. Marzo 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....139, 1ª

NULIDADES (**No constituye nulidad el reemplazo de un jurado que no tiene las condiciones legales**)

— 196 —

La circunstancia de reemplazar a un jurado que no tiene las condiciones requeridas por la ley para desempeñar el cargo, no es motivo de nulidad. Si el ciudadano a quien por suerte le ha correspondido intervenir en un proceso, al notificársele de dicha designación, manifiesta que **no sabe leer ni escribir**, y constatada esa realidad por el Secretario del Juzgado, se adquiere el convencimiento de que es persona "ignorante", el Juez, basado en este informe, puede reemplazarlo y su acto no vicia de nulidad el proceso, sino que se atempera a los términos exactos de la ley. (Casación Penal. Marzo 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....137, 2ª y 138, 1ª

NULIDADES (**Cuál es la equivocación de que habla el numeral 5º del artículo 199 del C. de P. P.**)

— 197 —

La equivocación de que habla la ley no es el simple error gramatical o mecanográfico que con frecuencia se comete en el acta de sorteo, sino el hecho de no poder determinar, precisar y fijar en un momento dado el nombre de la persona que debe intervenir como jurado; es decir, que por la naturaleza del mismo acto equivocado, la mente humana en la formación del respectivo juicio se halla en duda para determinar la persona verdaderamente elegida; en otros términos, que la equivocación dé lugar a que se tome un nombre en vez de otro o que el mismo acto inicial dé lugar a interpretar la elección de un jurado en dos sentidos diferentes en tal forma que se llegue a la conclusión de dos juicios distintos. En estos casos, la nulidad debe declararse, pero no puede reconocerse, cuando se trata de una equivocación aparente o de forma y no sustancial.

La nulidad desde el punto de vista del simple enunciado debería ser declarada al tenor de lo dispuesto por el artículo 199, numeral 5° del Código de Procedimiento Penal, pero la consideración abstracta del problema de la nulidad pierde todo su valor cuando se lo analiza y compara con la realidad objetiva de los hechos consignados en la respectiva diligencia; en estas condiciones, como se acaba de ver, no existe para el juzgador ninguna equivocación, de tal naturaleza que no pueda saberse cuáles eran las personas designadas que realmente debían formar el jurado. (Casación Penal. Diciembre 15 de 1947. T. LXIII. 2057-2058).....855, 1ª

NULIDADES

— 198 —

El auto que dicta el Tribunal en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 541 del C. de P. P. no tiene por objeto inquirir el pensamiento de las partes para que manifiesten si tienen o no pruebas qué aducir, como sí lo tiene el auto que se pronuncia en virtud del artículo 444 en el cual la voluntad

del legislador se expresa en forma concreta: al decir, que ese auto se dicta para que "las partes manifiesten si tienen o no pruebas qué aducir en el juicio". Como la ley no expresa en forma concreta el alcance o finalidad de dicho auto, la Corte no puede suplir o completar el texto del artículo agregándole la expresión que de manera expresa omitió el legislador.

Si la ley dijera que el auto del artículo 541 del C. de P. P. es para que las **partes manifiesten si tienen o no pruebas qué aducir,** naturalmente que esta providencia participaría de los mismos caracteres de aquella a que hace referencia el artículo 444 ibídem, y entonces sí, la notificación **que no se haga en debida forma,** estaría erigida en causal de nulidad por mandato del artículo 198, numeral 4º de la ley procedimental, pero como la ley guardó silencio sobre este particular, no se puede por vía interpretativa completar o suplir el pensamiento del legislador con esa expresión para deducir en esa forma una nulidad que no existe. (Casación Penal. Noviembre 22 de 1947. T. LXIII. 2057-2058).

841, 1ª y 2ª

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL
(Tiempo para alegarlas)

— 199 —

Las nulidades, conforme al Código de Procedimiento, pueden alegarse en cualquier estado del proceso y dictada la sentencia de segunda instancia no pueden alegarse sino en el recurso de casación. Lo que es nulo no puede producir ningún efecto y por eso, en tratándose de nulidades esenciales ó sustanciales, es natural que puedan alegarse en cualquier tiempo; pero natural es también que defectos de forma no muy importantes tengan su tiempo de reparación, dentro del cual han de subsanarse, y a ellas se refiere el artículo 200 del Código de Procedimiento al decir que las nulidades pueden alegarse en cualquier tiempo y aun en casación, "salvo disposición legal en contrario". (Casación Penal. Febrero 11 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 877, 2ª

NULIDADES DEL PROCESO PENAL
(Por indebida notificación del auto que ordena traslado a las partes para que manifiesten si tienen pruebas qué pedir)

— 200 —

La nulidad del artículo 198, numeral 4º del C. de P. P., incide directamente en la actuación de la primera instancia del juicio, no en la segunda, pues es en la primera etapa del proceso en donde es imperiosa la exigencia de la notificación personal para que el interesado pueda aducir los elementos de prueba tendientes a desvirtuar los cargos que se le hicieron en el auto de llamamiento a juicio. Pero cuando el procesado tiene conocimiento no sólo del auto de proceder sino que ha intervenido en el curso de la causa, allegando pruebas pertinentes a su defensa, la falta de notificación, en la segunda instancia, del auto por el cual se ordena poner en conocimiento de las partes el negocio para que manifiesten si tienen pruebas qué aducir, no es motivo de nulidad, porque en el artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, el legislador suprimió implícitamente esta causal de nulidad, o sea la última parte del artículo 444 que es la que la consagra cuando dice: "para que manifiesten si tienen o no pruebas qué pedir".

El numeral 4º del artículo 198 del C. de P. P. erige como causal de nulidad el hecho de "no haberse notificado en debida forma el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen o no hechos qué probar en el juicio" y el artículo 444 correspondiente al Título II que trata de la **primera instancia** en el Capítulo I al

hablar sobre el término de prueba dispone que devuelto el expediente por el Agente del Ministerio Público, se ordenará ponerlo a disposición de las partes por un término no mayor de diez días "para que manifiesten si tienen o no pruebas qué pedir".

La relación armónica de estas disposiciones demuestra claramente que la nulidad por falta de notificación sólo se produce cuando se quebranta o se omite alguna de las formalidades determinadas en estas normas que regulan la tramitación de los procesos en **la primera instancia del juicio**, pero la pretermisión de la notificación personal, del auto que dicta el Tribunal en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 541 del C. de P. P. no la considera la ley como nulidad, ya que este precepto rige la actuación del juicio en la **segunda instancia** y no vincula estrictamente la tramitación del proceso al contenido del numeral 4º del artículo 198 de la obra citada. En este caso, la falta de notificación personal al procesado detenido (art. 171) de la providencia que dicta el Tribunal con sujeción al artículo 541, puede constituír una irregularidad procedimental, pero no un motivo de nulidad que afecte las formas sustanciales del proceso. (Casación Penal. Agosto 19 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) . . . 788, 1ª y 2ª

— O —

OBLIGACIONES CIVILES

— 201 —

Las obligaciones civiles se contraen en moneda corriente, y de este modo, aunque ellas sean a un plazo largo, en nada influyen o pueden influír los posibles cambios que durante ese plazo tenga el poder adquisitivo de la moneda para que se 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. (Negocios Generales. Auto. Febrero 2 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 917, 2ª

— P —

PARENTESCO (Como circunstancias de mayor peligrosidad)

— 202 —

El parentesco de que habla la ley penal para computarlo como circunstancia de mayor peligrosidad no es el parentesco espiritual o eclesiástico, sino el parentesco de consanguinidad legítimo o ilegítimo, o de afinidad legítima o ilegítima o el parentesco civil que resulta de la adopción. Los vínculos de sangre que pueden existir entre el delincuente y el ofendido, las consideraciones especiales que esas relaciones imponen, el respeto de esos lazos familiares, y los sentimientos afectivos que nacen en virtud de ese parentesco, es lo que la ley tiene en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad.

El simple parentesco espiritual derivado de los sacramentes, si bien es verdad que en ciertos casos crea determinadas obligaciones, en la generalidad de ellos no produce relaciones de afecto, de obediencia o respeto tan fuertes y duraderas para que el legislador las tuviera en cuenta como circunstancias de mayor peligrosidad. Cuando los vínculos de sangre se vulneran por la persona ligada a ellos mediante lazos afectivos, permanentes y sentimentales, el quebrantamiento de esos deberes morales y sociales es demostrativo de peligrosidad.

El reconocimiento que del parentesco espiritual haga el agente activo del delito no es motivo suficiente para agravar la pena, cuando por otra parte, en el proceso no existe prueba suficiente que lleve al ánimo del

juzgador la convicción de que por causa de ese parentesco espiritual surgieron o se crearon relaciones sociales o deberes especiales de aquellos que la ley tiene en cuenta para computarlo como circunstancia de mayor peligrosidad.

Pero si la manifestación que hace el delincuente se respalda en elementos probatorios que demuestren que por virtud de ese parentesco surgieron deberes especiales y relaciones sociales que traen por consecuencia natural un trato íntimo, confidencial, de respeto y cariño, hasta el punto de que los demás los consideran como miembros de una misma familia, la violación de esos sentimientos y el quebrantamiento de esas relaciones afectivas es lo que la ley considera como circunstancia de mayor peligrosidad. (Casación Penal. Julio 22 de 1947. T. LXIII. 2057-2058).....781, 1ª y 2ª

PARTE CIVIL EN EL PROCESO PENAL

— 203 —

Desde el momento en que el interesado en la indemnización de perjuicios civiles confiere poder para reclamarlos, cuando el poder es aceptado y se presenta a la respectiva autoridad para su reconocimiento, y éste se lleva a efecto, por medio de una providencia, en que se hace la declaratoria o reconocimiento de la personería, se fija la situación jurídica de la parte civil, en relación con las consecuencias del proceso. El vínculo de parte civil en relación con las personas que intervienen en el proceso penal, no nace de la actuación cumplida con posterioridad al reconocimiento del poder, esa personería surge desde el momento en que el Juez hace el reconocimiento de la parte civil aunque ésta no actúe u olvide su mandato, porque la circunstancia de que el mandatario no haga uso de las atribuciones conferidas en el poder, no le quita el carácter de parte civil que le asigna la ley.

El Juzgado reconoció al doctor Ramón Gómez Naar como apoderado de la parte civil y en el respectivo poder se encuentra la aceptación del mandato; si bien es verdad que no hay constancia de que el apoderado se hubiera posesionado del cargo —de parte civil— también es evidente que para el ejercicio del poder no es necesaria la posesión del abogado de la parte civil; esa posesión al tenor de los artículos 107 y 108 y pertinentes del Código de Procedimiento Penal, es necesaria e indispensable, cuando se trata del apoderado que se constituye o puede constituír en el sumario, y para el defensor que se constituye o puede nombrarse de oficio en el curso del juicio o causa, pero la ley no exige la posesión del apoderado para el ejercicio de la acción civil, pues, este mandato se rige por las disposiciones del C. J. y en esta institución procesal a ningún apoderado se le exige la correspondiente posesión para desempeñar o ejercer el poder. (Casación Penal. Auto. Mayo 6 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....167, 2ª y 168, 1ª

PARTICION

— 204 —

Presentado por el partidor su trabajo al juez, pueden ocurrir según la ley tres casos: a) Que en la partición misma o en memorial separado los interesados con capacidad suficiente pidan que se apruebe de plano, evento en el cual el juez provee de conformidad y dicta la sentencia aprobatoria al tenor del artículo 967 del C. J. Termina entonces el juicio ante el juez **a quo** por voluntad expresa de las partes, porque la sentencia definitiva aprobatoria queda firme y no siendo siquiera susceptible de segunda instancia, menos podrá pensarse en recurso extraordinario de casación contra ella. b) Si no se hace la petición unánime de aprobación, porque falta totalmente o sólo se hace par-

cialmente para algunos de los interesados, se da traslado a éstos por un lapso prudencial que no pase de diez días. Corrido legalmente el traslado, pueden ocurrir dos casos: 1º Ninguno de los interesados formula objeción a la partición. El juez debe entonces dictar la sentencia aprobatoria como en el primer caso, y la situación jurídica de ese fallo respecto de la casación es la misma, porque la ley presume que los interesados se conformaron con la partición, ya que habiendo tenido oportunidad para formularle reparos y objeciones no lo hicieron; 2º Si alguno o algunos de los interesados, dentro del término del traslado, objeta el trabajo, se sustancia el punto como una articulación, dentro de la cual corresponde probar los fundamentos de la oposición al objetante. La decisión del incidente, sea o no favorable a las pretensiones del interesado objetante, es apelable, y cuando la segunda instancia corresponde a un Tribunal Superior de Distrito Judicial, la sentencia con que termina, si es aprobatoria de la partición y por la cual procede, puede ser acusada en casación ante la Corte. Si el Tribunal no aprueba la partición porque halla fundada alguna o algunas de las objeciones propuestas, el trabajo vuelve al partidor para que rehaga la partición, la cual, una vez reformada, no se da en nuevo traslado ni puede ser nuevamente objetada, y si se conforma al auto què ordenó rehacerla, debe ser aprobada.

En los casos preindicados se profiere sentencia definitiva, que finaliza el juicio sucesorio y que tiene por objeto aprobar la partición si no ha sido objetada en la oportunidad legal, o cuando habiéndolo sido, las objeciones se declaran infundadas en el estudio probatorio que de ellas se hace en la articulación correspondiente. Pero de estas sentencias, como se ha visto, solamente las últimas, esto es, las que han llegado a proferirse a través del incidente de objeciones, son las únicas que pueden tener acceso al recurso extraordinario de casación. El procedimiento del juicio de sucesión es la vía conducente para producir la partición, que es el acto jurídico que tiene sustantividad porque fija y determina con efectos retroactivos el derecho de propiedad que corresponde a los asignatarios dentro de la comunidad hereditaria, sobre las bases preestablecidas en el juicio, que son la pauta obligatoria para el partidor y dentro de las normas generales de equidad y equivalencia que establece el código para la liquidación y distribución de los efectos de la herencia.

La ley procedimental ofrece a los partícipes, dentro del juicio, la oportunidad y manera de fiscalizar y controlar la legalidad de las adjudicaciones en la partición en cuanto determina obligatoriamente la forma en que queda dividido el acervo hereditario, con el trámite procesal del traslado. Si no se usa la facultad de objetar la cuenta de partición, se cierra, dentro del juicio, la posibilidad de modificar la partición y el juez está obligado a aprobarla en sentencia definitiva que no puede llegar en casación a la Corte, porque siendo éste un recurso extraordinario, su propia naturaleza exige que se hayan agotado previamente los medios ordinarios que ofrecen las instancias, y porque la falta de objeción y reparo implica la aceptación del acto. Dentro del juicio de sucesión no tiene la Corte más vía de acceso al estudio de las cuestiones relativas a la distribución de los bienes de una herencia que la articulación de las objeciones oportunamente propuestas ante el juez. Y la facultad oficiosa judicial para aprobar o improbar una partición, al margen del incidente legal de objeciones, sólo es procedente y aceptable cuando en la partición están interesados menores, pero en manera alguna cuando los coasignatarios, por ser personas completamente capaces, pueden acordar aunánime y legítimamente lo que quieran al margen de las reglas legales sobre partición de la herencia.

En numerosas sentencias ha sostenido la Sala la doctrina de que el recurso de casación no es de oportunidad procesal ni medio adecuado para atacar la legalidad de una sentencia aprobatoria de una partición sucesoral con base en objeciones no formuladas dentro del término legal del traslado que establece el artículo 964 del C. J., o distintas de las que los interesados opusieron efectivamente en esa única oportunidad del proceso. Las particiones entre interesados capaces, no objetadas en tiempo, tienen que ser aprobadas, y las cuestiones que puedan afectar su validez, sujetas por este aspecto a las leyes que gobiernan los contratos, como la falta de consentimiento en alguno de los partícipes o la impugnación del estado civil que se le reconoció al declararlo heredero, son cosas para debatir por la vía amplia y contradictoria del juicio ordinario. (Casación Civil. Febrero 13 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) ..... 676, 1ª y 2ª

PENA (Individualización de la)

— 205 —

Puede decirse —afirma Carnelutti— que el derecho penal, como política o como ciencia, está sobre todo dominado por la dificultad de este problema: el eterno contraste entre la individualización y la desindividualización de la pena. Y a la aplicación adecuada de ésta convergen todas las escuelas desde sus diversos puntos de vista, pero todos miramos a que sea justa o proporcional, concepto este último demasiado relativo, porque bien puede referirse a la gravedad del delito (escuela clásica), o al deber violado (teoría de Rossi), o a la **spinta** criminosa (teoría de Romagnossi), o a la **temibilidad** del delincuente (teoría de Garófalo).

Fue este autor (Garófalo) quien hizo el primer ensayo de un Código Penal positivista, aun cuando en realidad, en el siglo XX el primer Código oficial de estas tendencias que se expidió fue el noruego de 1902, que traía como una novedad para el ambiente de estudio del medio europeo, la aplicación en ciertos casos de la sentencia indeterminada.

Pero la temibilidad no es otra cosa que la consecuencia de la peligrosidad, y en ello consistió la crítica que se hizo a la teoría de Garófalo. Porque una persona es temible en cuanto es peligrosa; no es peligrosa porque sea temible, ya que, según el ejemplo que presentà Rocco, citado por el tratadista Eugenio Gómez, se puede temer a quien no es capaz de dañar y se puede ser capaz de dañar sin ser temido. Es decir, que la peligrosidad, como hecho que da lugar a la individualización de la sanción criminal, debe ser objetivá y no potencial, concreta y no abstracta, actual y no futura.

Si el delito no es más que la acción de un hombre y por eso constituye la expresión psíquica de la personalidad del delincuente, resumen de ella y casi su símbolo vivo, hasta el punto de que interesa no sólo la actividad consciente sino también la actividad inconsciente de quien lo realiza, no es posible —dice Ferri — que la justicia penal se ocupe del delito considerando al delincuente como un hombre al que el Juez debe aplicar un artículo del Código Penal y a quien el ejecutor de la condena le señala el número de una matrícula carcelaria.

El delito debe considerarse **a parte subjecti,** o sea, fijando la atención en el hombre que la comete. Y a la conclusión judicial debe preceder un detenido estudio de la prueba psicológica, que es el cuarto presupuesto de todo juicio penal, para que no haga más carrera la diatriba de que la jurisprudencia y la aritmética penológica convierten al Juez en un burócrata, destruyen su conciencia técnica y reemplazan la balanza de la justicia, que es el símbolo de la distribución, por una cómoda regla de cálculo. (Casación Penal. Octubre 3 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 808, 2ª y 809, 1ª

PERITAZGO

— 206 —

Invariablemente se ha sostenido que la calificación de las calidades de "explicado y debidamente fundamentado" que debe tener el dictamen sobre avalúo para reconocérsele su mérito probatorio, corresponde ilbremente al juez que estudia la prueba para pronunciar su sentencia, y que la Corte, como Tribunal de Casación, no puede desconocerla para variar su capacidad demostrativa sino en cuanto se demuestre que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca manifiesto en los autos. (Casación Civil. Febrero 20 de 1948. Tomo LXIII. 2057-2058).....707, 1ª

PERJUICIOS

— 207 —

1. — Al determinar la responsabilidad y cuantía del resarcimiento del daño por el acto ilícito es necesario, en cada caso, establecer también la actitud del perjudicado en presencia de los hechos.

2.—El artículo 2357 del Código Civil deja al criterio del Juez la reducción en la apreciación de los perjuicios cuando existe imprudencia, descuido, etc., de parte del lesionado. (Casación Civil. Febrero 24 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).....724, 1ª y 725, 1ª

PERJUICIOS (Prueba de)

— 208 —

Por regla general el perjuicio no se presume; de manera que cuando la ley establece la obligación de indemnizarlo, no por ello exonera del deber de comprobarlo a quien pide que se le resarza afirmando haberlo sufrido. Y así sucede, por ejemplo, que partiendo del concepto de que el dinero fructifica de suyo, el derecho a sus intereses nace de la mora en devolverlo; pero, por lo mismo que no hay aquella presunción de perjuicios, el legislador estimó necesario advertir expresamente en el artículo 1617 del C. C. que el acreedor no tiene que justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, porque basta el hecho del retardo. Y análogamente en las obligaciones con cláusula penal, en las que se estima que la pena es reconocimiento y avalúo antelados de los perjuicios, se atiende a que cuando se pacta es para cumplir y, así, el artículo 1559 **ibídem** previene que es exigible en todos los casos en que se hubiere estipulado; pero, corroborando lo antedicho sobre que los perjuicios por regla general no se presumen, alvierte que esa exigencia es procedente aunque el deudor alegue "que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio". (Casación Civil. Febrero 13 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).....671, 2ª

PERJUICIOS (Responsabilidad del Estado por los causados por sus agentes)

— 209 —

Es indubitable que las entidades de derecho público son responsables civilmente por los perjuicios producidos por sus funcionarios o dependientes y, consecuencialmente, el Estado, ora proceda como ente político o civil, debe someterse al derecho. El Código Civil ha consagrado en el artículo 2341 una obligación general de indemnización, con respecto a todas las personas, ora sean físicas o morales, lo cual no es sino una natural derivación del precepto que dice: **Neminem laedere.** Y el 2347 de la misma obra pregona que tal responsabilidad se extiende a todos aquellos que se hallen en relación de dependencia, de donde es fácil deducir, como lo establece la jurisprudencia, que allí que-

de comprendido el Estado, de tal suerte que éste es responsable cuando sus agentes o subordinados obran en una forma en que no hubiera procedido un particular diligente y colocado en idénticas o similares circunstancias. La antigua jurisprudencia excluía de la responsabilidad ciertos actos de la Administración, ejercidos en función de la potestad pública y que los expositores denominaban actos **iure imperii.** Sin embargo, después esta misma Sala de la Corte desestimó tal teoría al deducir responsabilidad al Estado por actos irregulares de sus dependientes en el desempeño de funciones de esa naturaleza, como se vislumbra en varios pronunciamientos, entre los cuales se cita el siguiente: en una diligencia judicial se le escapó a un agente un tiro de fusil, con lo cual fue herido un ciudadano. Dijo en esa vez la Sala: "Si acaso hubo del lado del agente alguna extralimitación acerca del sitio mismo en donde debía prestar sus servicios, se trataría entonces de una falta de su parte que en manera alguna habría de eliminar la que podría corresponderle por haber dado muerte a N., al presentarse en ejercicio de sus funciones, en diligencia oficial presidida por el Alcalde y en territorio de su jurisdicción, es decir, en una diligencia oficial por su esencia misma y portando además las armas de la República, culpa de la cual es civilmente responsable el Estado que lo tenía a su servicio". (G. J. Nº 2016, pág. 515). Nadie se atrevería a negar que las intervenciones estatales por medio de la policía se habrán de catalogar entre los actos denominados **iure imperii.**

Cuando, con argumentaciones regalistas se entendía que el Estado al actuar como potestad pública, no podía someter sus decisiones a los Tribunales se partió quizá de un concepto de soberanía absoluta, que implicaba lógicamente la impecabilidad del Estado. Empero, semejante construcción ideológica fue desplazada de su sitio por nuevas teorías más racionales que preconizan la responsabilidad de las entidades públicas, siempre que en sus procederes hubiese extralimitaciones u omisiones por culpa de sus representantes o dependientes en el ejercicio de las funciones correspondientes. Ello fue un triunfo de la democracia. Primeramente se creyó que tal responsabilidad quedaba circunscrita a la esfera de los actos llamados "de gestión", de lo cual se concluía que el Estado era irresponsable cuando obraba **iure imperii,** con el fin de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos esenciales, pero que sí lo era cuando administraba los bienes de su patrimonio a la manera de los particulares. Tal procedimiento discriminatorio mantuvo su vigencia largo tiempo; pero luego observaciones más exactas llevaron a la jurisprudencia a sostener que semejante línea divisoria adolecía de vaguedad e indecisión, puesto que todos los actos administrativos, cualesquiera que fuese su especie, estaban gobernados por el fin de satisfacer las necesidades de los servicios públicos, y se realizaban en virtud de la autoridad ineludible otorgada al Estado en las organizaciones sociales. Fue así como pudo exclamar Tessier: "Esta distinción no tiene ninguna base legal, no reposa sobre nada real y no corresponde en absoluto a la realidad de los hechos".

Desde que el Estado, al actuar, causa perjuicios por culpa de sus órganos o subordinados, su situación no debe ser diferente a la de los particulares colocados en las mismas condiciones, y su responsabilidad ha de quedar bajo el imperio de las normas civiles que regulan la indemnización por daños provenientes de culpas ocurridas en las circunstancias del artículo 2347 del C. C. y concordantes. Es una responsabilidad contractual o extracontractual, según los casos. Sin embargo, se advierte que de acuerdo con el Derecho colombiano y la jurisprudencia, solamente es posible la responsabilidad del Es-

tado y demás entidades públicas cuando obran por medio del órgano administrativo. En lo legislativo es excepcional el caso de responsabilidad, y en la rama judicial ésta aún no existe entre nosotros.

Las entidades de derecho público son responsables de los hechos culposos de sus agentes, pero no por los hechos de los demás ciudadanos. Para que prospere una acción dirigida contra una entidad pública basada en un hecho culposo de una persona natural, es requisito indispensable demostrar que cometió la infracción. Cierto es que las entidades políticas, al actuar, por medio de la policía, para amparar la libertad, la tranquilidad y la seguridad públicas proceden como personas de derecho público; pero ello no es obstáculo para que ellas respondan por los actos u omisiones de sus dependientes cuando causen perjuicios en el ejercicio de sus funciones. ¿Podrá sostenerse que la responsabilidad del Estado comprende los casos en que el daño es producido por actos intencionales o dolosos de terceros? Para algunos doctrinantes, haciendo a un lado las nociones civilistas, allí donde se ha cometido un delito, el Estado incurre en culpa, pues ello revela que éste ha sido negligente por no haber dado la protección necesaria a los derechos conculcados, ya que el fin primordial de las autoridades es defender a los ciudadanos en su vida, honra y bienes. Aun en la hipótesis de que esta tesis, que podría catalogarse en la teoría de "falta en el servicio público" llegara a aceptarse, hay que anotar que aquellos doctrinantes, cuando se trata de la policía, han exigido para la responsabilidad la existencia de una falta grave, por ser el servicio de policía una labor difícil. Por consiguiente, en tales condiciones, en la apreciación de las faltas debe procederse con un criterio de apreciación atemperado a las circunstancias mencionadas. (Negocios Generales. Marzo 2 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 939, 2ª y 940, 1ª y 2ª

PERJUICIOS (Indemnización de perjuicios por haber formulado denuncio criminal inexacto o temerario)

— 210 —

La Corte, en varios casos de denuncios criminales puestos con ligereza, con inexactitud o con temeridad, o con error técnico en la elección de la vía criminal, ha visto abusos de derecho que dan origen a responsabilidad civil. Un denuncio criminal, como todo acto humano, puede ser culpable y constituír fuente de perjuicios si en él no obra el denunciante con la debida prudencia y diligencia, a pesar de que no sea obligado a probar la verdad de su relato y a despecho de las precauciones que el sistema legal de investigación tome para prevenir daños a los sindicados, pues esas medidas no garantizan que el inocente saldrá indemne cuando la justicia haya sobreseído definitivamente en su favor o lo haya absuelto. (Casación Civil. Octubre 31 de 1947. Tomo LXIII. 2055-2056).....390, 2ª y 391, 1ª

PERJUICIOS FUTUROS (Cuándo hay lugar a su reconocimiento)

— 211 —

Los perjuicios deben ser algo concreto, tanto más los perjuicios materiales que no son algo únicamente subjetivo, sino que fácilmente puede comprobarse, estimarse y reducirse a una suma equivalente de pesos. Los perjuicios futuros que tan sólo se fundan en meras hipótesis o posibilidades, tal como es lo que una persona hubiera podido ganar de no haber fallecido o de no haber sufrido determinado accidente, no son en realidad, y estrictamente hablando, verdaderos perjuicios, algo que comporte el derecho a exigir una contraprestación o indemnización de quien ocasionó ese perjuicio o fue el au-

tor del hecho del cual se siguió. Si a pesar de esto la Corte ha estimado en algunas ocasiones dichos perjuicios al liquidar la indemnización debida a determinada persona, lo ha hecho movida únicamente por un sentido de equidad y siempre que a virtud de determinados antecedentes pueda presumirse que éste existe con probable certeza y en potencia no muy remota. (Negocios Generales. Auto. Febrero 2 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 916, 2ª

PERSONERIA EN EL JUICIO

— 212 —

El ordinal 4º del artículo 450 del C. J. alude a dos modalidades: cuando el que obra por otro carece de poder, interviniendo como agente de oficio, o cuando el mandato judicial es imperfecto legalmente. Así las cosas, el indebidamente representado debe hacer una clara manifestación de que acepta la agencia oficiosa o el poder aparente o putativo. No es indispensable que el consentimiento sea expreso; bastaría que el interesado intervenga en una diligencia, reciba una notificación o dirija cualquier escrito al Juez, sin reclamar contra quien se ha arrogado su personería. En tales condiciones la personería y, en consecuencia, la actuación procesal, se convalida.

El artículo 169 del C. J. no dispone que los Agentes del Ministerio Público tienen todas la facultades de las personas naturales o sus apoderados. Esa disposición se refiere a poderes del Juez en el adelantamiento y tramitación de los negocios. Esos Agentes no pueden despojarse de su representación sino otorgando poderes dentro de los límites de la ley. Síguese de aquí que tales funcionarios no pueden consentir la agencia oficiosa ni los poderes otorgados fuera de la ley. (Negocios Generales. Auto. Febrero 27 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).....935, 1ª y 2ª

POSESION (Adquisición de la)

— 213 —

La falta de necesidad de autorización alguna para adquirir posesión los que no pueden administrar libremente lo suyo, de que habla el artículo 784 del C. C., se refiere sólo a bienes muebles. (Casación Civil. Agosto 2 de 1946. T. LXIII. 2055-2056).....338, 1ª

PRESCRIPCION (Justa prescripción en materia de tierras)

— 214 —

A partir de la sentencia de fecha 5 de agosto de 1942 la cuestión referente a justa prescripción ha quedado aclarada, por lo menos en cuanto a los principios que regulaban este fenómeno jurídico, siguiendo lo que se establecía en los siguientes estatutos legales: en la Ordenanza de Felipe II de 1563, en las dos Ordenanzas de El Pardo de 1578 y 1580 y las Reales Cédulas de San Lorenzo de 1754 y de San Ildefonso de 1780, y la Ley de 11 de octubre de 1821. (Negocios Generales. Agosto 4 de 1947. T. LXIII. 2055-2056). 555

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

— 215 —

El contenido del fallo que declara prescrita la acción penal determina la inmediata desintegración del proceso, por una causal establecida por la ley penal con un carácter formal, esto es, sin haber escudriñado y debatido ampliamente la inocencia o culpabilidad del acusado, decidiendo automáticamente por imperativo de la misma la terminación de la fuerza impulsadora de la acción penal. Esto es, el legislador con un criterio de economía procesal, de certidumbre real y

jurídica de los fallos que deban dictarse y queriendo amparar la seguridad del conglomerado y a la vez la tranquilidad del individuo que se ve envuelto en un litigio de carácter penal, ha querido establecer que transcurrido cierto tiempo y llenados ciertos requisitos, la acción penal se agote automáticamente, aunque las bases sobre las cuales haya corrido, tengan suficiente fuerza incriminadora en contra del acusado. El transcurso de tiempo para la prescripción de la acción penal lo reputa la ley como suficiente para que dentro de él se produzca el hecho de tornarse brumosos y débiles los cargos y pruebas que deban aducirse y desvanecida y olvidada la impresión de los hechos que conturbaron la tranquilidad social. Para nada se entra a averiguar o calificar la responsabilidad del acusado. La ley mira un simple lapso de tiempo y ordena la prescripción de la acción penal. Por esta razón siempre que en un determinado caso —a pesar de que se haya cumplido la prescripción— por el estudio claro del proceso se llegue a la conclusión de que éste no podía iniciarse o proseguirse en virtud de no existir la más mínima huella de haberse cometido la infracción denunciada o de ser inocente el acusado, el Juzgador debe declararlo así por encima de cualquiera otra consideración, teniendo en cuenta un elemental criterio de equidad y de justicia, autorizado ampliamente por la misma ley penal (artículo 153). (Casación Penal. Auto. Marzo 4 de 1947. Tomo LXIII. 2053-2054) .....132, 1ª y 2ª

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

— 216 —

Como la imputación que se hace al ex-Juez doctor Saladén no es de aquellas que tienen como sanción privativa de la libertad una pena de veinte años, ni mayor de cinco, ni menor de veinte, la acción sobre prescripción de la acción se rige por la norma del inciso 3º del artículo 105 del Código Penal y como desde la fecha en que se dice haberse realizado el hecho —demoras— hasta cuando se dictó auto materia de la consulta han transcurrido más de cinco años, el fenómeno de la prescripción de la acción está cumplido, siendo por tanto pertinente la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en vez del artículo 437 de la misma obra. (Casación Penal. Auto. Febrero 2 de 1947. T. LXIII. 2057-2058).....761, 2ª

PRESTACIONES SOCIALES (Interpretación del art. 58 de la Ley 6ª de 1945)

— 217 —

Las prestaciones sociales a que se refiere el inciso segundo del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 tienen su origen en ordenanzas, decretos y resoluciones departamentales, acuerdos municipales o reglamentos particulares. (Negocios Generales. Auto. Noviembre 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 523, 1ª

PRESTACIONES SOCIALES DE EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL

— 218 —

Lo que llevó a cabo la ley 95 de 1946 por medio de su artículo 1º no fue sólo un cambio en la sustanciación o ritualidad de un juicio, sino en la jurisdicción y competencia para conocer de las reclamaciones de auxilios de cesantía que deban ser pagadas por la Caja de Previsión Social Judicial. Siendo esto así, es indudable que al entrar en vigencia la ley 95 de 1946 perdieron inmediatamente los Tribunales Superiores la competencia que les había sido atribuída por el artículo 11 de la ley 22 de 1942 para conocer de las reclamaciones a cargo de la mencionada Caja, radicándose en cabeza de la

Junta Directiva de la misma, conforme a lo preceptuado por la nueva disposición legal, pues las normas sobre jurisdicción y competencia son de inmediata aplicación, según lo tiene ya aceptado la jurisprudencia. (Negocios Generales. Auto. Noviembre 21 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).....521, 2ª

PRESUNCION DE CULPABILIDAD.

— 219 —

En los casos en que la culpabilidad se presume corresponde al autor del daño exonerarse de esa responsabilidad probando que no ha cometido culpa o estableciendo que el daño se ha debido a causa extraña o a fuerza mayor o caso fortuito. Para probar que no se ha cometido culpa debe el autor del daño demostrar que obró como hubiera actuado en circunstancias análogas un hombre avisado y prudente.

De la culpa presunta general puede el autor del daño exonerarse probando la ausencia de ella. (Negocios Generales. Febrero 24 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).....929, 1ª

PROCESOS CONTRA MENORES DE EDAD (Su conocimiento)

— 220 —

Las normas sobre jurisdicción y competencia por ser de orden público, son de aplicación restringida o limitada; y esta interpretación taxativa rechaza el criterio analógico o de semejanza, para resolver un problema no contemplado en la ley. El criterio de analogía en la interpretación de normas sobre jurisdicción y competencia conduciría a aceptar la tesis del arbitrio judicial, o de la libre interpretación de la ley, que permite a los falladores hacer uso de atribuciones que ni la Constitución ni las leyes les han señalado como normas fundamentales para juzgar y fallar en determinado caso concreto.

La Ley 83 de 1946 orgánica de la defensa del niño, creó una jurisdicción especial para menores, y sus normas son de aplicación estricta cuando se trata de sancionar una infracción penal cometida por un menor de diez y ocho años. Los jueces en el juzgamiento de esas infracciones, no pueden prescindir de las normas sobre jurisdicción y competencia consagradas por el legislador de mil novecientos cuarenta y seis, so pretexto de que el presunto delincuente, a la fecha en que se dicta el fallo, ha traspasado los límites de la edad fijada por la citada ley.

Cuando la infracción penal se realiza por un menor de edad, el hecho se vincula directamente con la personalidad del presunto delincuente, para efectos del juzgamiento y de la represión. La edad —diez y ocho años— es el factor preponderante o el índice fundamental, que separa las dos legislaciones, la especial de menores y la común u ordinaria. Si el hecho que se imputa al menor se realiza antes de cumplir los diez y ocho años—en este caso 17 años, 8 meses— término fijado por la ley, esa infracción no puede ser de conocimiento de la justicia común u ordinaria, porque este procedimiento necesariamente conduce a violar el precepto constitucional de que nadie puede ser juzgado sino de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio; y es bien sabido que el procedimiento para juzgar a los menores es sustancialmente distinto del que emplean los jueces ordinarios para juzgar a los delincuentes cuya edad pasa de diez y ocho años.

Pero en el supuesto de que no existiera este precepto constitucional, tampoco podrían los jueces penales, juzgar a un menor de edad, porque ese procedimiento sería arbitrario e ilegal, por carecer de jurisdicción y competencia necesarias para conocer de es-

tas infracciones, e imponer la correspondiente sanción. Sólo para esos casos excepcionales, y como excepción al principio general, mientras se nombran jueces de menores de algunos departamentos donde no existen estos funcionarios, la ley atribuye competencia a los jueces de Circuito —no Superiores— en lo Penal, para conocer de procesos seguidos contra menores, no por los trámites ordinarios sino por los especiales de la Ley 83 de 1946 (artículo 2º).

El Juez Superior del Distrito Judicial en ningún caso, es el funcionario competente para conocer de los procesos que se adelanten contra los menores de edad, porque el artículo 2º de la Ley 83 de 1946 atribuye esa competencia de manera privativa, al Juez de Menores; sólo para casos excepcionales, es decir, para aquellos departamentos donde no existen Jueces de Menores, la ley da competencia para conocer de esos procesos, a los jueces penales de Circuito. O lo que es lo mismo, excluye de manera absoluta la intervención del Juez Superior en tales casos.

El Juez de menores no puede alegar incompetencia de jurisdicción, para conocer de un negocio, porque el menor de edad, a la fecha en que debe imponerse la respectiva medida de protección o asistencia es mayor de diez y ocho años, porque el artículo 39 de la Ley 83 de 1946 le amplía esa jurisdicción hasta los veintiún años, fecha en la cual si el menor no se hubiere reformado pasa a la penitenciaría o al establecimiento que determine el Ministerio de Gobierno por el tiempo necesario para completar la reforma. Estas resoluciones las dicta el Juez de Menores; de manera que su jurisdicción por mandato de la ley, se amplía hasta los veintiún años, para los delincuentes que infringen la ley penal antes de cumplir los diez y ocho años de edad. (Casación Penal. Auto. Mayo 6 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).

171, 1ª y 172, 1ª y 2ª

PRUEBA POR ESCRITO (Principio de)

— 221 —

Entiéndese por principio de prueba por escrito, según la definición legal que trae el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso".

La doctrina ha interpretado esta definición en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado, en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituír manifestación clara y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio de prueba sino completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuírle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponden al principio de prueba por escrito: que exista un escrito, que no sea el contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo, y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso. (Casación Civil. Febrero 11 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).....662, 1ª y 2ª

PRUEBAS

— 222 —

El auto que decreta la práctica de pruebas es interlocutorio, lo mismo que el que las niega. (Negocios Generales. Auto. Enero 28 de 1948. T. LXIII. 2057-2058)....910, 1ª

PRUEBAS (Estimación de pruebas en lo penal)

— 223 —

La estimación de las pruebas no está sujeta en lo penal como en lo civil a pautas ri-

gurosas, pues casi todas son de apreciación racional, esto es, que su valor queda al análisis y criterio de los jueces, sobre todo el testimonio y la confesión. Sobre el testimonio dice el Código de Procedimiento que el funcionario debe apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica y, especialmente, las condiciones personales y sociales del testigo, las de las cosas a que se refiere el declarante, las circunstancias en que haya sido percibido lo que se relata y aquellas en que se haga la exposición. Sobre la confesión no dice sino que se presume verídica mientras no haya prueba en contrario, siempre que, por otra parte, esté demostrado el cuerpo del delito. Pero como no pierde su carácter de testificación oral, aunque con la particularidad de obrar contra el deponente —atestación contra sí mismo, pudiera definirse— lo que la ley estatuye respecto del testimonio puede aplicarse, en cuanto su naturaleza lo comporte, a la confesión. (Casación Penal. Febrero 3 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).

862, 2ª

PRUEBAS (Cuándo la Corte en casación puede variar la estimación hecha en las instancias)

— 224 —

La estimación de pruebas es cuestión que está sometida al soberano criterio del juzgador, apreciación que no puede variarse por la Sala sino en el caso de que exista evidente error de hecho o que se haya incurrido en error de derecho en la sentencia al estimar los elementos probatorios. (Casación Civil. Febrero 13 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 733, 2ª

PRUEBAS (Apreciación de)

— 225 —

La apreciación de las pruebas de toda clase corresponde al Tribunal sentenciador, y cuando versan sobre cestiones de mero hecho debe estarse a esa misma apreciación, a no ser que el error sea notorio y conste de una manera evidente de elementos probatorios que obren en autos. (Casación Civil. Febrero 24 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).

724, 2ª

— Q —

QUOTA LITIS (Características jurídicas de esta convención)

— 226 —

La peculiaridad de la convención denominada **quota litis** consiste en que la remuneración correspondiente al ejercicio del mandato no tiene carácter cierto y determinado sino que es contingente y aleatoria, pues tanto su existencia como su cuantía dependen de los resultados de la gestión del negocio y de la suma líquida o liquidable en que el litigio se traduzca para las personas que en el pacto intervienen. Esta modalidad de la remuneración es jurídica, ya que el contrato de mandato no es en la legislación colombiana gratuito en esencia, pues según el artículo 2143 del Código Civil la remuneración se determina por las partes, por la ley o por el Juez. De donde resulta, como consecuencia, que éstas tienen capacidad legal para fijar la forma en que deba cubrirse. (Negocios Generales. Septiembre 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).....466, 1ª

— R —

RECURSO DE HECHO (Requisitos para que proceda)

— 227 —

No basta cumplir con las formalidades a que alude el artículo 513 del Código Judicial, sino que es necesario para que proceda el recurso de hecho, "que la apelación sea pro-

cedente, conforme a la ley", como dice el artículo 516 del código citado. Esto es, que la calidad de la providencia contra la cual se recurre comporte la alzada y que la autoridad que la haya proferido y la que la haya de revisar tengan jurisdicción y competencia para hacerlo. (Casación Penal. Auto. Octubre 20 de 1947. T. LXIII. 2057-2058).

814, 2ª

RECURSO DE REVISION EN MATERIA PENAL

— 229 —

En el recurso de revisión sólo se discute si la persona que está sufriendo una pena fue condenada con base en hechos o pruebas que posteriormente se demuestra que son o fueron falsas. La apreciación de elementos probatorios, referentes a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, y a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que influyen en la determinación de la pena, son factores que deben estimarse en las diversas instancias del juicio, y no en el recurso de revisión, porque esta medida no es una tercera instancia y el legislador sólo ha querido que este recurso extraordinario se aplique para los casos expresamente determinados en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

La prueba o documento secreto de que habla la ley, es aquella que permanece oculta, ignorada o escondida en el proceso y que por la reserva de ella no puede ser conocida previamente por el apoderado o defensor, y que el funcionario prevalido de su carácter de fallador la tuvo en cuenta para pronunciar la sentencia condenatoria, pero esta causal no hace referencia a las pruebas que favoreciendo los intereses del sindicado dejaron de allegarse, caso que no ha sido contemplado por la ley como causal de revisión.

Los documentos y pruebas allegados por el recurrente como hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo del debate no son de aquellos que contempla la causal 5ª del art. 571 del Código de Procedimiento Penal, porque el hecho nuevo es el que en sí mismo tiene capacidad suficiente para demostrar ante la justicia la inocencia o irresponsabilidad de la persona que sufre injustamente una condena, o aquel que demuestra con plena certeza que el delito no se cometió y que la responsabilidad que se le dedujo al reo constituye un flagrante error judicial; pero las pruebas que se alleguen al recurso de revisión y que constituyen circunstancias encaminadas a demostrar la existencia de una razón exculpativa, o modalidades que puedan influír en el aumento o disminución de la pena impuesta, no son los hechos nuevos a que se refiere la disposición que se comenta. (Casación Penal. Noviembre 22 de 1947. T. LXIII. 2057-2058).....846, 2ª

RECURSOS EN EL PROCESO PENAL

— 230 —

Contra las providencias que dictan los funcionarios de la rama jurisdiccional, la ley otorga los recursos de reposición, apelación y consulta, y estos derechos deben invocarse por las partes, antes de que los términos legales concluyan para ejercitarlos. Si una de las finalidades de la notificación es buscar la perfección de un acto, si con ella se pretende dar estabilidad a las resoluciones del juzgador para imprimirle efectos compulsivos y de ejecución, es obvio que esos resultados no pueden llevarse a término sino mediante el conocimiento que de esas providencias se da a las partes interesadas por el acto de la notificación. Es en este evento, cuando los particulares lesionados, deben oportunamente y dentro de los términos legales, hacer sus reclamos para que sus derechos no sufran quebranto y menoscabo.

En el proceso hay constancia de que la notificación del auto que declara la nulidad fue notificado personalmente a la procesada y por medio de anotación en estados a su defensor; si tanto aquélla como éste, no hicieron reclamo alguno, si no ejercitaron los recursos consagrados por la ley contra la providencia —que dicen— lesionaba sus derechos, es lógico suponer que asistieron a ella y tácitamente reconocieron como fundada la determinación del Tribunal. El asentimiento expreso o tácito, sobre la nulidad declarada, le imprime a la providencia que hoy se censura, el carácter de inmodificable y sus consecuencias perjudiciales o favorables no pueden modificarse, porque la nulidad tiene como poder intrínseco la virtud de volver las cosas al estado en que se encontraban antes de haberse incurrido en ella. (Casación Penal. Junio 11 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) .....744, 1ª y 2ª

RECUSACIONES (Quién conoce de la de un Magistrado de Tribunal)

— 231 —

El impedimento de un Magistrado de Tribunal, lo mismo que la recusación, deben resolverlo los dos Magistrados restantes de la misma Sala, según lo ordena el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por mandato del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Ordena ese artículo que del incidente de recusación— y lo mismo cabe decir del de impedimento— conozcan "los demás (Magistrados) que forman la Sala respectiva", esto es, "los dos que le siguen en turno" al ponente, según el artículo 70 del mismo Código. (Casación Penal. Auto. Septiembre 15 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 803, 2ª

RECUSACIONES (Por enemistad grave y amistad íntima)

— 232 —

La amistad, como la enemistad son sentimientos recíprocos, que se cultivan mutuamente, bien atando con más fuerza los lazos de cariño o ahondando en las raíces del odio. Pero no siempre los grados guardan correspondencia, porque se puede querer mucho a quien ama poco —y esto es lo que generalmente ocurre— y aborrecer a quien no guarda rencor alguno por la persona que experimenta esa aversión. Y cuando esos fenómenos humanos se trasladan al plano de la administración de justicia como motivos de recusación o de impedimento, su estimación es más delicada y es preciso demostrar —por parte de quien los alega— no sólo su existencia sino que la amistad es íntima o que la enemistad es grave. Demostración que no puede quedar al capricho del interesado. De otro modo le bastaría a un litigante, no conforme con la decisión de un funcionario público, recusarlo invocando enemistad, por ejemplo, por lo desacertado de la providencia y no porque lo fuera realmente sino porque así lo estimara desde su personal punto de vista. Y no es necesario señalar las consecuencias de semejante procedimiento, si se admitiera. Equivaldría a la implantación de una teoría de superlativa inmoralidad, si ya no fuera absurda de por sí. Sería erigir en causal de impedimento el empleo de la doctrina o la ley cuando no cuadrara a los intereses de una parte. Valdría para pregonar esta extravagante tesis: se puede acusar a quien falla sin conformarse a los puntos que el recusante sostenga. Enojarse con el juez porque resolvió algo que contraría los anhelos de quien esperaba una solución distinta, no es de buen recibo en el campo profesional, pero, al fin, es frecuente y se explica. Pero hacer de ello un motivo de recusa-

ción, ni es corriente, por fortuna, ni se entiende, ni se explica, ni puede admitirse. No puede, ni debe admitirse tal pretexto para separar a un funcionario del conocimiento de un determinado asunto, porque entonces no tendrían razón de ser los recurso que la ley establece contra las providencias que la aplican mal. Esto en el caso de que se trate de esa posibilidad, es decir, que la crítica sea razonada y que induzca a la creencia de un error monstruoso; con la circunstancia de que al atender a ese motivo se estaría por adelantado emitiendo un juicio o fallando sin competencia una causa.

Conceder como apoyo válido de recusación de un funcionario el desacuerdo entre las pretensiones del procesado o de quien lo represente, del litigante (demandado o demandante) en un proceso civil, y las conclusiones del auto o de la sentencia que aquél dictó, sería algo tan insólito en la administración de justicia, que no es necesario detenerse en su ponderación. (Casación Penal. Auto. Octubre 10 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) .....812, 1ª y 2ª

REINCIDENCIA (Diferencia con la segunda circunstancia de mayor peligrosidad del artículo 36 del C. P.

— 233 —

Las sanciones deben aplicarse a los delincuentes según su peligrosidad, que se deduce de tres factores: la gravedad y modalidades del hecho, los motivos determinantes y la personalidad del agente. Así está concebido el artículo 20 del proyecto de Ferri, que la Comisión redactora del Código Colombiano adoptó, pero incluyendo como elemento para calcular la peligrosidad "las circunstancias de mayor o menor peligrosidad" (artículo 36), siendo así que son apenas especificación de aquellos tres factores —modalidad del hecho, motivos y personalidad del agente— que sirven para determinar el dicho grado de peligrosidad, cuya resultante es. Entre estas circunstancias de mayor peligrosidad se cuentan las anteriores condenas judiciales o de policía.

La reincidencia requiere el lleno de ciertas condiciones taxativas en cuanto al tiempo, a la calidad y modalidades de la infracción y a la edad del agente, pero en cambio, las condenas judiciales o de policía que demuestren la mayor peligrosidad sólo necesitan haber sido anteriores a la perpetración de un nuevo delito. No es necesario, pues, que el reo haya cumplido antes otra condena ni que la recaída tenga lugar en una misma especie de delincuencia. (Casación Penal. Febrero 10 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).

874, 1ª

REINCIDENCIA

— 234 —

La reincidencia exige—según la expresión general de Manzini—una pluralidad de delitos sucesivamente cometidos por una misma persona, todos definitivamente juzgados, menos el último; pero la calidad de reincidente, según el artículo 34 del Código Penal, se adquiere si el último delito se cometió "antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la sentencia"; así, la de reincidente primario, si esto sólo una vez se ha realizado, y la de doble (por segunda vez) reincidente, si el nuevo delito se ejecutó dentro de los diez años siguientes a la sentencia en que se calificó y sancionó la primera reincidencia. (Casación Penal. Enero 30 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 859, 1ª

REIVINDICACION

— 235 —

Los efectos jurídicos que se desprenden de la prosperidad de una acción reivindica-

toria no se refieren sino al poseedor vencido, que es el contradictor legítimo al tenor del artículo 952 del Código Civil. (Casación Civil. Noviembre 8 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 117, 2ª

REIVINDICACION

— 236 —

La ley distingue la posesión material de la inscrita, y a quien promueve una acción reivindicatoria lo que le importa es la restitución de aquello de que se cree dueño y está poseído por otro. (Artículos 946, 161 C. C.). Por la sola demanda de reivindicación no queda el demandado privado del goce de la cosa, sino que sigue disfrutando de ella hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. El pronunciamiento de ésta, su ejecutoria, hace obligatoria la restitución de la cosa con sus frutos naturales y civiles. (Artículo 995, C. C.). Todo lo dicho está indicando: a) Que es la posesión material la que debe comprobarse en los juicios reivindicatorios, y no la simple posesión inscrita; y b) Que no puede tener cumplido éxito la acción cuando se descuida establecer de modo indubitable que el demandado tiene materialmente la cosa y que ejecuta sobre ella actos de los que corresponden al dueño. (Negocios Generales. Octubre 30 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) .514, 2ª y 515, 1ª

REIVINDICACION

— 237 —

Cuando en un juicio reivindicatorio el poseedor no se limita a defenderse con la presunción establecida por el Código Civil en el inciso 2º de su artículo 762, sino que aduce títulos, es deber del sentenciador confrontarlos con los del demandante para determinar cuáles prevalecen.

La sentencia en juicios de esta clase no sobrepasa en su alcance los límites trazados para todas por punto general en el artículo 747 del C. J., es decir, que sus efectos de cosa juzgada recaen sólo sobre quienes han litigado en el respectivo pleito y sobre quienes tienen con ellos la identidad jurídica de personas indicada en esta disposición. Tales juicios son un conflicto entre el reivindicante y el poseedor solamente, y se deciden tal como indique el fiel de la balanza en que se pesan los derechos demostrados por el uno y por el otro. Esto hace ver cuán relativa es la sentencia, limitándose como se limita a desatar ese conflicto entre tales dos tendencias y partes. Si el poseedor triunfa, el fallo no le confiere título ni lo libra de ser demandado y vencido por tercero cuyo derecho sí sea superior al suyo. Si el reivindicante triunfa, el fallo no impide que un tercero lo venza más tarde demostrando mejor derecho, puesto que aquel triunfo fue únicamente sobre el poseedor demandado. (Casación Civil. Octubre 10 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) .....61, 2ª y 62, 1ª

REMATE (Qué personas deben intervenir en el juicio ordinario de nulidad de un remate)

— 238 —

En juicio ordinario sólo puede controvertirse sobre la nulidad de un remate, hecho en juicio especial, por ministerio de la justicia, invocando dos órdenes de razones o motivos completamente distintos: que el contrato de venta realizado por virtud de la subasta es nulo como acto civil, por faltarle algunos de los elementos esenciales para su existencia, habida consideración a su naturaleza o a la calidad o al estado de los contratantes, o sea, con ocasión de un vicio del contrato determinante de una nulidad sustantiva; o que en el proceso judicial en que

se consumó el remate se incurrió en una de las irregularidades u omisiones taxativamente señaladas como constitutivas de nulidad, de aquellas que la ley, por vía de excepción, permite alegar en juicio separado, o sea por causa de una nulidad adjetiva o procedimental. En este caso la nulidad del proceso acarrea la del remate, como diligencia que es del juicio.

Cuando en un juicio ordinario se demanda la nulidad de la venta forzada considerada como contrato, invocando un motivo constitutivo de nulidad sustantiva, entonces necesariamente debe trabarse la controversia con presencia e intervención de las partes que intervinieron en la subasta: el tradente, cuyo representante legal en ésta fue el Juez, y el adquirente o rematante. Sin la concurrencia de ambos como partes no es posible discutir ni mucho menos decidir en juicio sobre la validez del remate, porque de otro modo podrían menoscabarse los derechos de aquéllos, como posibles interesados en que se mantengan las relaciones jurídicas que creó la venta forzada, sin habérseles llamado a responder en el correspondiente juicio, lo cual sería abiertamente contrario a la norma constitucional que entraña en el artículo 26 de la Carta.

Cuando en la acción ordinaria se demanda la nulidad del juicio ejecutivo o especial de venta en que se consumó el remate, invocando una irregularidad u omisión constitutiva de nulidad adjetiva de aquéllas, se repite, que la ley excepcionalmente permite alegar en juicio separado, entonces precisa citar como partes en el proceso, para controvertir con ellas la cuestión planteada, a las mismas que lo fueron en el negocio en que se verificó la subasta, por la misma razón expuesta para el caso anterior, o sea, porque los derechos de éstas podrían ser lesionados o afectados por la nueva controversia, lo cual forzosamente impone su presencia en ella. (Casación Civil. Noviembre 7 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....104, 2ª y 105, 1ª

REMATE (Acción de nulidad de. El acreedor hipotecario no puede demandarla)

— 239 —

El artículo 1036 del Código Judicial es disposición meramente adjetiva o procedimental.

Si el remate, al traspasar la finca del dominio del deudor primitivo a las manos del rematador no altera en manera alguna el derecho del acreedor hipotecario a perseguirla, no se halla razón para que el acreedor no citado demande la anulación del remate. El acreedor hipotecario citado debidamente tiene en favor de la efectividad de su crédito las ventajas de estar alerta y presente en su día; la falta de citación, haciéndole perder esa oportunidad y con ella las consecuencias de su presencia en este juicio, es de suponerse desde luego que lo perjudica; pero esto es muy distinto de lo atañedero a la influencia de esa falta sobre el juicio y el remate. El acreedor hipotecario no puede demandar la nulidad del remate porque carece de interés jurídico, puesto que, cabalmente por no haber sido citado, ni el rematador queda exento de la acción persecutoria. Es firme el remate, el rematador mismo o cualquiera persona a quien él traspase la finca responderá de la acción hipotecaria, en poseyéndola, según el artículo 2452 del Código Civil. Y anulado el remate, de idéntico modo la finca es perseguible por el acreedor hipotecario, sea que se conserve en manos del deudor primitivo o que éste la haya traspasado a otros. Así las cosas, si no importan esos posibles cambios para que, quienquiera que sea el poseedor, la finca se persiga, ningún interés jurídico asiste al acreedor hipotecario para demandar que el remate se invalide. (Casación Civil. Septiembre 15 de

1947. T. LXIII. 2053-2054).....5, 1ª

RESCISION (Cuándo hay lugar a estudiar esta acción si ha sido propuesta como subsidiaria de otra)

— 240 —

Nuestra jurisprudencia ha acatado de modo constante demandas como la de este pleito y entrado el sentenciador a estudiar la acción subsidiaria una vez negada la principal, considerando que si ésta, así sea de nulidad absoluta, de simulación, de resolución, se rechaza o deniega, no se ve estorbo para, ya sobre este terreno, estudiar la de rescisión. Acogida la acción principal no hay lugar a estudiar la subsidiaria. El fracaso de la principal implica la supervivencia del contrato y, por ende, una situación legal en que no pueden echarse menos ciertos elementos esenciales del mismo, como es, por ejemplo, el precio de una compraventa. Adelantado en una sentencia el estudio de la acción principal al extremo de decidirla en forma que, rechazada, queda en pie el contrato a cuya infirmación se encamina, es lo natural y lógico reconocer a esa situación todo su alcance, dentro del cual se halla en primer término la existencia del contrato. Atacarlo de manera que si la acción principal triunfa él no existe, no es obstáculo para estudiar la acción subsidiaria que requiere la existencia del contrato, si es que éste permanece en pie porque la acción principal no ha prosperado. (Casación Civil. Noviembre 20 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 396, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD CIVIL

— 241 —

La acción de responsabilidad civil por hechos que causan daño a otro exige tres elementos: a) un hecho culposo; b) un determinado perjuicio, y c) el vínculo de causalidad entre tales extremos. Y de conformidad con normas generales de derecho probatorio, corresponde al actor la demostración de los extremos sobre los cuales se edifica la responsabilidad. Además de la responsabilidad directa, existe otra indirecta en virtud de la cual el agente debe responder del hecho dañoso de las personas que están bajo su dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda le corresponde. Pero esta responsabilidad de carácter excepcional no proviene inmediatamente de un acto del agente, sino de presunción de culpa que la ley establece en su contra por falta de vigilancia o por mala elección. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte la presunción de culpa por los actos que ejecutan los subordinados en perjuicio de terceros se aplica a las entidades de derecho público, como la Nación, los Departamentos y los Municipios, doctrina que tiene su apoyo en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil. (Negocios Generales. Noviembre 19 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).....518, 1ª

RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL ESTADO

— 242 —

El Estado, así como las demás personas públicas administrativas, está obligado a responder patrimonialmente por los actos jurídicos y los hechos materiales de sus funcionarios y agentes por modos diversos y ante jurisdicciones diferentes regladas unos y otras por las leyes civiles y administrativas. De ahí que en el sistema colombiano, lo mismo que en el de los demás países donde se sigue el régimen de la dualidad jurisdiccional, los problemas relativos a la índole de la acción ejercitable cuando la administración es parte en un litigio, no siempre

sean de fácil solución; pero ello no impide, naturalmente, que pueda darse una directriz más o menos completa que garantice en lo posible el acierto de los juzgadores y elimine los riesgos de acudir ante una jurisdicción incompetente. La existencia en Colombia de un derecho legislado tanto en lo contencioso civil como en lo administrativo facilita bastante la tarea mediante la formulación de reglas generales clasificadoras de los preceptos positivos, como las que en seguida ensaya la Corte a propósito de la responsabilidad civil de las entidades de derecho público y del contencioso de reparación que es su efecto jurídico y su sanción legal:

a) Esos actos jurídicos de la administración —entendiéndose como tales todas aquellas manifestaciones de voluntad generadoras de un efecto de derecho— son susceptibles de provocar el contencioso subjetivo, el cual se desenvuelve procesalmente en la acción de plena jurisdicción, encaminada a reparar el daño patrimonial causado por el acto jurídico expedido por la administración irregularmente, en su esencia o en su forma (artículo 67, Ley 167 de 1941). El dominio de este sistema de acciones reparatorias abarca todo el conjunto de los actos jurídicos unilaterales de los agentes públicos, cualquiera que sea la denominación que en el lenguaje de la ley o de la técnica administrativa se asigne a estas manifestaciones de voluntad, siempre eso sí que por medio de ellas se creen, modifiquen o extingan situaciones particulares o concretas de derecho en perjuicio de un particular.

b) De esta regla quedan exceptuados los actos jurídicos de la administración de naturaleza contractual, los cuales sólo originan acciones civiles y están ligados a la competencia privativa de los tribunales comunes. El contencioso de contratos pertenece de modo invariable a los jueces ordinarios, ya se trate de pactos civiles o administrativos.

c) Por regla general originan también acciones de derecho común todos los actos materiales constitutivos de delitos o culpas de los agentes públicos administrativos que causen daño a una persona, conforme al título 34 del Código Civil.

d) Solamente una clase o especie de hechos materiales ejecutados por los agentes de la administración se sustraen al imperio de esta regla, y son los causados con ocasión de trabajos públicos cuando con ellos se ocupa o daña una propiedad ajena. (Cap. XXII, Ley 167 citada).

Paralelamente a la responsabilidad extracontractual de la administración se ha instituído la que tiene su fuente en los perjuicios que se causan a los particulares cuando en la ejecución de un trabajo público se ocupa o daña una propiedad de dominio privado. Esta especie de responsabilidad se diferencia de la anterior no únicamente en que vincula siempre a una administración pública con el carácter de demandada —lo que vale decir que jamás puede conformarse un contencioso de este género entre personas de derecho privado —sino que en la acción correspondiente el deber jurídico de reparar se estructura sobre bases enteramente distintas a las del derecho privado, desde luego que en aquélla no juega papel alguno el carácter de delictuosos o de culposos que tengan los hechos materiales originarios del perjuicio, pues la responsabilidad de la administración pública aparece y la reparación se impone con abstracción de aquellos factores determinantes en el derecho común. De esta noción de la responsabilidad administrativa surge la consecuencia inevitable de que el titular de la acción —la víctima— sólo deberá acreditar el perjuicio que sufre con la ocupación temporal o permanente de su propiedad inmueble o por razón de daños a la misma causados por trabajos públicos, puesto que es indiferente que los funcionarios obren o no con culpa, con intención de dañar o sin dolo. Constituye, pues, este con-

tencioso de los trabajos públicos una categoría especial de la responsabilidad extracontractual de las personas públicas, que es de naturaleza esencialmente objetiva, por oposición al carácter subjetivo de la puramente civil. En éste el elemento preponderante es la culpa —la acción culposa— en tanto que en aquélla lo es el daño—la acción perjudicial— y la consiguiente obligación reparatoria impuesta a la administración. (Negocios Generales. Octubre 2 de 1947. T. LXIII. 2055-2056).....476, 2ª, 477, 1ª y 2ª y 478, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL HECHO DE OTRO (Presunción de)

— 243 —

La presunción de responsabilidad por el hecho de personas que dependen de otra, ya sea ésta natural o jurídica, está establecida de manera perentoria en los artículos 2347, inciso final, y 2349 del C. C., que ordenan que la responsabilidad que les pueda corresponder por hecho o culpa de los agentes que están a su cuidado cesará si comprobaren que con la autoridad que su respectiva calidad les confiere no hubieran podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad es necesario que la persona se descargue probando la ausencia de culpa o que el daño producido por el agente, sirviente, hijo de familia, discípulo, según los casos, se debió a un hecho extraño o a fuerza mayor o caso fortuito. (Casación Civil. Agosto 30 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 77, 1ª

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

— 244 —

Es doctrina uniforme y sostenida en múltiples fallos de la Corte la de que las entidades de derecho público, las personas jurídicas en general, si bien carecen de los órganos materiales con qué ejecutar actos que dañen a terceros, obran sin embargo, desde el punto de vista jurídico, por sí mismas cuando lo hacen sus directores o representantes en ejercicio de su representación. Así las cosas, si en verdad no están afectas sino a la responsabilidad indirecta a que atiende el artículo 2349 del C. C., cuando se trata de daños causados por sus criados o sirvientes en las circunstancias con que allí se condiciona esta responsabilidad, o por el hecho de sus aprendices o dependientes al tenor del artículo 2347 **ibídem,** no por eso dejan de quedar bajo responsabilidad directa cuando los respectivos actos dañosos son obra de ellas mismas, esto es, de quien lleva su dirección, de quien las representa y rige, pues estas personas son consideradas brazos suyos, para emplear el símil con que suele materializarse, por decirlo así, esta actuación y situación legal. Así, análogamente y aun con más claridad por la imposibilidad de identificar las cosas con la persona de su dueño, el artículo 2350 de esa obra hace responsable al de un edificio por los daños que ocasione su ruina; y del propio modo, de los que cause un animal responde su dueño, según el artículo 2353 de ese Código. En el caso del proceso, la implantación firme y segura de los postes de la luz eléctrica, su conservación en buen estado, su revisión continua, son actos administrativos de cargo de la empresa, y son otros tantos deberes de cumplimiento tan severo como es de peligrosa su falta. Como es sabido, el artículo 2356 del C. C. establece una presunción de culpa en el ejercicio de actividades peligrosas. Sobra decir hasta dónde lo es la generación y transmisión del fluído eléctrico y cuánta la importancia de que los potes estén siempre seguros, permanentemente vigilados, y aislados los alambres conductores. Elemental prudencia lo indica. (Casación Civil. Octubre 27 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).87, 2ª

RIÑA

— 245 —

La Comisión redactora del Código estableció la riña como circunstancia atenuante para el homicidio y las heridas, pero no toda riña, sino solamente la imprevista, esto es, la que ha surgido sin preparación o sin el ánimo preconcebido de que se realice. Desde luego debe decirse que a quien ha causado una riña con su provocación, mal puede abonársele en su favor esa circunstancia. (Casación Penal. Febrero 3 de 1948. Tomo LXIII. 2057-2058) 863, 2ª

RIÑA

— 246 —

Mal puede hablarse de riña imprevista en quien resuelve atacar a quienes proceden no solamente en uso de su facultad sino en el cumplimiento del deber que impone la ley a los ciudadanos de capturar y entregar a las autoridades a quienes sorprenden en flagrante delito. (Artículos 24 de la Constitución y 384 del C. de P. P.) (Casación Penal. Mayo 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).

210, 1ª

RIÑA

— 247 —

La riña 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 son 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 se calla lo concerniente a la imprevisión, elemento esencial que la califica, para catalogar el hecho en la disposición del artículo 384 del Código Penal, es porque el Jurado 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 substancial 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 Jurado debe pronunciarse sobre ellas en los términos consagrados por la misma ley. No se peca de formulismo cuando se inquiere por los motivos que el delincuente 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 difícil para los jueces de conciencia afirmar —en cada caso concreto— si la riña se suscitó de un modo imprevisto, o si por otra parte, la imprevisión es factor que influye en la individualización de la correspondiente sanción. (Casación Penal. Julio 22 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 780, 2ª

RIÑA IMPREVISTA

— 248 —

Con relativa frecuencia la doctrina emanada de esta Sala de la Corte ha precisado el contenido jurídico de lo que se entiende por riña, como una actitud violenta de lucha

entre dos o más personas o a base de cambio mutuo de golpes susceptibles de causar un mal físico. Naturalmente, dentro de la actual ley penal, tal actitud se sostiene únicamente en los casos de verdadera riña imprevista, por no subsistir ya como delito autónomo la simple riña. La **imprevisibilidad** de la riña es lo que da al homicidio o a las lesiones que a consecuencia de ésta se produzcan, el carácter de circunstancia modificadora, con las consecuencias prácticas consiguientes, como son la disminución excepcional de la pena en los términos previstos por el artículo 383 del Código Penal y, procesalmente, la posibilidad de la excarcelación para el sindicado que pruebe haber actuado dentro de los límites de esta especie atenuada de homicidio o de lesiones personales, según el caso. Tratándose por consiguiente de una circunstancia modificadora es al Jurado en su caso a quien corresponde responder y precisar este aspecto de la cuestión del hecho delictuoso en cuanto se refieren a la responsabilidad, conforme a nuestra legislación, tienen por juez único al Jurado, quien afirma o niega su existencia. La razón filosófica o más propiamente la razón jurídica de la atenuación en casos como el de la riña imprevista, que convierten el hecho en un delito especial, de responsabilidad atenuada, reside en el aspecto subjetivo intencional del delito, puesto que al calor de la violencia combativa, el sujeto o los sujetos trabados en la pelea hacen expresión de un temperamento irritable que, si no justifica su actitud, por lo menos la explica como un **animus noscendi** sin previsión exacta de las consecuencias, por lo repentino e imprevisto del combate, que revelan en el que ataca o se defiende menor peligrosidad que en aquellos casos en que el dolo representa una elaboración intelectual más detenida y lenta y tiene un contenido preciso y directo en relación con el resultado. Por esta causa, no podía el legislador conferir a toda clase de homicidios en riña la atenuación que sólo atribuye al que se realiza en "riña imprevista". En otras palabras, la riña sólo alcanza el carácter de circunstancia modificadora del hecho delictuoso cuando asume nítidamente los caracteres de imprevista. Y asume el carácter de imprevista cuando se presenta de modo tan fortuito y ocasional que el combatiente no haya podido presumir su ocurrencia porque lógicamente ella, dentro de circunstancias normales, no debía producirse. En estas condiciones no será imprevista para quien verbalmente o por vías de hecho la suscitare o para quien habiendo podido evitarlo racionalmente incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda. En consecuencia, cuando el Jurado no expresa con entera claridad la circunstancia de imprevisión de la riña, y sólo como en el caso del proceso que ocupa a la Corte habla de "riña provocada por el occiso", esta última situación tan sólo alcanza a transformarse en una circunstancia de menor peligrosidad que el Juez de derecho puede tener en cuenta al proferir su fallo.

Desde luego, cuando se habla de un homicidio que se ha realizado en riña imprevista, figura modificadora de la responsabilidad, debe exigirse por parte del Jurado gran claridad en su respuesta y en razón, precisamente de que aquella entidad no es técnica, corresponde a las partes durante la audiencia ilustrarla sobre la importancia y consecuencias de su presunta declaración para que el fallo se acomode a la realidad. (Casación Penal. Marzo 28 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....150, 1ª y 2ª

RIÑA Y PROVOCACION

— 249 —

La riña y la provocación no son una misma cosa. La provocación es la ofensa, la causa que genera el hecho de la riña. La riña

es la pelea, la contienda, el intercambio de golpes entre dos o más personas. Quien se mezcla en una pelea es porque es provocador o ha sido provocado. En tal caso el elemento "provocación" es la causa, el fulminante que determina el estallido de la ira. (Casación Penal. Agosto 27 de 1947. Tomo LXIII. 2055-2056).....435, 2ª

ROBO (Qué debe entenderse por despoblado)

— 250 —

Sobre la circunstancia "en despoblado" han discutido los autores con el deseo de fijar lo que debe entenderse por despoblado, si solamente el campo abierto, los caminos, los predios en que no hay casas habitadas, o si también puede entenderse que se ha realizado un robo agravado por tal característica, cuando el delincuente o delincuentes han penetrado con violencia en una casa o habitación apartada de otras, aunque no haya habitantes en ella. El antiguo código consideraba como delito más grave de robo el cometido en "camino público o en casa, choza, o barraca u otro edificio **habitado** o sus dependencias, fuera de poblado" (art. 778). El actual código no hace ninguna distinción al respecto, pues apenas considera como robo más grave el que se comete "en despoblado o con armas"; y el empleo de estas dos expresiones, en forma disyuntiva, indica que se trata de ataque a las personas o de asalto a las habitaciones aunque no haya habitantes en ellas, pero en todo caso, fuera de un núcleo de población grande o pequeño. (Casación Penal. Mayo 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....210, 1ª

ROBO (Por empleo de llaves falsas)

— 251 —

En el robo debe haber una relación de medio a fin entre la violencia y el apoderamiento del bien mueble, porque la razón para que se considere más grave que el hurto es la de que el ladrón quebranta las seguridades con que las personas rodean sus haberes, y con ello produce mayor alarma social y demuestra mayor peligrosidad. En el caso del proceso existió la violencia porque N. se sirvió de llaves falsas para consumar su delito, y esa circunstancia está considerada no solamente como constitutiva de robo en nuestro Código Penal, sino de robo agravado (artículo 404, ordinal 3°). En este caso el delincuente vence los obstáculos físicos que se consideran como suficientes para resguardarlos de ordinario, lo cual se toma como violencia especialmente peligrosa. (Casación Penal. Mayo 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 208, 1ª

ROBO (Aplicación de la pena)

— 252 —

No es jurídico computar como circunstancia de mayor peligrosidad la indicada en el numeral 9° del artículo 37 (complicidad previamente concertada), no por las razones que el recurrente aduce, pues la preparación ponderada no excluye el concierto previo ya que una sola persona puede preparar un delito sin buscar el auxilio de otros, sino porque esa circunstancia está prevista como agravante especial del hecho. (Artículo 398, numeral 5°). (Casación Penal. Mayo 28 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....204, 1ª

— S —

SANCIONES

— 253 —

Según el artículo 36 del Código Penal las sanciones se imponen teniendo como base cuatro factores, a saber: la gravedad y mo-

dalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, y la personalidad del agente; así lo dejó establecido, por otra parte, la Comisión redactora del citado Código; y una jurisprudencia ya copiosa de la Sala lo ha venido repitiendo desde hace varios años. (Casación Penal. Noviembre 5 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 831, 1ª

SANCIONES (Cuándo hay lugar a hacer la conversión regulada por el artículo 60 del C. P.)

— 254 —

(Véase Casación Penal. Agosto 29 de 1947. "Conversión de sanciones" en el número 89 de este **Indice**).

SEGURO DE VIDA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

— 255 —

Tiene aceptado la Corte como jurídico el que el seguro de vida en casos como el de autos, si bien no limita la correspondiente acción indemnizatoria de perjuicios por el daño causado, y en caso de que esta acción prospere y el seguro se haya pagado o llegare a pagarse, debe descontarse el valor de éste de la suma a que se concrete la condena civil común. (Negocios Generales. Octubre 7 de 1947. T. LXIII. 2055-2056). 488, 2ª

SENTENCIA (En la que se dicta en juicio en que interviene Jurado no es necesario expresar los hechos que se estimen probados)

— 256 —

La obligación de expresar en la sentencia cuáles son los hechos que se consideran probados (numeral 2º del artículo 159 del C. de P. P.), quizás concierne más directamente a aquellos fallos dictados por los Jueces de Circuito y, en general, a los que se llaman "de derecho". Porque si en los demás (los que dictan los Jueces Superiores como corolarios del veredicto del Jurado) la apreciación de la prueba corresponde a los jueces de conciencia, y si no debe investigarse por qué medios adquirieron aquéllos su convicción, es inoficiosa y aun aventurada la declaración del juez de la causa sobre determinados hechos para tomarlos como probados. El veredicto se acoge o se rechaza. Si se acepta, es porque resulta de acuerdo con el contenido probatorio del proceso; pero el Juez no podría indicar qué parte de ese contenido le sirvió al Jurado para formar su juicio, ni de dónde partió para adquirir ese convencimiento íntimo que originó su decisión. Y si se rechaza, es porque el Juez encuentra que el veredicto es manifiestamente contrario a la verdad procesal. Allí sí (etapa de las instancias) cabría una explicación del Juez de derecho sobre el punto a que se refiere la causal 5ª. (Casación Penal. Agosto 25 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) . 424, 2ª

SENTENCIA (Alcance de la cosa juzgada)

— 257 —

En principio, una sentencia no tiene fuerza de cosa juzgada sino contra las personas indicadas en el artículo 474 del C. J. Las hay que excepcionalmente producen ese efecto **erga omnes**. De ellas la de un juicio como el presente (C. C., artículo 401, C. J., art. 475). Esta calidad excepcional de la sentencia no es lo que determina el provecho o perjuicio contemplados en el artículo 233, pues si lo fuera cabría acción y coadyuvancia popular en los juicios sobre estado civil, que sería absurdo. Cuando la ley atribuye este efecto a tales sentencias, lo hace cardinalmente por lo que el estado civil significa como cuestión de orden público, lo que, de

otro lado, explica lo antedicho sobre delimitación del personal que en estas contiendas interviene. (Casación Civil. Auto. Octubre 14 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 68, 1ª

SENTENCIA (Qué providencias pueden ser calificadas como tales)

— 258 —

La Corte insiste en que las resoluciones judiciales sólo pueden ser calificadas como sentencias cuando están comprendidas exactamente dentro de la definición que trae el numeral 1º del artículo 466 del C. J., o sea cuando "deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncien en primera o segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario", pues como lo dijo en su informe la Comisión revisora del actual C. J. esa clasificación está reservada "únicamente para las decisiones que recaen sobre lo principal del pleito". Es notorio, pues, que para la clasificación de una resolución judicial como sentencia el primordial criterio que debe seguirse es el que toma en cuenta el fondo, el contenido o alcance de la resolución respectiva.

El motivo del numeral 7º del artículo 520 del C. J. no entraña una excepción a la regla de que sólo son revisables en casación las sentencias que recaen sobre la controversia que es materia del juicio o sobre lo principal de éste, porque cuando un Tribunal en el momento de decidir sobre el mérito del pleito reconoce y declara su propia incompetencia para conocer de él, resuelve sobre el proceso o controversia, pues se pronuncia sobre un tema que constituye materia de la propia sentencia, que debe ser examinado oficiosamente por todo funcionario judicial, como que se trata de uno de los presupuestos procesales indispensables para la debida formación de la relación procesal y cuya constatación previa es necesaria para poder proferir una decisión sobre lo principal del pleito.

La Jurisprudencia de la Corte, siguiendo de cerca la doctrina acogida por los más calificados procesalistas, ha aceptado y reconocido que las sentencias o decisiones judiciales de fondo son de dos clases: estimatorias o desestimatorias de la demanda. Las primeras se clasifican o dividen a la vez en condenatorias, declarativas y constitutivas, según sea la naturaleza de las acciones incoadas y el contenido de la respectiva decisión. Las sentencias desestimatorias, que son aquellas que niegan o rechazan la acción entablada, ya sea en forma definitiva o temporal, se producen cuando, por ejemplo, se decide que el actor carece de la acción propuesta o que no la ha demostrado plenamente; o cuando, aun teniéndola y demostrándola debidamente, surge la comprobación de un hecho extintivo, como el pago o la prescripción; o, cuando en el mismo caso de que le asista y la demuestre, aparece probado un hecho impeditivo, como la excepción de contrato no cumplido o el beneficio de excusión, o en todos aquellos casos en que no concurren los presupuestos procesales, como cuando el juez es incompetente para conocer del pleito. (Casación Civil. Auto. Febrero 10 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) .. 653, 1ª y 2ª

SERVIDUMBRES (Juicios sobre regulación de)

— 259 —

Los juicios que tienen por objeto pedir que se regule el ejercicio de una servidumbre escapan al trámite del juicio ordinario y son apenas especiales. La sentencia que en ellos se dicte no es susceptible, pues, del recurso extraordinario de casación. (Casación civil. Auto. Octubre 31 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 96, 1ª

SIMULACION

— 260 —

Tratándose de demostrar entre los contratantes la existencia de una simulación cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informa los artículo 1759 y 1766 del Código Civil y del segundo aparte del artículo 91 de la Ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial, que la verdad de las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados es preciso destruírla oponiéndole una prueba de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, confesión o principio de prueba que entonces puede conplementarse con testigos, presunciones o indicios, y con todo medio probatorio. (Casación civil. Febrero 11 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).

667, 2ª

SIMULACION

— 261 —

Jurisprudencialmente se ha venido adoptando la clasificación que los doctrinantes hacen de la simulación, como fenómeno jurídicamente lícito y no inductivo por sí mismo de nulidad, en dos grandes tipos o grados: la absoluta y la relativa, entendiéndose que la primera, llamada también integral o completa, tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico de mera apariencia, sin ninguna realidad, porque simultáneamente con él se celebra un acto oculto, una contraestipulación válida por medio de la cual se destruyen convencionalmente los efectos del acto ostensible. Dentro de la tesis, adoptada y sostenida por la Corte, de que la simulación, en el campo de licitud en que se ha aceptado como fuente de relaciones jurídicas, no es **per se** motivo de nulidad, ha venido tratándose de precisar las diferencias que existen entre la nulidad y la simulación absoluta, difíciles de ver cuando, descomponiendo el mecanismo de la simulación, se mira sólo el acto aparente que en sí carece realmente de consentimiento y causa, que son elementos esenciales para la formación del acto jurídico; pero que pueden discriminarse si no se pierde de vista el acto oculto, inseparable del público en la figura de la simulación, que trasunta la voluntad jurídica, el consentimiento válido de los creadores de la simulación. Pudiera decirse que en el fenómeno simulatorio existe un verdadero contrato consistente en la creación de una apariencia jurídica para conseguir determinado fin con la expresa estipulación aunque oculta de hacerla desaparecer, de destruírla, una vez alcanzado el fin que se propusieron y que podría tenerse, jurídicamente hablando, como la causa o motivo que los indujo a contratar. Desde el punto de vista del consentimiento no hay duda porque la simulación no se concibe sino como el resultado de la voluntad jurídicamente válida de los contratantes. Los contratos afectados de nulidad absoluta son actos serios al punto de que para obtener la declaración de su ineficacia resultaría improcedente la acción de simulación que es esencialmente de prevalencia. A su turno, un acto simulado, en que la falta de consentimiento es producto de la voluntad de crear la apariencia para ocultar el consentimiento válido de la contraestipulación, no puede ser invalidado con acción de nulidad porque ese acto representa incuestionablemente un acuerdo válido de voluntad de parte de los simuladores que legalmente origina obligaciones entre ellos.

La jurisprudencia, sin embargo, se resiente de imprecisión acerca de si la simulación absoluta o integral se resuelve o no en una acción de nulidad, porque a la dificultad

doctrinaria de mantener visible el deslinde de esas dos figuras jurídicas, análogas y tangenciales, se agrega el confusionismo de que a este respecto adolecen generalmente las demandas en que se plantea la ineficacia de los actos jurídicos, al extremo de que se ha llegado a adoptar la posibilidad, a opción del demandante, de seguir la vía de la nulidad con fundamento en la falta de las condiciones esenciales del acto jurídico, o la de la simulación-prevalencia planteándole al juez la inexistencia del acto aparente o simulado, no como resultado de su nulidad radical, sino como efecto jurídico de una convención oculta, en cumplimiento de una obligación libre y válidamente acordada con el objeto de destruir los efectos del contrato aparente. "De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad absoluta —ha dicho la Corte en referencia a un caso de las llamadas escrituras de confianza—, al punto de que, como en algunos de sus aludidos fallos, ha dicho esta Sala, pueda pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno o lo otro. (G. J. T. LVIII. página 196).

Dentro de esta tesis, sin desconocer las diferencias sustanciales que separan la acción de nulidad de la de simulación-prevalencia, la solución judicial es atenerse a la demanda para deducir, según sean los hechos en que se asiente y los términos en que se pida la declaración de ineficacia jurídica, si la decisión hay que hacerla a la luz de los principios que rigen la nulidad, o si se trata de un caso de simulación para hacer prevalecer con obligatoriedad contractual una contraestipulación oculta contra una apariencia convenida.

El Tribunal sentenciador obró jurídicamente al restringir la libertad probatoria cuando el contrato ostensible se ha hecho constar por escrito, ya porque sea legalmente solemne o porque las partes lo hayan querido así, exigiendo una prueba también escrita de la voluntad oculta, o por lo menos un principio de prueba por escrito o la confesión del simulante, porque la plena fe que contra los contratantes hacen las declaraciones del acto público no puede invalidarse sino oponiéndole una prueba de igual categoría. Esta cuestión de la conducencia y eficacia de la prueba en materia de simulación es de la mayor importancia porque a ella se vincula el éxito o el fracaso de la acción de prevalencia del acto oculto, y tiene sobrado fundamento en la necesidad de garantizar la estabilidad de los derechos y la seguridad del comercio jurídico que exige que cuando los contratantes han revestido sus acuerdos de voluntad con las formalidades requeridas por la ley para producir sus efectos civiles no les sea permitido demostrar la insinceridad de sus declaraciones con el uso ilimitado de los medios de prueba, sino de ciertas restricciones deducidas de los principios del derecho probatorio, que imponen el concurso de determinados elementos de convicción. Esta doctrina jurisprudencial sobre admisibilidad y eficacia de los diversos medios legales de prueba, de vigoroso fundamento en la ley, opera según que la declaración de simulación se invoque por algunas de las partes simulantes o por un tercero, pero en manera alguna se condiciona, contra lo que sostiene el recurrente, con la calidad de integral o relativa de la simulación demandada. (Casación Civil. Octubre 22 de 1947. T. LXIII. 2053-2054).....72, 2ª y 73, 1ª y 2ª

SOCIEDAD COLECTIVA (Interpretación del artículo 545 del Código de Comercio)

— 262 —

El artículo 545 del Código de Comercio se refiere a las acciones de terceros acreedores que tengan derechos contra la sociedad comercial colectiva, por deudas contraídas por

ésta y de las que son solidariamente responsables los asociados. Ignorándose las razones que tuvo el legislador para reducir el plazo de la prescripción en la hipótesis del artículo 545, bastaría el tenor literal de esa disposición y su relación con las que le siguen en la sección de que forma parte, para concluir que las acciones a favor de la sociedad mercantil colectiva, o de un socio colectivo, por cesión de la sociedad, no prescriben por el lapso de tiempo sino conforme a las reglas generales del derecho común, a menos que haya alguna disposición especial en favor del deudor. (Casación Civil. Febrero 28 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 717, 1ª

SOCIEDAD CONYUGAL (Capacidad legal de la mujer casada)

— 263 —

En cuanto a la capacidad legal concedida a la mujer por la Ley 28 de 1932 y lo declarado en la 68 de 1946, es necesario, contemplar dos situaciones distintas:

a) Con respecto a los bienes sociales existentes para el 1° de enero de 1933 como de la sociedad conyugal, se entiende que dicha sociedad no se ha liquidado y que el bien 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 primero de enero de 1933, cada uno de ellos tiene la libre disposición de los que por cualquier causa adquiera. (Casación Civil. Febrero 13 de 1948. T. LXIII. 2057-2058).. 735, 2ª

SOCIEDAD CONYUGAL

— 264 —

En el caso del proceso sostiene el recurrente que para que el terreno adquirido por la sociedad conyugal, contiguo a una finca propia de uno de los cónyuges, a cualquier título que lo sea, común o comunicable, según el artículo 1781 del C. C., pueda formar comunidad, es necesario que sea el mismo cónyuge propietario del bien antiguo, que personalmente adquiera la nueva propiedad y que en el caso de autos fue el marido y no la esposa quien compró, por lo cual no puede considerarse el problema a la luz de la parte final del artículo 1784 del Código Civil, y que al no entenderlo así violó el Tribunal el precepto citado. No se ve la razón lógica o jurídica que pueda existir para que sea el mismo cónyuge propietario del bien antiguo quien haga la adquisición y no su consorte. Si el bien va a ser común, si se cumplen los demás requisitos señalados por el artículo comentado, no aparece el motivo suficiente para que pueda considerarse que únicamente puede comprar el cónyuge dueño de la antigua propiedad. El argumento del recurrente podría aceptarse si se tratara de la compra de un lote por uno de los cónyuges para complementar un bien de su exclusiva propiedad; pero aún así surgirían dudas, pues lo importante sería el objeto de la compra y no la persona del adquirente. Lo que determina la diferencia es el fin para el cual se adquirió la nueva propiedad, si para completar como parte accesoria un bien de uno de los cónyuges, o para que formando con una heredad contigua, de propiedad exclusiva de uno de ellos, un bien o edificio de que el terreno últimamente adquirido no puede desmembrarse, se venga a constituir una comunidad. Para formar ésta da igual que uno u otro de los cónyuges sea el adquirente del nuevo bien. Las mismas consideraciones que acaban de expresarse se harían pertinentes con respecto a la otra condición que el recurrente considera como esencial para que se constituya la comunidad, o sea, la de que la compra del inmueble por la sociedad conyugal sea posterior a la adquisi-

ción hecha por uno de los cónyuges de un bien con el cual se va a establecer el condominio. (Casación Civil. Agosto 29 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) ..... 375, 1ª y 2ª

SOCIEDAD CONYUGAL (Enajenación de bienes sociales adquiridos antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932)

— 265 —

En virtud de la Ley 68 de 1946, que por vía de interpretación señaló la manera cómo debe entenderse la Ley 28 de 1932, se vio precisada la Corte a rectificar su anterior jurisprudencia en la cual se venía sosteniendo que el marido, desde el 1º de enero de 1933 había perdido el carácter de jefe único de la sociedad conyugal y consecuencialmente su investidura de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, lo que de manera lógica e ineludible llevaba a la aceptación de que había perdido sus antiguas facultades dispositivas y de que, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del esposo, el haber conyugal había quedado bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. El legislador de 1946 se apartó de este modo de entender el estatuto legal que le dio una nueva posición a los derechos de la mujer en el matrimonio y en su lugar declaró, con autoridad definitiva, su verdadero alcance. (Casación Civil. Octubre 16 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 384, 2ª

SOCIEDAD CONYUGAL

— 266 —

En virtud de la Ley 68 de 1946, que por vía de interpretación señaló la manera cómo debía entenderse la Ley 28 de 1932, la Corte se vio precisada a rectificar su anterior jurisprudencia en la cual se venía sosteniendo que el marido, desde el 1º de enero de 1933, había perdido el carácter de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, lo que de manera lógica e ineludible llevaba a la aceptación de que había perdido sus antiguas facultades dispositivas y de que, por el fenómeno de la aparición de otro jefe, con iguales facultades a las del esposo, el haber conyugal había quedado bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. El legislador de 1946 se apartó de esta manera de entender el estatuto legal que le dio una nueva posición a los derechos de la mujer en el matrimonio, y en su lugar declaró, con autoridad definitiva, su verdadero alcance, en el sentido de considerar que las sociedades en cuestión que no se hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a la ley del año de 1932, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen antiguo, o sea, bajo las disposiciones del Código Civil, respecto de los bienes adquiridos por tales sociedades antes del 1º de enero de 1933.

En esta forma se expresó el legislador con facultades suficientes para hacerlo, contra la jurisprudencia sentada por la Corte, por medio de la cual se propuso impedir la supervivencia de textos que consideró abolidos y que, de haberse aceptado, conducían inevitablemente en su concepto a la yuxtaposición de sistemas antagónicos. Esta doctrina tuvo como fundamento los principios jurídicos consignados en los artículos 19, 20 y 23 de la Ley 153 de 1887, que impone la aplicación inmediata de las nuevas normas a todas las sociedades conyugales existentes al tiempo de su vigencia, y dio apoyo para sostener que las disposiciones de la ley 28, de acuerdo con los propósitos que la inspiraron, favorecían no solamente a las mujeres casadas después del día inicial de su imperio, sino también a las que se casaron antes. (Casación Civil. Octubre 16 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) ..... 80, 2ª y 81, 1ª

SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS (Requisitos para su existencia)

— 267 —

Sobre la existencia de sociedades de hecho entre concubinos dijo ya la Corte lo siguiente: "De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito. Se presumirá ese consentimiento; se inducirá de los hechos el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones: 1ª—Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2ª—Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3ª—Que la colaboración entre ellos se desarrolle en pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluído de una participación activa en la dirección; 4ª—Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios... Si la sociedad —lo que es muy frecuente— se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien, además, para poderla reconocer, estas dos circunstancias adicionales: 1ª—Que la sociedad no haya tenido por fin el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuera del matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, **pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa.** 2ª—Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos". (Casación Civil. Septiembre 10 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 21, 2ª

SUMARIO (Violación de la reserva del)

— 268 —

El procedimiento que debe seguirse en caso de violación de la reserva de un sumario, por parte de los empleados que hayan tenido noticia de él en virtud de sus empleos (hecho delictuoso no comprendido en el artículo 34 de la Ley 29 de 1944), es el señalado en el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, por ser una disposición de carácter especial. El artículo 34 de la Ley 29 de 1944 (sobre prensa) se refiere, como es obvio, a personas particulares distintas del "juez o funcionario del conocimiento", pues éste no ha de imponerse penas a sí mismo; mientras que la del artículo 276 del código citado se refiere también a "los empleados que han conocido del sumario en ejercicio del cargo". Naturalmente que la primera parte del inciso primero del citado artículo 276 fue sobrogada por el 34 de la ley 29, pero no el resto del precepto,

que está vigente en lo que atañe con los empleados o funcionarios. (Casación Penal. Auto. Mayo 14 de 1947. T. LXIII. 2053-2054)
183, 2ª

SUSPENSION DE FUNCIONARIOS (No corresponde a la Corte la de los Magistrados de los Tribunales)

— 269 —

Aun cuando la Procuraduría opina que la "autoridad correspondiente" (expresión que se emplea en el artículo 392 del C. de P. P.) no es otra que aquella que hizo el nombramiento, la Sala no se atreve a asegurar que a ella le corresponda proveer en reemplazo de la ley, creando la norma que hace falta sobre suspensión de ciertos empleados en el ejercicio de sus cargos. Lo que vale decir que no le corresponde a la Corte la suspensión de los Magistrados que ella misma nombró. (Casación Penal. Auto. Octubre 23 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 818, 2ª

— T —

TENTATIVA

— 270 —

La tentativa de delito en el Código Penal colombiano, está integrada por estos factores:

a) Propósito de cometer un delito determinado; el propósito supone el concepto intencional de realizar por medio de actos externos e idóneos, un delito previamente tipificado en el Código de las Penas.

b) Actos de ejecución en orden a realizar el fin propuesto; es decir, traducción o prolongación de la voluntad criminal al mundo exterior por medio de actos de ejecución que concretan el fin dentro de la esfera de consumación del delito.

c) Falta de realización material del hecho criminoso, no dependiente del agente activo del delito sino de circunstancias ajenas a su voluntad.

Cuando en la realización de un hecho determinado se llenan los factores que se dejan expuestos, surge la figura jurídica de la tentativa, pero cuando falta uno de ellos, el pensamiento delictuoso puede transformarse o el hecho puede salirse de la órbita penal. Ni el propósito o la intención criminal ni los actos de ejecución en orden al fin propuesto, ni la falta de realización del objeto perseguido por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, independientes unas de otras, constituye la tentativa, es necesario que los tres factores se encuentren unidos para que se perfile esa figura.

Cuando el delincuente obra bajo el impulso de una pasión; no puede afirmarse con certeza, que la intención de cometer un delito esté previamente determinada en el ánimo del agente. En estos delitos que se denominan de "dolo de ímpetu" la pasión perturba las facultades psíquicas del agente, la rapidez de la acción producida por la exaltación del ánimo ofusca la mente para pensar en las consecuencias del hecho. En estos casos no puede afirmarse con precisión que el fin perseguido sea distinto del que se realiza. Por este motivo, el resultado debe ser la norma que sirve al juzgador para calificar el delito. (Casación Penal. Junio 24 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) ..... 754, 1ª y 2ª

TERMINO PROBATORIO EN LOS JUICIOS PENALES (Interpretación del artículo 444 del C. de P. P.)

— 271 —

La expresión "no mayor de diez días" que emplea el artículo 444 del Código de Procedimiento Penal quiere decir que hasta ese tiempo puede señalar el Juez para que se

haga la manifestación de que allí se trata, que ese es el límite que no se ha de traspasar y, **a contrario sensu,** significa que puede señalar uno menor. Si alguna duda quedara la desvanecería el artículo siguiente. Ese término no es para **practicar** las pruebas, sino para manifestar si hay algunas que **pedir.** El Juez puede decretar de oficio la apertura a pruebas si lo estima conveniente y las partes tienen dos días para indicar cuáles son las que estiman que deben realizarse. Para practicarlas puede señalarse hasta 30 días, no contadas las distancias. (Casación Penal. Mayo 7 de 1947. T. LXIII. 2053-2054)

174, 2ª

TESTAMENTO (No es inhábil para ser testigo de un testamento el colono aparcero)

— 272 —

En la inhabilidad para ser testigo de un testamento de que habla el artículo 1068 del Código Civil no se comprende al colono aparcero, dada la definición que trae el Diccionario de la Academia de la palabra "dependiente", pues el aparcero no está ligado con vínculo alguno de dependencia, sea de autoridad o de subordinación económica con el testador, desde luego que entre los dos lo que existe es un contrato de arrendamiento por medio del cual el último concede el goce de un predio rústico al primero y éste se compromete a pagar a aquél en calidad de precio por ese goce con una parte alícuota de los frutos que la cosa produzca. (Artículos 1973 y 2041, C. C.). En ese contrato las dos partes actúan y sus relaciones se desarrollan sobre un mismo plano jurídico y en evidente pie de igualdad, lo que de suyo excluye la subordinación o dependencia del uno para con el otro. Sin desvirtuar su esencia y naturaleza propias no es posible sostener que el contrato de aparcería genera o envuelve un contrato de trabajo. Basta recordar en efecto que conforme al artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 sólo hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. Son características esenciales de este contrato que el empleado u obrero preste un servicio personal; que lo haga bajo la continuada dependencia del patrón; que reciba por ese servicio una remuneración, que es pagada por el patrón. En el contrato de aparcería no concurren estos elementos: el arrendatario no está obligado a prestar servicio personal alguno al arrendador pues lo que existe, en cambio, es el derecho de gozar del predio rústico arrendado, de utilizar sus frutos, derecho que ejercita dentro de las limitaciones legales pero en completa independencia para con el arrendador; el arrendatario, al contrario del empleado, no recibe remuneración del arrendador, pues éste le concede el goce de la cosa, recibiendo de manos del arrendatario como contraprestación el precio o remuneración del arriendo, que consiste en parte de los frutos percibidos. (Casación Civil. Noviembre 6 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) ..... 100, 1ª y 2ª

TESTIMONIO (Cuándo puede recibirse válidamente el de una persona contra sus parientes)

— 273 —

El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, encarna un desarrollo lógico del precepto constitucional cuando dice: que a nadie se puede obligar 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, porque ello iría contra el estado de armonía que debe existir en la familia y contra las relaciones o víncu-

los de afecto que la naturaleza crea entre personas que se hallan ligadas por la sangre.

Pero esta prohibición no impide que los parientes del ofendido declaren sobre los hechos, que directa o indirectamente lesionan los intereses o la persona de sus ascendientes, descendientes, hermanos o allegados, porque en este supuesto no se busca ni se crea con esas declaraciones una pugna de vínculos familiares, sino el descubrimiento de la verdad. Y sobre los testimonios de los parientes, cuando éstos reúnen las condiciones exigidas por la ley, el Juez, dentro de la facultad que le otorga el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, puede fundar una condena sin que por este hecho se incurra en nulidad procedimental. (Casación Penal. Mayo 14 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) .....178, 1ª y 2ª

TIERRAS (Régimen jurídico del traspaso de la propiedad de tierras en la Colonia)

— 274 —

No fue idéntico a través de la vida colonial el sistema jurídico que ordenaba el traspaso de la propiedad de las tierras de la Corona a las entidades públicas municipales. Antes de la expedición de las Ordenanzas dadas por el Monarca Felipe II en el año de 1573 "sobre descubrimiento nuevo y población", rigió —a lo menos en los primeros tiempos que siguieron al descubrimiento de América— el sistema de las capitulaciones, en cuya virtud el descubridor y conquistador pactaba con el Rey directamente o con los Virreyes, Presidentes, Gobernadores, u otras autoridades reales, acerca de la manera como debía cumplirse la colonización de nuevos territorios y la fundación de ciudades o poblaciones. En las aludidas capitulaciones se establecían los derechos del capitulante y se fijaban las reglas a las cuales debía sujetarse el establecimiento de poblaciones. No obstante lo especial de cada uno de aquellos convenios, sin embargo se nota en ellos la vigencia de normas que tienen generalidad respecto a la organización que había de darse a las poblaciones y a la entrega de tierras para ese fin. Pero donde aparece ya sistematizado un régimen en el particular es en las célebres Ordenanzas de 1573 ya citadas, expedidas por Felipe II. Allí se encuentra una amplia estructuración jurídica de la materia. Hay en las Ordenanzas de 1573 disposiciones que atienden al procedimiento que debía seguirse en la entrega de las tierras a las poblaciones, con indicación de lo que en cada caso había de aplicarse a ejidos, dehesas, pastos y propios: es decir, a objetos de aprovechamiento común, unas veces de servicio público y otras para derivar rentas de las tierras a favor de la entidad pública. De otro lado, se encuentran reglas que ordenan los repartimientos de tierras y solares a los pobladores, o sea el medio jurídico de transferir a particulares el dominio territorial.

El Código de Indias, llamado también Recopilación, expedido en 1680 incorporó las ordenanzas sobre descubrimiento nuevo y población de 1573. Este Código reproduce en lo esencial la doctrina de las ordenanzas mencionadas. Varias leyes del Código no son otra cosa sino traslado literal, o casi literal, de diversos capítulos de las Ordenanzas. (Negocios generales. Diciembre 10 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) ..... 893, 1ª y 2ª

TRABAJOS PUBLICOS

— 275 —

La ley colombiana no ha definido lo que debe entenderse por trabajos públicos, expresión que sólo se incorporó al léxico jurídico nacional con la expedición del vigente Código de lo Contencioso Administrativo. Los antecedentes inmediatos de la institu-

ción referente a la reparación por vía administrativa de los daños sufridos por particulares a causa de trabajos públicos del Estado y las entidades políticas inferiores se encuentran en la Ley 38 de 1938, pero este texto no consagra en ninguna parte la expresión de que se trata, ni indica cuáles sean los elementos que estructuran el estatuto. Por su parte, el actual código, que modificó la anterior legislación sobre la materia y organizó sobre bases más racionales y técnicas el procedimiento para ventilar jurisdiccionalmente las indemnizaciones sobre toda especie de trabajos de la administración, tampoco dice en qué consisten éstos; por lo cual acude la Corte a la doctrina de los autores que tratan de este punto, como Bonnard, Rolland, Mestre, Waline y otros, los cuales han llegado a coincidir —con más o menos diferencias en la apreciación de los factores adjetivos o circunstanciales— en que para que haya trabajo público deben reunirse las siguientes tres condiciones esenciales:

1ª—El trabajo debe ser hecho por cuenta de una persona administrativa;

2ª—Debe responder a un objeto de interés general, o con mira a un servicio público;

3ª—Debe necesariamente recaer sobre la construcción o reparación de un inmueble.

La ley colombiana vigente (167 de 1941) incorpora estos tres elementos fundamentales en el régimen de los trabajos públicos administrativos para los efectos de regular las acciones indemnizatorias a que pueden dar lugar por parte de los particulares, cuando una propiedad privada es ocupada por un trabajo de esta índole o con motivo de las operaciones de construcción o reparación se causa un daño a la misma. Así puede verse en el Capítulo XXII del Código que los trabajos que realizan las entidades de derecho público dan origen a la indemnización por la vía contencioso administrativa que allí se consagra (artículos 261 y 262). De la misma manera, la ocupación que origina la acción indemnizatoria debe recaer sobre inmuebles de propiedad privada (artículo 269). Finalmente, en lo que respecta al objeto de la obra —vinculación a un servicio público o de interés social— está implícitamente contenido en el fin a que se destina, pues sólo en el caso en que las entidades de derecho público construyan o reparen un inmueble determinado perteneciente a su dominio privado, dejan de aplicarse las regulaciones propias de los trabajos públicos, y la acción respectiva se desplaza a la justicia ordinaria.

Bajo el régimen anterior —el de la Ley 38 de 1918— el damnificado debía demostrar plenamente la existencia de una providencia u orden de la autoridad administrativa como fuente del daño, y de otra parte el beneficio o provecho que con el trabajo público hubiera recibido el Estado, el Departamento o Municipio por cuya cuenta aquéllos se realizaban. En cambio, desde la expedición del Código actual basta que se compruebe la ocupación o el daño para que quede comprometida la responsabilidad civil de la administración y se obtengan las consiguientes reparaciones pecuniarias sin que sea necesario acreditar la culpa o la falta de la entidad oficial que emprende los trabajos ni que con éstos reciba ella beneficio de algún género. Tampoco la noción delictuosa o culposa juega papel ninguno en el ejercicio de esta acción, como no sea para determinar la responsabilidad de los funcionarios o agentes autores materiales del daño en los casos de infracción de carácter penal.

Las siguientes reglas generales dominan la compleja materia de la competencia en este ramo:

1ª—La jurisdicción especial de lo contencioso administrativo está limitada al conocimiento de las controversias resultantes de la ocupación o daño de propiedades inmuebles, originados uno y otro, en trabajos públicos que se emprenden o ejecutan por cuenta del Estado o de otras personas administrativas

(artículos 34, ordinal 2º, 52, ordinal 7° y 261 a 270 del Código de lo Contencioso Administrativo). Las demás cuestiones a que den ocasión los mismos trabajos, siguen siendo ventilables ante los jueces ordinarios, por imperio de los mandatos establecidos en el Código Judicial.

2ª—La competencia para el reconocimiento del perjuicio por daño la tienen los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, según los casos, cuando éste recae directamente sobre una propiedad privada, pues los de naturaleza distinta —daños a las personas, por ejemplo— corresponden a la juridicción común. Contrariamente a la doctrina francesa la ley colombiana ha instituído la competencia general en los Tribunales ordinarios y radicado en los administrativos lo concerniente a la indemnización por trabajos públicos, sólo en cuanto con éstos sobrevenga un daño en la propiedad particular. El contencioso administrativo de los trabajos públicos tiene, pues, dentro del régimen colombiano, un carácter excepcional. La responsabilidad de la administración en estos casos surge por ministerio de la ley independientemente del delito o la culpa imputable a los agentes o funcionarios públicos que los ejecuten y de ahí que se presente con modalidades particulares o especiales dentro de los principios dominantes en el derecho colombiano sobre responsabilidad extracontractual. En tanto que las demás clases de daños están fundadas en la culpa o falta de la administración, la cual deberá demostrarse, o simplemente presumirse en los eventos comprendidos en el artículo 2356 del Código Civil.

Los daños causados por una obra pública —o sea el resultado del trabajo concluído— son cuestiones ajenas a la jurisdicción administrativa y, por consiguiente, del resorte de la judicatura común.

En cuanto a la reparación del daño proveniente de los trabajos públicos deberá presentar los siguientes caracteres para ligar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa:

1º—**Debe ser material,** entendiéndose por esto que la propiedad particular sea objeto de un daño de índole estrictamente física causado por los funcionarios o agentes que operan los trabajos públicos o por las cosas destinadas a los mismos durante el curso de las operaciones de construcción, reparación o mantenimiento de una obra pública, v. gr., los actos que causen la destrucción de cercas, tala o incendio de árboles, inutilización de frutos, privación o disminución en el beneficio de las aguas, dificultad de acceso de las vías públicas y otros de la misma índole.

2º—**Debe ser actual y cierto,** es decir, existente en el momento en que la acción se ejercita y no simplemente eventual.

3º—**Debe ser directo.** Se dirá que hay daño directo cuando entre el hecho alegado como su causa —las operaciones materiales de construcción de la obra pública— y el daño sufrido por la propiedad particular ningún elemento extraño puede interponerse como hecho dañoso. Es preciso, pues, que haya una relación directa de causa a efecto; y, por tanto, no puede explicarse el daño más que por el trabajo ejecutado y no por otra causa distinta o concurrente con él. (Negocios Generales. Septiembre 27 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 286, 1ª

TRABAJO (Competencia para conocer de controversias relacionadas con el mismo)

— 276 —

A partir de la vigencia del artículo 7º de la Ley 24 de 1947 los asuntos a que él alude corresponden a la justicia del trabajo. (Negocios Generales. Auto. Febrero 12 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 923, 1ª

TRABAJOS PUBLICOS (El conocimiento de cuáles cuestiones relacionadas con éstos es de competencia de la jurisdicción ordinaria)

— 277 —

Según los autores, para que haya trabajo público deben reunirse las siguientes tres condiciones:

1ª—El trabajo debe ser hecho por cuenta de una persona administrativa;

2ª—Debe responder a un objeto de interés general, o con mira a un servicio público;

3ª—Debe necesariamente recaer sobre la construcción o reparación de un inmueble (artículos 261, 262, 269, Ley 167 de 1941).

Sobre la compleja materia de la competencia dominan las siguientes reglas generales:

1ª—La jurisdicción especial de lo contencioso administrativo está limitada al conocimiento de las controversias resultantes de la ocupación o daño de propiedades inmuebles, originados una u otro en trabajos públicos que se emprenden o ejecutan por cuenta del Estado o de otras personas administrativas (artículos 34, ordinal 20, 52, ordinal 7° y 261 a 270 del Código de lo Contencioso Administrativo). Las demás cuestiones a que den ocasión los mismos trabajos, siguen siendo ventilables ante los jueces ordinarios, por imperio de los mandatos establecidos en el Código Judicial.

2ª—La competencia para el reconocimiento del perjuicio por daño la tienen los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, según los casos, cuando éste recae directamente sobre una propiedad privada, pues los de naturaleza distinta —daños a las personas, por ejemplo— corresponden a la jurisdicción común. (Negocios generales. Octubre 2 de 1947. T. LXIII. 2055-2056)

481, 1ª y 2ª

TRABAJOS PUBLICOS (Características que debe tener el daño proveniente de la ejecución de éstos para que de la controversia conozca la jurisdicción administrativa)

— 278 —

En orden a la reparación del daño proveniente de los trabajos públicos deberá presentar los siguientes caracteres para ligar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa:

1°—**Debe ser material,** entendiéndose por esto que la propiedad particular sea objeto de un daño de índole estrictamente física causado por los funcionarios o agentes que operan los trabajos públicos o por las cosas destinadas a los mismos durante el curso de las operaciones de construcción, reparación o mantenimiento de una obra pública, v. gr., los actos que causen la destrucción de cercas, tala o incendio de árboles, inutilización de frutos, privación o disminución en el beneficio de las aguas, dificultad de acceso a las vías públicas y otros de la misma índole.

2°—**Debe ser actual y cierto,** es decir, existente en el momento en que la acción se ejercita y no simplemente eventual.

3°—**Debe ser directo.** Se dirá que hay daño directo cuando entre el hecho alegado como su causa —las operaciones materiales de construcción de la obra pública— y el daño sufrido por la propiedad particular ningún elemento extraño puede interponerse como hecho dañoso. Es preciso, pues, que haya una relación directa de causa a efecto; y, por tanto, no puede explicarse el daño más que por el trabajo ejecutado y no por otra causa distinta o concurrente con él. (Negocios generales. Octubre 2 de 1947. T. LXIII. 2055-2056) 484, 1ª

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TRASLADO (Objeto de la institución en materia procesal penal)

— 279 —

El traslado en el proceso penal se ha instituído para garantía de los derechos de las partes (acusación y defensa), a fin de que ellas, con vista en el expediente, puedan prepararse para el debate público, y también para garantía de la función de los jurados, a fin de que éstos comiencen a formar en su conciencia el juicio que ha de guiarlos en la emisión del veredicto; el traslado en el proceso penal es, pues, la institución que otorga los medios eficaces de realización de la actividad funcional de las partes y del jurado; se deduce de esta noción que si aquéllas y éste, por la negativa del derecho al traslado, no pueden desempeñar su cometido, fueron privadas de la garantía constitucional y entonces sí podría ser ésta alegada; pero si, como aquí ha ocurrido, a pesar de no haberse ordenado el traslado que ordena la ley (artículo 418), las partes asintieron tácitamente a la omisión mediante el no ejercicio del derecho al reparo, e intervinieron en las posteriores etapas del proceso y también y especialmente en la audiencia, en forma que demostró inequívocamente el conocimiento del proceso como si el traslado se hubiera realizado, entonces el fundamento de la nulidad desaparece, con más razón, si la omisión objetada, por causa de la posterior intervención, no causó lesión alguna a los intereses del proceso y de las partes. (Casación Penal. Marzo 27 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) ..... 142, 2ª y 143, 1ª

— V —

VENTA (Prueba de la falta de pago)

— 280 —

La disposición del artículo 1934 del C. C. se ha entendido, según jurisprudencia constante de la Corte, 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 las partes contratantes, al aplicar el artículo 1759 de dicho Código. El artículo 1934 debe entenderse en el sentido de que sólo para dirigir acción contra terceros hay necesidad de probar la nulidad o falsificación de la escritura. (Casación Civil. Noviembre 9 de 1946. T. LXIII. 2055-2056) 362, 1ª

VENTA (De cosa ajena. Su inoponibilidad al verdadero dueño)

— 281 —

La venta de lo ajeno no es oponible al verdadero dueño; pero esta situación implica que quien la ataca o de ella prescinde, en la mira de recuperar los respectivos bienes, sea ese verdadero dueño. (Casación Civil. Noviembre 26 de 1946. T. LXIII. 2055-2056) 368, 1ª

VENTA DE COSA AJENA

— 282 —

Según el artículo 1871 del C. C. la venta de cosa ajena es válida y da origen a un título justo de dominio; por consiguiente, la venta que hace uno de los cónyuges de un bien perteneciente a la sociedad conyugal vigente para el 1º de enero de 1933, es un contrato válido, de acuerdo con la doctrina anterior. Algo muy distinto es que para el verdadero dueño de la cosa vendida no produzca efecto el contrato de compraventa, ya que conserva en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y las acciones correspondientes. Al verdadero dueño no le es oponible el título de adquisición del comprador de la cosa ajena. (Casación Civil. Febrero 13 de 1948. T. LXIII. 2057-2058) 732, 2ª

VEREDICTO

— 283 —

Si el veredicto como lo dice el Tribunal "se ajusta a la realidad procesal" su obligación era la de interpretarlo de acuerdo con la ley. Si el jurado reconoció igualmente el estado de anomalía psíquica, esa declaración debió acomodarla dentro del artículo 29 del Código Penal que reconoce esa situación, porque la respuesta del jurado, es la norma de interpretación para acomodar esas declaraciones al contenido de la ley en cuanto al hecho y la responsabilidad; por eso se dice que el veredicto es la fuente inmediata de la sentencia, y los hechos son el fundamento principal que sirve al jurado para emitir su respuesta.

La interpretación en sentido contrario rompe la unidad del veredicto, le quita su natural armonía y concatenación, pues si se acepta la embriaguez como incidental —en persona normal— y se prescinde de la parte sustancial, la grave anomalía psíquica transitoria —que fue lo que reconoció el jurado— se pone en pugna la sentencia con la determinación del jurado. (Casación Penal. Septiembre 9 de 1947. T. LXIII. 2057-2058) 797, 1ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 284 —

El veredicto redactado en estos términos: "Sí, pero sin intención de causar la muerte", no es contradictorio, pues aunque el SI de la primera parte de la respuesta contradio simplemente intencional, no se opone a dice la frase siguiente en cuanto al homicio-otras figuras del homicidio, como el preterintencional, el concausal y el culposo, en las que no hay el propósito de matar y, sin embargo, el resultado de la acción es la muerte del ofendido. La respuesta dice simplemente que el procesado sí es responsable de la muerte, pero no por haberla causado con intención directa, sino sin el mentado propósito, lo cual no es contradictorio. Lo que sucede es que una respuesta como la que se comenta es incompleta y los juzgadores de instancia han debido acudir a los medios legales para que el tribunal popular hubiera aclarado su sentido. Porque si no hubo la intención de matar, hace falta saber si hubo la de herir solamente y se produjo la muerte por exceso en la acción física o por hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, o por imprudencia, o, en fin, saliéndose ya de la responsabilidad, si lo que quisieron los jueces de conciencia fue simplemente absolver al procesado, en lo cual sí habría contradicción. (Casación Penal). Julio 2 de 1947. T. LXIII. 2053-2054) 214, 1ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 285 —

Entre dos respuestas —ambas afirmativas de la responsabilidad— no puede existir contradicción, porque falta la proposición que sirve de término de comparación para concluir que la una afirma lo que la otra niega. Cuando el veredicto del jurado se halla integrado por una sola respuesta, bien sea un "SI" afirmativo de la responsabilidad o un "NO" negativo de la misma, de esas respuestas, o del veredicto emitido en esa forma, no puede predicarse el principio de contradicción, porque existe un imposible real o físico derivado de la ausencia de otra proposición con la cual se pueda hacer la comparación, para luego sí, afirmar la contradicción.

Se dice que la sentencia se dicta sobre un veredicto evidentemente contradictorio, cuando la contradicción radica en las respuestas emitidas por el jurado a los cuestionarios propuestos a su consideración, el desacuerdo de la sentencia con el veredicto que la ley proce-

dimental consagra como causal de casación, no puede deducirse de la oposición del veredicto con las pruebas del proceso; porque en ese supuesto, el veredicto no sería contradictorio, sino contrario a la evidencia de los hechos procesales, tema extraño al recurso de casación que no ha sido erigido por la ley como causal de casación. (Casación Penal. Marzo 25 de 1947. T. LXIII. 2053-2054)

140, 1ª y 2ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES INTERPRETADAS, CITADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXIII DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras que se hallan en la columna de "números" corresponden a los apartes de doctrina que componen este Indice. Los guiones que aparecen en la columna "artículos" indican que la doctrina cita globalmente el Código, la Ley o el Decreto en referencia.

Artículos	Números
ORDENANZA DE FELIPE II DEL AÑO DE 1563	
—	214, 274
ORDENANZAS DE EL PARDO DE 1578 Y 1580	
—	214
REALES CEDULAS DE SAN LORENZO DE 1754	
—	214
REAL CEDULA DE SAN IDELFONSO DE 1780	
—	214
RECOPILACION DE LEYES DE INDIAS	
—	274
Tít. V, Leyes VII y X	
—	136
Tít. VII, Ley VII	
—	136
Tít. VII, Leyes XIII y XIV	
—	136
NOVISIMA RECOPILACION	
Título XVIII, Ley IV	
—	118
CONSTITUCION DE CUCUTA DE 1821	
188	118
CONSTITUCION DE 1886	
59	138
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE	
24	246
25	154
26	109, 174, 194, 238
30	169
57	138
76	134
108	179
113	81
170	102
214	180
CODIGO CIVIL	
14	169
18	177
20	177
25	169
26	169
81	115
82	115
83	115
161	236
401	257
669	9
677	9
747	237
762	4, 237
764	23
768	23
769	23
770	23
784	213
895	9

Artículos	Números
946	236
952	235
988	8
995	236
1005	8
1068	272
1494	70
1495	70
1502	123
1508	123
1509	29
1510	123
1511	123
1512	123
1559	208
1602	14
1617	208
1757	33
1759	260, 280
1766	260
1781	264
1784	264
1871	282
1887	75
1934	280
1945	84
1969	110
1971	110
1972	110
1973	272
1982	185
1993	14, 185
1994	14, 185
2041	272
2143	227
2150	88
Título 34	242
2341	94, 209, 241
2347	94, 209, 241, 243, 244
2349	243, 244
2350	96, 244
2353	244
2356	94, 244, 275
2357	207
2452	239
2586	133
2587	133

CODIGO JUDICIAL

7º	231

Artículos	Números
20	231
29	82
40	70, 73, 74
70	231
76	70
169	212
205	116
233	257
255	183
256	183
353	31
435	150
442	144, 231
448	52
450	212
466	17, 20, 258
474	257
475	257
479	91
513	228
516	228
519	37
520	29, 31, 33, 50, 51, 258
530	31
532	31
537	31
538	31
539	31
540	31
575	77, 78
593	29, 116
600	21
605	33
608	33
609	80
697	33
716	50
720	124
724	167
728	167
730	166
964	204
967	204
1036	239

CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE

191	88
338	88
545	262

Artículos	Números
CODIGO PENAL DEROGADO	
29	59
587	59
615	59
778	250
CODIGO PENAL VIGENTE (Ley 95 de 1936)	
1º	174
9º	130
11	174
19	72
20	72
28	171
29	11, 92, 139, 283
33	19
34	233, 234
36	16, 160, 233, 253
37	16, 64, 252
45	89
58	109
60	89
92	54
96	184
98	184
99	184
100	61
105	216
113	109
171	2
172	106
192	154
295	2, 114
363	16, 65
383	248
384	247
398	252
404	250, 251
480	42
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
7º	144, 150
10	26
11	163, 164
24	157
25	157
28	164
44	144
57	187
58	26
69	187
70	187
71	187
73	145, 148, 149, 150
75	144
107	203
108	203
131	54
153	60, 61, 108, 215, 216
156	20
159	256
171	200
198	192, 193, 198, 200
199	193, 197
200	199
224	273
225 a 228	154
226	273
275	26
276	268
346	114
354	154
365	109, 154
379	114
384	114, 246
392	269
404	46
418	279
431	18, 192
433	109
437	216
444	198, 200, 271
480	171, 173
537	42
541	198, 200
556	47
557	47
559	47
567	44, 53, 55
568	46
571	229
579	82
CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Ley 167 de 1941)	
34	275, 277
46	82

Artículos	Números
52	275, 277
67	242
Cap. XXII	242, 275
261	275, 277
269	275, 277
270	275, 277
CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL	
57	177
58	169
LEYES ESPECIALES	
Ley de 11 de octubre de 1821	
—	214
Ley 57 de 1887	
5º	101
38	22
Ley 153 de 1887	
2º	132
8º	6
19	266
20	266
23	266
55	132
57	132
91	260
93	221
Ley 53 de 1909	
5º	138
Ley 26 de 1913	
—	130
Ley 38 de 1918	
—	275
Ley 113 de 1928	
—	9
Ley 37 de 1931	
—	104
Ley 28 de 1932	
—	169, 170, 178, 263, 265, 266
Ley 45 de 1936	
—	5
1º	132
4º	132
Ley 48 de 1936	
—	101
Ley 63 de 1936	
79	52, 151
Ley 160 de 1936	
—	104
Ley 126 de 1938	
—	134
Ley 51 de 1940	
6º	90
Ley 22 de 1942	
11	218
Ley 2ª de 1943	
1º	168
Ley 4ª de 1943	
28	42, 92
Ley 7ª de 1943	
—	131
Ley 67 de 1943	
2º	73
Ley 29 de 1944	
34	268
Ley 3ª de 1945	
—	141
4º	187
140	102
Ley 6ª de 1945	
1º	272
58	217
65	179
75	172
Ley 68 de 1945	
1º	48

Artículos	Números
Ley 71 de 1945	
7º	180
Ley 27 de 1946	
—	98, 100
Ley 60 de 1946	
—	100
12	98
Ley 68 de 1946	
1º	169, 170, 178, 263, 265, 266
Ley 71 de 1946	
—	134
Ley 83 de 1946	
2º	220
39	220
Ley 95 de 1946	
1º	218
6º	180
Ley 24 de 1947	
7º	276

Artículos	Números
DECRETOS	
Decreto Nº 1863 de 1926	
—	101
Decreto Nº 503 de 1940	
—	137
Decreto-ley 1381 de 1940	
—	9
Decreto-ley Nº 1382 de 1940	
—	9
Decreto número 928 de 1943	
—	97
7º	97
Decreto Nº 2010 de 1945	
1º	97
Decreto Nº 0750 de 1947	
—	100
41	98
42	98
Decreto Nº 2004 de 1947	
—	97

INDICE ALFABETICO

— A —

Págs.

Abogados—V Conferencia Interamericana de Abogados 303

Aguirre Claudia Campos de (Juicio de sucesión de). Casación contra la sentencia aprobatoria de una partición..... 674

Aguirre Pedro Claver — Denuncia contra él por varios cargos 155

Alarcón Leoncio y Pablo Emilio Alarcón Torres—Casación por asesinato 876

"Las Alicias", sociedad ordinaria de minas contra la Nación — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 282

Alfaro Joaquín—Casación por homicidio.... 854

Almonacid Manuel Antonio—Casación por homicidio 779

Andrade María Teresa Leal de, contra Juan José Leal Andrade y otros—Juicio ordinario sobre declaración de dominio..... 334

Arango Joaquín contra el Municipio de Salazar—Juicio sobre prestaciones sociales. Colisión de competencias 522

Araque Alejandro—Cesación del procedimiento contra él..... 407

Arellano Antonio o José Antonio Novoa López—Casación por hurto 857

Arizabaleta Cecilia Prado de, contra el Departamento del Valle—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. Suspensión del juicio civil..... 261

Arroyave Ana Teodora o Teodoro—Casación por lesiones personales..... 747

— B —

Barry (de) Jorge contra Eudoro Escobar–Juicio ordinario sobre declaración negatoria de unas mejoras 614

Págs.

Benavides Guerrero Víctor Manuel—Casación por homicidio 763

Bermúdez Ester Barreto v. de, contra Ester Ronderos v. de Díaz—Juicio ordinario sobre reivindicación 646

Bermúdez Obdulia Tovar de, contra Gilberto Tovar — Juicio ordinario sobre reivindicación 729

Bernal Roque J. contra el Departamento de Santander—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 254

Berty José Trinidad—Casación por homicidio 157

Bohmer y Cía. S. A. contra Edelmira Rengifo de Rojas—Juicio sobre regulación del ejercicio de una servidumbre..... 95

Bolívar Teresa y otros contra el Obispo de la Diócesis de Santa Rosa de Osos—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento... 97

Bonilla Eduvigis y Feliciana contra Custodio Pérez y otra—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato y sobre reivindicación. 633

Bonilla Jacinto y Eduvigis contra Angel María Pérez — Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato y de unas adjudicaciones hechas en juicio de sucesión y sobre reivindicación 119

Buitrago Duque Vicente—Casación por homicidio 432

Butrabí Teófilo—Revisión por abuso de confianza 843

— C —

Caicedo Rafael—Solicitud de revisión de una sentencia sobre jubilación 504

Cálad G. Gabriel y otra contra Manuel Vi-

Págs.

cente Cálad y otra.—Juicio ordinario sobre nulidad de una cláusula escrituraria..... 13

Calderón Domínguez Teodomiro—Se ordena cesar el procedimiento contra él..... 130

Camacho Alfredo—Colisión de competencias por el conocimiento del proceso contra él por abuso de confianza..... 152

Camargo Sierra—Se declara fundado su impedimento en el sumario contra Juan Romero León 167

Camargo Sierra—Se declara infundado el impedimento manifestado para actuar en el proceso contra Santos Leones Barrios, por falso testimonio 738

Cárdenas Jaramillo Alfonso — Casación por homicidio 792

Cardona Jesús A. contra la Intendencia del Chocó—Juicio ejecutivo. Incidente de nulidad 247

Carrillo Joel contra Rizo Hermanas, Limitada. Juicio ordinario sobre reivindicación.. 709

Carrillo Segundo—Casación por homicidio... 411

Castañeda Palomino Noé—Casación por hurto 873

Castillo Eduardo contra Susana Sanclemente v. de González—Juicio ordinario sobre reivindicación 60

Ceballos Miguel de J. y otros contra la Nación—Juicio ordinario. Incidente de nulidad 460

Ceballos Miguel de J. contra la Nación.—Súplica 541

Compañía del Acueducto de Bucaramanga contra el Municipio de la misma ciudad. Juicio ordinario sobre carencia de causa de la obligación impuesta por éste a aquélla y sobre pago del servicio de agua prestado por la misma..... 54

Compañía de Petróleos Shell de Colombia.

Págs.

Aviso sobre exploración y explotación de petróleos 544

Compañía Minera de los Andes contra Camilo Vélez y otros — Juicio ordinario sobre reivindicación 366

Consejeros de Estado.—Se declara incompetente la Corte para conocer de una acusación contra ellos..... 451

Correa Rodríguez Dimas—Casación por homicidio y robo..... 176

Cubillos Germán & Compañía contra FF. CC. Nacionales—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por culpa contractual 273

Cuéllar Paulina Bernal de, contra Secundino Cuéllar y Rogelio E. Salcedo—Juicio ordinario sobre nulidad de un remate y sobre reivindicación 102

Cuesta Inocencio contra Manuel F. Barcha. Juicio ordinario sobre nulidad de una escritura 356

Chalarca Gabriel contra Alfonso Montoya V. Juicio ordinario sobre rescisión de un contrato, por lesión enorme..... 701

Chang Juan J.—Extradición..... 144

Chedrane Joseph y Najúl contra Alberto Cohen—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 388

— D —

Decreto 928 de 1943, sobre control de precios. Acusado por inconstitucionalidad en sus artículos 1º y 7º—Se abstiene la Corte de decidir acerca de la demanda, por sustracción de materia..... 1

Decreto Legislativo 1640 de 1944 — Acusado como inexequible en su artículo 3º. Se dispone estar a lo resuelto en la sentencia de 12 de junio de 1945..... 599

Págs.

Decreto 0.750 de 1947—Acusado como inexequible en varios de sus artículos..... 331

Departamento del Atlántico contra el Municipio de Barranquilla—Juicio ejecutivo para el pago del valor del premio de un billete de lotería..... 229

Departamento del Atlántico contra el Municipio de Barranquilla—Se niega una reposición pedida en el juicio anterior..... 239

Díaz Justino contra la Nación—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios... 534

Dueñas Blanca Evelia contra Rafael A. Meisel—Juicio ordinario sobre rescisión de un contrato, por lesión enorme..... 643

Dulce Cornelio contra Temístocles Pérez—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 670

— E —

Echeverri Francisco (herederos de) contra Pedro Iza Irvi y Faud Kihnan—Juicio ordinario sobre obligación por parte de los demandados de completar la cabida del predio vendido 91

Erazo César D. contra la Nación—Juicio ordinario sobre nulidad de una resolución ejecutiva 490

Escobar Ochoa Jesús—Cambio de radicación de un proceso..... 827

Espinel Carlos J.—Casación por homicidio... 148

Espinel Víctor M. contra Caja de Previsión Social Judicial — Juicio sobre prestaciones sociales 520

Expreso Colombiano Ribón, Limitada, contra la Nación—Juicio ordinario sobre nulidad de unas Resoluciones ministeriales..... 583

— F —

Ferrocarriles Nacionales contra Oliverio Afanador — Juicio ordinario sobre reivindicación 507

Flórez David—Se dirime la colisión de competencias surgida entre la justicia ordinaria y la militar para el conocimiento del proceso contra este Teniente del Ejército, por hurto 409

Flórez María Lucrecia Forero v. de, contra la Nación—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. Súplica contra un auto 909

Franco Eladio contra Raquel Jaramillo—Juicio ordinario sobre reivindicación..... 42

Franco María Enriqueta Gómez de, contra Marco Tulio Franco y Emilio Morales Jaramillo—Juicio ordinario sobre reivindicación 51

— G —

Gallardo Hermes—Casación por homicidio.. 404

Gómez Agustín contra Luis Alba y Camilo Gama—Juicio ordinario sobre reivindicación 629

Gómez R. Bárbara contra Fábrica de Cemento Samper—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 82

Gómez Paniagua Hernando — Casación por robo 199

Gómez María Sierra de, contra la Nación.— Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 473

Gómez Mercedes contra el Municipio de Salgar.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 86

Gómez Moisés—Casación por lesiones personales 839

Gómez Díaz Rosa contra Carmen García de Jiménez—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato..... 64

González Enrique E. contra la Nación—Jui-

Págs.

cio ordinario sobre indemnización de perjuicios 937

González Urbina Luis—Sobreseimiento definitivo en su favor..... 820

González Rafael María—Sobreseimiento definitivo en su favor..... 867

— H —

Hernández Soler José Joaquín—Casación por homicidio 426

— J —

Jaramillo Gregorio contra el Departamento de Boyacá—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. Objeciones a un dictamen pericial 263

Jiménez Francisco contra el Municipio de Florencia—Juicio ordinario sobre reivindicación 45

Jiménez Henao María Inés y Ana Eva—Casación por homicidio..... 421

Junta Petroleum Company—Aviso sobre exploración y explotación de petróleos..... 887

— K —

Kaelber Emilio contra Leonor Lerneeht—Juicio ordinario sobre revisión de una sentencia de excepciones, proferida en un juicio ejecutivo 711

— L —

Ley 84 de 1931, acusada como inconstitucional en su art. 17. — Se dispone estar a lo resuelto en sentencia de 12 de junio de 1945. 599

Ley 95 de 1936 (Código Penal), acusada como inexequible en los incisos 2º y 3º de su artículo 113. — Se declaran exequibles las disposiciones acusadas 608

Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), acusada como inconstitucional en sus artículos 365 y 433—Se declaran exequibles las disposiciones acusadas..... 608

Ley 6ª de 1945, acusada como inconstitucional en su artículo 65..... 314

Ley 35 de 1945, sobre remuneración de los Congresistas, acusada como inconstitucional en su artículo único..... 308

Ley 71 de 1945, acusada como inconstitucional en su artículo 7º, apartes b) y c)..... 324

Ley 68 de 1946, acusada como inconstitucional.—Se declara exequible la ley acusada. 601

Leyva Arciniegas Sergio.—Se niega la reposición del auto de proceder dictado contra él por abuso de autoridad y otras infracciones 445

Logreira José Joaquín contra el Departamento del Magdalena.—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 250

López Herrera Alberto—Recurso de hecho.. 34

Losada Pablo A. contra Amira Matamoros de Porras—Juicio ordinario sobre filiación natural 24

Luna Hoyos Leopoldo—Cambio de radicación de un proceso..... 833

Luque Miranda José Miguel.—Casación por lesiones personales 441

— M —

Magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga.—Se declara infundada una recusación propuesta contra varios de ellos.... 810

Magistrados del Tribunal Superior de Pasto. Sobreseimiento definitivo en favor de varios de ellos..... 816

Mantilla Leonardo—Casación por homicidio.. 879

Marín S. Arnaldo contra Ernesto Duque Lince.—Juicio ordinario sobre nulidad de un juicio ejecutivo 369

Págs.

Martínez Landínez Jorge contra la Nación. Incidente de nulidad en juicio sobre bienes ocultos 216

Martínez Landínez Jorge contra la Nación. Recurso de súplica en el juicio anterior... 222

Martínez Máximo H.—Se declara infundado un impedimento manifestado por este Magistrado del Tribunal Superior de Cali.... 789

Martínez Robles Roberto.—Cesación del procedimiento contra él..... 160

Marulanda Marco Aurelio.—Casación por homicidio 414

Matallana Rosa Salazar de.—Reposición..... 67

Mejía Juan de Dios.—Casación por hurto... 400

Mejía Pedro Luis & Cía., Sucesores, contra Compañías Unidas de Transportes, S. A. Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 678

Mendoza García Martín.—Casación por homicidio 417

Miranda Paulina Barragán de.—Casación por homicidio 190

Monroy Elías contra Florentina Forero de Kaelberg.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 721

Monroy Pedro José.—Casación por robo y lesiones personales 206

Monsalve María Teresa Ferrans de, contra Joaquín E. Monsálve.—Juicio ordinario sobre objeciones a una partición..... 373

Montañez Rojas Alfonso. — Casación por homicidio 776

Montañez Virgilio.—Casación por homicidio y lesiones personales..... 136

Montealegre Reina Antonio. — Casación por homicidio 453

Págs.

Montoya Segundo y Franz Gil contra Ana Judith García de Montoya.—Juicio ordinario sobre mejor derecho al uso de las aguas de un río 31

Mora Flaminio y Rosa Atilia contra Rafael Saravia Gallo y Rosa María Saravia v. de Mora. Juicio ordinario sobre simulación de un contrato 656

Morales Emma Mendoza de, contra la Nación. Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. Reposición del auto que fijó su cuantía 915

Morales Rincón Marcos.—Casación por lesiones personales..... 861

Moreno Belarmina Jiménez de, contra Campo Elías Moreno. — Juicio ordinario sobre simulación de un contrato..... 638

Municipio de Plato y Compañía de Petróleos "La Perla de Colombia" contra la Nación. Juicio ordinario. Objeciones a unos dictámenes periciales 588

Municipio de Sahagún y Eufrasio Bula contra Thomas F. Roche.—Juicio breve y sumario sobre exploración y explotación de petróleos 578

Muñoz Edgard.—Casación por hurto..... 437

Muñoz Pérez Hermes contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. Incidente de regulación..... 570

Murcia Rivera Bernardo y otros contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 927

Muvdi Elías M. contra el Municipio de Barranquilla.—Se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por aquél... 652

— N —

Nieto Leonor Triviño v. de, contra la Nación. Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 486

Págs.

— O —

Olano Carlos Alberto.—Se abstiene la Corte de conocer del auto por medio del cual uno solo de los Magistrados de la Sala de Decisión calificó el impedimento manifestado por este Magistrado del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo..... 803

Olano V. Carlos Alberto.—Se declara fundado un impedimento manifestado por él.... 836

Ordóñez Manuel S. contra Jorge E. Mora.—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato 110

Ortiz González Florentino contra Manuel Valente da Silva.—Juicio ordinario sobre restitución de bienes 19

Ortiz Lino A. contra la Nación y contra Eleázar Hernández—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 918

Ospina Devia Mauricio.—Recurso de hecho.. 814

— P —

Patiño Julio César contra Rómulo Guzmán. Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 692

Perdomo Pérez Carlos.—Casación por robo. 162

Pérez Pérez Isauro—Casación por homicidio. 193

Pérez Marco Aurelio.—Casación por hurto.. 786

Picón Euclides contra Waldina Flórez y Salvador Medina.—Juicio ordinario sobre simulación 70

Piedrahita Gómez José y Luis Quintero Gallego.—Casación por homicidio..... 869

Pinzón Enrique contra la Nación.—Juicio ordinario sobre incumplimiento de un contrato 524

Pinzón Ricardo contra Rogelio Sánchez—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 75

Proyecto de ley "por la cual se provee a la electrificación del Departamento del Atlántico y se dictan otras disposiciones"—Objetado como inconstitucional en su art. 2.. 311

Pumarejo Alberto.—Se dispone pasar las diligencias investigativas adelantadas contra él al señor Procurador Delegado en lo Penal, para que emita concepto acerca de si de ellas se desprende un hecho que sea constitutivo de delito de responsabilidad..... 783

— Q —

Quintero Gallego Luis y José Piedrahita Gómez.—Casación por homicidio..... 869

Quintero Paulina Martínez de, contra Antonio Vallejo.—Juicio ordinario sobre reivindicación 79

Quintero Paulina Martínez de, contra Antonio Vallejo.—Juicio ordinario sobre reivindicación 383

— R —

Ramírez Eliseo contra herederos de Romualdo Burgos.—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 339

Ramírez Ricardo contra el Departamento de Antioquia.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 516

Real Avila Adonaí.—Casación por homicidio. 141

Rengifo Ilera Cayetano.—Se declara infundado un impedimento manifestado por él.. 449

Rengifo Ilera Cayetano.—Se declara fundado un impedimento manifestado por él..... 801

Restrepo Félix y otro contra Alberto Restrepo Arango.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato y sobre reivindicación..... 386

Restrepo Jesús A. contra Francisco Restrepo. Juicio ordinario sobre reivindicación..... 116

Págs.

Restrepo Teresa Saldarriaga de, contra el Departamento de Antioquia.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. Suspensión del juicio civil mientras se falla el proceso penal 924

Rivas Andrés.—Casación por robo..... 134

Rivas Pedro Antonio y Emiro.—Casación por homicidio 185

Robayo Demetrio contra el Departamento de Cundinamarca.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios.—Recurso de súplica 932

Rodríguez O. Jesús María contra la Nación. Juicio sobre pensión de jubilación..... 920

Rodríguez Escobar José.—Casación por homicidio 213

Rodríguez Pilar contra Carmen Quiroga.—Juicio ordinario sobre reivindicación..... 348

Ruiz Rebeca Prieto v. de, contra Uladislao Prieto.—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato..... 397

— S —

Saavedra Galindo Dimas.—Cambio de radicación de un proceso..... 456

Saladén M. Carmelo. — Se declara prescrita la acción penal en un proceso contra él... 760

Salazar Manuel Higinio contra Julio Pizarro y Adolfo y Juan Jacobo Camacho.—Juicio ordinario sobre nulidad de un remate..... 3

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Francisco Bruno y Agustín Gómez Prada a la sentencia de la Sala Plena que declaró exequible la ley 35 de 1945..... 210

Salvamento de voto del Magistrado doctor Germán Alvarado al auto de la Sala de Negocios Generales por medio del cual se decidió un recurso de súplica interpuesto dentro del juicio seguido por Jorge Martínez Landínez contra la Nación..... 226

Págs.

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Víctor Cock y Eletuerio Serna R. al auto de la Sala de Negocios Generales proferido en el juicio ejecutivo seguido por el Departamento del Atlántico contra el Municipio de Barranquilla 237

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Víctor Cock y Eleuterio Serna R. al auto de la Sala de Negocios Generales por medio del cual se niega la reposición del auto anterior 242

Salvamento de voto del Conjuez doctor Guillermo Amaya Ramírez a la sentencia de la Sala Plena que decidió la demanda de inexequibilidad del artículo 65 de la Ley 6ª de 1945 315

Sánchez Franco Jaime contra Rafael Barrera. Juicio ordinario sobre oposición a la posesión de unas minas..... 7

Sánchez Herrera Ramón — Casación por homicidio 829

Sarmiento José María—Recurso de hecho... 770

Sarmiento José María—Reposición..... 774

Shering Corporation contra Química Shering Colombiana, S. A.—Juicio sobre oposición al registro de una marca de fábrica..... 913

Sierra Cenón contra el Departamento de Antioquia.—Juicio posesorio 244

Sociedad de San Vicente de Paúl de Bogotá contra Alfonso Campagnoli y otros.—Juicio ordinario sobre reivindicación..... 106

Soler José Hugo contra la Nación. — Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos 464

Soto Manuel de Jesús contra Juan Bautista Rivas.—Juicio ordinario sobre servidumbre de tránsito 353

Star Sindicate—Aviso de exploración y explotación de petróleos (desistimiento).... 291

Star Sindicate. — Solicitud de coadyuvancia

Págs.

hecha por la Compañía Petrolera del Norte en el aviso sobre exploración y explotación de petróleos presentado por aquélla..... 293

Star Sindicate—Aviso. Se niega la reposición del auto que no admitió la solicitud de coadyuvancia hecha por la Compañía Petrolera del Norte..... 294

Strauss Erwin contra Carlos y Francisco Steuer. — Juicio ordinario sobre cumplimiento de un contrato de mandato..... 35

Suárez Inés Rodríguez Quiroga de.—Casación por homicidio 124

Suárez Candela Ramón y otros Magistrados del Tribunal Superior de Buga.—Se ordena cesar el procedimiento contra ellos..... 740

— T —

Torres Flórez Leopoldo.—Casación por lesiones personales 835

Tovar María de la Cruz Narváez de, contra Juan B. Herrera. — Juicio ordinario sobre resolución de un contrato..... 359

— U —

Urrego Julio C. contra Clímaco Echeverri y contra la sucesión de Rubén Urrego.—Juicio ordinario sobre reivindicación..... 619

— V —

Valenzuela Isabel Hernández de. — Casación por homicidio 742

Págs.

Vanegas Mendoza Manuel — Sobreseimiento definitivo en su favor..... 182

Vargas José A.—Se inhibe la Corte de conocer de la apelación interpuesta por el Fiscal 2º del Tribunal de Barranquilla contra el auto de ese Tribunal en el proceso contra Vargas por lesiones personales, auto que ordenó correr traslado al Ministerio Público para que emitiese concepto..... 865

Vega Mendoza Elsio—Casación por homicidio 174

Velasco Hermelindo—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra él. 169

Vélez Luisa Osorio v. de, contra Elías González H.—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 715

Vélez Manuel y María Teresa Pulgarín contra Juan N. Arroyave—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 342

Villabona Celis Luis Antonio y Manuel—Casación por homicidio..... 182

Villada Ricardo María.—Casación por homicidio 804

Villamarín Gallo Alfonso—Colisión de competencias entre el Juez del Circuito de San Andrés y el Juez Militar de la Quinta Brigada, sobre el conocimiento del proceso adelantado por la muerte del doctor Villamarín Gallo 126

Villegas Alfredo contra Jesús María Tobón. Juicio ordinario sobre filiación natural.... 682